

Economic Analysis of Law Review

Interpretação judicial de contratos de consumo: uma defesa consequencialista da liberdade e preservação do contrato.

Judicial interpretation of consumer contracts: a consequentialist defense of freedom and preservation of the contract.

Orlando Silva Neto ¹

Universidade Federal de Santa Catarina

RESUMO

O ensaio pretende demonstrar que a liberdade de contratar e de contratar deve ser observada mesmo nos contratos com os consumidores e que a intervenção judicial deve ser restrita a quando a Lei permitir e ordenar especificamente a intervenção dos tribunais. Mesmo nesses casos, a interferência judicial deve ocorrer de maneira prudencial e restritiva, com um alto grau de deferência à vontade das partes. A análise vai além do estrito raciocínio jurídico e demonstrará que a não interferência ou a interferência limitada nos tribunais nos contratos produzirão melhores resultados para o consumidor.

Palavras-chave: ativismo judicial; interpretação de contrato; consequencialismo; proteção do consumidor; regulamento.

JEL: D73, K12

ABSTRACT

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 when 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 will demonstrate that non-interference or limited court interference in contracts will produce better results for the consumer.

Keywords: judicial activism; contract interpretation; consequentialism; consumer protection; regulation.

R: 11/08/18 **A:** 22/06/18 **P:** 30/04/19

¹ E-mail: orlando@silvaneto.com.br

*"Talking about freedom of contract is tricky, because the topic carries a heavy ideological charge. Depending on one's point of view, freedom of contract can be seen as a choice between individual liberty and heavy-handed government control, or between communitarian consensus and the worst excesses of laissez-faire capitalism. In other words, freedom of contract is a sort of lightning rod, which always attracts strongly-held political beliefs"*²

1. Introdução: Panorama histórico da questão e delimitação do problema.

Gerações de juristas vêm aprendendo que 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'³⁴. Naquela época, a lição continua, a vontade dos contratantes era quase sagrada e o Estado-juiz não poderia intervir em contratos (salvo para assegurar sua execução ou a compensação da parte lesada). Posteriormente, a partir da segunda década do século passado⁵, 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 ao contratar e até mesmo em contratar⁶.

² Richard Craswell, "Freedom of Contract" (Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 33, 1995).

[Tradução livre]

Falar sobre liberdade de contrato é complicado, porque o tópico carrega uma carga ideológica pesada. Dependendo do ponto de vista, liberdade de contrato pode ser vista como uma escolha entre liberdade individual e a mão pesada do controle governamental, ou entre consenso comunitário e os piores excessos do capitalismo 'laissez-faire'. Em outras palavras, liberdade de contrato é um para-raios, que sempre atrai crenças políticas fortes.

³ Estranhamente, embora contratos e promessas sempre tenham existido (ao menos a partir do momento em que o ser humano começou sua vida em sociedade), foi nos últimos 200 ou 250 anos que a liberdade de contrato atingiu considerável expressão. Estas proeminência e liberdade, no entanto, mesmo nunca tendo sido unânimes, logo passaram a ser combatidas e restringidas, conforme se demonstra neste artigo.

⁴ Importante notar que apesar de haver uma grande identificação doutrinária entre os Códigos do século XIX/início do século XX e a ideologia (conjunto de ideias) liberal, Luciano Benetti Timm (*Direito Contratual Brasileiro*, 2ª ed, p. 72) afirma que: "*Embora se reconheça que o paradigma moderno dos contratos deixe significativo espaço à auto-determinação e ao livre-arbítrio individual, não se pode admitir uma perfeita identificação da teoria contratual moderna com o liberalismo econômico*", aduzindo ainda que "*se se fizer um estudo analítico do Code Civil, exempli gratia, ver-se-á que o jusnaturalismo de Grócio, Domat e Pothier está mais presente que a obra de Quesnay e de Adam Smith.*"

⁵ Estes momentos históricos não contam, com raras exceções, com uma data específica de início ou fim, de forma que as ideias liberais conviveram, como ainda convivem, com ideias de dirigismo contratual. Como exemplo, a regra de interpretação 'contra proferentem' no direito brasileiro é mais do que centenária, valendo citar o artigo 131. 5 do Código Comercial.

⁶ 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

Segundo versa esta mesma narrativa, notadamente na primeira metade do século XX, com reflexos até o fim do século, 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 e cooperação, outros deveres laterais e função social do contrato⁷.

Há diversas razões para a mudança do paradigma (de ideologia laissez-faire e liberdade de contratar para intervencionismo e solidarismo), mas a principal foi a constatação de que existia disparidade econômica e técnica entre grandes vendedores e pequenos compradores, os quais, acreditava-se, eram grandemente prejudicados com a prevalência da liberdade de contratar⁸.

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 e os ouvintes tomam o relato que ouviram de seus mestres e leram nas suas obras de referência como verdade absoluta e como uma evolução necessariamente positiva, fazendo refletir seu aprendizado e sua crença nos contratos que elaboram, nos acórdãos que proferem e nos pareceres que lavram.

Nos últimos anos, no entanto, 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 contratar⁹ e a mitigação e releitura de outros princípios mais solidaristas. Esta proposta de fortalecimento se verifica com maior força 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.”

⁷ 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. Sugere-se também a leitura de Luciano Benetti Timm, *Direito contratual brasileiro: críticas ao solidarismo jurídico*.

⁸ 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 University 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 despossados. 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.

⁹ 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.

literatura sobre contratos empresariais, inclusive com reflexos judiciais¹⁰, não encontrando ainda, ao menos no Brasil, adequado lugar em disciplinas mais afeitas e afetadas pelo dirigismo, como o direito do consumidor¹¹.

Este artigo visa demonstrar que no ‘espaço de autonomia residual’ deixado pelo legislador para a liberdade de contrato de consumo (ou seja, no espaço de convenção em que não há regra mandatória obrigando ou proibindo certa cláusula ou conduta) deve ser dada maior deferência à autonomia da vontade e prestigiada judicialmente a preservação e validade do conteúdo contratual do contrato de consumo (salvo, por óbvio, naquilo que ofender a ordem pública e restrições específicas previstas na legislação nacional).

A proposta é demonstrar que, quando privilegiada a maior autonomia da vontade, dentro do já limitado espaço¹² que sobra às partes para exercer sua vontade, o consumidor obtém maior proteção e melhores resultados do que quando predomina a intervenção judicial.

2. As premissas protecionistas e seu equívoco relativo.

Para se demonstrar que no espaço de autonomia residual não intervenção ou intervenção judicial restritiva é mais benéfica ao consumidor do que intervenção judicial ativa, é preciso entender melhor as premissas que justificam a intervenção judicial em contratos. De certa forma, estas premissas, as mesmas adotadas pelo legislador ao editar leis protecionistas, são, em síntese, a presunção de desigualdade entre partes contratantes¹³ e a percepção da existência de imperfeições

¹⁰ 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.

¹¹ Orlando Celso da Silva Neto 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.

¹² O espaço de autonomia é limitado, na medida em que já há cláusulas mandatórias, cláusulas proibidas e outras obrigações, tais como o dever de informação e revelação. É somente neste espaço quase residual que se propõe a observância da autonomia de vontade e o respeito à liberdade de contrato pelo juiz.

¹³ 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]

de mercado, fatores que, segundo a crítica, não foram adequadamente considerados pela teoria liberal do contrato¹⁴, e que permitem que a parte mais forte (o fornecedor) prevaleça de forma abusiva (ou, ao menos, não equitativa) sobre o consumidor.

A premissa desigualdade e sua consequência - que esta desigualdade acarreta potencialmente uma desvantagem ao consumidor - é verdadeira, assim como é verdadeira a premissa de que o mercado funciona de modo imperfeito. Estas premissas, entretanto, não afastam outras considerações igualmente importantes e que devem ser 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, desde que o consumidor esteja dotado de informação adequada, a expressão da sua vontade, manifestada mediante sua decisão de contratar, deve ser preservada.

Há outros argumentos igualmente importantes, notadamente o fato de que a suposta ausência de negociação (um dos principais pontos levantados pelos críticos) não é verdadeiramente prejudicial ao consumidor¹⁵.

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.

¹⁴ Luciano Benetti Timm comenta que a crítica principal dos solidaristas ao modelo liberal de contrato é que (*Direito contratual...*, p. 85): “...as diferenças entre as partes, as particularidades do caso e as experiências sociais foram deixadas de lado na análise dos problemas jurídicos (por exemplo, se um contratante tem, efetivamente, poder de barganha no caso concreto, como nos contratos por adesão, é uma questão que escapa do paradigma liberal), o que acabou por gerar a inadequação deste modelo, segundo a ideologia rival, para a complexidade do mundo industrializado e massificado”

¹⁵ Nathan Oman faz uma interessante síntese do criticismo à ausência de negociação (e de seus pontos fracos), nos seguintes termos (*The dignity of commerce*, UoChicago Press, 2016, p. 137):

“Boilerplate is offered on a take-it-or-leave-it basis. Offerees cannot negotiate. Without the ability to negotiate, the meaningfulness of consent is questionable. Or so goes the argument. The problem is that this criticism makes a fetish out of bargaining. Customers can also shop. Both bargaining and shopping are costly, but there is no a priori reason to suppose that one process is more legitimate than the other. Critics point out that often the choice offered by shopping is illusory because all firms offer the same terms. This is pointed to as evidence of bargaining power or collusion. However, it is also consistent with equilibrium in a competitive market where producer surplus is transformed almost entirely into consumer surplus. For example, prices in a competitive market will tend to be the same across all producers, because competition drives prices down to marginal cost. In this situation, consumers rather than producers hold the whip hand. Analogously, the same terms across a market may mean that competition has forced firms to offer the most favorable terms consistent with their costs.”

[Tradução livre]

“Contrato de adesão (boilerplate) é oferecido na condição de aceite ou não contrate. Ofertados não podem negociar. Sem a habilidade de negociar, a relevância do consenso é questionável. Ou ao menos assim se argumenta. O problema com este criticismo é que ele considera barganha como um fetiche. Clientes podem também “ir às compras”. Tanto barganhar quanto ir às compras são custosos, mas não há qualquer razão a priori para assumir que um processo é mais legítimo do que o outro. Os críticos apontam que frequentemente a escolha existente em ir às compras é ilusória, porque todas as empresas oferecem os mesmos termos. Isto é apontado como poder de negociação ou colusão. No entanto, tal realidade também é consistente com o equilíbrio de mercados competitivos onde o ganho do produtor é quase que inteiramente transformado em vantagens ao consumidor. Por exemplo, preços em um mercado competitivo tendem a ser os mesmo para todos os produtores, porque a concorrência levará os preços para baixo, próximo ao custo marginal. Nesta situação, são os consumidores e não os fornecedores que tem a força. Analogicamente, o uso dos mesmos termos contratuais no mercado pode significar que empresas ofereceram os termos contratuais mais favoráveis consistentes com seus custos.

Um ponto muito importante¹⁶ 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’¹⁷ (se comparado ao seu status anterior) do contrato se expressarem livremente sua vontade, ou seja, há uma presunção de que, em função da simples opção livre de contratar, o contrato será eficiente e maximizador de riqueza e utilidade, o que cria uma forte presunção favorável à sua manutenção e não intervenção judicial.

Esta ‘melhora’ pode se dar em níveis desiguais¹⁸, mas 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 iguais¹⁹, ao menos ambas pretendem estar em posição melhor (portanto, ex ante, o contrato é presumivelmente eficiente de Pareto²⁰). Eventualmente, devido à incidência de custos transacionais não previstos e

¹⁶ Mas não o único. Charles Fried, por exemplo, propõe a defesa da liberdade de contrato com base em premissas morais, a partir da conceituação de contrato como promessa. Seu clássico é *Contract as Promise*, Harvard, 1981.

¹⁷ Sairão melhor no sentido de aumentarão a utilidade que derivam do uso do bem objeto da prestação pretendida por meio do contrato.

¹⁸ Nesse sentido, 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 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.

¹⁹ Comparação que sequer pode ser feita, tanto pela subjetividade envolvida quanto pelo fato de que, via de regra, uma parte não tem informações detalhadas sobre as expectativas da outra. Mas, mesmo que pudesse ser feita, tal comparação seria absolutamente inútil, na medida em que não há qualquer razão legal ou moral para se buscar simetria nas expectativas de maximização de utilidade das partes. Ao contrário, impor-se tal simetria significaria inviabilizar a maior parte das transações voluntárias. Não há nada errado, nem moralmente nem juridicamente, em transações que representem ganhos assimétricos para as partes.

²⁰ 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*. Richard 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.”

[Tradução livre]

Não podem existir muitos padrões morais com apelo mais intuitivo do que o princípio de Pareto. A intuição básica é simples: se uma pessoa prefere um resultado e este não tem custo para terceiros, a sociedade dever dar a esta pessoa o que ela quer. Esta intuição parece prontamente defensável por uma série de argumentos. Um deles é que a sociedade é a soma de suas partes – se uma pessoa está melhor e ninguém foi prejudicado, então a sociedade como um todo está melhor. Um Segundo argumento é que devemos honrar a autonomia individual das pessoas ao respeitar suas preferências (...) e um terceiro é que a sociedade deve se preocupar com o bem-estar de seus cidadãos e buscar promover seu bem estar.

outros fatores²¹, pode ser que, *ex post*, o contrato não resulte efetivamente em uma melhoria de Pareto²².

É bastante intuitivo aceitar que contratos negociados livremente entre partes de similar poder econômico são instrumentos voluntários de troca que implicam em melhora de Pareto e, nesta qualidade, que tais contratos 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 a regra dos contratos 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 assina²³. 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 externos²⁴), obterá um ganho (uma maximização de utilidade) ao contratar, o que torna sua decisão racional²⁵, torna o contrato eficiente de Pareto (vide comentários anteriores) e cria um forte argumento de validade e preservação da expressão de sua vontade.

A proposta deste artigo é justificar que, quando não há previsão legal de proibição de cláusula ou condição (ou seja, no limitado espaço de autonomia existente nas relações de consumo),

²¹ Inadimplência, aumento de custos de insumos usados no cumprimento da prestação, modificações legislativas, etc, etc.

²² 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.

²³ 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 houver mudança favorável 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 sua crença de que o contrato é maximizador de utilidade.

²⁴ Em uma decisão bastante recente, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que não existia vício de vontade - estado de perigo - pelo simples fato de que a assinatura de contrato se dava em momento de intensa pressão e necessidade - filho recém-nascido necessitando de imediata internação em unidade de terapia intensiva, sob risco de morte. Decidiu acertadamente a ministra Nancy Andrighi (STJ, 3ª Turma, REsp. 1.669.129, j. 22.08.2017) ao reconhecer que “... o tão-só sacrifício patrimonial extremo de alguém, na busca de assegurar a sua sobrevivência ou de algum familiar próximo, não caracteriza o estado de perigo, pois embora se reconheça que a conjuntura premiu a pessoa a se desfazer de seu patrimônio, a vontade não foi viciada” e “... embora se reconheça que os recorridos, quando assinaram a autorização para a internação da filha em unidade de terapia intensiva, estivessem premiados pelo fundado temor de risco à vida de seu filho, essa circunstância não macula a vontade externada de contratar aqueles serviços, porque não houve a demonstração de que a recorrente se aproveitou dessa situação para cobrar valores exacerbados, ou impor serviços desnecessários.”

²⁵ 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, idiosincrasias, etc) exerce sobre a tomada de decisão.

a vontade das partes deve ser privilegiada²⁶. Intervenção judicial ativa ou demasiada (a seguir será definido o que se entende por ‘demasiada’) mais prejudica do que ajuda o consumidor e o mercado, mais o onera do que o defende. Neste sentido, este autor, desde muito tem a posição de que proteção demasiada prejudica mais do que ajuda (na medida em que gera custos transacionais que não tem por contrapartida benefícios equivalentes) e inclusive pode incentivar comportamentos descuidados e oportunistas do consumidor^{27,28}. A afirmação de que proteção demasiada ‘mais atrapalha do que ajuda’ parece acima de dúvidas e sujeita a pouco ou nenhum debate, ao menos na literatura mais moderna e respeitada sobre ‘design ótimo’ de proteção ao consumidor²⁹; 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 inferior ao ótimo, e que a solução é mais proteção, consubstanciada em mais regulação e mais intervenção.

Este argumento é, no mínimo, desprovido de qualquer comprovação empírica e muito provavelmente, simplesmente errado. É muito mais provável que o atual nível seja ineficiente por ser excessivo, e não por ser insuficiente. O sistema de proteção já denota estar na fase descendente

²⁶ Como coloca Richard Craswell (freedom of contract, cit. P. 1) falando da experiência norte americana:

“...most of what we know as contract law has very little to do with freedom of contract as such. Most of contract law consists of default rules, or rules that apply when parties fail to address a topic one way or the other in their contracts”

[Tradução livre]

‘A maior parte do que conhecemos como direito contratual tem pouco a ver com liberdade de contrato propriamente. A maior parte do Direito contratual consiste em regras padrão, ou regras que se aplicam quando as partes falham em regular um tópico de um jeito ou de outro em seus contratos.’

Esta afirmação (de que liberdade de contrato é limitada a certas áreas do Direito contratual não reguladas por lei) é ainda mais pertinente no direito do consumidor brasileiro, absolutamente dominado por regras de ordem pública, de observância obrigatória.

²⁷ Gerando assim uma espécie de incentivo à criação de indesejáveis ‘riscos morais’. César Santolim (A proteção dos investimentos específicos na rescisão 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).*”

²⁸ Esta percepção, que beira a certeza, decorre de vários fatores, mas notadamente, da experiência acumulada de quase 20 (vinte) anos de prática profissional nos dois lados da questão – tanto advogando pelo consumidor quanto pelo fornecedor. Infelizmente, conforme se verá a seguir, não há dados empíricos confiáveis que confirmem de forma objetiva tal assertiva, mas tampouco há dados para refutá-la, e os indícios confirmam a posição do autor.

²⁹ Existem vários estudos estrangeiros sobre o que funciona e o que não funciona no que diz respeito à proteção ao consumidor, inclusive acompanhados de comprovação empírica. Por exemplo, Cass Sunstein é um forte defensor de medidas de influência (nudge), mais do que medidas coercitivas. Vale citar seu livro ‘Why Nudge?’ (Yale University Press, 2011). Omri Ben-Shahar e Carl Schneider (More than you wanted to know: the failure of mandated disclosure, Princeton, 2014) argumentam que ‘revelação obrigatória’ (mandated disclosure), embora altamente elogiada, recomendada e aplicada, tem gerado péssimos resultados e é basicamente irrelevante para a proteção ao consumidor (ao menos na maneira como vem sendo feita até o momento).

de uma espécie de ‘curva de Laffer’³⁰³¹ de proteção, o que indica que o nível ótimo já foi ultrapassado no Brasil³².

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 no reduzido espaço de liberdade restante nos contratos de consumo. Qualquer tentativa de intervenção que ultrapasse o nível ótimo será contraproducente, uma vez que acarretará uma resposta do fornecedor no sentido de socializar este novo custo imposto pela intervenção judicial, muitas vezes em um patamar maior do que o custo imposto. Um dos efeitos negativos da intervenção judicial demasiada é que, como coloca Omri Ben Shahr³³, *“uma intervenção legal agressiva em áreas do contrato*

³⁰ 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, na medida em que fornecedores buscarão meios para burlar estas regras ou praticarão preços demasiado altos para cumprir com elas e compensar os novos custos transacionais gerados.

³¹ Há vários estudos que demonstram que existe um nível regulatório (considerado nível regulatório como o conjunto de leis, demais normas e estrutura de ‘enforcement’ destas) ótimo, a partir do qual qualquer medida extra (seja legal, seja de enforcement) gerará maiores custos do que benefícios. Alguns autores já argumentam que a opção por um sistema tipo ‘cure’ (cura, ou reparação) sobre um sistema tipo ‘prevention’ (prevenção, com regulação de prevenção e sistema de prevenção de danos e ilícitos) apresenta inúmeras vantagens em termos de eficiência. Vale citar, por todos, em tópico específico, Steven Shavell, A Fundamental Enforcement Cost Advantage of the Negligence Rule over Regulation (September 10, 2012). Harvard Law, Economics, and Business Discussion Paper No. 731; Harvard Public Law Working Paper No. 14-01. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2144553> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2144553>, acesso em 16 de maio de 2017. Outros, como Omri Ben-Shahr (*Insurance as Regulator of Food Safety*, 14(2) Law and Social Sciences 48 (2015)) começam a propor a troca de um sistema de regulação por um sistema de seguros.

³² É realmente complexo (talvez até impossível) determinar qual o nível ótimo de proteção. Não há dados empíricos, há diversas variáveis de análise, dentre outros obstáculos. Mas, se a experiência estrangeira serve de parâmetro, vale citar Stefan Grundmann (<http://www.conjur.com.br/2016-fev-21/entrevista-stefan-grundmann-professor-universidade-humboldt>, acesso em 22 de fevereiro de 2016), que afirma: “....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.”. 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.”

³³ Ben Shahr, how to repair unconscionable, p. 26.

[texto original]

“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”

Omri fez o comentário no que diz respeito ao dirigismo contratual legal e regulatório, mas a advertência é ainda mais pertinente no que diz respeito ao intervencionismo judicial.

EALR, V. 10, nº 1, p. 52-74, Jan-Abr, 2019

pode mudar a prevalência da barganha para outras áreas, não proporcionando qualquer alívio ex ante à parte mais fraca”.

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 das consequências do exercício da liberdade, 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, que não aconteceria se não houvesse tal possibilidade³⁴.

As razões supra, acrescidas de outras que serão analisadas aqui, levam à conclusão que liberdade de contrato e de contratar devem ser preservadas e incentivadas, ao menos no reduzido espaço individual da autonomia. A autonomia contratual, por óbvio, não deve prevalecer no diz respeito às questões de ordem pública e vedações previstas em lei, de forma fechada ou aberta (mas quanto a estas, quando a proibição for aberta ou abstrata, ela deve ser interpretada de forma restritiva e não ampla).

Em outras palavras, há basicamente duas regras a serem observadas pelo juiz: (a) se o contrato estiver redigido de forma simples e clara³⁵, deve prevalecer a autonomia da vontade, excetuando-se o que diz respeito a regras mandatórias e vedações legais; (b) a interpretação da

³⁴ Nesse sentido, pesquisa feita por Dirceu Baccin, apresentada em sua dissertação de mestrado defendida em 08 de maio de 2015, cujo título é ‘AS NORMAS DE DEFESA DO CONSUMIDOR BRASILEIRAS E SEUS IMPACTOS NAS REDES DE ELETRODOMÉSTICOS GAÚCHAS’, apresentou a seguinte pergunta (pergunta 12) sobre a percepção do oportunismo do consumidor. ‘Sua empresa já identificou algum comportamento oportunista de clientes se utilizando das normas de defesa do consumidor para benefício próprio? Cite exemplos’.

A síntese das respostas, feita pelo autor da dissertação, é que:

“Todas as empresas pesquisadas relatam que estão sendo vítimas de comportamentos oportunistas de clientes que se utilizam das normas de defesa do consumidor para benefício próprio.

Os casos relatados vão desde a distorção dos artigos do CDC, simulação, fraude e oportunismo em virtude do aproveitamento de erros das próprias redes varejistas, como é o caso citado pela empresa 11:

“[...] existem grupos de clientes, que na verdade eu considero que não são clientes, são oportunistas, que a hora que identificam uma falha dessas em qualquer varejista, ele já joga para a rede inteira e já efetua a compra de dois, três, quatro aparelhos e estimulam que os outros participantes dessa rede comprem também os mesmos aparelhos e utilizam depois o CDC dizendo que: “Olha, o anúncio foi legítimo, o preço tava lá e eu efetuei três compras e sou detentor do direito de ter esses três aparelhos. Isso a gente identifica em grande monta” (Empresa 11).

O comportamento oportunista dos clientes supra relatados, tem como consequência um custo para empresa, seja ele para efetuar a sua defesa no PROCON, mesmo que ao final seja declarado o ganho de causa favoravelmente a empresa, como descrito pelo entrevistado 1, ou por ter que arcar com um erro, que mesmo o cliente sabendo tratar-se de um, a empresa é obrigada a cumprir, conforme já mencionado caso da empresa 11.”

Este autor agradece a Luciano Benetti Timm, que participou da banca examinadora, o acesso ao trabalho.

³⁵ Orlando Celso da Silva Neto (Notas sobre livre convencimento do consumidor e interpretação contratual. Revista de Direito do Consumidor, vol. 86, p. 255) 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.”

legalidade e admissibilidade das cláusulas contratuais (ou seja, a verificação de conformidade das cláusulas com o ordenamento) deve ser restritiva³⁶.

Esta conjugação de métodos gerará os melhores resultados para o consumidor, conforme se passa a demonstrar.

3. O Escopo de Discricionariedade e de Arbítrio do Juiz.

A intervenção judicial para revisar contratos, expurgando-lhes cláusulas nulas e abusivas, não é nenhuma novidade, existindo em todos os ordenamentos jurídicos. Há três grandes vertentes de controle contratual - controle dos defeitos do negócio jurídico, controle das cláusulas que ferem a ordem pública e controle da onerosidade excessiva superveniente baseada na teoria da imprevisão. Importante esclarecer, para propósitos metodológicos, que não constituem objeto deste artigo a intervenção judicial baseada na teoria da imprevisão^{37,38} e o controle dos defeitos do negócio jurídico, restringindo-se às considerações sobre o controle do conteúdo contratual, notadamente nas relações de consumo.

A intervenção judicial, que ocorre com maior frequência nas relações entre partes desiguais, tal como nas relações de consumo³⁹, qualquer que seja seu fundamento, não pode significar total descon sideração com a vontade das partes, devendo ser exercida com prudência pelos magistrados.

³⁶ 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.

³⁷ Otávio Luiz Rodrigues Junior, no seu já clássico *revisão judicial dos contratos* (São Paulo: Atlas, 2006, 2a ed, p. 9), traça um histórico do ressurgimento da revisão dos contratos pós primeira guerra mundial, afirmando que este ressurgimento foi uma resposta no campo jurídico às profundas modificações sociais. Diz ele: “...na França, pátria do absolutismo do Direito dos contratos, surgiu em 1918 a Lei Failliot, a qual, recebendo o nome de um desconhecido deputado representante de uma circunscrição central de Paris, restauraria o antigo princípio de que a execução de um pacto pode ser tangenciada pela superveniência de fatores imprevistos, implicando a revisão das relações contratuais.

Nesse momento, os governos nacionais renunciavam a uma omissão tricentenária nos negócios privados. O reestabelecimento do equilíbrio econômico dos contratos passou a ser uma forma de realização da Justiça, não mais indiferente ao novo Estado industrial do século XX.

Introduzir um elemento de insegurança jurídica na cidadela aparentemente inviolável do *pacta sunt servanda* foi o único meio de que se pôde servir o Liberalismo para manter a estabilidade das relações jurídicas”.

³⁸ Para aqueles que tem interesse numa revisão histórica do princípio e da aplicação do *pacta sunt servanda* e da teoria da imprevisão, recomenda-se a leitura de José Ricardo Pereira Lira, 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.

³⁹ 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 15 de fevereiro de 2016) menciona que:

“when the unevenness of bargaining power leads to terms that are intolerable, courts are willing to step in. This might be true even for simple, easy to understand terms such as price, although such instances are extremely rare. Intervention is more likely to occur when the excessive terms are less conspicuous than the price and are less well understood by the weak party, suggesting that flaws existed in the manner in which assent was reached”.

[tradução livre]

Quando a desigualdade do poder de barganha leva a termos que são intoleráveis, cortes tendem a intervir. Isto pode ser verdade mesmo para termos simples, de fácil compreensão, tal como preço, embora tais casos sejam extremamente raros. É mais provável que ocorra a intervenção quando os termos excessivos são menos conspícuos que preços e são menos bem entendidas pela parte fraca, sugerindo que falhas existem na maneira em que o consenso foi obtido.

EALR, V. 10, nº 1, p. 52-74, Jan-Abr, 2019

Mesmo em relações desiguais deve ser prestigiada, tanto quanto possível (em direito consumerista, o ‘tanto quanto possível’ se resume, no âmbito contratual, ao ‘espaço residual de autonomia’, conforme aqui já definido), a vontade das partes e a integridade das avenças constantes do contrato de consumo, o qual, ainda que não tenha sido objeto de discussão prévia, representa a manifestação da vontade das partes e sua proposta de maximização de utilidade.

Quando se propõe que seja privilegiada a autonomia da vontade e que seja prestigiada judicialmente a preservação e validade do conteúdo do contrato de consumo, obviamente não se está propondo, sob a alegação de que houve livre pactuação, que o Judiciário seja impedido de analisar o conteúdo material do contrato⁴⁰. Nem tampouco está se propondo que a análise fique restrita à efetiva liberdade de contratar ou aos demais vícios e defeitos do negócio jurídico. Deve ficar claro que a ideia aqui diz respeito ao ‘espaço residual de autonomia’ das partes, ou seja, ao conteúdo contratual não regulado por lei.

A proposta de intervenção restritiva que se faz toma por premissa o fato de que o legislador marcou sua posição intervencionista (ou seja, exerceu seu ‘dirigismo contratual’) nas relações de consumo de duas formas distintas. Uma delas o controle de cláusulas ou provisões fechadas (ou mais objetivas) mandatórias ou proibidas, e a outra um controle aberto, geral ou abstrato⁴¹, com comandos genéricos e regras de interpretação.

Exemplo da primeira forma são as disposições sobre práticas comerciais abusivas e cláusulas abusivas nos incisos e parágrafos do artigo 39, 51 e artigo 46, enquanto exemplo da segunda forma são as regras sobre oferta e informação (artigos 31 e 32). Naquelas situações em que o legislador deu um comando claro, como o fez, por exemplo, ao fixar no artigo 52, parágrafo primeiro do Código de Defesa do Consumidor, multa máxima de mora de 2% (dois por cento) nos contratos em que a prestação constitua-se de obrigação pecuniária⁴², ou quando proibiu a venda casada, o juiz não tem opção outra que salvo aplicar a lei e expurgar a cláusula abusiva, mesmo se a considerar inadequada ou ineficiente⁴³.

Quando, no entanto, estiver na presença de uma cláusula mais aberta, sua tarefa de interpretação é mais completa e complexa, e o juiz deve ser restritivo, visando preservar o contrato e a vontade das partes, mesmo que o consumidor aparentemente obtenha maior proteção mediante maior intervenção. Isto porque, como será demonstrado no próximo tópico, ao ser mais intervencionista, o juiz não estará protegendo a parte mais fraca, apesar de, imbuído das melhores intenções, achar que o está fazendo⁴⁴.

⁴⁰ Até por que tal proposição seria inconstitucional – Constituição Federal, artigo 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

⁴¹ Há, por óbvio, outras formas de intervir no mercado, mais ou menos diretas. Existe a possibilidade de controle mais rigoroso, ação direta ou até mesmo de outros mecanismos mais elegantes, como uma política de informação, de revelação ou mesmo de ‘nudging’. Mas este é assunto para outros artigos.

⁴² § 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação.

⁴³ Por exemplo, mesmo que o juiz entenda que uma multa moratória de 10% é razoável, deverá declarar ilegal tal cláusula, se instado pela parte, uma vez que contrária ao claro comando da Lei.

⁴⁴ A propósito, vale citar as palavras do magistrado federal Erik Navarro (<https://jota.info/especiais/analise-economica-do-direito-chega-aos-tribunais-do-pais-01072017>), segundo quem, para os magistrados brasileiros, existe uma predisposição “*de se preocupar mais com a questão da Justiça social, mas eles não percebem que as decisões podem interferir negativamente na Justiça social porque você causa consequências que vão ferir mais pessoas do que se está tentando proteger*”

⁴⁵ Esta, aliás, não é uma preocupação apenas do juiz brasileiro. Eric Posner (*Análise econômica do Direito contratual*, p. 35), falando sobre os tribunais americanos, afirma que: “*Modelos mais complexos sugerem que os Tribunais devam ignorar o poder de barganha ou devam leva-lo em consideração somente em condições restritas.*”

O paradoxo é apenas aparente, conforme se passa a demonstrar. A comprovação desta afirmação começa com uma breve explanação sobre o efeito prospectivo das decisões judiciais no comportamento dos agentes econômicos.

4. O Judiciário Deve Ter em Mente Tutelar o Caso Concreto ou o Mercado?

A pergunta que inaugura este tópico é mais complexa do que parece à primeira vista, de forma que sua resposta merece cuidadosa elaboração. A resposta correta é que o Judiciário deve tutelar o caso concreto, considerando, não obstante, que decisões judiciais têm consequências que incidem diretamente sobre as partes, mas também indiretamente sobre os demais agentes de mercado, na forma de um incentivo ou de uma norma de conduta. Ou seja, as decisões judiciais, ainda que tomadas no e para o caso concreto, tem consequências (notadamente comportamentais) sobre terceiros, principalmente em relações de massa, como as consumeristas. O juiz deve ter em conta que suas decisões consistirão em incentivos comportamentais a terceiros⁴⁶ e que podem afetar o sistema econômico ou indústria de rede em que o contrato analisado se insere⁴⁷.

Embora esta preocupação com as consequências sistêmicas não costume aparecer de forma expressa em decisões judiciais, já foi reconhecido pelas Cortes nacionais que setores produtivos se adaptam a decisões judiciais, ou seja, que decisões judiciais modificam comportamentos futuros e que esta adaptação pode gerar custos a terceiros não envolvidos na lide específica, mas partícipes (ou, o que é pior, futuros partícipes) do mercado em que se insere a relação litigiosa.

Ainda assim, os tribunais frequentemente criticam a desigualdade do poder de barganha entre o consumidor e o vendedor, insinuando que este fato deva justificar a revisão do contrato, e não elaboram nada mais profundo sobre a questão de porque o poder de barganha importa em alguns casos e em outros não. Outros modelos sugerem que os Tribunais devam melhorar assimetrias de informação quando os consumidores não realizam uma comparação de compra suficiente ou quando pressões competitivas não forcem os vendedores a revelarem informações. No entanto, raramente os Tribunais prestam atenção a estes fatores quando aplicam a doutrina da abusividade.”

⁴⁶ Em outra oportunidade, Orlando Celso da Silva Neto comentou (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. 154): “há também a questão do incentivo comportamental, geralmente pouco analisada pela jurisprudência, mas que é parte importante de análises modernas (principalmente as inspiradas pela análise econômica do Direito). Não compensar esta perda de tempo gerará (ou permitirá sua continuidade, uma vez que já existem) dois incentivos negativos bastante nefastos. O primeiro deles no sentido de desencorajar os consumidores a exercer seu direito⁴⁶ (ou aquilo que acreditam ser seu direito). O outro no sentido de desencorajar os fornecedores a oferecer solução rápida para o problema sofrido pelo consumidor⁴⁶, o que fere o dever recíproco das partes de agir de boa-fé.”

⁴⁷ Nesse sentido, a lição de Luciano Benetti Timm (Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses protegíveis no mercado de crédito. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de capitais*, 33, 2006, p. 21.)

“... O todo de um contrato de financiamento habitacional é representado pela cadeia ou rede de mutuários (e potenciais mutuários), que dependem do cumprimento do contrato daquele indivíduo para alimentar o sistema financeiro habitacional, viabilizando novos financiamentos a quem precisa. Assim, se houver quebra na cadeia, com inadimplementos contratuais, quem sai perdendo é a coletividade (que ficará sem recursos e acabará pagando um juízo maior). Até porque, conceitualmente e na vida real, os bancos não emprestam o seu dinheiro, mas uma moeda captada no mercado.

(...)

Não há como se pensar no todo social, em uma relação contratual, sem descurar do ambiente em que ele é celebrado – que é indubitavelmente o mercado. O foco da análise não pode ser a relação em si, que é sempre bilateral. A sociedade estará representada nos participantes (efetivos ou potenciais) que integrarem um determinado mercado de bens e serviços...”

O precedente mais conhecido em que houve o reconhecimento expresso, pelos próprios julgadores, da influência judicial na formação de práticas de mercado é a decisão do Superior Tribunal de Justiça nos EREsp. 670.117⁴⁸ (o caso conhecido como ‘juros no pé’).

A tese ali discutida (possibilidade de cobrança de juros em contratos de compra e venda de imóveis em construção antes da entrega para uso do consumidor) é interessante, inclusive porque entra na discussão sobre equivalência econômica das prestações contratuais, valor estático e dinâmico do dinheiro, dentre outras questões, mas o que interessa para fins deste artigo é apontar a relevância do precedente na discussão sobre a influência de decisões judiciais no comportamento das empresas e, principalmente, na formação de cláusulas contratuais, inclusive a de preço.

Sinteticamente, todos os Ministros que se manifestaram enfatizaram que considerar inválida a cláusula por suposta abusividade significaria apenas transferir o ônus financeiro ali previsto para outras cláusulas, de forma menos transparente⁴⁹, e que o mercado se adaptaria à decisão judicial.

⁴⁸ EREsp 670.117/PB, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/06/2012, DJe 26/11/2012.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DIREITO CIVIL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. IMÓVEL EM FASE DE CONSTRUÇÃO. COBRANÇA DE JUROS COMPENSATÓRIOS ANTES DA ENTREGA DAS CHAVES. LEGALIDADE.

1. Na incorporação imobiliária, o pagamento pela compra de um imóvel em fase de produção, a rigor, deve ser à vista. Nada obstante, pode o incorporador oferecer prazo ao adquirente para pagamento, mediante parcelamento do preço. Afigura-se, nessa hipótese, legítima a cobrança de juros compensatórios.

2. Por isso, não se considera abusiva cláusula contratual que preveja a cobrança de juros antes da entrega das chaves, que, ademais, confere maior transparência ao contrato e vem ao encontro do direito à informação do consumidor (art. 6º, III, do CDC), abrindo a possibilidade de correção de eventuais abusos.

3. No caso concreto, a exclusão dos juros compensatórios convencionados entre as partes, correspondentes às parcelas pagas antes da efetiva entrega das chaves, altera o equilíbrio financeiro da operação e a comutatividade da avença.

(...)

5. Embargos de divergência providos, para reformar o acórdão embargado e reconhecer a legalidade da cláusula do contrato de promessa de compra e venda de imóvel que previu a cobrança de juros compensatórios de 1% (um por cento) a partir da assinatura do contrato.

⁴⁹ O Ministro Antonio Carlos Ferreira, autor do voto vencedor, assim tratou da questão:

“Ninguém duvida que esses juros compensatórios, relativos ao período anterior à entrega das chaves, se não puderem ser convencionados no contrato, serão incluídos no preço final da obra e suportados pelo adquirente, sendo dosados, porém, de acordo com a boa ou má intenção do incorporador. Em tais condições, concluo que a melhor forma de se preservar o direito à informação do consumidor, conforme exige o art. 6º, III, do CDC, é permitir a previsão, expressamente convencionada no instrumento contratual, da cobrança dos juros compensatórios sobre todo o valor parcelado do preço de aquisição do bem. Com efeito, se os juros compensatórios estiverem previstos no compromisso de compra e venda, o incorporador estará assumindo que não os incluiu no custo final da obra. Isso traz maior transparência ao contrato, abrindo inclusive a possibilidade de o Judiciário corrigir eventuais abusos.

(...)

Do Ministro Massami Uyeda:

“...esta Corte Superior de Justiça já se manifestou no sentido de não ser razoável que os contratantes que optaram por pagar o valor parcelado, pagassem, ao final, a mesma quantia daqueles que escolheram pelo pagamento à vista. Na verdade, se adotarmos o posicionamento diverso desse entendimento, estaremos privilegiando o comprador que paga parceladamente em detrimento daquele que vai pagar à vista.”

A Ministra Maria Isabel Galotti apontou o fato de que, nos contratos com prestação diferida, a parte que tem que cumprir antecipadamente sua prestação tem custos e riscos que não podem ser desconsiderados, e que a impossibilidade de se prever em contrato compensação específica (juros) para as consequências desta disparidade temporal de prestações fará não com que esta compensação deixe de ser exigida, mas sim que seja exigida de outra forma, mais disfarçada e menos explícita. Disse ela:

“...nestes contratos em que não há previsão desses juros compensatórios, certamente, eles são embutidos no custo do empreendimento e oneram, de qualquer forma, o consumidor, mas não da forma transparente como feita no contrato dos autos.”

Pelo raciocínio vencedor, prover o pleito do consumidor apenas importaria custos transacionais não transparentes ao setor da economia, resultando em prejuízos aos próprios consumidores.

As considerações dos Ministros são importantes para demonstrar que é possível uma fundamentação da decisão judicial que, sem esquecer o caso concreto, leve em consideração as consequências da decisão para transações semelhantes. Afinal de contas, relações de consumo são relações de massa. O raciocínio realizado mostra também que, apesar de haver poucas decisões judiciais que reconheçam os efeitos que a intervenção judicial opera no comportamento dos agentes no mercado, faz muito sentido que este tipo de fundamentação adquira maior importância na construção jurisprudencial.

Uma das razões para a escassez de decisões que expressamente considerem os efeitos da projeção da decisão para lides similares e seus efeitos no mercado e comportamento dos agentes é a quase inexistência de estudos empíricos sobre o impacto das decisões judiciais na mudança de comportamento das partes envolvidas⁵⁰. Dentre os poucos existentes, merece destaque o caso trazido pelo grupo PENSA, versando sobre contratos de entrega futura de soja verde, bem relatado

Foi o Ministro Villas Boas Cuêva quem mais e melhor abordou a questão da adaptação dos fornecedores à proibição de cláusulas contratuais pelos órgãos judiciais. Disse ele:

“... na verdade, existe um fato inescapável: não se pode, por decreto, por lei ou por decisão judicial abolir uma realidade econômica. O próprio anteprojeto de reforma do Código de Defesa do Consumidor vai nessa linha, ao exigir que as operações de crédito sejam reconhecidas como tal, de forma aberta e transparente. Por melhores que sejam as justificativas, não se pode suprimir a realidade de que quando há uma antecipação de recursos, quando há crédito, há um custo e esse custo é suportado por alguém, seja pelo consumidor, seja por outra pessoa. Caso aprovado o texto, não será mais possível dizer que uma operação de crédito é feita a juro zero, sem juros. O pagamento à vista, tal como se vê no anteprojeto, será sempre distinto do pagamento a prazo. Quer dizer, o pagamento à vista ensejará desconto do valor correspondente aos juros, à remuneração do capital, sem que se admita que tal valor, como ocorre frequentemente, seja embutido no total a pagar. Como bem demonstrado no voto que inaugurou a divergência, há na modalidade de contrato em exame uma antecipação de recursos, portanto há uma operação de crédito. Se se proibir, simplesmente por um fiat do julgador, que se faça a contratação dos juros, isso será pago de um modo ou de outro pelo consumidor.

(...)

Entendo que, após a vedação da cobrança dos chamados juros no pé, o mercado imobiliário sem dúvida adaptou-se à norma, mas de modo a cobrar preços diferenciados, em prejuízo do consumidor. Assim, para que se assegure maior transparência quanto aos custos efetivamente incorridos pelo consumidor e para que se possibilite a comparação de preços, alio-me à divergência”

⁵⁰ A já citada dissertação de mestrado, de autoria de Dirceu Baccin, (‘AS NORMAS DE DEFESA DO CONSUMIDOR BRASILEIRAS E SEUS IMPACTOS NAS REDES DE ELETRODOMÉSTICOS GAÚCHAS’) traz importantes informações. Utilizando-se de pesquisa de campo e referenciais empíricos, foram entrevistados diversos tomadores de decisão nos setores jurídicos de comerciantes que representavam mais de 70% do mercado gaúcho de comercialização de eletrodomésticos. Os entrevistados, formadores de opinião e tomadores de decisão nas empresas que representam, responderam diversas questões. Não houve pergunta específica sobre impacto de decisões judiciais nas práticas comerciais dos fornecedores, mas, no que diz respeito à impacto do CDC nas práticas comerciais, o consenso foi que ele representa um aumento de custos.

A pergunta 4 da pesquisa feita foi ‘quais os principais impactos econômicos **negativos** das normas de defesa do consumidor para o setor varejista de eletrodomésticos?’ e o autor da dissertação assim sintetiza as respostas: “Na questão número 4, houve uma unanimidade quanto ao principal impacto econômico negativo das normas de defesa do consumidor, que de acordo com os entrevistados trata-se do aumento de custos. A única divergência foi quanto a intensidade do aumento do custo, pois algumas empresas entendem que o aumento não foi considerável, como é o caso da empresa 11; “Com certeza ele gera um custo, mas o impacto não é grande”. Outras entendem que o aumento de custo não é tão pequeno assim e chega a atingir o próprio consumidor; “O consumidor acaba pagando mais pra manutenção de um sistema” (Empresa 6).”

A pergunta 7 foi ‘O atendimento das exigências trazidas pelas normas de defesa do consumidor, geram custos para sua empresa? Em caso positivo, qual o percentual do faturamento de sua empresa é destinado para o atendimento destas exigências?’. A síntese das respostas foi “Com base nos percentuais fornecidos pelos entrevistados, identificamos que as empresas destinam em média um percentual entre 1% e 5% do seu faturamento para o atendimento das normas de defesa do consumidor.”

por Luciano Benetti Timm⁵¹. Outro exemplo, este hipotético (mas que poderia perfeitamente ter acontecido em qualquer comarca do país), é trazido por Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer⁵².

Em todos os casos mencionados, é reconhecida a influência de decisões judiciais sobre comportamentos empresariais, bem como é reconhecido que nem sempre (quase nunca) os resultados desejados – a proteção ótima do consumidor – são obtidos com a intervenção judicial.

Reconhecendo-se a influência das decisões judiciais que anulam ou adequam o conteúdo contratual e assumindo-se que intervenção judicial pode ser danosa e incapaz de alcançar os fins propostos (pelas razões aqui expostas), o próximo ponto a ser analisado, de forma a se confirmar ainda mais o entendimento já aqui anunciado é, previamente, se decisões judiciais devem buscar assegurar a eficiência da transação analisada e a maximização de utilidade das partes e, se a resposta for positiva, qual a forma de interpretação do ‘conteúdo contratual residual’ que melhor atende esta busca pela eficiência.

⁵¹ Diz ele (Direito, economia e a função social do contrato ..., p. 23): “...*Veja-se a pesquisa conduzida pelo Instituto-Pensa USP para o caso que se convencionou chamar de ‘soja verde’.* Por meio dela, comprovou-se empiricamente que a revisão judicial de contratos agrários no Estado de Goiás dificultou o financiamento da safra no ano seguinte para os agricultores daquela localidade, demonstrando que o benefício daqueles que ingressaram com ações na justiça foi prejudicialmente contrabalançado pelo prejuízo do resto da coletividade que atuava naquele mercado de plantio de soja.”

Vale notar que estes casos acabaram por chegar no STJ, que reverteu as decisões do TJGO que autorizavam a revisão contratual. Vale citar o REsp 936.741/GO, da lavra do Ministro Antonio Carlos Ferreira, já mencionado neste artigo.

⁵² Dizem eles (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. 263-264):

“... lembrando, que toda a tomada de decisão jurídico-normativa causará reflexos para a sociedade (custos de transação e externalidades) pode ser elucidada a partir do hipotético exemplo de efeitos econômicos advindos do posicionamento de dado Tribunal (Y). Imagine-se que no Estado (X), o Tribunal de Justiça (Y) tem por consenso que as questões revisionais de aluguel judicializadas por locatários sexagenários contra seus locadores, relacionadas à revisão dos valores pagos a título de aluguel de imóveis devem ser, invariavelmente, decididas a favor dos idosos para que tenham dilatados os seus prazos de pagamento das parcelas em que o débito de aluguéis é, judicialmente, dividido. Tal decisão, em primeiro momento, é interessante e humana; respeitados os cabelos brancos daqueles idosos que, especificamente, respondem por inadimplência perante seus locadores ou impetram ações revisionais. Em que pese a humanidade da tomada de decisão judicial, favorecendo o sexagenário, deve ser lembrada a máxima de que a toda a ação, em mercado, corresponde respectiva reação. Nesse caso específico; a partir da tomada de decisão judicial pelo Tribunal (Y), benéfica aos locatários sexagenários, o mercado imobiliário no Estado (X), tendo seus custos de transação majorados pela decisão judicial certamente acirrará as exigências para futuras transações imobiliárias envolvendo sexagenários. Assim, o efeito imediato da decisão do Tribunal (Y) tomada inter partes; em sociedade, será a adoção de contratos mais exigentes para novos aluguéis solicitados pelos sexagenários, exigência de maior número de fiadores, aumento do preço dos aluguéis, etc. Após conhecimento da posição do Tribunal (Y), os locadores passarão, portanto, a adotarem patamares superiores de negociação, aumentando sensivelmente as exigências de garantias para novos alugueis e/ou, mesmo, desistirão de alugar seus imóveis para os idosos. Portanto, a decisão judicial, em verdade, veio a prejudicar o mercado de aluguéis no Estado (X) para os sexagenários que, passarão, definitivamente, a não ter mais condições de alugar imóveis por conta da intervenção extremamente negativa do Estado (X) na Economia, via Poder Judiciário.”

5. Judiciário, Eficiência⁵³ e Maximização de Utilidade.

Conforme se explicará a seguir, é desejável que as decisões judiciais busquem a eficiência^{54,55} e, em termos comparativos, a busca pela eficiência é provavelmente mais 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 ou justiça redistributiva. Eficiente será a decisão que preservar o contrato ou modificá-lo de maneira em que as partes ainda permaneçam em uma posição de maximização de utilidade⁵⁶.

A justificativa para a busca pela eficiência apresenta aspectos diversos, alguns mais simples e outros mais complexos, e 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 (elaborada no espaço residual contratual de autonomia) buscando manter sua validade (salvo nos casos já mencionados) ou reduzir sua extensão da menor maneira possível (quando ela for realmente abusiva), 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 a intenção inicial destas⁵⁷.

⁵³ 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), Orlando Celso da Silva Neto 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.”

⁵⁴ 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.”*

⁵⁵ Nesse sentido, merece citação:

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.

⁵⁶ 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.

⁵⁷ 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 pode justificar a não aplicação da legislação vigente em função de sua ineficiência. 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.

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 terá não apenas 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 similares⁵⁸.

E, se existir esta possibilidade, deve considerar também quais as consequências da tomada de idêntica decisão nas diversas lides similares (tanto por questão de equidade quanto em função da existência de mecanismos de uniformização de demandas, lides similares devem ter soluções similares, apenas observando-se as diferenças⁵⁹). É absolutamente indesejável, por qualquer prisma que seja analisada a questão, que situações fáticas e jurídicas iguais levem a decisões distintas.

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 mencionado, 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 se tratando de grande proprietário, o qual poderia financeiramente suportar a perda de receita ou seu alongamento, as consequências podem ser muito ruins, com reflexos nos próprios sexagenários supostamente beneficiados pela decisão (ou por decisões similares). Pode ser que o proprietário 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 que tomarem conhecimento da decisão 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 (ou qualquer outra) política pública⁶⁰. O Judiciário não pode 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

⁵⁸ O artigo 25 do Código de Ética da Magistratura Nacional (DJU, p. 1 e , 18 de setembro de 2008) dispõe que: “art. 25 – Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar.”

⁵⁹ É preciso saber aplicar de forma correta a distinção (distinguishing) entre situações fáticas aparentemente similares, mas com diferenças relevantes, a justificar distinta solução jurídica.

⁶⁰ Cabe aos Poderes Executivo e Legislativo, se julgarem pertinente, criarem condições para implementação de política social com esta finalidade, na forma de criação de subsídios 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. Se for este o 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.

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. Toda intervenção judicial tem consequências no funcionamento do mercado, e isso deve ser considerado.

Qualquer mudança comportamental radical, como as motivadas por decisões altamente interventoras e imprevisíveis trará 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 judicial⁶¹. 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’ onerosas⁶², pouco afetando o custo total do contrato para o consumidor.

6. A liberdade de contrato a partir de sua equação econômica.

O ponto central deste artigo é que menos intervencionismo judicial no espaço residual de autonomia é melhor para o consumidor do que mais intervencionismo. Mais do que isso, conforme já mencionado, esta liberdade de contrato maximiza utilidade, a qual pode ser geralmente expressa em termos econômicos⁶³. Esta função econômica é absolutamente importante para se compreender a importância do contrato e da correta interpretação de seu conteúdo. Por meio do contrato, em outras palavras, realiza-se o direito das partes determinarem qual o feixe de direitos e deveres desejam constituir⁶⁴ e, por meio dele, as partes conseguem a alocação eficiente 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 assimetria⁶⁵, mas estes problemas não afetam a validade da premissa de que contratos de consumo são instrumentos de maximização de utilidade.

⁶¹ 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 atendendo a 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.

⁶² 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 (How to repair unconscionable contracts, p. 13) “*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.*”

[tradução livre]

“*Em algumas 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.*”

⁶³ Utilidade não se resume a riqueza ou a seu aumento, mas muitas vezes há significativa correlação entre elas.

⁶⁴ 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, recebidas pelo ordenamento jurídico, geram efeitos para seus participantes. O contrato é o instrumento de autonomia privada.*”

⁶⁵ 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. EALR, V. 10, nº 1, p. 52-74, Jan-Abr, 2019

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, porque o juiz interventor não está em posição melhor (ou seja, não tem melhor informação) do que as partes para definir ou modificar feixes de direitos e obrigações livremente constituídas.

A conclusão de que o contrato maximiza utilidade das partes, ainda que de forma desigual, não é refutada pela constatação de que nas relações de massa o contrato não é livremente negociado, mas simplesmente proposto e aceito. Esta propositura unilateral 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. Há outros fatores que limitam o poder do fornecedor em um mercado competitivo⁶⁶. A própria competição constitui poderoso mecanismo limitador de conteúdo contratual⁶⁷, o fornecedor muitas vezes pretende se engajar em relações repetidas e adota uma postura de cooperação e assim por diante.

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. Se, por um lado, pode-se dizer que a razão para o Judiciário expurgar dos contratos cláusulas ilegais e ofensivas à ordem pública é também o custo que a observância destas cláusulas imporia à sociedade (e não apenas às partes)⁶⁸, por outro, não preservar aquilo que livremente contratado no espaço reservado por lei impõe custos não apenas individuais mas também sociais, podendo eventualmente, para beneficiar um único consumidor, prejudicar todos os demais, conforme se demonstrou aqui.

7. Conclusão

Após todo o exposto, pode se concluir que a adoção de uma postura restritiva no que diz respeito à intervenção judicial sobre o conteúdo de contratos de consumo gera maiores benefícios aos consumidores do que a postura oposta (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), inclusive do direito dos contratos de consumo, que é, no

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.

⁶⁶ Em um mercado não competitivo, mas regulado, este papel limitador cabe ao órgão regulador.

⁶⁷ Como bem explica Richard Posner (Economic analysis of Law, p. 127):

“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

[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”.

⁶⁸ 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.”

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*”⁶⁹

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 e que vem alcançando 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 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 contratantes⁷⁰, salvo no caso de regras de ordem pública, mesmo quando o contrato foi objeto de estipulação unilateral⁷¹ (o que é o caso na maior parte das vezes). 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 contrato⁷².

⁶⁹ Donald Wittman, *Economic Foundations of Law and Organizations*. Cambridge 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.”

⁷⁰ 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.

⁷¹ 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.

⁷² Existe ainda um outro argumento favorável à preservação e cumprimento do contrato, ao se combater e restringir as chances de ‘oportunismo *ex post*’, que é a preservação de um mercado saudável (*well functioning Market*, que não é o mercado de competição perfeita previsto na teoria econômica clássica, como bem Coloca Nathan B. Oman), o que vem em benefício de todos os seus participantes, e não apenas dos economicamente mais significativos. Diz Nathan Oman (*The dignity of commerce*. Chicago University Press, 2016, p. 36): “Contract Law strengthens and extends markets when it embodies three basic principles: security of Exchange, sanctity of contract, and freedom of contract. Security of Exchange can be summed up by the maxim of pact sunt servanda, contracts should be performed. One of the central sources of weak markets is the problem of *ex post* opportunism. In a world of simultaneous exchanges, the issue with which contract law grapples generally do not arise. Quid is exchanged for quo, but neither party must rely on the other’s future performance. The entirety of performance is collapsed into the moment of Exchange and nothing is left for the future. When Exchange is extended over time – as it inevitably must be in all but the simplest of markets – problems arise.

[tradução livre]

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, postura que resultará no benefício máximo ao consumidor.

8. Referências bibliográficas.

- Baccin, Dirceu. *As normas de defesa do consumidor brasileiras e seus impactos nas redes de eletrodomésticos gaúchas*. Dissertação de mestrado apresentada junto ao programa de Pós-Graduação em gestão e negócios da UNISINOS, defendida em 08 de maio de 2015. Cópia eletrônica fornecida ao autor.
- 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.
- Ben-Shahar, Omri e Schneider, Carl. *More than you wanted to know: the failure of mandated disclosure*, Princeton, 2014.
- Bodart, Bruno. Uma análise econômica do Direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres em beneficiar os consumidores. *Economic Analysis of Law Review*, v. 8, N. 1, p. 114-142, Jan-Jun, 2017.
- Buckley, F.H. Introduction. *The fall and rise of freedom of contract*. Duke University Press: Durham, 1999. P. 1-25.
- Craswell, Richard. "Freedom of Contract". Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 33, 1995.
- 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.
- Fried, Charles. *Contract as promise*. Harvard University Press, 1981.
- 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.

O Direito contratual fortalece e expande mercados quando incorpora três princípios básicos: segurança de troca, santidade do contrato e liberdade de contrato. Segurança de troca pode ser resumida na máxima *pacta sunt servanda*, contratos devem ser cumpridos. Uma das causas principais de mercados fracos é o problema do oportunismo *ex post*. Em um mundo de trocas simultâneas, os assuntos polêmicos do direito contratual não surgem. *Quid* é trocado por *quo*, mas nenhuma das partes precisa depender da performance futura da outra. Toda a performance contratual acontece no momento da troca e nada é deixado para o futuro. Quando a troca se prolonga ao longo do tempo – como é inevitável em todos exceto o mais simples dos mercados – surgem problemas.

- 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.
- Posner, Eric. In: Salama, Bruno. (org.) *Análise econômica do Direito contratual: sucesso ou fracasso?* Saraiva, 2010.
- 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 rescisão 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. 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. 139-162.
- . 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.
- Sunstein, Cass. *Why Nudge?* Yale University Press, 2011.
- 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.
- . *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. São Paulo: Atlas, 2015, 2ª ed.
- 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.