

# CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS: INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS MASSIFICADOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONTRATUAIS E DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Luiz Alberto Fontana França<sup>1</sup>

Oksandro Gonçalves<sup>2</sup>

Resumo: O objetivo deste artigo é analisar o estado atual da doutrina e da jurisprudência nacional em relação às cláusulas contratuais gerais nos contratos massificados. A doutrina em relação ao contrato se desenvolveu levando em conta o contrato individual, pautado na liberdade e na igualdade entre as partes. Tal modelo contratual, porém, já não encontra respaldo nas diversas operações econômicas repetitivas realizadas diariamente, com cláusulas abstratas, uniformes e predispostas. Em adição, pretende o presente artigo examinar a abertura do ordenamento jurídico brasileiro para uma análise consequencialista das normas e institutos, com a utilização da chamada análise econômica do direito (AED).

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Especializando em Direito Civil Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

<sup>2</sup> Professor Titular da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná vinculado à graduação, especialização *lato sensu* e ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* (Mestrado e Doutorado); Doutor em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogado. Bolsista CAPES processo n. BEX 049016-4. CAPES Foundation, Ministry of Education of Brazil, Brasília/DF 70040-020, Brazil.

Palavras-chave: Contratos, cláusulas contratuais gerais, interpretação, análise econômica do direito.

## 1 INTRODUÇÃO.



contrato na sociedade globalizada e de consumo assume papel central, por ser o instrumento que por excelência permite as trocas de bens e serviços entre agentes econômicos no mercado<sup>3</sup>.

Diversos foram os avanços no direito obrigacional decorrentes da dinâmica da economia capitalista industrial, cada vez mais integrada e globalizada. Torna-se, contudo, impossível à legislação (em decorrência do próprio processo de aprovação das leis) acompanhar *pari passu* a dinâmica econômica.

Somado a isso temos a importação, cada vez com maior frequência, de institutos e soluções estrangeiros, em decorrência da globalização e da dinâmica das trocas econômicas.

A interpretação dos contratos, nessa situação, ganha especial relevância, pois cabe ao intérprete (na impossibilidade de a lei acompanhar os avanços tecnológicos, econômicos, etc.) tornar possível o pleno funcionamento das engrenagens do processo econômico. A adequação do sistema jurídico no que diz respeito às obrigações e aos contratos, normalmente, antes de chegar à legislação passa pela interpretação, principalmente no Poder Judiciário, de novas situações ocorridas na sociedade e no mercado.

As cláusulas contratuais gerais<sup>4</sup> são típico exemplo de

---

<sup>3</sup> Como nos traz Paula FORGIONI “O mercado identifica-se, assim, com um emaranhado de relações contratuais, tecido pelos agentes econômicos. Como já se afirmou, ‘o mercado (...) é feito de contratos, os contratos nascem do e no mercado.’ Na dicção de ROPPO ‘na economia moderna, é o contrato, acima de tudo, que cria riqueza’.” (FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: RT, 2009, p. 26.).

<sup>4</sup> Contratos formulário, contratos de adesão ou outra nomenclatura que seja utilizada, como melhor explanado no decorrer do artigo.

modernização do processo de contratação, que visam permitir as trocas econômicas no momento atual da economia, em que a demanda por bens e serviços aumentou exponencialmente, o que torna impossível nesses casos uma prévia discussão de todos os termos do contrato.

O presente artigo busca analisar as cláusulas contratuais gerais num contexto de massificação contratual<sup>5</sup>, bem como sua adequação ao ordenamento jurídico pátrio, à luz principalmente daquilo que se convencionou chamar de análise econômica do direito (AED)<sup>6</sup>.

## 2 DO CONTRATO DO SÉCULO XIX AOS CONTRATOS DO SÉCULO XXI: EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NOÇÃO DE CONTRATO.

A ascensão da burguesia no final da Idade Média trouxe consequências para a economia, que no modelo feudal era rural e com baixo volume de trocas, e tornou necessária a adequação do ordenamento jurídico ao modo de produção emergente (pautado em trocas de mercadorias entre pessoas livres e iguais, ao menos em seu aspecto formal)<sup>7</sup>. As relações comerciais burguesas, aliás, necessitavam dessa igualdade e liberdade formais para

---

<sup>5</sup> Apesar de não se tratar de fenômeno exclusivo de contratos massificados ou de contratos de consumo.

<sup>6</sup> A AED é “uma reformulação econômica do Direito que coloca no centro dos estudos jurídicos os problemas relativos à eficiência do Direito, o custo dos instrumentos jurídicos na persecução de seus fins e as consequências econômicas das intervenções jurídicas” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria Geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 68.).

<sup>7</sup> “Preocupado em romper com o regime absolutista e seus privilégios de classe, eliminando, ao mesmo tempo, o que foi qualificado como o caráter dispersivo e inseguro do direito do medievo, pelas peculiaridades de sua conotação pluralista, o liberalismo jurídico consagrou, no século XIX, a completude e unicidade do direito, que passou a ter como fonte única o Estado, com seu poder ideologicamente emanado do povo, a neutralidade das normas com relação a seu conteúdo, e a concepção do homem como sujeito abstrato, como os postulados fundamentais do Estado do Direito.”(RAMOS, Carmen Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem

se desenvolverem. Era necessário, após as Revoluções burguesas, o favorecimento (com a criação de mecanismos jurídicos para que as trocas fossem realizadas) da realidade econômica estabelecida, em que a propriedade privada pudesse ser adquirida independente de laços pessoais e no qual as trocas de mercadorias não dependessem do status pessoal da parte contratante.

Não é mera coincidência no século XIX a consolidação dos grandes Estados contemporâneos e o fenômeno das Codificações de viés liberal burguês. Para o desenvolvimento do capitalismo nascente<sup>8</sup> se fazia necessária segurança jurídica, liberdade (de contratar, de consumir) e igualdade (ainda que formal) entre as partes, as quais se buscava com ambos os fenômenos.

É nesse contexto<sup>9</sup> que o contrato surge como categoria

---

fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 4.).

<sup>8</sup> Como nos expõe Paula FORGIONI “A sociedade somente existe porque há trocas, isto é, porque os agentes econômicos podem buscar a satisfação de suas necessidades. ‘Não poderia durar muito uma sociedade em que se mantivesse invariável a distribuição dos bens existentes em dado momento’. Os contratos instrumentalizam esse processo, pois dão às empresas a oportunidade de escolher com quem contratar, como contratar e o conteúdo da contratação. A autonomia privada é, assim, viga mestra do sistema contratual, servindo ao seu funcionamento. (Op. cit., p. 81-82.).

<sup>9</sup> A matriz filosófica para esse desenvolvimento está no jusnaturalismo do século XVII, bem como no contratualismo de Hobbes, Locke e Rousseau. Como adverte Judith Martins COSTA sobre o iter para se chegar ao desenvolvimento das ideias de contrato liberal burguês “foram necessários pelo menos cinco séculos de ingente esforço da filosofia, esforço cujas raízes estão fincadas na escolástica tardia através das obras de Guilherme de Ockham e de Duns Scotus, expoentes do nominalismo. Nesse preciso momento- o século XIV- o voluntarismo que se encontra na gênese do conceito de contrato por nós recebido inicia sua trajetória, que será secular e dominará todo o raciocínio político e jurídico do mundo ocidental”. (COSTA, Judith Martins. A noção de Contrato na história dos pactos. In: *Uma Vida Dedicada ao Direito: (Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 499-500.).

A noção de pacto ou contrato já existia desde a Antiguidade, porém com outra concepção. Como explica Judith MARTINS COSTA “... a noção romana de *contractus* pouco ou nada tem a ver com aquela fixada nos Códigos modernos que ainda nos regem, hoje dita ‘em crise’: no direito romano o termo, com conotação objetiva, era utilizado para designar certos tipos especiais de acordos, reconhecidos como obrigatórios e providos de *actio*” Op. cit., p. 498. No mesmo sentido o professor Enzo ROPPO. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 15-17.

abstrata e autônoma no Código de Napoleão de 1804<sup>10</sup>, proveniente da ideia da vontade<sup>11</sup> como expressão suprema e inderrogável da liberdade individual<sup>12</sup>.

O contrato como instrumento de circulação da propriedade e da riqueza sempre sofreu forte influência do campo econômico e das mudanças da sociedade. Como deixa claro Enzo ROPPO<sup>13</sup> “os conceitos jurídicos – e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato- refletem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental. ”

---

Como nos adverte Enzo ROPPO: Parece lícito pensar que, enquanto sempre existiram operações econômicas (actos materiais de transferência de riqueza), os contratos, no sentido em que estamos habituados a entendê-los, como categoria lógica e instrumento de sua formalização jurídica, são, ao invés, matéria de aquisição mais recente. (Op. cit., p. 15.).

<sup>10</sup> Seguido por outros Códigos na Europa continental, como o BGB (Código Civil alemão), do final do século XIX, o qual foi influenciado pelas ideias da escola pandectista, em que o direito é pautado em conceitos abstratos e genéricos. Sobre o tema: “O Código Civil alemão (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) é “produto da ciência jurídica pandectista de expressão alemã. As definições, cuidadosamente reduzidas em sistemas e auxiliadas por um aparato linguístico elaborado [...]. Nada é deixado à improvisação” (...) Segundo Foster e Sule, os dois maiores eixos estruturantes do BGB são o princípio da liberdade contratual (Vertragsfreiheit) e o princípio da abstração (Abstraktionsprinzip)”. (FACCHINI NETO, Eugênio; HAEBERLIN, M. P.. *O 'Estilo' Jurídico Alemão: breves considerações sobre alguns dos seus fatores determinantes*. Revista da Ajuris, 2014. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/227/163>> Acesso em 15/10/2016.).

<sup>11</sup> Como nos traz Márcia Carla PEREIRA RIBEIRO sobre o tema e também sobre a evolução da noção de contrato “Acreditar na palavra, toma-la por absoluta, expressa a busca pela segurança e estabilidade que possam fazer da existência alguma coisa mais previsível. No Direito Romano, que chegou aos Canonistas, o apego pela forma parecia responder ao anseio pela estabilização das relações jurídicas. Foi na Idade Média, segundo Nalin, que os Canonistas combateram o fetichismo das formas do Direito Romano, já que ‘a formalidade refletida pelos contratos solenes era adversa ao meio de divulgação da fé cristã (palavra dita e não escrita)’, acentuando a prevalência da palavra ao ser cotejada com a forma.” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. O século XXI, a era do não contrato? *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, 139, p. 128, julho-setembro de 2005.).

<sup>12</sup> COSTA, Judith Martins. Op. cit., p. 501.

<sup>13</sup> ROPPO, Enzo, Op. cit., p. 7.

A correlação existente entre a disciplina legal dos contratos e a economia se mostram evidentes, como já nos lembrava ROPPO<sup>14</sup>:

Deve ficar claro, de facto, que a disciplina legal dos contratos- longe de limitar-se a codificar regras impostas pela “natureza” ou ditadas pela “razão” (como afirmavam os seguidores do direito natural)- constitui, antes, uma intervenção positiva e deliberada do legislador (das forças políticas que exprimem o poder legislativo), destinada a satisfazer determinados interesses e sacrificar outros em conflito com estes, tentando dar as operações econômicas concretamente realizadas um arranjo e um processamento, conformes aos interesses que, de quando em quando, se querem tutelar.

Aliás, não se pode ignorar a íntima ligação existente entre a Economia e o Direito. Enquanto a primeira estuda como a sociedade administra recursos escassos/finitos, o segundo ordena as relações sociais através de normas jurídicas. Ambas se afetam mutuamente, nesse sentido para Alexis JACQUEMIN e Guy SCHRANS no livro *Le Droit économique*<sup>15</sup>:

L'ordre juridique affecte le systeme économique existant et em est affecté. Le fonctionnement harmonioeux d'un systeme économique déterminé requiert um certain nombre de règles de droit qui assurent l'appropriation et l'usage des facteurs de production, des produits ou des services. Em sens inverse, toute ordre juridique a des repercussions, recherchées ou non, sur le systeme économique qu'il encadre, regit ou normalise.<sup>16</sup>

No mesmo sentido Fábio NUSDEO<sup>17</sup> sobre a integração entre Economia e Direito:

---

<sup>14</sup> *Ibidem.*, p. 22.

<sup>15</sup> Apud. DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Econômico: globalização e constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 25.

<sup>16</sup> Em tradução livre: A ordem jurídica afeta o sistema econômico existente e é afetado por ele. O funcionamento harmonioso de um sistema econômico determinado requer certo número de regras de direito que assegurem a apropriação e a utilização dos fatores de produção dos produtos e serviços. Em sentido invertido, toda ordem jurídica tem suas repercussões pesquisadas, ou não, pelo sistema econômico que a envolve, rege e normatiza.

<sup>17</sup> NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 30.

Direito e Economia devem ser vistos, pois, não tanto como duas disciplinas apenas relacionadas, mas como um todo indiviso, uma espécie de verso e reverso da mesma moeda, sendo difícil dizer-se até que ponto o Direito determina a Economia, ou, pelo contrário, esta influi sobre aquele. Existe, isto sim, uma intrincada dinâmica de interação recíproca entre ambos, donde tornar-se indispensável para o jurista o conhecimento, pelo menos, de noções básicas de Economia e vice-versa para os economistas.

O indivíduo age ao contratar, ao efetuar trocas, de modo racional para satisfazer suas necessidades. O Direito Contratual visa regular ditas trocas de bem escassos de modo a permitir a satisfação de necessidades e “impedir os indivíduos de se comportarem de forma oportunista em relação à contraparte, de forma a estimular o fluxo de operações no mercado e (ao mesmo tempo) substituir as medidas de autoproteção.”<sup>18</sup> Ou seja, o direito cria garantias de que as transações econômicas possam ocorrer, sejam cumpridas e eficientes<sup>19</sup>.

De modo que a teoria contratual moderna surgiu atrelada ao individualismo filosófico e ao liberalismo econômico e inspirou o Código Civil brasileiro de 1916<sup>20</sup> e a doutrina brasileira. Valorizou-se nessa concepção a vontade do indivíduo como criadora de obrigações, direitos e deveres.

A partir dessa concepção individualista e liberal, ligada aos ideais burgueses, é que os princípios e as regras contratuais

---

<sup>18</sup> POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. Toronto: Little, Brown and Company, 1992, p. 91. Apud. LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. Nivelamento de Cláusulas Contratuais Gerais e o efeito de Akerlof: uma perspectiva da análise econômica do Direito. *Revista Virtual Milton Campos*, vol. 4, 2010, p. 5.

<sup>19</sup> “Os contratos exercem função essencial no sistema de mercado, propiciando e facilitando as trocas de bens jurídicos, aumentando seu valor. E cada aumento de valor propiciado por uma troca contratual equivale a um aumento de valor total dos bens na sociedade. Os contratos, portanto, têm importante função no aumento da riqueza total da sociedade.”(LARA, Fabiano Teodoro de Rezende, Op. cit., p. 5.).

<sup>20</sup> O Código Civil de 1916 sofreu forte influência dos Códigos liberais europeus do século XIX, em especial do BGB alemão. Foi adotada estrutura similar à do BGB com uma parte geral e partes especiais e conceitos abstratos. Mais que isso, a doutrina brasileira tinha forte ligação com a cultura jurídica europeia, inclusive em decorrência de sua formação em Escolas como a faculdade de Direito de Coimbra.

foram forjados<sup>21</sup>, de modo a que o direito abraçasse a realidade econômica então vigente. Os princípios clássicos do direito contratual (*pacta sunt servanda*, relatividade dos efeitos contratuais, autonomia da vontade) foram moldados por essa visão econômica.

O contrato nesse modelo liberal é definido por Luciano Benetti TIMM<sup>22</sup> nos seguintes termos, que bem sintetizam os princípios antes referidos:

A concepção liberal de contrato era a de um acordo livremente manifestado de vontades entre as partes (consenso) - tomadas igualmente pelo sistema jurídico - independentemente de qualquer formalidade para sua perfectibilização (em regra). Após o encontro das vontades, isto é, o consenso (proposta e aceitação), as partes estarão obrigadas a dar, fazer ou não fazer alguma coisa, não sendo lícito a nenhuma delas, isoladamente, desistir do negócio (*pacta sunt servanda*); também não será lícito ao juiz interferir no que fora livremente pactuado entre as partes.

O paradigma de Estado Liberal, contudo, que deu origem a essa concepção liberal de contrato, foi superado, a partir principalmente do século XX, em decorrência das inúmeras mudanças ocorridas no campo econômico e político, bem como pela profundas contradições e desigualdades decorrentes do modelo de Estado Liberal. Desde o século XIX o contrato é afetado por imposições de ordem pública, bem como adverte-se para a existência de um dirigismo contratual<sup>23</sup>.

Como apregoam Eros Roberto GRAU e Paula FORGIONI<sup>24</sup>:

Desde a segunda metade do século XIX, o direito dos contratos é afetado por imposições da ordem pública (poder de polícia, a

---

<sup>21</sup> “Ao Direito cabia dar os instrumentos que pudessem oferecer as garantias à implementação dos valores dominantes.” COSTA, Op. cit. p. 503.

<sup>22</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 35.

<sup>23</sup> Dirigismo esse que foi expandido no século XX em decorrência das condições econômicas e políticas.

<sup>24</sup> GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. Ainda um Novo paradigma dos Contratos In. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 21.



defesa dos bons costumes, imposições ‘protetivas’ do direito do trabalho, a legislação antitruste, v.g.). Essas intervenções prosseguem até a instalação do que se tem referido como a normatividade do Welfare State, com impacto marcado sobre a disciplina dos contratos.

Estes passam a ser apresentados menos como uma livre construção da vontade humana do que como contribuição da atividade dos agentes econômicos à arquitetura geral da economia, definida pelo Estado.

Com essa mudança do Estado Liberal para o Estado Social o Estado deixa de ser mero garantidor de direitos, para se tornar promotor e indutor de condutas e objetivos previamente traçados.

Criaram-se leis para defesa da parte hipossuficiente (leis trabalhistas, ambientais, consumeristas<sup>25</sup>), de modo a promover uma igualdade material entre as partes e os objetivos previamente definidos pelo Estado. Referidas normativas afetam o direito contratual e o caráter unitário e central do Código Civil no regramento da relação contratual privada.

O avanço na produção massificada de bens e serviços, a expansão demográfica, a globalização econômica, tornam impossível a existência de uma ampla negociação entre as partes contratantes, pautada em uma ideia de igualdade formal entre as partes e de ampla liberdade, que discutiam amplamente as cláusulas contratuais.

É nesse contexto que a doutrina trata da objetivação e despessoalização do contrato. Como bem pondera Enzo ROPPO<sup>26</sup>:

As exigências da produção e dos consumos de massa, a necessidade de acelerar, simplificar, uniformizar a série infinita das

---

<sup>25</sup> São exemplo dessa legislação em defesa da parte hipossuficiente da relação o Decreto-Lei 5452/43 no âmbito trabalhista, que consolidou na CLT uma série de legislações protetivas; no âmbito ambiental a lei 9055/95 que disciplina a comercialização de amianto, a lei 9294/96 que dispõe sobre restrições de uso de propaganda de bebidas alcoólicas, medicamentos, defensivos agrícolas, fumíferos; na seara do consumidor pode ser citada a lei 8078/90 que criou o Código de Defesa do Consumidor.

<sup>26</sup> Op. cit., p. 69.

relações entre as empresas e a massa dos consumidores determinam ‘um processo de objectivação da troca, o qual tende a perder parte dos seus originais caracteres de voluntariedade’ (Galgano).

Numa sociedade de consumo e globalizada, os contratos instrumentalizam o processo de trocas entre agentes econômicos racionais, que buscam a satisfação de suas necessidades. Realizadas de maneira repetitiva e incessante as trocas entre os agentes econômicos não mais são realizadas levando-se em conta preponderantemente as características subjetivas do contratante, mas sim os bens e serviços necessários à subsistência e à vida em sociedade.

Nesse contexto a ampla negociação das cláusulas contratuais foi superada pela existência de cláusulas uniformes, as quais são predispostas por uma das partes ou terceiros. Essa situação decorre da massificação dos contratos. Esse é um, dentre vários motivos, que levaram alguns doutrinadores<sup>27</sup> a preconizarem “a morte do contrato”. Em verdade a preconizada “morte do contrato” representa antes de mais nada a necessidade de superação da teoria contratual clássica e sua adequação ao atual momento. O contrato sofreu uma objectivação em que a liberdade, em que antes se pautava o contrato, deve ser reinterpretada, de modo a que o contrato possa ser interpretado como instrumento da circulação econômica que já ocorre.

Como já expuseram Eros GRAU e Paula FORGIONI<sup>28</sup> sobre a padronização das cláusulas uniformes “estas não de ser permitidas e estimuladas porque se mostram adequadas à diminuição dos custos de transação do agente econômico; é eficiente empregar o mesmo instrumento contratual em várias situações, independente de quem seja ou atue como contraparte.”

A noção de contrato, portanto, é influenciada pelo momento histórico descrito e pela pluralidade de fontes

---

<sup>27</sup> GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. 2º ed. Ohio: Ohio State Press, 1995.

<sup>28</sup> Op. cit., p. 22.

normativas (Constituição, leis consumeristas, ambientais, dentre outras) a intervirem na economia e nas relações privadas.

O Código Civil de 2002, repetiu muitos artigos do Código revogado, especialmente em matéria contratual. Referido Código positivou a lesão, o abuso de direito, a onerosidade excessiva, além disso realizou grandes modificações em relação a principiologia contratual positivando a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

No que diz respeito ao fenômeno das cláusulas contratuais gerais, contudo, o Código foi tímido, ao tratar do tema em somente dois artigos (mais especificamente os artigos 423 e 424 do Código Civil), que se somam às normas do CDC sobre os contratos de adesão. Diferentemente de outros países em que há regramento específico sobre o tema há muitos anos.

Referido tratamento incipiente propícia variadas interpretações pelos Tribunais sobre o tema, o que acarreta em insegurança jurídica e perda de eficiência nas trocas econômicas<sup>29</sup>, de modo a ser necessária a superação da interpretação desse fenômeno à luz de concepções liberais ou paternalistas.<sup>30</sup> As partes são influenciadas em seu agir pelo

---

<sup>29</sup> “É através da ponderação racional do conjunto de fatores que, em sua percepção, estão presentes e incidem sobre uma determinada situação que se forma uma conjuntura favorável ou desfavorável para investir, que pode tornar as perspectivas de um negócio oportunas ou não. Mas o agir racional do agente econômico não acontece no vácuo social. Ao contrário, ele é influenciado e contingenciado pelo contexto institucional que o certa.” (TIMM, Luciano. Análise econômica do direito das obrigações e contratos comerciais. In. COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de direito comercial*. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 205.).

<sup>30</sup> Tivemos a oportunidade de trabalhar o tema do paternalismo associado à economia e a psicologia, demonstrando que o modelo de Estado em algumas oportunidades reflete os estilos parentais, ocasionando estruturas paternalistas em excesso. Em conclusão final, restou assim apresentado: “*Em um país com um longo histórico colonial e que alcançou a sua independência há tão pouco tempo, parece ser especialmente difícil falar em liberalismo em sua forma pura (a falta total de supervisão): pois as consequências podem ser severas. Por outro lado, manter um Estado que ao intervir constantemente toma para si todas as responsabilidades, tampouco parece adequado: gera inseguros e impõe obstáculos ao crescimento. Assim, o mais ideal parece ser buscar um meio termo. Algo que não imponha exigências impossíveis de se realizar,*

ambiente institucional em que se inserem, pela interpretação que se dá às cláusulas contratuais e às garantias contratuais. Ou seja, pela segurança jurídica que existe em relação ao pactuado. A insegurança jurídica, de outro modo, impede o desenvolvimento do mercado e a realização de transações eficientes.

O contrato advindo dessa nova realidade deve ser interpretado de acordo com a função econômica por ele exercida<sup>31</sup>.

### 3 DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS NOS CONTRATOS DE CONSUMO E DE SUA ADEQUAÇÃO À NOÇÃO DE CONTRATO.

A industrialização acentuada no decorrer do século XX, com a massificação das trocas de bens e serviços, e uma população em constante expansão, tornou necessária a busca por simplificação e eficiência nas trocas comerciais<sup>32</sup>. Nesse

---

*ou que impeça o desenvolvimento. Nessa perspectiva, conclui-se que algo como o Paternalismo Libertário seria provavelmente a alternativa mais adequada porque a economia se enquadra com o Estilo Parental Participativo e significa direcionar as escolhas sem, contudo, privar a liberdade. Entretanto, e por fim, não se deve olvidar de que esta conclusão deve ser entendida com reserva, visto que nada pode ser simplificado e/ou considerado inalterável, que as relações (sejam entre pais e filhos, ou entre o Estado, seus cidadãos e sua economia) são complexas, e que, assim, não se deve ater-se em soluções que prometam a perfeição eterna para quaisquer problemas que apareçam pelo caminho, especialmente na seara econômica.” SANTOS, Nátali Emilym dos; GONÇALVES, Oksandro Osdival. *Pátria mãe: a relação entre o papel do Estado e estilos parentais*. Revista Jurídica Direito & Paz, São Paulo, Lorena, Ano XVIII, n. 35, p. 234-255, 2º semestre, 2016.*

<sup>31</sup> Já advertia Orlando GOMES que “A função econômico-social do contrato foi reconhecida, ultimamente, como a razão determinante de sua proteção jurídica.” (GOMES, Orlando. *Contratos*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 19.).

<sup>32</sup> Paulo Luiz Netto LÔBO elenca os seguintes fatores econômico-sociais: “a) a explosão demográfica, que em cinquenta anos fez crescer a população mundial em níveis superiores aos dos últimos dois mil anos; b) a acelerada urbanização e suas demandas de serviços, c) o gigantismo empresarial e a concentração de capitais privados ou estatais; d) o fornecimento de bens e serviços em grande escala; e) o consumo em massa; f) a racionalização e a redução dos riscos das empresas em suas relações com outras empresas e com o consumidor final; g) a impossibilidade real de tratativas individuais

contexto é que as cláusulas contratuais gerais<sup>33</sup> surgiram e se expandiram no decorrer do século passado.

O fenômeno da objetivação do contrato, com a existência de cláusulas contratuais gerais, abstratas, uniformes e predispostas não é novo, porém ainda não mereceu tratamento adequado do ordenamento jurídico pátrio. Como nos expõe Diogo Machado MELO<sup>34</sup> sobre as cláusulas contratuais gerais:

As cláusulas contratuais gerais permitem, portanto, a racionalização das atividades empresariais, evitando a repetição de atos idênticos, propiciando a redução dos custos e dos preços de bens e serviços disponibilizados ao público. Permitem a simplificação (e aceleração) da conclusão dos negócios, e ainda, sob o ponto de vista do gestor predisponente, propiciam um maior controle dos riscos comuns nas relações de mercado. Segundo alguns, se o direito não se adaptasse a essa realidade, passando a exigir, tal como o modelo clássico, o prévio acordo para integralização das cláusulas contratuais gerais nos contratos individuais, a economia e as próprias relações sociais ‘entrariam em colapso’.

O fenômeno das cláusulas contratuais gerais, nessas

---

entre o grande fornecedor e todos os que necessitavam dos bens e serviços; h) a desigualdade de poder negocial (bargain power) entre a grande empresa e os que se encontram em estado de necessidade na demanda dos bens e serviços imprescindíveis à vida cotidiana ou de debilidade econômica; i) o uso disseminado da computação massiva de propaganda, nem sempre veraz, através dos modernos meios de comunicação, induzindo necessidades de consumo; l) a elevação da consciência jurídica no que se refere à tutela do consumidor. (*Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 12.).

<sup>33</sup> A nomenclatura utilizada no presente artigo para tratar do fenômeno segue a mesma nomenclatura portuguesa (Decreto-Lei 446/85) e alemã (ABG- Gesetz, de 9/12/1976, nomenclatura posteriormente incorporada pelo Código Civil alemão), em decorrência de sua abrangência. Com diferenças que não podem ser ignoradas, mas que não são objeto do presente estudo, são utilizadas as expressões contratos de adesão na França, Condições Gerais dos contratos na Espanha (Lei 7/1998) e na Itália (Código Civil italiano art. 1341). (MELO, Diogo L. Machado. *Cláusulas Contratuais Gerais: contratos de adesão, cláusulas abusivas e Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 39-40.) Utilizam-se, ainda, para tratar do tema as expressões contratos standard, contratos padronizados, contratos-tipo, contratos pré-redigidos, contratos formulário.

<sup>34</sup> MELO, Diogo L. Machado, Op. cit., p. 16.

condições, está inserido na busca por eficiência econômica<sup>35</sup> e na redução dos custos de transação<sup>36</sup>. Como expõe Fernando ARAÚJO<sup>37</sup> sobre a existência das cláusulas contratuais gerais e as razões da massificação:

Os custos de obtenção da informação, que justificam a adoção de atitudes de ignorância racional, justificam também o fenómeno dos contratos de adesão (os ‘standard form contracts’) e o recurso a cláusulas contratuais gerais (as ‘boilerplate provisions’), fenómeno no qual o consensualismo, com a sua exigência de estipulação elaborada, deliberada e consciente de ambas as partes, deve a uma espécie de ‘legislação privada’, com poderes de coordenação atribuídos à parte que predispõe os termos contratuais (...)

Os princípios em que se fundaram a concepção liberal burguesa de contrato (liberdade e igualdade contratual, relatividade do contrato), pelo menos em sua concepção clássica, são insuficientes para tratar do referido fenómeno<sup>38</sup>.

---

<sup>35</sup> “Um sistema de contratos e garantias lento, burocrático e ineficiente tende a aumentar os custos de transação das empresas, porque tende a aumentar os custos de informação, de monitoramento e de barganha”. (TIMM, Luciano. *Análise...*, p. 212).

<sup>36</sup> Busca de eficiência e redução de custos, diga-se, também existente também por parte daquele que consome ou adere às condições gerais, pois necessita dos bens e serviços, como nos expõe Fernando ARAÚJO. *Op. cit.*, p. 464. Ambas as partes do contrato, portanto, tem benefícios, não só o proponente das cláusulas. Mais que isso, as condições gerais do contrato garantem o tratamento igualitário à uma massa indeterminada de indivíduos, que poderão conformar seu comportamento aos ditames previamente estabelecidos e saberão os direitos e deveres de cada parte, bem como quais as consequências de seu agir.

<sup>37</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 460.

<sup>38</sup> Como já advertia Orlando GOMES em sua clássica obra sobre o tema “Na tentativa de reduzir ao contrato as situações oriundas do novo estilo da vida econômica, revela-se, mais amíúde, a propensão para ajustá-las com sacrifício de qualquer esforço, para definir distintamente as novas figuras jurídicas, mas, também, para conservar a sistemática que concentra na categoria contratual toda forma de relação entre sujeitos do direito. Esse obstinado consensualismo, que vê em todo vínculo obrigacional a resultante de um acordo de vontades, esbarra com obstáculos ao se defrontar com novas relações, nas quais o exercício da autonomia provada consiste em determinado comportamento, a liberdade de constitui-la é eliminada, e a declaração de vontade torna o momento consensual uma contrafação. A insistência em emprestar natureza contratual

Historicamente referido fenômeno das cláusulas contratuais gerais foi primeiramente mencionado pela doutrina em trabalho do jurista francês Raymond Saleilles em 1901<sup>39</sup>, que cunhou a expressão contratos de adesão. Posteriormente em 1935 o jurista alemão Ludwig Raiser cunhou a expressão cláusulas contratuais gerais, que foi acolhida pela legislação alemã sobre o tema.<sup>40</sup>

De modo que o fenômeno da predisposição de cláusulas contratuais uniformes de há muito tem sido tratada pela doutrina estrangeira, bem como é objeto de legislação específica nos países da União europeia<sup>41</sup>. São exemplos dessa legislação específica: em Portugal Decreto-Lei 446/85, na Alemanha ABG-Gesetz, de 9/12/1976, a lei das Condições Gerais dos contratos na Espanha Lei 7/1998 e na Itália o Código Civil italiano em seus artigos 1341 e 1342.

Define Cláudia Lima MARQUES<sup>42</sup> as cláusulas contratuais gerais como sendo:

aquela lista de cláusulas contratuais pré-elaboradas unilateralmente para um número múltiplo de contratos, a qual pode estar ou não inserida no documento contratual e que um dos contratantes oferece para reger a relação contratual no momento de

---

a essas relações jurídicas tem determinado, até, a impressão crescente de que está ultrapassada a noção de contrato. (*Contrato de Adesão*: condições gerais dos contratos. São Paulo: RT, 1972, p. 29.). Porém, como deixam claro Eros GRAU e Paula FORGIONI "O discurso a respeito da crise do contrato e da necessidade de um novo paradigma é desenrolado a partir da análise da teoria clássica. No entanto, em todas as suas versões- especialmente naquela produzida pelos norte-americanos, que falam da morte do contrato- esse discurso é, na verdade, um discurso a favor da vida do contrato, na medida em que propõe a superação da teoria clássica. A 'queda da liberdade contratual', ao ensaiar a construção de uma nova teoria, evidencia precisamente o poder de sobrevivência do contrato, que continua embasando o sistema econômico à medida que este se transforma". (Grau, Eros Roberto, Op. cit., p. 17.).

<sup>39</sup> No livro: De la déclaration de volonté: contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code Civil Alleman.

<sup>40</sup> GOMES, Orlando. *Contrato de Adesão...*, p. 9. MELO, Diogo. Op. cit., p. 83-99.

<sup>41</sup> GOMES, Orlando. Op. cit., p. 5-9.

<sup>42</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª Ed. São Paulo, RT, 2002, p. 67.

sua celebração. Trata-se, portanto, de uma técnica de pré-elaboração do conteúdo para futuros contratos.

São as cláusulas contratuais gerais distinguidas pelos seguintes traços: unilateralidade, predeterminação, rigidez, abstração e rigidez<sup>43</sup>.

Isso porque se tratam de cláusulas contratuais redigidas previamente e que serão utilizadas em uma série indeterminada de contratos realizados no mercado.

As cláusulas podem ser redigidas pelo próprio proponente ou por terceiro, pois isso não lhes retira a característica de unilateralidade<sup>44</sup>. Independente da origem, porém, será ato unilateral do predisponente. A sua redação é prévia ao oferecimento ao aderente. Por se tratarem de cláusulas destinadas a um número indeterminado de relações tem como características a generalidade e a abstração<sup>45</sup>. São rígidas para que possam cumprir seu intento de atingir a uma pluralidade de contratantes indeterminados, mas determináveis no momento de sua redação.

Referidos traços distintivos são todos necessários para que as cláusulas contratuais gerais sejam utilizadas em futuros contratos, com pessoas que no momento de sua redação são indeterminadas, em igualdade de condições para todos os que a ele aderirem. Conferem as cláusulas contratuais gerais segurança jurídica a um mercado industrializado e globalizado. Ou seja, confere racionalidade econômica a contratação em um ambiente altamente competitivo e industrializado.

Podem ser citados, sem esgotar os exemplos dessa forma

---

<sup>43</sup> GOMES, Orlando. *Contrato de Adesão...*, p. 9-12.

<sup>44</sup> “A autoria intelectual e material dessas cláusulas não corresponde ao critério distintivo. Seja quem for o mentor intelectual de tais cláusulas, o fato é que estas são escolhidas, utilizadas e impostas pelo proponente sem participação ou negociação do aderente ao seu conteúdo” (MELO, Diogo. Op. cit., p. 56.).

<sup>45</sup> Alguns desses elementos são identificados na legislação europeia antes mencionada. Por exemplo, a generalidade está prevista na Diretiva europeia 13/93. A predisposição e a unilateralidade estão previstas na legislação alemã, portuguesa e espanhola.



de contratação, contratos bancários, de shopping center, de seguro, de previdência privada, de fornecimento público de luz, água, dentre outros.

Referidos “contratos de massa” são de existência fundamental na sociedade de consumo, como nos lembra Cristiano Heineck SCHMITT<sup>46</sup> “visto que nem o fornecedor-empresário, nem o consumidor, dispõem de tempo para discutir as cláusulas contratuais envolvendo objetos corriqueiros e necessários para a vida moderna”. Desse modo, não é possível negar a possibilidade de o consumidor contar previamente, como a fazer uma ressalva mental, com uma espécie de proteção estatal, ao racionalizar que pode celebrar aquele contrato sem uma análise mais profunda porque haverá uma proteção especial baseada no Código de Defesa do Consumidor, em que o aderente é a parte hipossuficiente.

Apesar das diferentes teorias<sup>47</sup> sobre a natureza jurídica das cláusulas contratuais gerais, quer parecer que elas não perdem sua característica contratual. A liberdade de contratação continua a existir, até mesmo com uma maior gama de possibilidades de escolha de bens e serviços, apesar da diminuição da liberdade em relação ao conteúdo das cláusulas contratuais. Não se nega a existência das cláusulas contratuais gerais antes da adesão da parte, porém, além de inexistir no direito brasileiro o controle prévio de cláusulas contratuais (como existe em outros ordenamentos<sup>48</sup>, por órgãos administrativos) as regras de validade, eficácia, interpretação, utilizadas nas cláusulas contratuais gerais são as regras contratuais, previstas no Código Civil e em legislação esparsa.

---

<sup>46</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 39.

<sup>47</sup> Sobre as teorias normativista, contratualista e eclética, acerca da natureza jurídica das cláusulas contratuais gerais, há na bibliografia citada maiores digressões.

<sup>48</sup> Como nos informa Paulo Luiz Netto Lôbo na obra citada na Suécia há um controle preventivo e abstrato das cláusulas contratuais gerais pelo Ombudsman. Basicamente as cláusulas são submetidas a órgão administrativo, para aprovação prévia.

#### 4 DO REGRAMENTO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO COMPARADO.

Como mencionado anteriormente as cláusulas contratuais gerais mereceram há muito tempo atenção do legislador estrangeiro, com a existência de legislação específica em países como a Alemanha, Inglaterra, França, Espanha, Portugal e Suécia<sup>49</sup>.

O Código Civil italiano de 1942 tratou do tema de modo pioneiro em 1942. Em dois artigos (1341 e 1342) o código estipulou lista de cláusulas abusivas que serão ineficazes, porém que podem ser consideradas eficazes se aprovadas por escrito.

Na Alemanha foi criada em 1976 de maneira pioneira legislação específica sobre o assunto, a Lei sobre as condições gerais dos negócios (AGB-Gesetz)<sup>50</sup>.

Devido ao seu pioneirismo a legislação alemã veio a influenciar a criação de leis em outros países e de uma Diretiva europeia, no âmbito da União Europeia. Como nos ensina Diogo MELO<sup>51</sup> sobre a experiência alemã: “Ocupou-se a legislação em tentar assegurar que o aderente pudesse conhecer as condições gerais antes de externar o seu consentimento. Foram estabelecidas ainda como regras condutoras da interpretação de cláusulas abusivas a prevalência do acordo individual e a interpretativo contra *stipulatorem*.”

Posteriormente com a reforma do Código Civil alemão

---

<sup>49</sup> MELO, Diogo, Op. cit., p. 83-100.

<sup>50</sup> “Há que se observar que, mais ainda talvez que a proteger o aderente, a lei alemã se destina a assegurar o tráfego jurídico. A primeira preocupação é impor a estas cláusulas se integrem no conteúdo do contrato. O critério determinante é colocado na cognoscibilidade: as cláusulas compõe o contrato, desde que ao destinatário seja dada a possibilidade de tomar conhecimento delas.” (ASCENSÃO, José Carlos. Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas abusivas e o novo Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 39, p. 5-22, 2003, p. 7.).

<sup>51</sup> Op. cit., p. 89.

(BGB) em 2002 referidas estipulações foram incorporadas ao Código Civil, com sua adequação a Diretriz comunitária europeia nº 13 de abril de 1993, que trata de referido tema.

Em Portugal, por sua vez, em 1985 foi editado o Decreto-Lei 446, posteriormente alterado em 1995 e 1999. Houve definição do que são as cláusulas contratuais gerais, a forma de sua inclusão nos contratos singulares, bem como se estabeleceram listas com as cláusulas abusivas, distinguindo entre as absolutas e relativamente proibidas.

Traço característico da legislação europeia é a utilização da boa-fé, como norma geral, de controle das cláusulas gerais contratuais.

As inúmeras legislações europeias culminaram com a edição de Diretiva comunitária (Diretiva n.º 13/1993 da Comunidade Econômica Europeia)<sup>52</sup> em que se buscou uniformizar a legislação sobre o tema na União Europeia. Como expõe a doutrina<sup>53</sup> “Assim, tendo em vista as disparidades das legislações dos diversos Estados-membros e entendendo que eles deveriam legislar no sentido de evitar cláusulas abusivas, estabeleceu-se uma diretiva mínima pela qual os Estados poderiam dispor mais, e não menos, do que ali se declara.”

No Brasil, apesar da forte influência da cultura europeia, não se criou legislação específica sobre a matéria.

Somente em 1990 com o advento da edição do Código de Defesa do Consumidor o tema passou a ser tratado, ainda que inserido especificamente no contexto da proteção do consumidor. Os artigos 46 a 54 do CDC tratam dos contratos de adesão<sup>54</sup>. Estabelece a legislação consumerista rol exemplificativo de cláusulas abusivas, a necessidade de prévio conhecimento de seu

---

<sup>52</sup> Diretiva essa que teve como antecedente Resolução da Comunidade Europeia de 1976 sobre cláusulas abusivas em relações e consumo.

<sup>53</sup> MELO, Diogo. Op. cit., p., 86.

<sup>54</sup> Como exposto anteriormente em nota de rodapé há diferenças entre a expressão contrato de adesão e cláusulas contratuais gerais, as quais não podem ser ignoradas, porém ambas estão inseridas num contexto de massificação das relações econômicas.

conteúdo e a interpretação favorável ao consumidor.

O Código Civil de 2002, por sua vez, trata do tema somente em dois artigos, a saber 423 e 424. O primeiro a tratar da interpretação favorável ao aderente, o segundo a estabelecer serem nulas às cláusulas que representem renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do contrato.

Como facilmente se percebe, o regramento brasileiro específico sobre o tema é insuficiente para garantir segurança jurídica aos agentes econômicos que se utilizam de cláusulas contratuais gerais.

O ponto central da análise de referido fenômeno que atinge a contratação massificada nas sociedades industrializadas é, em verdade, a questão do controle das cláusulas contratuais gerais. Na ausência de regramento jurídico adequado a segurança nas trocas realizadas entre agentes econômicos deve ser analisada à luz dos princípios contratuais estabelecidos nos Códigos e com a interpretação dos contratos de acordo com sua função no ambiente em que se insere.

## 5 A FUNÇÃO SOCIAL E A BOA FÉ NAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS.

Como visto, principalmente no decorrer do século XX a evolução do contrato, passou a sofrer forte interferência estatal, naquilo que se convencionou chamar de publicização do direito privado. Num movimento pendular ocorrido em consequência dos excessos liberais que se verificavam o Direito como um todo sofreu mudanças com o advento do Estado Social, com a garantia constitucional de direitos sociais, que trouxeram um influxo de normas que visam garantir uma liberdade e uma igualdade material entre as partes.

A respeito resume Teresa NEGREIROS<sup>55</sup>:

---

<sup>55</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 106.

Em meio ao processo de despatrimonialização ou de funcionalização do direito civil, a noção de autonomia da vontade sofre modificações no âmbito do contrato, sintetizadas na afirmação de que a autonomia negocial, diferentemente das liberdades existenciais, não constitui em si mesma um valor. Ao contrário, a livre determinação do conteúdo do regulamento contratual encontra-se condicionada à observância das regras e princípios constitucionais, o que significa, no quadro de valores apresentados pela Constituição brasileira, conceber o contrato como um instrumento a serviço da pessoa, sua dignidade e desenvolvimento.

No Brasil tal movimento culminou com a inserção no Código Civil, em 2002, dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva. Respectivamente artigos 421 e 422 do Código Civil brasileiro.

Luciano TIMM identifica em suas obras a existência de dois paradigmas conflitantes, em disputa sobre a interpretação da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

O primeiro paradigma solidarista ou paternalista<sup>56 57</sup>, parte de uma visão de Justiça distributiva<sup>58</sup>. Basicamente, porque “a sociedade apresenta enormes desigualdades, os acordos privados a refletiriam” e “com o propósito de restabelecer a condição de igualdade na sociedade, o Estado deveria proteger a

---

<sup>56</sup> Sobre o paternalismo Julian LE GRAND e Bill NEW o definem como “interference by some outside agent in a person’s freedom for the latter’s own good.” (LE GRAND, Julian; NEW, Bill. *Government Paternalism: nanny state or helpful friend?* New Jersey: Princeton University Press, 2015, p. 7.). Em tradução livre: interferência por algum agente externo na liberdade da pessoa para seu próprio bem.

<sup>57</sup> Sob outro enfoque, mas igualmente válido para explicar o paternalismo, recomenda-se: ARAÚJO, Fernando. O contrato Ulisses – I: o pacto anti-psicótico. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, ano 3 (2017), n.2, p. 165-217.

<sup>58</sup> No mesmo sentido o professor português Fernando ARAÚJO, para quem “Mais do que uma manifestação da nova sensibilidade <contextualista> capaz de quebrar as barreiras textualistas erigidas pela relatividade contratual, a nova atitude reguladora é sobretudo tributária de um entendimento proto-coletivista, <comunitarista> ou <solidarista>, que postula uma tão grande superioridade dos interesses e valores colectivos que, em caso de conflito, acaba por recusar liminarmente qualquer cedência a meros arranjos bilaterais, recusando por isso qualquer <santificação> do contrato que lo-grasse furtar os arranjos bilaterais à necessária subordinação a perspectivas mais amplas e alegadamente muito mais importantes...”(Op. cit., p. 434.).

parte mais fraca na relação privada, fazendo-o por meio da regulação dos pactos.”<sup>59</sup> E continua ao afirmar que nesse modelo<sup>60</sup>:

A função social do contrato significaria promover a solidariedade, i. e., corrigir o desequilíbrio de poder no espaço do contrato e distribuir o resultado econômico do relacionamento entre as partes, que não lograram êxito através da barganha, processo em que a parte mais fraca sucumbe diante do mais forte.

Encontram os adeptos desse paradigma guarida nos princípios e valores constitucionais previstos na Constituição Federal (tais como função social da propriedade, solidariedade, dignidade da pessoa humana), bem como em valores éticos e morais sem os quais o direito seria mera técnica.

A função social do contrato derivaria diretamente da previsão constitucional de função social da propriedade, prevista no art. 170, III, da Constituição Federal.

O segundo paradigma identificado pelo autor gaúcho é aquele que vê a função social a partir de uma perspectiva de direito e economia. Para se entender melhor referido paradigma, todavia, se faz necessária uma breve análise daquilo que se convencionou chamar de análise econômica do direito.

A relação entre Direito e Economia tem origens já com o nascimento da ciência econômica<sup>61</sup> com textos de Adam Smith e Jeremy Bentham. A chamada análise econômica do direito (AED), porém, surgiu na primeira metade do século XX nos EUA e tem sido desenvolvida, principalmente a partir do final do século XX, em outros lugares do mundo. Trata-se de método de análise de problemas jurídicos à luz de conceitos (e instrumentos) provenientes da ciência econômica<sup>62</sup>. Ou seja, através

---

<sup>59</sup> TIMM, Luciano Benetti. Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça distributiva vs. Eficiência econômica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 876, p. 11-43, outubro de 2008, p. 23.

<sup>60</sup> *Ibidem.*, p. 25.

<sup>61</sup> SZTAJN, Rachel. Law and economics. In. ZYLBERZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-83.

<sup>62</sup> Há vasto campo para a utilização de instrumentos provenientes da economia e da

de conceitos como eficiência, custo de transação, assimetria informacional, dentre outros, se realiza uma análise consequencialista das normas e institutos.

Para o segundo paradigma, portanto<sup>63</sup>:

a principal função social do Direito Contratual é possibilitar a ocorrência dos contratos, o fluxo de trocas no mercado, a alocação de riscos pelos agentes econômicos e seu comprometimento em ações futuras até que seja alcançada a situação mais eficiente, isto é, quando ambas as partes recebem os benefícios econômicos da barganha e distribuem o saldo positivo resultante da transação.

Não se poderia descuidar, segundo essa concepção, do viés econômico da relação jurídica travada e da sua finalidade de permitir as relações de troca em uma economia capitalista. Uma interpretação paternalista, favorável a parte em tese hipossuficiente, pode desestimular as transações comerciais e gerar insegurança, sem que tal represente efetivamente benefício à sociedade.

Uma vez que a boa-fé e a função social do contrato são conceitos indeterminados, que propiciam uma ampla interpretação, não quer parecer que possa atualmente ser adotada acriticamente uma concepção paternalista/solidarista sobre o tema. Isso porque “O que não pode ser admitido, porque prejudicial ao sistema, é o subjetivismo do intérprete que, despregando-se propositadamente da prática social, confunde suas decisões com suas aspirações, substituindo-se juízo minimamente objetivo por aquilo que entende ser ‘justiça social’.”<sup>64</sup>

A análise da função social, somente por um viés

---

estatística (jurimetria) no Direito, os quais começam a ser utilizados, principalmente após a Emenda Constitucional 45, para a tomada de decisões institucionais do Poder Judiciário e identificação de ineficiências na prestação jurisdicional. Com a criação do CNJ passaram a ser realizados relatórios que permitem identificar o tempo médio das demandas, os principais assuntos, principais litigantes.

<sup>63</sup> Op. cit., p. 33.

<sup>64</sup> FORGIONI, Op. cit., p. 131.

paternalista, não atende a integralidade dos valores protegidos pela Constituição Federal, que garante igualmente a livre iniciativa e a segurança jurídica. Isso porque a função social não se confunde com os interesses individuais ou com os interesses de determinado grupo, muito menos pode ser identificada com os interesses públicos. Há uma série de interesses institucionais<sup>65</sup> protegidos pelo ordenamento jurídico (como, por exemplo, a defesa da concorrência, os direitos individuais, a defesa dos consumidores, a defesa do meio ambiente) que devem ser levados em consideração na interpretação contratual, de modo que seja dada concreção ao conceito abstrato e fluído de função social do contrato.

Além disso, a adoção de um modelo solidarista puro geraria iniquidades no sistema. No que concerne às cláusulas contratuais gerais o beneficiado por esse paradigma seria aquele que ingressasse perante o Poder Judiciário com demanda para discutir o contrato e obtivesse decisão favorável.

Em relações cada vez mais massificadas e repetitivas todos os demais aderentes (seja aqueles que não ajuizaram demandas, seja aqueles que não obtiveram pronunciamento favorável) permaneceriam vinculados ao contrato original.

Os custos de transação e a insegurança jurídica, nessa situação, parece evidente, tendem a aumentar.<sup>66</sup>

Não se está aqui a defender, da mesma forma, uma adoção acritica de critérios econômicos para a análise do contrato. Como dito, o movimento é pendular, os abusos na concepção liberal burguesa levaram a um intervencionismo exacerbado no contrato privado; por sua vez abusos na

---

<sup>65</sup> SALOMÃO, Calixto. Função Social do Contrato: primeiras anotações. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, 132, p. 7-24, julho-setembro de 2003.

<sup>66</sup> “...na prática, o resultado dessas intervenções é o aumento dos custos de transação sem a resolução dos problemas que lubrificam o mercado em situações de imperfeição- afastando ainda mais as partes da alocação eficiente. Ao elevar os custos de transação, o direito contratual paternalista pode, simplesmente, retirar algumas práticas negociais do mercado e contribuir para o verdadeiro decréscimo de riqueza na sociedade” (TIMM, Luciano Benetti. Função..., p. 37.).



concepção solidarista/paternalista não podem levar a um retorno aquela concepção liberal. Há que se buscar o equilíbrio entre os dois paradigmas, de modo a garantir o ambiente institucional necessário para que as trocas econômicas sejam realizadas. Nesse sentido<sup>67</sup>:

O que se quer salientar, ao mesmo tempo, é que não podemos negar a influência da economia no desenvolvimento e na interpretação do direito contratual. Isso não quer dizer que estamos obrigados, a partir de então, a uma análise econômica do direito. O que se pretende, com essas breves considerações é apenas (e tão somente) que seja feita a consideração jurídica do econômico quando do estudo dos contratos, ainda mais quando estamos diante das cláusulas contratuais gerais, intimamente ligadas à exigência de plena utilização da capacidade produtiva empresarial, responsável por assegurar a grande movimentação econômica, nacional e transnacional

Conforme exposto a função social e a boa-fé objetiva devem levar em consideração, também, os demais valores defendidos pela Constituição, bem como a operação econômica que ensejou a contratação e as consequências de cada interpretação na atividade econômica que se visa regular<sup>68</sup>.

A função social deve levar em consideração a operação econômica regulada e a boa-fé deve ser objetivada levando-se em consideração o comportamento usual em determinado mercado, em determinado tipo de relações econômicas. Como nos ensinam Marcia Carla Pereira RIBEIRO e Irineu GALESKI JUNIOR<sup>69</sup>:

A boa fé, ao menos no campo dos negócios, está relacionada ao desenvolvimento do mercado, pois “essa visão faz que a

---

<sup>67</sup> MELO, Op. cit., p. 11.

<sup>68</sup> Como defende Rachel SZTAJN: “Tomando o contrato como operação econômica, há, para Alpa, valor comum, que é o consenso, a vontade de contratar, a que se soma a exigência de preservar a operação econômica. Mesmo quando se ressalta o valor da pessoa incidindo na apreciação da validade do contrato, o reconhecimento dos possíveis objetos ou conteúdo do contrato revela valores e limites de cada ordenamento” (SZTAJN, Rachel. Função Social do contrato e Direito de Empresa. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, 139, p. 29-49, julho-setembro de 2005.).

<sup>69</sup> Op. cit., p. 22.

boa-fé dispa-se de tantos aspectos morais que a revestem em outros contextos, exurgindo objetivada, ou seja, segundo padrões de comportamento normalmente aceitos em determinado mercado (ou em determinada praça)” e a sua garantia conduzirà à minimização dos riscos com a consequente possibilidade de otimização dos resultados.

Como lembra Luciano TIMM<sup>70</sup> “o agir racional do agente econômico não acontece no vácuo social. Ao contrário, ele é influenciado e contingenciado pelo contexto institucional que o cerca”. Num ambiente de insegurança os agentes econômicos buscarão, ao menos, diminuir seus prejuízos, o que pode acarretar aumento dos custos para os aderentes, ou abandono de determinadas atividades identificadas como inseguras.

Em conclusão, se torna impossível que se analisem as cláusulas contratuais gerais somente à luz de uma concepção paternalista (sob o viés, exclusivo, da abusividade de cláusulas que não foram plenamente discutidas), sob pena de se prejudicar a coletividade de pessoas inseridas no mercado que se utilizam de determinados bens ou serviços.

## 6 DA INTERPRETAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS À LUZ DA AED.

As cláusulas contratuais gerais, apesar de suas características de generalidade e abstração, visam abranger diversas situações que poderão ou não ocorrer no caso concreto, de modo a ser possível a existência de cláusulas não aplicáveis ou inócuas no caso concreto<sup>71</sup>. Além disso, apesar das características das

---

<sup>70</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Análise...*, p. 205.

<sup>71</sup> Como nos adverte Fabiano LARA “o contrato é conjunto de cláusulas contratuais *principais* (as cláusulas que tratam de preço, quantidade e qualidade do produto ou serviço) e *acessórias* (aquelas que têm por objeto a regulação dos demais termos do contrato).” (Op. cit., p. 16). Em regra, a parte aderente às cláusulas contratuais gerais se preocupa com as cláusulas principais, que dizem respeito mais diretamente aos bens e serviços de dadas características e em dada quantidade que visam satisfazer suas necessidades.

cláusulas contratuais gerais, é impossível para qualquer agente econômico prever toda e qualquer álea ou consequência, até mesmo em decorrência da racionalidade limitada dos agentes. Como em qualquer modelo de contratação se coloca o problema do chamado “contrato incompleto”<sup>72</sup> e o modo de preenchimento das lacunas pelo intérprete.

Nessa situação ganha relevo a interpretação das cláusulas contratuais, principalmente pelo Poder Judiciário uma vez que o acréscimo de demandas repetitivas é notório<sup>73</sup> e tem sido objeto de diversas alterações no CPC, por exemplo com a criação do julgamento liminar de improcedência (ainda na vigência do CPC/73, com a Lei n. 11.277/2006 foi introduzido o art. 285-A na codificação), do incidente de resolução de demandas repetitivas (inovação trazida pela Lei n. 13.105/2015, CPC/15, que trata do tema principalmente nos artigos 976 a 987), dentre outras.

As regras que tratam da interpretação dos negócios e dos contratos encontram-se no Código Civil de 2002 nos artigos 112, 113, 114 e 423. Por sua vez o CDC tem previsões nos artigos 46, 47, 48.

Referidas normas apontam, basicamente, a necessidade de uma interpretação favorável ao aderente (consumidor, no caso de relações consumeristas), a interpretação de acordo com a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

A existência de norma de interpretação *contra stipulatorem* se deve à assimetria informacional existente entre as partes.

---

<sup>72</sup> Contratos incompletos são aqueles que as partes, na impossibilidade de disciplinar exaustivamente todas as futuras situações possíveis (por conta da racionalidade limitada dos agentes econômicos), estipulam conscientemente contrato lacunoso, como forma de diminuir custos de transação e obter resultado mais eficiente.

<sup>73</sup> Conforme relatório divulgado pelo CNJ denominado Justiça em números 2015 (ano-base 2014) haviam 70,8 milhões de processos pendentes no Judiciário. Estatística essa que apresenta crescimento desde 2009, como indicado no relatório. Mais que isso, ao se analisarem os dados da Justiça Estadual se denota que os dois assuntos mais demandados são: 1º Obrigações/contratos em espécie com 8,16% dos processos e 2º Direito do Consumidor com 6,18% dos processos. (fonte: Relatório Justiça em Números 2015 disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoaes/pj-justica-em-numeros> acessado em 16.09.2016 às 16:45.).

Uma vez que o teor das cláusulas contratuais não é um diferencial na contratação do bem ou serviço, inexistente incentivo para a utilização de cláusulas mais favoráveis aos aderentes. Há um nivelamento das cláusulas e condições gerais (CCG) em um plano qualitativamente mais baixo, pois a utilização de cláusula mais favorável ao aderente gera custos adicionais ao responsável pela redação das cláusulas contratuais.<sup>74</sup>

Referidas normas têm sido utilizadas pelos Tribunais, em muitos casos, de modo a garantir uma interpretação (seja sobre as cláusulas abusivas, seja sobre a operação econômica em si) favorável à parte aderente, sob os fundamentos de desigualdade informacional entre as partes, desigualdade material, dentre outros fundamentos de igual viés. Ou seja, tem se valido os Tribunais nesses casos da concepção paternalista/solidarista antes mencionada.

Podem se citar como exemplos disso a situação dos contratos de leasing corrigidos pela variação cambial, a limitação de juros nos mútuos bancários de acordo com a lei de usura, e, até mesmo, a descaracterização (ou não) dos contratos de leasing em caso de cobrança antecipada do VRG<sup>75</sup>. Todas essas discussões afetaram o mercado (inclusive os aderentes) como um todo, encarecendo o crédito e fazendo com que houvesse desconfiança dos agentes econômicos em relação aos negócios jurídicos. Esse é um dos motivos pelos quais paulatinamente os contratos de leasing corrigidos pela variação cambial não foram mais realizados pelas empresas arrendadoras.

Tais normas de interpretação que preveem um favorecimento ao aderente, contudo, não significam que deve ser adotada

---

<sup>74</sup> Sobre o chamado efeito Akerlof sobre as falhas de mercado decorrentes da assimetria de informação: LARA, Fabiano. Op. cit. O nome se deve aos estudos realizados pelo economista George Akerlof sobre assimetria informacional e seus efeitos sobre as transações econômicas.

<sup>75</sup> Referidas questões foram objeto de súmulas (súmula 263 do STJ, súmula 293 do STJ, súmula 382 do STJ) e julgamentos de recursos especiais repetitivos nos Tribunais Superiores, após muitos anos e milhares de ações ajuizadas.

uma interpretação paternalista indiscriminada nos contratos. As características próprias de cada operação econômica devem ser preservadas (sob pena de substituição da vontade das partes- que visam o atendimento de uma necessidade pessoal- pela vontade do intérprete), mesmo quando as cláusulas acessórias sejam interpretadas em favor daquele que simplesmente aderiu as mesmas. O escopo das normas contratuais é exatamente garantir as trocas econômicas eficientes no mercado. Não cabe ao direito proteger o comportamento oportunista seja do proponente, seja do aderente, pois tal comportamento “impede a ação racional e eficiente do indivíduo”.<sup>76</sup>

Como nos adverte Luciano TIMM há necessidade de existir sensibilidade à realidade que se busca regular, sob pena de criação de custos de transação<sup>77</sup>:

Se a estrutura jurídica for dogmaticamente pensada, sem qualquer sensibilidade à realidade, os agentes econômicos não a utilizarão, surgindo ao menos duas consequências: abandono da atividade econômica por falta de estrutura jurídica adequada; ou a criação de uma estrutura jurídica muito mais complexa e, deste modo, custosa, para se chegar ao mesmo objetivo.

Partindo da concepção de direito e economia, ora tratada, Fabiano LARA<sup>78</sup> atribui três funções ao direito contratual numa economia de mercado, as quais necessitam ser levadas em consideração na interpretação das cláusulas contratuais sob pena de serem dificultadas as operações econômicas devido à insegurança criada:

- 1ª- A *função formal* de atribuição de obrigatoriedade ao contrato;
- 2ª- A *função material* de catalisação de trocas eficientes;
- 3ª- A *função substancial* de substituição da vontade das partes nas falhas do mercado, fazendo com que os bens econômicos se valorizem a cada negócio.

---

<sup>76</sup> LARA, Fabiano, Op. cit., p. 7.

<sup>77</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Análise econômica...*, p. 206.

<sup>78</sup> Op. cit. p. 8.

Isso porque o direito contratual “can be seen to be the ‘lubrificant of the economy’. That is, contract law increases the number and scope of transactions and thus increases the utility for all contracting parties and the efficiency of the economy in general”.<sup>79</sup>

Inexistem dados concretos de que a adoção do paradigma paternalista, *per se*, possa gerar benefícios aos aderentes em geral, na exata medida em que gera custos adicionais que são repassados a esses em futuras operações econômicas.

A análise econômica do direito, nesse diapasão, parece ser o ponto de equilíbrio<sup>80</sup> necessário na interpretação dos contratos e das cláusulas gerais, pois os conceitos econômicos utilizados pela AED (tais como eficiência, utilidade, racionalidade limitada, custos de transação, assimetria informacional) proporcionam uma análise consequencialista das normas e institutos. Tal análise, num contexto complexo decorrente da massificação do consumo (e também com a despersonalização e objetivação do contrato), permite que se interpretem as cláusulas de acordo com a função econômica do contrato, evitando uma interpretação paternalista que possa desestimular as transações comerciais

---

<sup>79</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The Economic Analysis of civil law*. Northampton: Edgar Elgar, 2004, p. 278. Em tradução livre: O direito contratual pode ser visto como “lubrificante da economia”. Isto é, o direito contratual aumenta o número e o escopo das transações e, assim, aumenta a utilidade para todas as partes contratantes e a eficiência para a economia em geral.

<sup>80</sup> “Há necessidade, portanto, de um controle que assegure o equilíbrio entre a necessária proteção do consumidor e o incentivo ao empresário em continuar no mercado provendo utilidades, produtos e serviços desejados pelo consumidor. Não se trata de manter um paternalismo contratual, mas de assegurar um nível de proteção que mantenha o consumidor estimulado a ir ao mercado e consumir, sabendo que terá uma proteção mínima assegurada. Do contrário, o consumidor teria uma atitude de precaução que inibiria o consumo, o que, evidentemente, é indesejado seja pelo empresário, seja pelo próprio consumidor. Em outras palavras, a proteção é desejável para o mercado, ainda que um empresário em particular sinta-se restringido em seu poder de ação.” (FERNANDES, Wanderley. Contrato de Adesão e a racionalização dos processos de produção e contratação. In. LOPEZ, Teresa Ancona; AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado (Coord). *Contratos empresariais: contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 104.).

e gerar insegurança.

Não se pode ignorar que o contrato é instrumento de circulação de riqueza, de modo que não se pode descartar a operação econômica subjacente na análise das cláusulas contratuais colocadas<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> Podemos citar os seguintes julgados como exemplos que levam em conta o comportamento das partes e a natureza da relação econômica discutida: (...). Numa conjuntura de inflação mensal próxima de zero, os juros que excedam de 1% ao mês são abusivos? Uma resposta que fosse positiva não teria racionalidade alguma, muito menos de caráter econômico. Em qualquer atividade comercial ou industrial, o preço de venda do produto não pode ser menor do que o respectivo custo. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.007.197 – RS, decisão monocrática do Ministro Ari Pargendler). No mesmo sentido: 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.

3. A Lei n. 10.931/2004, especialmente seu art. 50, inspirou-se na efetividade, celeridade e boa-fé perseguidos pelo processo civil moderno, cujo entendimento é de que todo litígio a ser composto, dentre eles os de cunho econômico, deve apresentar pedido objetivo e apontar precisa e claramente a espécie e o alcance do abuso contratual que fundamenta a ação de revisão do contrato.

4. As regras expressas no art. 50 e seus parágrafos têm a clara intenção de garantir o cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis tal como pactuados, gerando segurança para os contratantes.

O objetivo maior da norma é garantir que, quando a execução do contrato se tornar controvertida e necessária for a intervenção judicial, a discussão seja eficiente, porque somente o ponto conflitante será discutido e a discussão da controvérsia não impedirá a execução de tudo aquilo com o qual concordam as partes.

5. Aplicam-se aos contratos de financiamento imobiliário do Sistema de Financiamento Habitacional as disposições da Lei n. 10.931/2004, mormente as referentes aos requisitos da petição inicial da ação de revisão de cláusulas contratuais, constantes do art. 50 da Lei n. 10.931/2004.

6. Recurso especial provido.

O próprio sistema, como tratado até o momento, permite a utilização da análise econômica do direito na solução dos litígios, ao tratar de boa-fé, função social e interpretação de acordo com os usos.

As cláusulas contratuais devem ser interpretadas de modo a levar em consideração a totalidade das previsões e a natureza do negócio. Isso porque “o negócio jurídico, enquanto expressão de uma racionalidade e modo de atingir um resultado (função) é uno. Essa unicidade há de presidir a interpretação contratual, sob pena de se chegar a conclusões incompatíveis com a eficiência que se espera da avença”.<sup>82</sup>

Os próprios mecanismos processuais têm sido modificados de modo a permitir uma maior previsibilidade na interpretação pelo Poder Judiciário das demandas massificadas, envolvendo questões repetitivas<sup>83</sup>. Criaram-se<sup>84</sup> súmulas vinculantes (art. 103-A da Constituição Federal), recursos especiais repetitivos (lei 11.672/2006 ainda na vigência do CPC/73 introduziu o art. 543-C na codificação então vigente; art. 1036 a 1041 do CPC/15), previsões acerca da observância dos precedentes dos Tribunais Superiores (artigos 489, V e VI, 926 e 927 do CPC/15), incidentes de resolução de demandas repetitivas (artigos 976 a 987 do CPC/15), dentre outros.

---

(REsp 1163283/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/04/2015, DJe 04/05/2015).

<sup>82</sup> FORGIONI, Paula. *Teoria Geral...*, p. 17.

<sup>83</sup> “Para Armando Castelar Pinheiro, a morosidade também é uma forma de insegurança jurídica, pois um direito que demora muito para fazer efeito não é seguro. (...) Por que a Justiça é morosa no Brasil? Uma das razões apontadas por Castelar é o excesso de causas repetitivas. A maioria dos julgamentos é desnecessária, pois se refere à mesma causa. Mais da metade (58%) dos mais de 100 mil processos em trâmite no Supremo Tribunal Federal (STF) tratam de apenas 45 temas. Um levantamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) indica que 62% dos processos têm a Caixa Econômica Federal, o INSS e a União como parte.”(MONTORO FILHO, André Franco; MOSCOGLIATO, Marcelo. *Direito e Economia*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 16-17.).

<sup>84</sup> Alterações que vieram no bojo da chamada Reforma do Judiciário, que através da Emenda Constitucional nº 45, e legislação que se seguiu, criou órgãos de controle, súmulas vinculantes, filtros aos recursos extraordinários.



Com a criação de referidos mecanismos, bem como com audiências públicas prévias em questões de impacto econômico e social, como tem sido a tônica nos julgamentos de recursos repetitivos nos Tribunais Superiores, a tendência é que a utilização da análise econômica do direito passe a ser mais frequente nos tribunais pátrios.

Desse modo, ignorar que o contrato é um instrumento de circulação econômica, e permitir que o mesmo seja interpretado sem levar em consideração a realidade que ele regula e o mercado, gera consequências graves na própria atividade econômica, em decorrência da insegurança e da instabilidade que se cria.

Cabe ao direito impedir o comportamento oportunista seja do proponente, seja do aderente das cláusulas contratuais gerais, porém cabe ao intérprete garantir a segurança jurídica nas relações contratuais e nas interpretações de determinadas situações que se repetem, de modo a permitir o desenvolvimento do mercado e a eficiência das trocas econômicas.

Relativamente as cláusulas contratuais gerais, como nos adverte Fernando ARAÚJO<sup>85</sup> “um ataque muito cerrado à prática dos contratos de adesão pode ser uma injustificada limitação da liberdade contratual, sobretudo se não se restringir ao plano limitado dos abusos que efetivamente se traduzam em resultados lesivos”.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

Como demonstrado, o contrato é instrumento umbilicalmente ligado ao momento histórico e, principalmente, as operações econômicas que se busca regular. As transformações no direito das obrigações e dos contratos decorrem da necessidade de se permitir a continuidade das transações no mercado com um mínimo de segurança e estabilidade.

---

<sup>85</sup> Op. cit., p. 466.

As cláusulas contratuais gerais, enquanto técnica de contratação se inserem no contexto de uma sociedade industrial, em que o consumo é necessário, de modo que se trata de realidade que não pode ser ignorada pelo intérprete. Visam reduzir os custos de transação e permitir agilidade nas trocas realizadas no mercado.

Uma interpretação paternalista do aderente, sem levar-se em conta a realidade, pode acarretar prejuízos a própria atividade econômica, com perda de riqueza e diminuição das transações. Portanto, qualquer discurso no sentido de promover uma intervenção paternalista na seara contratual a pretexto de conferir algum nível de justiça para essa relação massificada importa, de outro lado, uma violação dessa mesma justiça a partir da possível perda de eficiência dos contratos com impactos significativos para as partes, tal como no exemplo dos contratos de leasing com variação cambial.

A par da existência de poucos artigos e normas sobre o tema o próprio sistema permite, bem como necessita, que na interpretação dos contratos massificados seja levada em consideração a realidade que se busca regular. As próprias normas existentes (na Constituição Federal, no Código Civil, no CDC) ao tratarem da função social, boa-fé, usos permitem a abertura do sistema para a utilização da análise econômica do direito, na interpretação das cláusulas de acordo com a finalidade econômica da operação regulada.

Pensar em soluções apenas sob a ótica da hipossuficiência e da simples proteção de uma das partes, ainda que orientada por valores nobres, pode gerar em desfavor de outra coletividade igualmente importante consequências graves, a partir da criação de custos de transação não desprezíveis que inviabilizem o acesso a certos tipos de contratos necessários à viabilização de interesses que visam o bem-estar no mercado de consumo, por exemplo.

Não se discute a necessidade da correta informação para

permitir uma escolha a partir de uma vontade racional, ainda que limitada, mas o processo de “paternalização” aumenta os custos de transação e funciona como desincentivo à celebração de contratos, atuando negativamente sobre o mercado.



## 8 REFERÊNCIAS

- ASCENSÃO, José Carlos. Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas abusivas e o novo Código Civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, v. 39, p. 5-22, 2003.
- ARAUJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ARAÚJO, Fernando. *O contrato Ulisses – I: o pacto anti-psicótico*. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, ano 3 (2017), n.2, p. 165-217.
- COSTA, Judith Martins. A noção de Contrato na história dos pactos. In: *Uma Vida Dedicada ao Direito: (Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 497-513.
- DANTAS, Ivo. *Direito Constitucional Econômico: globalização e constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 2010.
- FACCHINI NETO, Eugênio; HAEBERLIN, M. P. *O 'Estilo' Jurídico Alemão: breves considerações sobre alguns dos seus fatores determinantes*. *Revista da Ajuris*, 2014. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/viewFile/227/163>> Acesso em 15/10/2016.
- FERNANDES, Wanderley. Contrato de Adesão e a racionaliza-

- ção dos processos de produção e contratação. In. LOPEZ, Teresa Ancona; AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado (Coord). *Contratos empresariais: contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 79-112.
- FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: RT, 2009.
- \_\_\_\_\_. Interpretação dos Negócios Empresariais. In. COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de direito comercial*. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 71-118.
- GILMORE, Grant. *The Death of Contract*. 2º ed. Ohio: Ohio State Press, 1995.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GOMES, Orlando. *Contrato de Adesão: condições gerais dos contratos*. São Paulo: RT, 1972.
- GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. Ainda um Novo paradigma dos Contratos In. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 16-23.
- LARA, Fabiano Teodoro de Rezende. Nivelamento de Cláusulas Contratuais Gerais e o efeito de Akerlof: uma perspectiva da análise econômica do Direito. *Revista Virtual Milton Campos*, vol. 4, 2010.
- LE GRAND, Julian; NEW, Bill. *Government Paternalism: nanny state or helpful friend?* New Jersey: Princeton University Press, 2015.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4ª Ed. São Paulo, RT, 2002.

- MELO, Diogo L. Machado. *Cláusulas Contratuais Gerais: contratos de adesão, cláusulas abusivas e Código Civil de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MONTORO FILHO, André Franco; MOSCOGLIATO, Marcelo. *Direito e Economia*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- RIBEIRO, Márcia Carla; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria Geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- \_\_\_\_\_. O século XXI, a era do não contrato? *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, 139, p. 127-143, julho-setembro de 2005.
- RAMOS, Carmen Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In. FACHIN, Luiz Edson (Coord). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 3-29.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.
- SALOMÃO, Calixto. Função Social do Contrato: primeiras anotações. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, 132, p. 7-24, julho-setembro de 2003.
- SANTOS, Nátali Emilym dos; GONÇALVES, Oksandro Osdival. *Pátria mãe: a relação entre o papel do Estado e estilos parentais*. *Revista Jurídica Direito & Paz*, São Paulo, Lorena, Ano XVIII, n. 35, p. 234-255, 2º semestre, 2016.
- SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The Economic Analysis of civil law*. Northampton: Edgar Elgar, 2004, p. 278.
- SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 4ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora

- Revista dos Tribunais, 2014.
- SZTAJN, Rachel. Função Social do contrato e Direito de Empresa. *Revista de Direito Mercantil*. São Paulo, 139, p. 29-49, julho-setembro de 2005.
- \_\_\_\_\_. Law and economics. In. ZYLBERZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 74-83.
- TIMM, Luciano Benetti. *Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- \_\_\_\_\_; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In. TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 158-178.
- \_\_\_\_\_. Análise econômica do direito das obrigações e contratos comerciais. In. COELHO, Fábio Ulhoa. *Tratado de direito comercial*. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 205-234.
- \_\_\_\_\_. *Direito Contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- \_\_\_\_\_. Direito, economia e função social do contrato. In. TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (Org). *Função Social do Direito*. São Paulo: Quartir Latin, 2009. p. 174-191.
- \_\_\_\_\_. Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça distributiva vs. Eficiência econômica. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, 876, p. 11-43, outubro de 2008.
- ZYLBERZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.