

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA – IDP
ESCOLA DE DIREITO DO BRASIL – EDIRB
MESTRADO PROFISSIONAL INTERDISCIPLINAR EM DIREITO, JUSTIÇA E
DESENVOLVIMENTO

BRUNO MOLINA MELES

**CONTROLE JUDICIAL DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE
CONSUMO**

UMA RELEITURA DO ART. 51, INCISO IV DO CDC SOB A PERSPECTIVA DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS

SÃO PAULO

2022

BRUNO MOLINA MELES

**CONTROLE JUDICIAL DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE
CONSUMO**

UMA RELEITURA DO ART. 51 INCISO IV DO CDC SOB A PERSPECTIVA DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS

Dissertação de Mestrado, desenvolvida sob a
orientação do professor Dr. Thomas V. Conti
apresentado para obtenção de Título de Mestre em
Direito.

SÃO PAULO

2022

BRUNO MOLINA MELES

**CONTROLE JUDICIAL DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NOS CONTRATOS DE
CONSUMO**

UMA RELEITURA DO ART. 51 INCISO IV DO CDC SOB A PERSPECTIVA DA
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO NOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado Interdisciplinar Profissional em
Direito, Justiça e Desenvolvimento, como
requisito para obtenção do título de Mestre em
Direito.

Data: 06/12/2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Thomas V. Conti

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Prof. Dr. Luciano Benetti Timm

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

Prof. Dr. Atalá Correia

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP

A life without thinking is quite possible; it then fails to develop its own essence – it is not merely meaningless; it is not fully alive¹.

¹ARENDR, Hannah. **The Life of the Mind**. 1971. Em tradução livre: uma vida sem pensamento é possível, mas falha em trazer a tona sua própria essência – não é apenas sem sentido, ela não está totalmente viva.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO	8
1 OS CONTRATOS DE CONSUMO	13
1.1. CONCEITO JURÍDICO	13
1.1.1 Requisitos legais	13
1.1.2 Consumidor e Fornecedor da relação de consumo	15
1.2 CONCEITO ECONÔMICO	17
1.2.1 Comportamento racional e incentivos	18
1.2.2. Falhas de mercado e externalidades	21
1.3 A TEORIA CONTRATUAL E SUA SOCIALIZAÇÃO.....	25
1.4 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS NA RELAÇÃO DE CONSUMO	30
1.4.1 Vulnerabilidade do Consumidor	31
1.4.2 Boa-fé objetiva dos contratantes.....	33
1.4.3 Equilíbrio nas relações de consumo.	37
1.4.4 Função Social do Contrato.....	39
1.5 LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE	43
2 CONTROLE JUDICIAL DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS E SUA REVISÃO.....	47
2.1. CONCEITO E FUNDAMENTOS	47
2.2. INSEGURANÇA JURÍDICA	53
2.3. CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO.....	59
2.4 APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DE EFICIÊNCIA.....	67
2.4.1. Origem e previsão no Brasil	68
2.4.2. Conceito e aplicação	73
2.4.3 Teoria dos incentivos e combate ao oportunismo (<i>Efficient Breach</i>)	81
3 APLICAÇÃO PELO JUDICIÁRIO NOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS	86
3.1 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E O COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA	87
3.2. COMISSÃO DE CORRETAGEM.....	93
3.2.1. Apresentação do tema e solução dada pelo Judiciário.....	93

3.2.2. Análise dos julgados	100
3.3 COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA E A LEI DO DISTRATO	111
3.3.1. Apresentação do tema e solução dada pelo Judiciário.....	111
3.2.2. Análise dos julgados	122
CONCLUSÃO	135
REFERÊNCIAS	138

RESUMO:

Esta dissertação apresenta a teoria contratual na relação de consumo, trazendo brevemente sua evolução histórica e os princípios fundamentais destinados à proteção do consumidor, que culminam com a limitação da autonomia contratual e excessivo intervencionismo judicial. Em seguida, demonstra-se de que forma o Judiciário atua para realização do controle judicial de cláusulas abusivas com conceitos abertos e indeterminados, por meio de um debate acerca dos efeitos positivos e negativos na aplicação destes princípios sob o referencial da Análise Econômica do Direito. Para combater os efeitos negativos, tais como a insegurança jurídica, sugere-se a aplicação de outros critérios de interpretação do Direito como o consequencialismo e eficiência, que melhor analisam os efeitos coletivos das decisões proferidas em sociedade com contratação massificada. Ao final, são analisados os contratos de consumo celebrados mediante a atividade de incorporação imobiliária, notadamente os compromissos de compra e venda, para avaliar os posicionamentos desenvolvidos pelo Judiciário e sua ausência de uniformidade, momento em que são apresentados os efeitos e consequências das decisões proferidas e se essas decisões foram eficientes para atingir a proteção ao consumidor da melhor forma ao menor custo.

Palavras-chave: consumidor; contrato; consequencialismo; eficiência.

ABSTRACT:

This dissertation presents the contractual theory in the consumer relation, briefly bringing its historical evolution and the fundamental principles for consumer protection, which culminate in the limitation of contractual autonomy and excessive judicial interventionism. Then, it is demonstrated how the Judiciary acts to carry out the judicial control of abusive clauses with open and indeterminate concepts, through a debate about the positive and negative effects in the application of these principles under the framework of the Economic Analysis of Law. To combat negative effects, such as legal uncertainty, it is suggested to apply other criteria for interpreting the law, such as consequentialism and efficiency, which better analyze the collective effects of decisions rendered in society with mass contracting. At the end, consumer contracts entered into through the real estate development activity are analyzed, notably purchase and sale commitments, in order to assess the positions taken by the Judiciary and their lack of uniformity, at which point the effects and consequences of the decisions handed down are presented. and whether these decisions were efficient to achieve consumer protection in the best way at the lowest cost.

Keywords: consumer; contract; consequentialism; efficiency.

LISTA DE ABREVIACOES:

ABRAINC – Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias

ACP – Ação Civil Pública

CBIC – Câmara Brasileira da Indústria da Construção

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CONAR – Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária

CPC – Código de Processo Civil

CRECISP – Conselho Regional de Corretores de Imóveis de São Paulo da 2ª Região

CNJ – Conselho Nacional de Justia

FENACI - Federação Nacional dos Corretores de Imóveis

FIPE – Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas

FGTS – Fundo de Garantia do Tempo de Servio

IPEA – Instituto de Pesquisa Econmica Aplicada

LINDB – Lei de Introdução s Normas do Direito Brasileiro

TJSP – Tribunal de Justia do Estado de São Paulo

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justia

SECOVI – Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis Residenciais e Comerciais de São Paulo

LISTA DE GRÁFICOS:

Gráfico 1 – Linha temporal com principais fases da Incorporação Imobiliária.....	92
Gráfico 2 – Quantidade de julgamentos por ano no TJSP sobre devolução de comissão de corretagem paga diretamente pelo consumidor conforme pesquisa realizada.....	100

LISTA DE TABELAS:

Tabela 1 – Estimativas de custos e despesas assumidas pelas incorporadoras com comissão de 4%.....	104
Tabela 2 – Estimativas de custos e despesas assumidas pelas incorporadoras com comissão de 6%	105
Tabela 3 – Cenário hipotético com desistência em julho de 2020.....	123
Tabela 4 – Cenário hipotético com desistência em julho de 2021.....	124
Tabela 5 – Hipótese de desistência mantendo o mesmo valor de compra.....	125

INTRODUÇÃO

O contrato se tornou um mecanismo fundamental e instrumental da sociedade atual, como gerador de recursos, transferência de riquezas e desenvolvimento da economia, sendo interesse das empresas que todos possam consumir², mediante a contratação de seus serviços ou produtos.

A utilização do contrato remete à Antiguidade, pois o indivíduo não consegue suprir todas as suas necessidades primárias de forma isolada³, sendo necessária a troca de produtos e mercadorias para a consecução deste objetivo, realizada antes mesmo da criação da moeda⁴, o que foi denominado de *contractus* pelo Direito Romano como a coincidência de vontades de duas ou mais pessoas na realização de um fim jurídico⁵.

Ao longo da história o contrato serviu e ainda serve a todos os tipos de relações entre sujeitos de direito e a qualquer pessoa independentemente de posição social ou condição⁶, tornando o instituto de suma importância para o direito e para a economia, pois, para comprar uma maçã ou um navio, utiliza-se da mesma ferramenta, alterando-se a sua complexidade conforme os patrimônios envolvidos.

Tamanha é a relevância deste instrumental, especialmente no atual mercado de contratação massificada (contratos de adesão), que estudar e debater o contrato nas relações de consumo é tratar da grande maioria dos contratos firmados no cotidiano do mercado, vez que, ausente o consumidor, não há mercado⁷.

Contudo, a teoria contratual, em decorrência da própria evolução da sociedade, crescimento do capitalismo com a Revolução Industrial e a globalização, teve de ser readequada ao longo dos anos para buscar a proteção da coletividade, inserindo elementos externos às partes contratantes como forma de estabelecer uma proteção mínima, tais como função social,

²VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil 3**. Contratos. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 7.

³COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil 3**. Contratos. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 20.

⁴Há divergências se o escambo teria sido precedido da criação da moeda ou se essas trocas decorriam de simples reciprocidade sem atividade econômica, de modo que a moeda teria sido criada do crédito, mas essa discussão não é objeto desse trabalho. Ver BERNARDO, Marcel Pereira; NORI, Rodrigo Braian; BERNARDELLI, Luan Vinícius. A História da Moeda. **MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy, Law and Economics**, v. 7, n. 2, 2019. Disponível em: <https://www.misesjournal.org.br/misesjournal/article/view/1113>. Acesso em: 28 ago. 2022.

⁵KASER, Max. **Derecho Romano Privado**. 5ª ed., Madrid: Instituto Editorial Reus, 1968, p. 38.

⁶GOMES, Orlando. **Contratos**. 25ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 6.

⁷MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 8.

equilíbrio e boa-fé objetiva, que devem se ajustar ao surgimento dos diferentes direitos carecedores de proteção⁸.

Ainda, na atual sociedade em que a grande ambição das pessoas é a de se satisfazer pelo consumo como condição de existência, torna-se cada vez mais necessário e importante o reconhecimento dos direitos do consumidor⁹.

Neste panorama de necessária proteção social, foi promulgado no Brasil o Código de Defesa do Consumidor, em vigor há mais de 30 anos, que trouxe inúmeros efeitos positivos na relação de consumo e na melhoria dos produtos e serviços disponibilizados no mercado, ao estabelecer direitos e garantias mínimos do consumidor, bem como deveres e comportamentos obrigatórios do fornecedor, como forma de buscar um reequilíbrio das relações contratuais realizadas por partes desiguais.

Para tanto, foram criadas limitações à liberdade contratual, concretizando o movimento de socialização dos contratos privados colocados à disposição do consumidor e permitindo ampla judicialização para a sua interpretação diante do conteúdo aberto de suas normas, o que tem trazidos benefícios positivos, mas também reflexos negativos.

Neste sentido, se antes era comum adquirir um produto vencido ou sem informação da tabela nutricional, hoje referida prática se tornou impensável. O mesmo se diz para o usual “troco em bala”, a recusa no pagamento via cartão de débito e o ônus imposto ao consumidor para comprovar o defeito do produto, ou seja, inúmeras formas de contratar tiveram de ser readequadas após a promulgação do CDC, sendo o dever de informação uma das mais importantes.

Contudo, se por um lado a limitação da autonomia dos contratos auxiliou na proteção do consumidor, *prima facie*, impondo um padrão mínimo de conduta e obrigações pelo fornecedor, por outro impôs ao Judiciário o protagonismo na interpretação contratual de relações privadas e a necessária decisão final acerca das falhas de mercado surgidas nessa relação, o que pode trazer comportamentos oportunistas e ineficientes em alguns casos, em especial diante da complexidade dos atuais contratos de consumo.

Neste sentido, de acordo com o inciso IV do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, as cláusulas contratuais que imponham vantagem exagerada, forem incompatíveis

⁸Neste sentido, conforme explicita Bobbio, os direitos fundamentais, como fenômeno social, têm sido criados e multiplicados ao longo da história (direitos de primeira a quarta geração) como forma de proteção e aprimoramento da convivência coletiva. BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Nova ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

⁹MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 53.

com a boa-fé ou equidade ou que estabeleçam obrigações abusivas serão nulas de pleno direito e, portanto, deverão ser extirpadas dos contratos.

O problema desta previsão resulta na ampla margem de interpretação acerca do conteúdo das cláusulas contratuais e o que seriam cláusulas abusivas em razão da permanente evolução social, impondo ao Judiciário pleno intervencionismo nos contratos privados para tornar nulas suas disposições, modificando as “regras do jogo” entre consumidor e fornecedor, o que pode ocasionar consequências negativas no mercado de consumo.

Isso porque, sob o olhar econômico, o melhor interesse das partes já seria suficiente para tornar a transação exitosa e o contrato válido, tendo pouca ou nenhuma influência do direito diante do princípio de que os agentes sejam racionais, pois o objetivo do contrato, para os economistas, é permitir a obtenção de ganhos recíprocos para ambas as partes pela autonomia privada e liberdade contratual¹⁰.

Assim, ao alterar alguma regra contratual, retirando ou diminuindo uma sanção pelo descumprimento ou ainda permitindo eventual inadimplemento com vistas a proteger o consumidor, o Judiciário estará alterando as promessas feitas inicialmente e modificando os incentivos do comportamento humano, cuja proteção que se buscou criar poderá ser inversa.

Ademais, em uma economia de escala formada pela contratação massificada aliada aos meios de comunicação eletrônicos, embora o juiz analise o caso individual, sua decisão invariavelmente será utilizada em diversos outros casos análogos, sendo necessária a preocupação com os efeitos futuros dessa decisão.

Neste sentido, o presente trabalho tem por escopo analisar de que forma o Judiciário se posicionou nos contratos de consumo imobiliários, especificamente sobre a regra geral de abusividade, para avaliar os efeitos das decisões proferidas, buscando melhorias no controle judicial dos contratos e na sua revisão.

Deste modo, serão adotados outros critérios de interpretação e aplicação do Direito tais como o consequencialismo e a eficiência, de modo a efetivamente proteger o consumidor e evitar a insegurança jurídica por meio de uma nova leitura do artigo 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor.

Como revisão de literatura, serão adotados os ensinamentos de Claudia Lima Marques¹¹ como referência no Direito do Consumidor, enquanto que, na Análise Econômica do Direito

¹⁰MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Traduzido por Rachel Sztajn. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p.405.

¹¹MARQUES, Claudia Lima *et. al.* **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5ª ed., São Paulo: RT, 2016; e MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

utilizar-se-ão como suporte os ensinamentos de Richard Posner¹² e Robert Cooter¹³, sem prejuízo de diversos outros doutrinadores e demais contribuições.

A escolha dos professores norte-americanos consiste em buscar o raciocínio econômico da própria fonte onde foi criado o movimento da *Law and Economics*, ainda pouco utilizado no Brasil em matéria de consumo, com a devida adequação aos princípios brasileiros e à sistemática da *civil law* para a sua correta apresentação.

A metodologia da pesquisa será bibliográfica, documental e jurisprudencial, pelos métodos de pesquisa dedutivo, qualitativo e dialético, transitando entre as áreas de conhecimento do Direito do Consumidor e da Economia.

Para tanto, no capítulo 1, será abordada a teoria contratual a partir dos conceitos jurídico e econômico, apresentando breve evolução social do instituto com a exposição dos principais preceitos afetos à relação de consumo, tais como vulnerabilidade, função social do contrato e boa-fé objetiva, bem como os efeitos que essas normas de conteúdo aberto impõem na limitação da autonomia e na liberdade contratual.

No segundo capítulo serão definidas as formas de controle e revisão judicial das cláusulas abusivas gerais e de que forma elas permitem o controle amplo dos contratos conforme autoriza o artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, apresentando os efeitos dessa previsão indeterminada pelo protagonismo judicial e insegurança jurídica na sua aplicação.

Ainda, serão apresentadas outras formas de aplicação do direito, considerando a eficiência econômica e o consequencialismo trazido pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, como forma de evitar o comportamento oportunista descrito pela teoria do *efficient breach*.

No capítulo 3, serão trazidos e analisados alguns julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e pelo Superior Tribunal de Justiça acerca dos contratos de consumo decorrentes da incorporação imobiliária, especificamente sobre dois temas atrelados aos compromissos de compra e venda em que houve grande divergência, quais sejam: (i) o pagamento das taxas de corretagem pelo comprador nos imóveis adquiridos no *stand* de vendas da construtora e; (ii) a possibilidade de rescisão do compromisso e o percentual de multa aplicado nos distratos imobiliários, para avaliar de que forma o judiciário interpretou esses contratos e se poderiam ter sido utilizados o consequencialismo e a eficiência como uma nova

¹²POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 3ª ed., Little, Brown and Company, 1986.

¹³COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Derecho y economía**. Traducción por Eduardo Suárez. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016.

leitura do artigo 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor, de modo a evitar o comportamento oportunista e diminuir a insegurança jurídica.

Ao final, o presente trabalho conclui pela necessária utilização de critérios coletivos na aplicação do Direito, como forma de melhorar a coerência do sistema e sua segurança, defendendo o uso do consequencialismo e eficiência para respeitar o consumidor de forma isonômica e os valores jurídicos que o direito visa proteger.

1 OS CONTRATOS DE CONSUMO

Neste primeiro capítulo, serão apresentados os conceitos jurídico e econômico dos contratos, vez que referidos entendimentos são parcialmente convergentes, de modo que o fruto deste entrelaçamento será utilizado nos demais temas ao longo deste trabalho para demonstrar o cenário atual dos contratos de consumo.

Para tanto, este capítulo apresentará a evolução histórica do contrato em seu caráter social, abordando os princípios essencialmente utilizados no controle e revisão dos contratos consumeristas, tais como vulnerabilidade do consumidor, boa-fé objetiva dos contratantes, equilíbrio nas relações de consumo e função social do contrato, a fim de observar como esses preceitos impõem uma limitação à autonomia da vontade nos contratos de consumo, em especial nos contratos de adesão.

1.1. CONCEITO JURÍDICO

O contrato em seu conceito nuclear pode ser definido como uma das modalidades de negócio jurídico por meio da qual são combinados os interesses das partes contratantes, constituindo, modificando ou solucionando algum vínculo jurídico, tratando-se de uma convenção surgida do encontro de duas ou mais vontades que se obrigam entre si, no sentido de dar, fazer ou não fazer alguma coisa¹⁴.

Em outras palavras, o contrato é o instrumento jurídico que busca a criação ou extinção de obrigações por meio do consenso de duas ou mais partes sobre um objeto ou interesse jurídico patrimonial¹⁵, sendo a mais importante espécie dos fatos jurídicos voluntários¹⁶.

1.1.1 Requisitos legais

Não houve na legislação a definição do conceito de contrato, criado apenas doutrinariamente, mas sendo uma espécie de negócio jurídico, sua previsão foi direcionada ao preenchimento dos requisitos intrínsecos de bilateralidade, obrigatoriedade e patrimonialidade,

¹⁴RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 45.

¹⁵ALTERINI, Atilio Aníbal. **Contratos Civiles – Comerciales – de Consumo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999, p. 8.

¹⁶LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Contratos. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 13.

bem como nos requisitos de sua formação, quais sejam: o consentimento válido, emanado de uma vontade livre, partes capazes e a licitude do objeto a ser negociado¹⁷.

Além dos elementos tradicionais do contrato, atualmente são incluídos como seus requisitos de conteúdo material a boa-fé objetiva dos contratantes como padrão de comportamento, a função social como tutela do tráfego de riquezas e o equilíbrio contratual, de modo a sopesar os conceitos tradicionais decorrentes do acordo de vontades.

O contrato, portanto, é um importante instrumento jurídico empregado para concretizar um negócio entre duas ou mais pessoas, podendo ser utilizado em todos os ramos do direito, adicionando-se regras específicas e próprias de cada microssistema a ser aplicado.

Tamanha a sua importância que o contrato é utilizado como instrumento normativo da ação estatal ao direcionar e gerir as relações da sociedade, estabelecendo requisitos e obrigações específicas em cada tipo de relação obrigacional como forma de perseguir objetivos sociais e de bem estar¹⁸, regrando a convivência social tal como a proteção do consumidor.

Neste sentido, os contratos de consumo são modalidades de contrato afetas ao direito privado, cuja regra geral se submete a requisitos específicos provenientes do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90¹⁹), sendo o instrumento de toda relação contratual entre um consumidor ou a este equiparado e um fornecedor de bens ou serviços²⁰.

Portanto, o ato de pedir uma pizza, cortar o cabelo, realizar uma festa num buffet ou contratar um empréstimo pessoal são modalidades de contratos (escritos ou verbais) que decorrem de uma relação de consumo.

De acordo com José Augusto Delgado, os contratos de consumo não se desvinculam dos valores jurídicos adotados pela teoria geral dos contratos em direito privado, mas seus princípios são adotados de modo mais flexível, visando evitar abusos provocados pelas desigualdades econômicas²¹, ou seja, o contrato de consumo não se trata de um direito alternativo, mas deve conviver de modo harmônico com as normas gerais dos contratos.

¹⁷TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do Direito Civil Volume 3** – Contratos. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021.

¹⁸VINCENT-JONES, Peter. Contractual Governance: Institutional and Organizational Analysis. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 20, n. 3, 2000, p. 317-351.

¹⁹MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 289.

²⁰Ao contrário do Brasil, em que não houve a descrição específica de contrato de consumo, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor no Peru conceitua o contrato de consumo como aquele que tem uma relação jurídica patrimonial entre um consumidor e um fornecedor (provedor) para a aquisição de produtos ou serviços em troca de uma contraprestação econômica. LLANOS, Tony Daniel B. El control de las cláusulas abusivas em el Código de Protección y defensa del consumidor. **Revista de Investigación de la Facultad de Derecho**, Chiclayo, Peru, v. 1, n. 1, 2011, p. 49-63.

²¹DELGADO, José Augusto. Interpretação dos Códigos Regulados pelo Código de Proteção ao Consumidor. **Informativo Jurídico da Biblioteca Min. Oscar Saraiva**, v. 8, n. 2, Jul/Dez. 1996, p. 79-179.

Por assim dizer, uma vez demonstrado que a relação jurídica é de consumo, aplicar-se-ão as regras contratuais de direito privado, adicionando as exceções e proteções especiais do Código de Defesa do Consumidor, destinado a proteger a parte hipossuficiente, incluindo os requisitos da autonomia da vontade e força vinculante do contrato, por meio de uma releitura de seus princípios.

Em outras palavras, não há contratos diferenciados, sendo os mesmos do direito civil com a distinção da função em que assumem nas relações de consumo, aplicando as regras civilistas em caráter supletivo à legislação consumerista²².

1.1.2 Consumidor e Fornecedor da relação de consumo

Grande questionamento, mas que não é do escopo deste trabalho, visa identificar quem é o consumidor e o fornecedor na relação bilateral, a fim de avaliar se o instrumento contratual será submetido à legislação especial e, portanto, mais protetiva, ou se será submetido à legislação geral, o que traz grande diferença em termos de revisão contratual e intervenção estatal, tornando importante tecer breves comentários.

De acordo com o artigo 2º da legislação consumerista, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”²³, sendo equiparada à figura de consumidor toda a coletividade de pessoas que haja intervindo nas relações de consumo.

Ao empregar o termo utilizar, a legislação elevou ao patamar de consumidor igualmente quem utilizou um produto adquirido por terceiro, obtendo os mesmos direitos, garantias e proteções contra danos estabelecidos pelo código²⁴, ou seja, mesmo quem não participou de um contrato de compra e venda, por exemplo, tem o dever de proteção do fornecedor contra os defeitos de fabricação, riscos à segurança e garantia.

Como exemplo, alguém que ganhou de presente um produto defeituoso²⁵ (um liquidificador que explodiu ou um alimento estragado) possui todos os benefícios previstos no Código de Defesa do Consumidor para buscar o ressarcimento dos danos porventura ocasionados.

²²LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Contratos. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 24.

²³BRASIL. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em 18 jul. 2022.

²⁴NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

²⁵Utiliza-se aqui a expressão produto defeituoso como sendo aquele que não oferece a segurança legitimamente esperada conforme dispõe o artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, buscou a legislação condicionar o reconhecimento de uma relação de consumo à utilização do produto ou serviço como destinatário final, de forma a afastar de sua tutela as relações empresariais ou de consumo intermediário.

Neste sentido, consumidor é quem age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de outra atividade²⁶, ou seja, é a pessoa (física ou jurídica) que retira da cadeia de fornecimento o produto ou serviço como destinatário econômico ou fático deste produto²⁷.

Conforme será visto adiante, essa restrição no âmbito de aplicação do CDC possui justificativa em razão dos inúmeros benefícios e princípios destinados à proteção do consumidor diante de uma relação essencialmente desequilibrada.

Isso significa que, embora o consumidor possa ser pessoa jurídica, a relação será de consumo se o produto ou serviço for consumido, ou seja, se não for utilizado como insumo ou no processo produtivo²⁸, admitindo-se também a aplicação do CDC quando for comprovada a vulnerabilidade. A ideia por trás do reconhecimento do consumidor é justificar a aplicação da legislação protetiva quando efetivamente há uma desigualdade e vulnerabilidade, por isso ela deixa de ser presumida para a pessoa jurídica.

Em outras palavras, se a legislação consumerista busca proteger a parte mais fraca da relação jurídica, trazendo inúmeras proteções contratuais para combater o desequilíbrio, não se pode abarcar em sua aplicação todas as relações negociais, sob pena de exaurir os demais conteúdos legais e retirar do consumidor efetivo sua necessária proteção.

A título de exemplo, uma loja de *hot dog* não será consumidora quando comprar salsicha, mostarda e pão, pois esses itens serão utilizados como insumos no seu processo produtivo para vender o cachorro-quente (produto final), mas essa mesma loja será consumidora se adquirir refeições para seus funcionários ou se adquirir algum mobiliário, por exemplo, de modo que a loja é fornecedora (na venda de seu *hot dog*), mas consumidora na compra de outros produtos e serviços como destinatária final.

²⁶THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 24.

²⁷MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 293.

²⁸Há divergências na doutrina acerca do consumidor em razão do condicionamento de seu reconhecimento como destinatário final, tendo sido adotada de forma majoritária a teoria finalista mitigada ou aprofundada, que admite que consumidor é aquele que utiliza um produto ou serviço como destinatário fático ou econômico (teoria finalista), mas também será consumidor aquele que adquire insumos para a produção comercial fora de sua área de especialidade, desde que fique demonstrada a vulnerabilidade perante o fornecedor, que poderá ser técnica, jurídica, econômica ou informacional. MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

O fornecedor, por outro lado, constitui um conceito menos controverso, pois se refere a todas as pessoas capazes, físicas ou jurídicas, além dos entes desprovidos de personalidade, que realizam alguma atividade, regular ou eventual, tratando-se de gênero do qual o fabricante, produtor, construtor, comerciante, prestador de serviços e importador são espécies. Buscou a lei, portanto, responsabilizar todos da cadeia produtiva dentro do termo fornecedor, inclusive os eventuais²⁹.

Referido conceito abarca intermediários e terceiros que, embora não sejam os fornecedores da relação principal, possuem o gerenciamento da relação conexa de consumo, como se verifica na economia de compartilhamento³⁰ (exemplo do *Airbnb* ou *Uber*).

Desta forma, contratos de consumo, para os efeitos deste trabalho, são aqueles realizados entre consumidor (pessoa física ou jurídica) e fornecedor (ainda que eventual) para a realização de uma atividade (comércio ou prestação de serviços) a ser consumida economicamente, submetendo-se às diretrizes, princípios e regras estabelecidas pelo Código de Defesa do Consumidor.

1.2 CONCEITO ECONÔMICO

Enquanto o Direito pode ser visto como o conjunto de regras, princípios e disposições para a elaboração e cumprimento contratual, a Economia pode ser vista como a ciência comportamental que auxilia no desenho e nas escolhas desses contratos, analisando seus efeitos, promessas e incentivos na sociedade³¹.

Para dizer de outra forma, enquanto o direito olha os requisitos de validade do contrato, a capacidade das partes e avalia as hipóteses de descumprimento, inclusive em razão do conteúdo acordado, a economia verifica o comportamento humano por trás dessa celebração e os incentivos no desenho contratual para que o instrumento seja cumprido, buscando identificar os problemas (ou falhas) pelos quais o contrato não foi cumprido.

²⁹NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

³⁰A economia de compartilhamento pode ser compreendida (como o nome antecipa) pelo compartilhamento de bens e serviços entre usuários mediante a gestão de um intermediário, ou seja, pelo compartilhamento de recursos para fins de consumo ou produção. Por exemplo, a plataforma *Airbnb* permite que pessoas disponibilizem suas residências ou apenas quartos para que outras pessoas possam utilizá-los a um preço mais acessível. O *Uber*, por outro lado, foi idealizado para que usuários oferecessem transporte a um preço mais acessível a outros usuários que fossem a destinos próximos. O *Wikipedia* é dedicado à construção compartilhada da maior enciclopédia do mundo. O que há de comum nos diferentes tipos de consumo é a existência de uma rede de conexão pela internet que supera os modelos tradicionais de negócio. ZANATTA, Rafael; DE PAULA, Pedro; KIRA, Beatriz (org.). **Economias do Compartilhamento e o Direito**. Curitiba: Juruá, 2017.

³¹ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.) **Direito & Economia**. Análise Econômica do Direito e das Organizações. 6º tir., Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 109.

Deste modo, a economia visa identificar as externalidades³² caracterizadas como imperfeições do mercado, tais como informação assimétrica, capacidade e racionalidade limitada dos contratantes, para avaliar se será justificável alguma intervenção corretiva³³.

1.2.1 Comportamento racional e incentivos

É importante lembrar que a operação econômica (troca de bens ou serviços) da qual resulta um contrato é anterior à sua própria criação, pois o conceito jurídico reflete sempre uma realidade exterior pretérita (neste caso econômica) que precisa ser regulada pelo direito com a criação de instrumentos que tragam essa dimensão jurídica³⁴.

Não há como se descurar que o Direito e a Economia sempre estiveram próximos, iniciando uma convergência a partir de 1957 nos Estados Unidos com a chamada Análise Econômica do Direito ou *Law & Economics*³⁵.

O ponto de partida pode ser atribuído ao economista Ronald Coase, quando publicou em 1960 um artigo intitulado *The Problem of Social Cost*³⁶, em que tratou sobre os custos de transação, o que ficou conhecido como Teorema de Coase, rendendo-lhe posteriormente o prêmio Nobel em 1991³⁷.

Em breve resumo, Coase utilizou como premissa metodológica para a criação de seu Teorema a teoria da escolha racional difundida por Adam Smith³⁸ e posteriormente aperfeiçoada pelos economistas neoclássicos³⁹, que estabelece uma predição ao comportamento

³²As externalidades podem ser definidas como os efeitos indiretos do consumo ou da atividade de produção sobre outros agentes que não o originador da atividade. MACMILLAN PUBLISHERS LTD (Org.). **The New Palgrave Dictionary of Economics**. London: Palgrave Macmillan UK, 2018, p. 4318.

³³COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Derecho y economía**. Traducción por Eduardo Suárez. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016, p.359.

³⁴ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

³⁵POSNER, Richard. The Law and Economics Movement. **The American Economic Review**, v. 77, n. 2, 1987, p. 1-13.

³⁶COASE, Ronald Harry. The Problem of Social Cost, **The Journal of Law & Economics**, v. III, 1960.

³⁷THE NOBEL PRIZE, Prize Lecture. Estocolmo, 1991. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1991/coase/lecture/>. Acesso em: 03 ago. 2022.

³⁸Ao falar sobre os fundamentos da economia e os princípios que dão origem à divisão do trabalho e ao capitalismo, Adam Smith trata da eficiência buscada pelo interesse próprio, como motor para o desenvolvimento econômico por meio da liberdade contratual. SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Investigação Sobre sua Natureza e Suas Causas. v. I, São Paulo: Nova Cultural, 1996.

³⁹Os economistas denominados neoclássicos são aqueles que trouxeram, na segunda metade do século XIX explicações científicas sobre o comportamento humano, tendo como premissa a racionalidade e utilidade, conforme JEVONS, Stanley. **The Theory of Political Economy**. 3ª ed., London: Macmillan and co., 1888; WALRAS, León. **Elements of Pure Economics**. London: The American Economic Association, 1965; e MENGER, Carl. **Princípios de Economia Política**. São Paulo, Victor Civita, 1983.

humano na busca de seu próprio bem estar por meio de um individualismo tutelado pelo autointeresse.

Em outras palavras, a “teoria da escolha racional” que até hoje se utiliza na análise do comportamento das partes contratantes pressupõe que as pessoas não adotam comportamentos randômicos, mas que no processo de decisão interna utilizam a racionalidade para tomar as melhores decisões, analisando custos e benefícios e visando àquela que melhor atende ao seu interesse, o que também se aplica ao consumidor, conforme ordem de preferência, utilidade e preço.⁴⁰

Concluiu Coase, portanto, ao tratar do problema do custo social, que em um mundo em que os direitos de propriedade sejam bem definidos e os custos de transação sejam iguais a zero, se as partes fossem afetadas por fatores alheios a sua vontade, buscariam a solução mais eficiente, que independeria da distribuição/alocação dos direitos, podendo transacionar ao redor das regras estabelecidas pelo Direito para se chegar a uma solução ótima ou eficiente na solução de seus problemas⁴¹.

Esse introito é importante para entender que a visão do contrato pela economia é essencialmente a de um resultado decorrente de uma cooperação de pessoas, buscando um ganho recíproco por meio de promessas e incentivos para que as partes atuem da melhor maneira, coordenando transações para atingir seus respectivos objetivos⁴².

Em outras palavras, o contrato é um ganha-ganha, também denominado de ganho de Pareto⁴³, em que ambas as partes percebem algum benefício em razão da troca econômica,

⁴⁰COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6th edition, Berkeley Law Books, 2016. p. 19

⁴¹Uma das justificativas de Coase para sustentar seu Teorema foi o caso *Stirges v. Bridgman*, em que um médico constrói seu consultório ao lado de um fabricante de doces, cujo barulho causado pela fábrica prejudica o seu trabalho. Ao ingressar com um processo para postular liminarmente a cessação dos barulhos, a fábrica se defendeu sustentando que já estava ali há anos e que o médico, se estivesse incomodado, deveria se mudar, o que foi negado pelo Tribunal, que considerou que o direito do médico de interromper o incômodo não havia sido diminuído pela prática de longa data da fábrica, mantendo a decisão de impedir a fábrica de usar o pilão e o almofariz que incomodavam o médico. De acordo com Coase, o Direito neste caso estabeleceu direitos ao médico, mas também poderia ter estabelecido direitos ao fabricante, sendo que a solução ótima e mais eficiente a ser aplicada seria aquela de menor custo possível, independentemente das regras estabelecidas pelo direito, ou seja, se a instalação de uma proteção acústica no consultório do médico fosse menos custosa do que o impedimento da atividade da fábrica ou a sua mudança para outro local, poderiam as partes transacionar para chegar a esse resultado, tratando-se de solução ótima e mais eficiente, cujo custeio seria realizado pelo médico ou pela fábrica, a depender dos direitos de propriedade, desde que os custos de transação fossem iguais a zero. COASE, Ronald, H. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law & Economics**. v. III, 1960.

⁴²ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.) **Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações**, 6º tir., Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

⁴³A eficiência ou ganho de Pareto é um critério útil para comparar os resultados de diferentes cenários. Se for possível encontrar uma forma de melhorar a situação de uma pessoa sem piorar a de nenhuma outra, teremos uma melhoria ou ganho de Pareto. Em uma celebração de um contrato, por exemplo, ambas as partes partem do momento “0” para o momento “1” em razão de uma troca econômica, portanto, encontram-se em uma melhoria de Pareto que pode ser um ótimo de Pareto se esta situação não puder ser melhorada para um potencial momento

sendo presumido que a troca é mutuamente benéfica, pois as partes são o melhor juiz do seu próprio bem estar⁴⁴.

Para entender referido conceito, é necessário compreender que a ciência econômica estuda como a sociedade administra seus recursos escassos⁴⁵ e qual o comportamento humano nesta interação, partindo do pressuposto de que o ser humano é racional⁴⁶ e reage a incentivos⁴⁷.

Desta forma, a abordagem econômica investiga as causas e as consequências das regras jurídicas na tentativa de prever como as pessoas irão se comportar diante dessas regras (teoria dos incentivos) e como alterarão seu comportamento em caso de modificação dessas regras⁴⁸.

Para dizer de outra forma, os agentes estão mais bem situados para entender o que lhes dará satisfação ou desprazer, de modo que o direito não precisa estimulá-los a fazer trocas, pois estas decorrem de seu livre interesse o que aumentaria o bem estar de todos.

Cumprе ressaltar, entretanto, que não somos estritamente racionais em todas as decisões em razão de inúmeros fatores, vez que o próprio tempo é limitado, escasso e custoso, ou seja, a decisão a ser tomada terá influência direta com as informações disponibilizadas ou na ignorância racional pela disposição de se deixar influenciar⁴⁹.

Ademais, especialmente se tratando de uma relação de consumo, diversas teorias e estudos de economia comportamental⁵⁰ apresentam os vieses cognitivos e *nudges* que alteram essa racionalidade⁵¹, além da influência psicológica na utilidade da escolha, satisfação e desejo.

⁴⁴“3” sem prejudicar ninguém. VARIAN, Hal R. **Microeconomia**. Uma abordagem moderna. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

⁴⁵VELJANOVSKI, Centro. **Economic Principles of Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

⁴⁶MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**. 6ª ed., São Paulo: Cengage Learning, 2016.

⁴⁷POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

⁴⁸Como decorrência da escolha racional, as pessoas geralmente respondem a incentivos, explorando oportunidades de obter vantagens, ou seja, a base de todas as previsões dos economistas sobre o comportamento individual é a de que as pessoas exploram as oportunidades para a melhoria de sua situação, respondendo a incentivos (negativos ou positivos). KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Microeconomia**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

⁴⁹ARAKE, Henrique; GICO JUNIOR, Ivo T. De Graça, até Injeção na Testa: análise juseconômica da gratuidade de Justiça. **Economic Analysis of Law Review**, v. 5, n. 1, p. 166-178, jan./jun 2014.

⁵⁰ARAÚJO, Fernando. **Economia. Conceitos Introdutórios para Juristas**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 48.

⁵¹Neste sentido: LEVMORE, Saul. The Evolutionary Force of Behavioral Economics in Law. **University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper**. n. 923, Public Law Working Paper n. 766, 2021. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3871414>. Acesso em: 06 out. 2022; e ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (org.) **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and The Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

⁵²THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass, H. **Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness**. New Haven and London: Yale University Press, 1945.

Neste sentido, existem uma série de normas sociais de conduta, inclusive de crenças, além do excesso de confiança, que alteram a premissa do comportamento humano otimizado⁵² e a concepção do *homo economicus* em sua definição original⁵³,

De qualquer forma, a racionalidade limitada, utilizando como premissa o comportamento minimamente racional atrelado à utilidade e satisfação, ainda é a melhor métrica para avaliar a média do comportamento humano dentro de uma sociedade.

Assim, o contrato econômico olha para o ferramental jurídico como decorrência de uma operação econômica (troca de bens, produtos ou serviços), analisando seus efeitos de estímulo e os comportamentos das pessoas em razão destes incentivos, focando na análise dos atritos e dos problemas ocasionados quando essas promessas (ou trocas) não podem ser cumpridas, o que é denominado de falhas de mercado⁵⁴, ou seja, a incapacidade de alocação dos recursos com eficiência⁵⁵.

1.2.2. Falhas de mercado e externalidades

Uma das principais falhas de mercado está associada à externalidade. Como o próprio termo antecipa, a externalidade surge quando um terceiro que não participa da contratação original realiza uma ação que produz impacto no bem-estar de outra pessoa⁵⁶, tal como a poluição emitida por uma fábrica ou o barulho de sua atividade perante seus vizinhos.

Essa externalidade que recai sobre um terceiro poderá ser positiva ou negativa (benefício ou custo) e traz um efeito não incluído no preço original do bem ou serviço do contrato, podendo influenciar na sua execução e gerar ineficiência diante dessa discrepância⁵⁷.

Como exemplo, após a celebração e início de um contrato de locação comercial para serviços médicos estéticos de luxo, o poder público decide construir uma estação de metrô ao lado do imóvel (ato de terceiro). Enquanto a externalidade será positiva para o proprietário do imóvel e locador em razão da sua valorização, será negativa ao locatário em razão do aumento

⁵²THALER, Richard H. **Comportamento Inadequado**. A construção da Economia Comportamental. Coimbra: Actual, 2015

⁵³Críticos dos modelos econômicos e da premissa da racionalidade utilizam o termo *Homo economicus* para designar o ser humano egoísta que é capaz de solucionar qualquer problema econômico e sempre sabe exatamente o que deseja e os modos de obtenção, sendo puramente racional e sem cometer qualquer equívoco. GOOLSBEE, Austan; LEVITT, Steven; SYVERSON, Chad. **Microeconomia**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2018.

⁵⁴MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p.405.

⁵⁵MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**. 6ª ed., São Paulo: Cengage Learning, 2016.

⁵⁶Ibidem.

⁵⁷BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico Del Derecho**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019.

do barulho, comércio de ambulantes e excessivo fluxo de pessoas que não trarão aumento em sua receita, mas apenas perturbação e prejuízo dos clientes já existentes que buscam discrição nos serviços médicos buscados.

Diante dessa externalidade positiva ao locador e negativa ao locatário, utilizando a teoria de Ronald Coase mencionada acima, as partes poderão renegociar o contrato ou decidir pela sua rescisão por ser interesse de ambos os lados, ou seja, se o aluguel não pode ser aumentado pela escolha única do locador (em razão da limitação dada pelo direito) passa a ser do seu interesse a busca de um novo inquilino (que valorize a proximidade do imóvel ao metrô e, portanto, pague mais) e, ao mesmo tempo, é interesse do locatário a mudança para outro imóvel, localizado em bairro mais reservado, longe do barulho e do alto fluxo de pessoas.

Todavia, essa solução ótima e eficiente só poderá ocorrer se os custos de transação forem muito baixos e permitam esse acerto, pois se forem altos haverá outra falha de mercado caracterizada pela inviabilidade de se transacionar por custos devidos a terceiros (advogados, por exemplo).

Por assim dizer, custos de transação são as despesas envolvidas na negociação que “saem do bolso de uma das partes, mas não entram no bolso da outra”⁵⁸, assim entendidas como aquelas inerentes à realização desta escolha, tais como despesas de negociação, execução do contrato e obtenção de informações.

As decisões judiciais, neste sentido, assumem papel fundamental na formação desses custos de transação, pois tais custos estão presentes nas análises dos agentes econômicos para o cumprimento (ou não) de contratos, inclusive na relação de consumo, ou seja, as decisões judiciais influenciam na tomada de decisão e na adoção de determinado comportamento, impedindo que sejam oportunistas⁵⁹.

Desta forma, ao penalizar o enriquecimento ilícito, abuso de direito ou o inadimplemento obrigacional, sob o ponto de vista econômico, o Estado, pelo Poder Judiciário, está desincentivando referidas condutas ocasionadas por falhas de mercado, de modo a coibir ou, mediante efeito pedagógico, persuadir sua ocorrência⁶⁰.

⁵⁸TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro**. Críticas e Alternativas ao Solidarismo Jurídico. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 189.

⁵⁹GOMES, Monique Ribeiro de Carvalho. O dever de fundamentação das decisões judiciais no sistema de precedentes vinculantes e o CPC/15. In PINHEIRO, Armando C. *et. al.* **Tópicos em Direito e Economia**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2021, p. 41-68.

⁶⁰PIMENTA, Eduardo G.; LANA, Henrique A. R. Análise Econômica do Direito e sua relação com o Direito Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, jul./dez. 2010, p. 85-138.

Em sentido contrário, no entanto, ao afastar a penalidade contratual, admitindo sua redução ou alteração das disposições firmadas pelas partes, o Estado estará incentivando a quebra das promessas efetuadas e aumentando os custos de transação das partes.

Por fim, outra grande falha de mercado está associada à assimetria de informações, ou seja, é interesse das partes que o contrato seja cumprido e igualmente interessante para ambos que o desenho contratual inclua penalidades para a garantia desse cumprimento. Nem sempre as informações necessárias ou relevantes sobre o objeto do contrato são disponibilizadas pelas partes e podem ocasionar o descumprimento contratual ou seu questionamento judicial (para os casos de consumo por exemplo).

Ao comentar sobre o problema da assimetria de informações, Décio Zylbersztajn⁶¹ utiliza como exemplo os bens de crença, ou seja, para que os frangos sejam vendidos no mercado muçulmano, devem ser abatidos segundo os preceitos religiosos do Alcorão para que possam ser consumidos por seus fiéis. Entretanto, essa informação não pode ser constatada com os frangos já abatidos e sim durante o monitoramento do processo de produção, tratando-se de uma característica não observável no produto final e com dificuldade de obtenção (custos de transação), de modo que as partes não dispõem do mesmo conjunto de informações no momento da negociação.

Diante dessa assimetria que, inclusive, pode ser inversa a depender do contrato entre consumidor e fornecedor, é possível que ocorra risco moral ou seleção adversa, além do descumprimento do contrato (diante do arrependimento de uma das partes, questionamento judicial, dentre outros).

Neste sentido, George Akerlof⁶², em famoso artigo escrito em 1970, bem exemplifica a seleção adversa ao tratar da experiência de compra de veículos novos e usados, em que os compradores não possuem as informações completas sobre os automóveis disponíveis no mercado e ao não conseguirem distinguir quais seriam ruins (o que ele denominou de limões)⁶³ e quais seriam bons (vez que se trata de uma informação privada do vendedor), os compradores tendem a pagar menos em razão do risco do negócio. Como consequência, os vendedores de carros bons tendem a retirá-lo do mercado, pois os preços oferecidos passam a ser inadequados.

⁶¹ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.) **Direito & Economia**. Análise Econômica do Direito e das Organizações. 6º tir., Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 122.

⁶²AKERLOF, George. The Market for Lemmons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. **Quarterly Journal of Economics**, The MIT Press, 84, 1970, p. 488-500.

⁶³O autor emprega o termo “limão” por ser uma gíria americana para carros usados em mau estado, enquanto no Brasil utilizamos o termo “abacaxi”, ou seja, aquele veículo cujos custos de reparo são maiores do que as expectativas.

Com os melhores carros fora do mercado, sobram apenas os veículos ruins (limões), tratando-se de uma seleção adversa em razão da assimetria de informações.

O mesmo exemplo pode ser aplicado no Brasil para os casos de seguro de vida. Na medida em que a seguradora não consegue ter informações seguras sobre o estado de saúde dos segurados, ela tende a impor condições ou restrições contratuais para evitar o pagamento do seguro, tais como o não pagamento em caso de doença preexistente à contratação. Se esta restrição é invalidada pelo judiciário, a seguradora é obrigada a aumentar o preço do seguro para justificar o aumento do risco.

Diante do aumento do preço, as pessoas mais saudáveis tendem a não contratar o seguro de vida, que acaba sendo contratado majoritariamente por pessoas mais suscetíveis ao óbito, ocasionando a seleção adversa.

O risco moral, por outro lado, pode ser descrito como a conduta negligente ou imoral que passa a ser praticada em razão da perda (ou inversão) de incentivos contratuais. Ainda utilizando os seguros como exemplo, ao contratar um seguro veicular para proteger o bem contra acidentes, colisões ou furtos, o usuário tende a ser menos cauteloso, pois sabe que seu veículo está protegido, o que pode contribuir para a ocorrência de sinistros.

Para evitar que esse risco ocorra ou para mitigar essa negligência, as seguradoras passam a inserir condições contratuais como a criação de uma taxa de “franquia” como forma de impor ao proprietário um custo mínimo em caso de danos ou furtos. Com isso, o seguro só será utilizado quando efetivamente necessário, pois qualquer seguro próximo de 100% do valor do bem segurado distorce os incentivos e induz os proprietários a se comportarem de forma diferente⁶⁴.

Em outras palavras, o risco moral decorre dos incentivos distorcidos, ou seja, um indivíduo tem informação privilegiada sobre as suas ações (assimetria informacional), mas é o outro que carrega o custo da falta de esforço ou cuidado⁶⁵.

Deste modo, ainda que cada ciência possua um foco diferente de observação e questionamento, há um claro entrelaçamento do Direito e da Economia nos contratos conforme bem observado por Enzo Roppo ao afirmar que, embora o contrato seja um conceito jurídico, é

⁶⁴Paul Krugman utiliza como exemplo concreto as grandes epidemias de incêndio ocorridas no final dos anos 1970, em Nova York. Em resumo, diversos proprietários de imóveis em bairros decadentes (em razão do aumento da criminalidade e fuga da classe média) passaram a “sofrer” incêndios em imóveis que possuíam seguro residencial, pois o prêmio a ser pago pela seguradora estava lastreado aos valores históricos do imóvel (antes da sua desvalorização), o que representava um lucro aos proprietários. KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 388.

⁶⁵KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 388.

uma ferramenta que decorre de uma operação econômica, aí incluída a circulação de riqueza, pois onde não há relação econômica, não há contrato⁶⁶.

1.3 A TEORIA CONTRATUAL E SUA SOCIALIZAÇÃO

O conceito de contrato visto acima como um acordo de vontades ou cooperação de agentes, foi concebido como um modelo liberal, partindo do pressuposto de que a vontade era fonte de obrigações. Esse conceito abriu caminho para os princípios da autonomia da vontade e do consensualismo, ou seja, defendia-se que o fundamento racional do nascimento das obrigações estava na vontade livre dos contratantes⁶⁷, que deveria ser preservada.

Embora o contrato fosse utilizado desde o período romano antes de Cristo, referido modelo foi sendo aperfeiçoado ao longo da história pelo direito com a retomada da racionalidade humana no período renascentista e a criação da ciência moderna, que teve como resposta um dos maiores períodos de caça às bruxas e ampliação da Inquisição para se contrapor a esse movimento⁶⁸.

Esse racionalismo que culminou com o Iluminismo no século XVIII⁶⁹ possuía grandes pensadores, a exemplo de Hugo Grócio e John Locke, que defendiam a liberdade como poder de cada um, pois o objetivo da lei deve ser a preservação e o aumento da liberdade⁷⁰. Isso teve grande influência para o liberalismo econômico de Adam Smith e inspirou a valorização da vontade individual como garantia do equilíbrio econômico e da prosperidade, pois o interesse geral nada mais é do que a soma dos interesses individuais⁷¹.

⁶⁶ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 7-11.

⁶⁷GOMES, Orlando. **Contratos**. 25ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 5.

⁶⁸Há divergências sobre o exato período renascentista que teria ocorrido entre os séculos XIV e XVI. Nesse período, grandes pensadores começaram a questionar os dogmas religiosos e a criar teorias e postulados que mudariam a forma do mundo pensar, tais como os ensinamentos de Nicolau Maquiavel, Leonardo da Vinci, Nicolau Copérnico, Galileu Galilei, René Descartes, dentre tantos outros. CHASSOT, Attico. **A Ciência Através dos Tempos**. São Paulo: Moderna, 1994.

⁶⁹O Século das Luzes, também denominado de Iluminismo, foi formado por diversos filósofos e pensadores pautados em valores e princípios em torno da racionalidade humana e da autonomia privada, tais como Immanuel Kant que afirmava: “Ora, se alguém decreta algo contra um outro, é sempre possível que, com isso, cometa injustiça contra este, mas nunca naquilo que decide sobre si mesmo (pois *volenti non fit iniuria*)”. KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 105.

⁷⁰KELLY, Paul *et. al.* **O Livro da Política**. São Paulo: Globo, 2013.

⁷¹De acordo com Adam Smith: “é evidente que cada indivíduo, na situação local em que se encontra, tem muito melhores condições do que qualquer estadista ou legislador de julgar por si mesmo qual o tipo de atividade nacional no qual pode empregar seu capital, e cujo produto tenha probabilidade de alcançar o valor máximo”. SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Investigação Sobre sua Natureza e Suas Causas. v. I, São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 438.

Com isso, concluía-se que a liberdade seria universal, pois decorrente do direito natural de que todos possuem o direito de autodeterminação, de modo que todos os homens seriam capazes de assumir responsabilidade pelas próprias condutas⁷².

Pelo modelo liberal (e também econômico), o sujeito de direitos tem a liberdade de escolher com quem deseja contratar, de que forma pretende contratar e se efetivamente irá celebrar algum contrato, vez que a ordem jurídica confere validade e eficácia ao contrato gerado pela livre manifestação de vontade, não existindo restrição externa à avença ou às cláusulas do contrato. Isto, pois as normas, em sua maioria de natureza supletiva, destinam-se a suprir eventual omissão contratual⁷³.

Assim, conforme observado por Kelsen⁷⁴, ao firmar o contrato, as partes não estão apenas definindo direitos e obrigações sobre as normas em abstrato, mas exercendo função criadora de estabelecer normas individuais e concretas, não existentes antes de sua contratação e exigíveis com força obrigatória pelo *pacta sunt servanda*, como norma objetiva do direito.

Baseando-se, portanto, na escolha e liberdade individual, os contratantes não poderiam mais se abster do cumprimento contratual, salvo pelas hipóteses de vícios de consentimento ou sociais, sob pena de rescisão ou responsabilidade contratual⁷⁵.

Em outras palavras, o legislador se preocupava com a vontade livremente manifestada para a formação de um vínculo jurídico e válido, afastando a obrigatoriedade do cumprimento contratual apenas nas hipóteses de erro, dolo ou coação, pois a autonomia da vontade obrigava tanto o legislador quanto o juiz, que não poderiam intervir no que havia sido voluntariamente pactuado⁷⁶.

O direito, neste período, considerava que todos os indivíduos seriam essencialmente iguais, em oposição ao comerciante, trabalhador ou consumidor, participando de relações mediante uma igualdade formal⁷⁷, que bem retratava o capitalismo⁷⁸ e desprezada a desigualdade social.

⁷²CORREIA, Atalá. O Dever de Informar nas Relações de Consumo. **Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal**, Brasília, n. 13, 2011.

⁷³COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil 3**. Contratos. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 14.

⁷⁴KELSEN, Hans. **El contrato y el tratado**. Analizados desde el punto de vista de la Teoría del Derecho. 2ª ed., Ciudad de México: Coyoacan, 2019

⁷⁵TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro**. Críticas e Alternativas ao Solidarismo Jurídico. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 81.

⁷⁶NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 27.

⁷⁷NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 16.

⁷⁸COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil 3**. Contratos. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 15.

Em rápido paralelo, esse período era semelhante ao modelo econômico que observa o contrato como um conjunto de promessas estáveis, reconhecendo a existência de assimetrias de informação como falhas de mercado ocasionadas por vícios no consentimento (tais como erro e dolo).

É importante observar, contudo, que esse racionalismo e autodeterminação decorrentes do liberalismo contrastavam com a ainda existente Inquisição (que perdurou até o século XIX), período em que se torturava, bania, exilava e realizava qualquer tipo de repressão àqueles que questionavam os dogmas da Igreja ou que possuíam tendências modernistas, pois toda a visão de mundo nova e diferente era combatida e ameaçada pela Inquisição⁷⁹.

Entretanto, após o início da Revolução Industrial, que representa o mais importante fenômeno econômico da era moderna⁸⁰ e cujo desenvolvimento gerou novas classes sociais com a expansão do comércio e formação de grande concentração de capital, criou-se um grande problema social em decorrência da desigualdade.

Diante da Revolução Industrial, o contrato passou a ser o instrumento fundamental do mundo negocial, da geração de riquezas e de desenvolvimento da economia, pois o fato gerador de recursos não é mais a propriedade, mas a empresa, que se insere na vida de cada indivíduo⁸¹ para suprir suas necessidades.

Desta forma, a suposição de igualdade formal dos indivíduos, que asseguraria o equilíbrio contratual independentemente de condição social, foi desacreditada na vida real⁸², de modo que o modelo jurídico contratual se distanciou da realidade social e criou um novo paradigma⁸³.

Isso porque, pelo modelo liberal, o contrato só seria revisto em caso de erro, dolo ou coação, ou seja, permitia-se por exemplo, contrato de trabalho com 90 horas semanais, contrato de empréstimo com obrigações iníquas, dentre tantas outras formas sem qualquer controle, cujas disposições contratuais decorriam de clara imposição pelo mais forte.

Em razão dessa desigualdade, verificou-se a insuficiência do formato das relações privadas pelo choque de interesses. Com isso, após duas guerras mundiais, criaram-se novas preocupações, admitindo-se a intervenção do Estado para suprir deficiências da iniciativa privada, notadamente na proteção do economicamente mais fraco, visando reequilibrar as

⁷⁹NOVINSKY, Anita. **A inquisição**, São Paulo: Brasiliense, 3ª ed., 1985.

⁸⁰BITTAR, Carlos Alberto, BITTAR FILHO, Carlos. **Direito Civil Constitucional**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 118.

⁸¹VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil 3**. Contratos. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 7.

⁸²GOMES, Orlando. **Contratos**. 25ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 7.

⁸³TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro**. Críticas e Alternativas ao Solidarismo Jurídico. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 85.

relações privadas⁸⁴, o que se denominou de Estado de bem estar social, mais conhecido como *welfare state*.

Esse movimento teve grande influência de sociólogos como Durkheim⁸⁵ e Duguit⁸⁶, que defendiam que os homens são seres sociais nascidos dentro de uma coletividade e que, portanto, ao fazerem parte de um grupo social, se submetem a uma regra social de conduta, de modo que a sociedade como um todo orgânico, harmônico e cooperativo, impõe a realização de determinadas condutas que precisam ser coerentes com a solidariedade social e que limitam a manifestação de vontade.

Desta forma, ao buscar a solidariedade, o Estado passou a intervir nas relações privadas (o que era inaceitável no modelo liberal) para evitar as crises periódicas do sistema econômico, diminuindo a liberdade das partes, de maneira que nem tudo passa a ser válido ou eficaz⁸⁷.

A teoria geral do contrato, portanto, passou a incluir três novos princípios de observância obrigatória, quais sejam, boa-fé objetiva, equilíbrio econômico e função social, não eliminando os princípios antigos, mas impactando seus valores⁸⁸, pois a liberdade individual, que antes reinava de forma absoluta, ganha força jurídica e significado pela solidariedade social⁸⁹.

Em outras palavras, visando o equilíbrio contratual, o direito passa a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança, expectativas e boa-fé das partes contratantes, mantendo-se a autonomia de vontade, mas reduzindo-a por normas imperativas em prol do interesse social⁹⁰.

Essa transição, por outro lado, não foi indene de desgaste, pois inserida dentro do sistema capitalista, resultou na redução da liberdade de iniciativa na exploração da atividade econômica, impactando o comportamento humano⁹¹.

Observa-se que o modelo econômico do contrato ainda segue o modelo liberal, pois o ponto de partida é a presunção de que a troca (de bens ou produtos) é mutuamente benéfica, ou seja, as partes celebram um contrato porque ambos os lados possuem um ganho, o que existe

⁸⁴BITTAR, Carlos Alberto, BITTAR FILHO, Carlos. **Direito Civil Constitucional**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 119.

⁸⁵DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁸⁶DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 23.

⁸⁷COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil 3**. Contratos. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 17.

⁸⁸THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 214.

⁸⁹NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 26.

⁹⁰MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 202.

⁹¹COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil 3**. Contratos. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 23.

mesmo em caso de desigualdade de poder. Caso contrário, o contrato não teria sido celebrado, de modo que a liberdade é a base da economia de mercado⁹², pois os contratos geram riquezas na sociedade, garantindo melhorias de Pareto⁹³, vez que decorrem de acordo de vontades. Assim, inexistindo erro, dolo, coação ou fraude, as partes contratantes irão optar por situações que lhes tragam benefícios ou ganhos⁹⁴.

Todavia, a Análise Econômica do Direito reconhece que o contrato muitas vezes não é concluído (torna-se ineficiente), em razão de falhas de mercado⁹⁵ já identificadas no tópico anterior⁹⁶, que são comumente identificadas nos contratos de consumo como decorrência da desigualdade das partes, pois o contrato essencialmente privado e com igualdade de poder entre os contratantes tem perdido seu protagonismo.

Embora não tenha desaparecido por completo, as relações contratuais ainda que pequenas, como a contratação de uma quituteira ou um animador de festa infantil autônomo, hoje têm sido realizadas de forma empresarial, mesmo na figura do microempresário⁹⁷, pois sob o ponto de vista econômico, a empresa é criada como forma de redução dos custos operacionais, organizando os meios de produção e reduzindo os custos de transação⁹⁸.

Pode-se dizer, portanto, que a grande maioria dos contratos postos na sociedade são contratos de consumo, tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor como já visto anteriormente, instrumento este que representou o marco na mudança de mentalidade relativa ao direito contratual contemporâneo no Brasil, assentando-se no princípio da solidariedade⁹⁹ e tendo como pressuposto o reequilíbrio contratual diante da vulnerabilidade de uma das partes.

Entretanto, não é correto presumir de forma absoluta que todas as relações estabelecidas sob a égide do código consumerista estabelecem uma clara desigualdade contratual, pois a maior parte das empresas no Brasil são de Microempreendedores Individuais (MEI), ou seja, pequenos empreendedores que só podem contratar até um empregado e possuir faturamento

⁹²VELJANOVSKI, Cento G. **Economic Principles of Law**. New York: Cambridge University Press, 2007.

⁹³A definição do ganho de Pareto, também denominada de eficiência de Pareto é objeto de explicação no item 2.2.1 desta dissertação.

⁹⁴TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 164.

⁹⁵De acordo com Cooter e Ulen, é essencial que todos os mercados sejam perfeitamente competitivos, de modo que, se algo dá errado e impede essa condição essencial de ser alcançada no mercado, temos as falhas de mercado, que podem justificar uma intervenção estatal para correção. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6th edition, Berkeley Law Books, 2016. p. 61

⁹⁶MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Traduzido por Rachel Sztajn. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p.408.

⁹⁷VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil 3**. Contratos. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 6.

⁹⁸COASE, Ronald, Harry., The Nature of the Firm, **Economica**, v. 4, n. 16, 1937, p. 386–405.

⁹⁹NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 28.

anual de até R\$ 81.000,00¹⁰⁰, de modo que a vulnerabilidade estabelecida pelo *códex* consumerista como premissa para o reequilíbrio contratual, muitas vezes não existe e precisa ser avaliada no caso concreto, sob pena de deturpação ou desequilíbrio inverso, tornando a contratação ineficiente e permitindo comportamentos oportunistas.

Neste sentido, um consumidor com razoáveis recursos financeiros possui muito mais condições de negociar, impor condições e prazos na contratação de um pintor, por exemplo, ou de um animador de festa infantil, não fazendo jus a sua vulnerabilidade que pode permitir condutas oportunistas e ineficientes.

Desta forma, diante de eventuais excessos no solidarismo do contrato, permitindo razoável intervenção nas relações, o modelo de contrato passou a ser objeto de uma reliberalização impulsionada pela globalização. Este movimento é destinado a uma retomada da autonomia da vontade nas relações entre contratantes de iguais condições econômicas, o que resultou na Lei da Liberdade Econômica no Brasil (Lei 13.874/19), que presume a paridade de contratantes e torna a intervenção do Estado excepcional no exercício da atividade econômica, reconhecendo a garantia da livre iniciativa¹⁰¹.

Embora não se aplique às relações de consumo (houve essa tentativa), trata-se de importante guinada no retorno da liberdade contratual, mas que ainda é tida como retrocesso por uma parcela da doutrina¹⁰².

1.4 PRINCÍPIOS CONTRATUAIS NA RELAÇÃO DE CONSUMO

Como concretizador da nova teoria contratual vista acima, o Direito do Consumidor trouxe diversos princípios e regras de conteúdo obrigatório a serem observados pelos fornecedores na relação de consumo, buscando reequilibrar relações notadamente desiguais e que possuem vinculação direta com a autonomia da vontade e a liberdade contratual.

Dentro dessas normas, podemos elencar quatro princípios basilares para a relação de consumo que são utilizados como supedâneo para a revisão e controle judiciais dos contratos¹⁰³,

¹⁰⁰BRASIL. **Verifique se você atende as condições para ser MEI**. Disponível em: <https://www.gov.br/empresas-e-negocios/pt-br/empreendedor/quero-ser-mei/o-que-e-ser-um-mei/verifique-se-voce-atende-as-condicoes-para-ser-mei-1>. Acesso em: 19 jul. 2022.

¹⁰¹COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil 3**. Contratos 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 17.

¹⁰²Neste sentido: LÔBO, Paulo. Liberdade Econômica e Direito Civil. 7º Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 23, n. 01, 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/543>. Acesso em: 27 jul. 2022;

¹⁰³Existe uma diferença técnica de terminologia entre Revisão e Controle Judicial dos Contratos que merece uma rápida explicação. A Revisão Judicial do contrato pressupõe a existência de fato futuro e imprevisível que acarrete uma onerosidade excessiva a uma das partes (acima do razoável), conforme descrito pela Teoria da Imprevisão. O

quais sejam: (i) vulnerabilidade; (ii) boa-fé objetiva; (iii) equilíbrio contratual e; (iv) função social do contrato.

Existem diversos outros princípios inseridos no Código de Defesa do Consumidor, tais como o direito à informação, segurança, reparação efetiva e acesso à justiça, vez que os direitos básicos do consumidor são exemplificativos, mas para efeitos de recorte metodológico não serão diretamente abordados neste trabalho, embora seus conceitos sejam trabalhados por via reflexa.

1.4.1 Vulnerabilidade do Consumidor

A vulnerabilidade, embora não seja um princípio eminentemente contratual nas relações de consumo, consiste em um princípio fundante do Código de Defesa do Consumidor e do qual decorre, em certa medida, todo o regramento protetivo, ou seja, o ponto de partida que visa garantir a igualdade formal-material da relação jurídica é o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor em frente ao fornecedor¹⁰⁴.

Referido princípio encontra-se previsto no artigo 4º do CDC, que trata a vulnerabilidade como um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, de modo que todo consumidor, por natureza, é vulnerável perante o fornecedor¹⁰⁵.

O conceito de vulnerabilidade, no entanto, precisa ser compreendido como o reconhecimento daquele sujeito mais fraco na relação de consumo, expressando relação direta em contraste à parte contrária.

Essa vulnerabilidade também pode ser entendida como um estado de fragilidade frente às práticas do mercado nas mais diversas etapas do processo de produção, tais como na realização de *marketing* muitas vezes antiético ou exploratório para a venda de produtos infantis ou prejudiciais como álcool, tabaco e *fast-food*¹⁰⁶.

A vulnerabilidade, portanto, é intrínseca ao consumidor como destinatário final do produto ou serviço, tratando-se de presunção absoluta, não admitindo prova em contrário

Controle Judicial significa a possibilidade do Poder Judiciário alterar, adequar ou retirar alguma disposição contratual que entende ser abusiva ou excessivamente onerosa. Embora em ambas as condutas o resultado judicial possa ser o mesmo (modificação do contrato original), tratam de institutos jurídicos distintos. Este trabalho possui como foco a amplitude e indeterminação das cláusulas abusivas que permitem o controle judicial (e por consequência a modificação do contrato) que não dependem da Teoria da Imprevisão.

¹⁰⁴MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor 1. Princípios Gerais e Defesa do Consumidor em Juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 17.

¹⁰⁵GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. 13ª ed., Salvador: Juspodivm, 2017, p. 57.

¹⁰⁶SILVA, Rosana Oliveira Da *et al.* Uma discussão necessária sobre a vulnerabilidade do consumidor: avanços, lacunas e novas perspectivas. **Cadernos EBAPE.BR**, v. 19, n. 1, p. 83–95, 2021.

segundo a doutrina, pois todo consumidor é sempre vulnerável, mas nem todo consumidor é hipossuficiente, sendo a hipossuficiência conceito fático e não jurídico.

De acordo com Claudia Lima Marques, a vulnerabilidade é um princípio fundamental do consumidor, decorrente de um estado de risco que fragiliza e enfraquece o consumidor, podendo ser técnica (ausência de conhecimentos específicos sobre o bem), jurídica (falta de conhecimentos jurídicos ou científicos, tais como conhecimentos financeiros), fática (em razão de monopólio ou essencialidade do serviço prestado) ou informacional (deficiência na comunicação de informações essenciais)¹⁰⁷.

Como exemplo, um funcionário do *Google*, apesar de possuir conhecimento técnico sobre o funcionamento da empresa, sua tecnologia e plataforma, será igualmente vulnerável com os demais consumidores na contratação de produtos ou serviços da plataforma, pois também não poderá negociar os termos contratuais, sendo vulnerável de forma jurídica, fática e informacional, vulnerabilidade essa que decorre da possibilidade de ofensa ou prejuízo ao consumidor¹⁰⁸.

Importante esclarecer que a evolução tecnológica trazida pela sociedade da informação¹⁰⁹ ou convergente¹¹⁰, dando ensejo ao contrato padronizado por meio do uso em massa da internet e dos meios de comunicação eletrônicos (contrato de adesão), determina uma maior vulnerabilidade do consumidor em razão do comércio eletrônico¹¹¹.

Isso porque, sendo as propostas unilateralmente constituídas, a negativa do consumidor na adesão importa em simples não utilização do serviço, impedindo-o de ter acesso a uma gama cada vez maior de produtos, tais como no transporte (*Uber*, *99* e *Cabify*), serviços de *delivery* (*Ifood*, *Rappi* e *Uber Eats*) e viagens (*Airbnb*, *Trivago* e *Decolar*), o que afeta a autonomia de

¹⁰⁷MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 320.

¹⁰⁸CANTO, Rodrigo E. D. **A Vulnerabilidade dos Consumidores no Comércio Eletrônico e a Reconstrução da Confiança na atualização do Código de Defesa do Consumidor**, Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação da Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2014, p. 224.

¹⁰⁹Manuel Castells utiliza o termo “Sociedade da Informação” para designar a nova sociedade tecnológica, cuja evolução determinou em grande parte a capacidade produtiva da sociedade e os padrões de vida, bem como as formas sociais de organização econômica, tratando-se de um ponto de descontinuidade histórica, pois as novas tecnologias da informação possibilitaram que a própria informação se tornasse o produto do processo produtivo, ou seja, os produtos das novas indústrias de tecnologia da informação são dispositivos de processamento de informações ou o próprio processamento de informações, surgindo uma economia em rede profundamente interdependente. CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. Volume I Sociedade em Rede, 6ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 119.

¹¹⁰PECK, Patricia. **Direito Digital**. São Paulo: Saraiva, 6ª ed., 2017, p. 62.

¹¹¹JAIME, Erik. O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: A proteção da pessoa humana face à Globalização. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: PPGdir/UFRGS, v. 1, n. 1, mar. 2003.

vontade do consumidor, que muitas vezes sequer existe ou, quando existe, surge de forma limitada.

Para a economia, essas situações podem ser descritas como falhas de mercado, ou seja, o consumidor não consegue escolher de forma racional qual seria o melhor produto ou serviço a ser contratado em razão de uma limitação na sua capacidade racional, seja diante da complexidade do serviço ou de suas regras, com base em informações imprecisas, seja em virtude de poucas opções no mercado (poder de mercado – monopólio), gerando um arrependimento posterior quando o consumidor se der conta dos ônus a que se obrigou.

Além do prejuízo de sua racionalidade no momento da contratação e execução do contrato, também pode existir assimetria nas informações apresentadas nos contratos de adesão que ou estão obscuras, ou a excessiva quantidade de dados não permite ao consumidor a correta atenção às informações necessárias para a sua escolha, alterando os ganhos conjuntos que as partes obteriam na execução do contrato¹¹².

Sua existência, por si só, não invalida a contratação ou permite a revisão do contrato, pois a intervenção corretiva, ainda sob o viés econômico, justifica-se caso os custos não forem superiores ao que se busca prevenir¹¹³.

Desta forma, embora o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor como presunção absoluta e premissa de desigualdade contratual seja inerente à relação de consumo, seus efeitos devem ser analisados de forma concreta para avaliar, em conjunto com os demais princípios, se essa situação justifica eventual revisão contratual.

1.4.2 Boa-fé objetiva dos contratantes

O segundo princípio é o da boa-fé objetiva, que diferentemente da boa-fé subjetiva, pode ser compreendida como uma regra geral de conduta ou um *standard* de comportamento honesto, hígido e leal pelo qual ambas as partes devem agir a fim de estabelecer o equilíbrio das relações de consumo¹¹⁴. Trata-se de comportamento das partes contratantes de modo cooperativo e transparente, que visa evitar abusos na contratação presumidamente desigual.

¹¹²MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p.411.

¹¹³MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p.408.

¹¹⁴NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 454.

Enquanto a boa-fé subjetiva significa a ignorância de um vício que macula um negócio jurídico, levando em conta o íntimo de uma das partes, a boa-fé objetiva é um padrão concreto de conduta íntegra que os contratantes devem seguir, sob pena de descumprimento contratual¹¹⁵.

Em outras palavras, o exercício da liberdade de contratação não poderá ocorrer exclusivamente por interesses egoísticos de uma das partes, mas devem ser levados em conta os interesses alheios como função harmonizadora das relações de consumo¹¹⁶.

Visa a boa-fé evitar que uma parte tire proveito das vulnerabilidades da outra parte ou do próprio contrato, tratando-se de um termo implícito, pois se as partes tivessem pensado em alguma má-fé, a teriam proibido de forma expressa¹¹⁷, situação que também evita a assimetria de informação e a racionalidade limitada como falhas de mercado.

Referido princípio encontra-se previsto no artigo 4º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor, como objetivo a ser seguido pela Política Nacional de Relações de Consumo¹¹⁸, portanto, aplicável a todo o relacionamento entre o consumidor e fornecedor. Esta norma de atendimento obrigatório nos contratos sob pena de nulidade serviu de inspiração para sua inclusão nos contratos privados, por meio da previsão no art. 422 do Código Civil, tratando-se de princípio base para toda relação contratual de direito privado.

Essa regra de conduta tem relação direta com os deveres anexos ou laterais de comportamento, inerentes a qualquer negócio, independentemente de previsão expressa, conforme descrito por Claudia Lima Marques¹¹⁹:

O princípio da boa-fé objetiva na formação e na execução das obrigações possui muitas funções na nova teoria contratual: 1) como fonte de novos deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual, os chamados deveres anexos; 2) como causa limitadora do exercício, antes lícito, hoje abusivo, dos direitos subjetivos; e 3) na concreção e interpretação dos contratos.

¹¹⁵NICOLAU, Gustavo Rene. O Princípio da Boa-fé Objetiva e sua concretização. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 1, n. 6., 2015, p. 551-566.

¹¹⁶MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 53.

¹¹⁷POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 3ª ed., Little, Brown and Company, 1986, p. 81.

¹¹⁸Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 20 jul. 2022.

¹¹⁹MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 206.

Ainda de acordo com a professora, a primeira função diz respeito aos deveres anexos e vinculados da prestação contratual, tais como dever de cuidado, cooperação, probidade, transparência e informação, enquanto que a segunda função diz respeito à redução da liberdade de atuação por meio da definição de condutas e cláusulas abusivas, libertando o devedor de condutas desproporcionais ou irrazoáveis.

Por fim, a última função da boa-fé seria a interpretadora, ou seja, como princípio máximo da relação contratual, de modo que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas sob essa lente, permitindo uma visão total e real do contrato¹²⁰.

Anderson Schreiber, ainda traz como dever anexo da boa-fé objetiva o dever de negociar, que deverá ser informado por uma das partes em caso de desequilíbrio, visando evitar a excessiva onerosidade por meio da revisão contratual¹²¹.

Neste sentido, recente reforma trazida pela Lei 14.181/21 incluiu o artigo 104-A¹²² do Código de Defesa do Consumidor permitindo ao devedor pleitear a instauração de processo de repactuação de dívidas para apresentar proposta de pagamento com prazo máximo de cinco anos preservando-se o mínimo existencial. Ainda, em caso de não comparecimento do fornecedor credor, o crédito poderá ser suspenso, admitindo-se ainda a adoção de plano judicial compulsório com o valor principal corrigido monetariamente, de forma semelhante à recuperação judicial de empresas¹²³.

A boa-fé objetiva ainda se encontra prevista como dever de conduta em diversas passagens no Código de Defesa do Consumidor, tais como na imposição de regras de publicidade e transparência, vedação de condutas desproporcionais, vinculação das ofertas, nulidade de cláusulas abusivas, iníquas ou desequilibradas ou ainda na cobrança de dívidas, ou

¹²⁰MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 207.

¹²¹SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

¹²²Art. 104-A. A requerimento do consumidor superendividado pessoa natural, o juiz poderá instaurar processo de repactuação de dívidas, com vistas à realização de audiência conciliatória, presidida por ele ou por conciliador credenciado no juízo, com a presença de todos os credores de dívidas previstas no art. 54-A deste Código, na qual o consumidor apresentará proposta de plano de pagamento com prazo máximo de 5 (cinco) anos, preservados o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, e as garantias e as formas de pagamento originalmente pactuadas. BRASIL. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm#art104a. Acesso em: 29 jul. 2022.

¹²³Art. 104-B. Se não houver êxito na conciliação em relação a quaisquer credores, o juiz, a pedido do consumidor, instaurará processo por superendividamento para revisão e integração dos contratos e repactuação das dívidas remanescentes mediante plano judicial compulsório e procederá à citação de todos os credores cujos créditos não tenham integrado o acordo porventura celebrado. BRASIL. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm#art104a. Acesso em: 29 jul. 2022.

seja, trata-se de claro mandado de otimização¹²⁴ a ser seguido por todas as regras e normas do CDC em conjunto com os demais princípios.

Em outras palavras, por meio da boa-fé, criam-se os deveres laterais de informação e colaboração do contrato como orientação de interpretação na aplicação das demais normas do consumidor¹²⁵.

Observa-se, no entanto, que a boa-fé deve ser interpretada conforme as expectativas de ambas as partes, cooperando para atingir o cumprimento das obrigações e mantendo o vínculo contratual hígido, pois uma lei consumerista efetiva é compatível com os bons fornecedores, devendo promover e aumentar a competitividade¹²⁶.

Por assim dizer, se as cláusulas contratuais foram informadas de forma clara, tendo sido compreendidas pelo consumidor que as aceitou, deverá o Poder Judiciário extirpar do contrato tão somente aquelas disposições consideradas proibidas ou nulas pela legislação, respeitando a liberdade contratual em razão da boa-fé objetiva das partes.

Assim, pela visão econômica de contrato, inexistindo falhas de mercado as promessas realizadas pelas partes devem ser cumpridas, sob pena de instabilidade nos negócios, prejudicando a econômica e por decorrência os próprios consumidores.

Em uma analogia às Diretivas do Parlamento Europeu, que visam estabelecer normas unificadas aos estados membros da União Europeia, Chris Willet¹²⁷ menciona que a boa-fé foi destinada, em grande parte, a estabelecer requisitos e direitos mínimos no dever de informação e transparência dos fornecedores, como forma de estipular um consentimento informado e a educação do consumidor nos diversos Estados Membros.

Deste modo, de acordo com o autor, se um consumidor tiver concordado com uma cláusula rígida de um produto, permitindo uma exclusão de riscos, por exemplo, e esse mesmo produto for oferecido por outro fornecedor a um preço mais caro, mas incluindo essa responsabilidade, isso pode justificar a exclusão com a qual o consumidor optou por concordar. Significa dizer que diante de um teste de razoabilidade¹²⁸, a cláusula seria mantida ainda que

¹²⁴De acordo com Alexy, princípios são espécies de normas, mas diferentemente de regras, são mandados de otimização que ordenam o cumprimento ou proteção de um direito na maior medida possível, podendo ser cumprido em diferentes graus e mediante ponderação em eventual colisão com outros princípios. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

¹²⁵CORREIA, Atalá. O Dever de Informar nas Relações de Consumo. **Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal**, Brasília, n. 13, 2011.

¹²⁶HOWELLS, Geraint; TWIGG-FLESNER, Christian; WILHELMSSON, Thomas. **Rethinking EU Consumer Law**. 1ª ed., London and New York: Routledge, 2017. (Versão Kindle).

¹²⁷WILLETT, Chris. Good Faith in Consumer Contracts: Rule, Policy and Principle. In FORTE, Angelo D. M. **Good Faith in Contract and Property**. Portland: Hart Publishing, 1999, p. 181-204.

¹²⁸WILLETT, Chris. Good Faith in Consumer Contracts: Rule, Policy and Principle. In FORTE, Angelo D. M. **Good Faith in Contract and Property**. Portland: Hart Publishing, 1999, p. 181-204.

representasse um desequilíbrio, caso este não fosse significativo, em razão da boa-fé e autonomia de ambas as partes.

Em outras palavras, a violação da boa-fé objetiva dependeria sobremaneira da informação e transparência da relação, sendo aceita a autonomia da vontade do consumidor, pois a abusividade da cláusula não incidiria sobre o preço nem sobre a definição do objeto principal do contrato (itens de aceitação do consumidor), conforme previsto na Diretiva do Conselho Europeu¹²⁹.

Contudo, há grandes divergências em relação à sua interpretação (em maior ou menor grau), pois, de acordo com Cooter e Schäfer¹³⁰, juízes alemães ao utilizarem o princípio da boa-fé, alteram quase qualquer aspecto do contrato que entendem desonesto, injusto ou prejudicial, admitindo a imposição de obrigação não prevista em contrato, tais como mensuração de indenização e preenchimento de lacuna contratual, tornando o instrumento diverso daquele celebrado pelas partes e impondo uma insegurança jurídica cujos efeitos serão melhor discutidos no capítulo seguinte.

Referido posicionamento, embora destinado à proteção do consumidor como ente mais fraco na relação jurídica, tornaria o contrato ineficiente por alterar os custos previstos quando de sua elaboração, permitindo a quebra das promessas inicialmente realizadas¹³¹ e incorrendo em instabilidade.

1.4.3 Equilíbrio nas relações de consumo.

O princípio do equilíbrio, por sua vez, também encontra previsão no inciso III do art. 4º da Lei 8.078/90 como um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo e, assim como a boa-fé objetiva, destina-se a harmonizar os interesses colidentes entre consumidores e fornecedores, buscando concretizar as normas constitucionais para o desenvolvimento social e econômico.

¹²⁹PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Directiva 93/13/CEE DO CONSELHO de 5 de abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, n. 1. 95/29, 22.11.2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj>. Acesso em: 28 jul. 2022.

¹³⁰COOTER, Robert D., SCHÄFER, Hans-Bernd. **O nó de Salomão**: como o direito pode erradicar a pobreza das nações. Curitiba: CRV, 2017.

¹³¹BODART, Bruno. Uma Análise Econômica do Direito do Consumidor: Como Leis Consumeristas Prejudicam os Mais Pobres Sem Beneficiar Consumidores. **Economic Analysis of Law Review**, v. 8, n. 1, jan/jul. 2017, p. 114-142.

O equilíbrio contratual faz parte da teoria geral dos contratos (assim como a boa-fé objetiva), razão pela qual se aplica tanto nos contratos empresariais e civis¹³² quanto nos contratos de consumo, embora nestes sua aplicação seja muito mais ampla e parcial.

Isso porque, o equilíbrio na relação de consumo parte do pressuposto do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, sustentando a necessidade de reequilíbrio para diminuir a desigualdade entre partes, possuindo também caráter descritivo como critério de interpretação e aplicação das normas consumeristas, ou seja, trata-se de conduta a ser observada pelos fornecedores sob pena de controle judicial¹³³.

Neste sentido, estabelece o código como direito básico do consumidor a possibilidade de modificar cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, independentemente de se tratar de fatos supervenientes e imprevisíveis, cujos resultados tornem o contrato excessivamente oneroso ao consumidor. Importante mencionar que o Código de Defesa do Consumidor como direito protetivo não prevê o reequilíbrio contratual ao fornecedor.

Entretanto, não se trata de qualquer disposição ou alteração contratual que importe em desequilíbrio ao consumidor que permite a revisão contratual, mas deve ser relevante o suficiente para que as obrigações afetem gravemente o princípio da boa-fé objetiva¹³⁴.

Referido princípio decorre de um controle do Estado a ser exercido pelo Poder Judiciário acerca do conteúdo dos contratos, controle da equidade das suas cláusulas, direitos e deveres destas resultantes, sendo norma cogente, de modo que a cláusula não precisa ter sido incluída no contrato ou decorrer de um ato reprovável do fornecedor, mas busca proteger o seu resultado, ou seja, a ocorrência do desequilíbrio ao consumidor¹³⁵.

A autonomia privada, portanto, dependeria da existência de um equilíbrio entre os contratantes, sob risco do mais forte fazer prevalecer seus interesses, situação em que a legislação estabelece direitos e prerrogativas para equalizar essas condições¹³⁶.

Este princípio também é denominado de equivalência por parte da doutrina, com vistas à manutenção de um equilíbrio entre prestações e contraprestações, não só do objeto do

¹³²ROCHA, Marina Cristina. S. **O princípio do Equilíbrio Contratual como exercício de justiça no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese (Mestrado) – Pós Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiás, 2015, p. 125.

¹³³MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 143.

¹³⁴CARVALHO, Maria Tavares de. **Equilíbrio Prestacional e Ius Variandi Bancário nos Contratos Celebrados com Consumidores**. Tese (Mestrado)- Mestrado Científico de Direito Bancário e dos Seguros. Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p. 162.

¹³⁵MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1007.

¹³⁶COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil 3. Contratos**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 20.

contrato, mas igualmente com relação às partes em razão da vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor¹³⁷.

São os princípios jurídicos do equilíbrio e da boa-fé contratual, aplicados em conjunto com o princípio mitigado da autonomia da vontade, que impedem que a liberdade contratual se converta em servidão contratual, pelo que o *pacta sunt servanda* deve ser reinterpretado à luz desses princípios¹³⁸.

Contudo, embora o fundamento do Código de Defesa do Consumidor seja protetivo, não há como afastar que o seu maior prejuízo é inviabilizar o desenvolvimento econômico de sociedade capitalista, razão pela qual o princípio deve ser compreendido como compatibilização de interesses¹³⁹, evitando o desequilíbrio inverso pela excessiva proteção da parte mais fraca.

Desta forma, o princípio do equilíbrio não exige que as prestações sejam iguais, mas limita a desigualdade existente em função do grau e correspondência desses valores com a vontade das partes, que não pode ser afastada por completo, aplicando-se no momento da contratação e durante a execução do contrato como forma de viabilizar a reposição das proporções iniciais porventura perdidas¹⁴⁰.

1.4.4 Função Social do Contrato

Por fim, como visto no item 1.3. deste trabalho, o Código de Defesa do Consumidor inaugurou no Direito Brasileiro os princípios solidaristas dos contratos privados, limitando a autonomia da vontade e a sua força obrigatória (*pacta sunt servanda*) como forma de reequilibrar a relação desigual entre consumidores e fornecedores.

De acordo com a função social, os interesses individuais das partes precisam ser exercidos em conformidade com os interesses sociais, que deverão prevalecer, tratando-se de princípio integrativo ao contrato e que complementa o dever geral de conduta, independentemente da vontade das partes¹⁴¹.

¹³⁷NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 456.

¹³⁸CARVALHO, Maria Tavares de. **Equilíbrio Prestacional e Ius Variandi Bancário nos Contratos Celebrados com Consumidores**. Tese (Mestrado)- Mestrado Científico de Direito Bancário e dos Seguros. Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p. 162.

¹³⁹NUNES JR., Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves P. **Código de Defesa do Consumidor Interpretado**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36.

¹⁴⁰DUARTE, Rui Pinto. O Equilíbrio Contratual como Princípio Jurídico. In: ANTUNES, Maria João; CAVALEIRA, Maria (org.). **Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 1331-1345.

¹⁴¹LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Contratos**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 49.

A função social do contrato, nas palavras de Humberto Theodoro Junior: “consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam”¹⁴², pois o contrato tem relevante papel na ordem econômica, indispensável ao desenvolvimento da sociedade, de modo que os terceiros na relação jurídica passam a ter direitos de evitar reflexos danosos ou negativos que o negócio pode ocasionar¹⁴³.

Por assim dizer, a função social não se preocupa com os deveres internos do contrato, mas com os efeitos externos na sociedade, como uma proteção contratual social por meio de efeitos coletivos indiretos¹⁴⁴.

A intermediação entre os valores individuais e coletivos, portanto, é realizada pela legislação que em diversas passagens estabelece normas a serem observadas sob pena de intervenção estatal na autonomia privada, visando a proteção social¹⁴⁵ pelo dirigismo contratual.

Assim, ao estabelecer como objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo a coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo¹⁴⁶ e determinar como direito básico do consumidor a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou abusivas¹⁴⁷, sempre interpretando as cláusulas da maneira mais favorável ao consumidor, está-se diante de clara intervenção judicial, que decorre da função social do contrato.

Referida escolha do legislador ainda é reforçada nos artigos 39, inciso V e 51, incisos IV e §1º do Código de Defesa do Consumidor ao proibir eventual vantagem manifestamente excessiva do fornecedor e cláusulas contratuais exageradas, iníquas, abusivas, incompatíveis com a boa-fé ou equidade.

Malgrado o princípio da função social do contrato não esteja previsto de forma expressa na Lei 8.078/90, sua aplicação desde o início decorre do princípio da boa-fé objetiva e da necessária harmonização e reequilíbrio contratual, bem como das cláusulas gerais estabelecidas pelo código, incluindo a previsão expressa de intervenção estatal e judicial.

¹⁴² THEODORO JR., Humberto. **O Contrato e sua Função Social**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 31.

¹⁴³ THEODORO JR., Humberto. **O Contrato e sua Função Social**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 32.

¹⁴⁴ VALLADARES, Leandro; VIEIRA, I. A., A Função Social do Contrato. Uma contraposição ou uma superposição de princípios. **Revista de Direito**, v. 4, n.1, jan./jul. 2012, pp. 109-135.

¹⁴⁵ TIMM, Luciano Benetti. Contratos no direito brasileiro. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 39, n. 2, 2013, pp. 224-236.

¹⁴⁶ Art. 4º, inciso III. BRASIL. **Lei nº. 8.078 de 11 setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em 20 jul. 2022.

¹⁴⁷ Art. 6º, Inciso V. BRASIL. **Lei nº. 8.078 de 11 setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em 20 jul. 2022.

Por esta razão também se fala do princípio da intervenção, que embora não se confunda com a função social do contrato, tem sua vinculação direta por se tratar do dever estatal de intervir nas relações consumeristas para atuar na defesa do consumidor buscando a proteção, implementação ou efetividade dos seus direitos¹⁴⁸.

Deste modo, o Estado poderá promover intervenções imediatas nos negócios jurídicos, com a inserção de novas regras a serem observadas quando da elaboração dos contratos, pois embora os contratos de consumo possam ser típicos ou atípicos, o que interessa é o cumprimento das cláusulas gerais de contratação que devem estar em conformidade com a ordem pública e o interesse social¹⁴⁹.

Apesar da função social do contrato ter sua aplicação indireta pelos demais princípios protetivos do consumidor, como visto acima, sua previsão expressa ocorreu por meio do artigo 421 do Código Civil, promulgado em 2002, estabelecendo que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos termos da função social do contrato”¹⁵⁰.

Para alguns doutrinadores que seguiram o parecer do Relator e Deputado Ernani Satyro, dentre eles Miguel Reale e Miguel Reale Junior, essa função social decorreria da função social da propriedade, prevista nos artigos 5º, inciso XXIII e 170, inciso III da Constituição Federal¹⁵¹, enquanto que para outros, tais como Nelson Rosenvald¹⁵², Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁵³, essa função decorreria dos valores constitucionais de solidariedade e justiça previstos no artigo 3º, inciso I da Carta Magna.

Certo é que, com o seu ingresso, a já aplicada função social passou a ter previsão direta nos contratos de consumo como princípio de observância obrigatória, complementando os demais princípios consumeristas pela teoria do diálogo das fontes¹⁵⁴.

Cumprido alertar, no entanto, que a função social atribuída ao contrato não pode ignorar a sua função econômica, de modo que, embora a liberdade contratual deva se comportar dentro

¹⁴⁸MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 150.

¹⁴⁹LISBOA, Roberto Senise. **Contratos Difusos e Coletivos**. A Função Social do Contrato. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁵⁰BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 30 jul. 2022.

¹⁵¹FIUZA, Ricardo. (coord.). **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 372.

¹⁵²PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil Comentado**. 10ª ed., Barueri: Manole, 2016, p. 436.

¹⁵³NERY JR. Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 8ª ed., São Paulo: RT, 2011, p. 540.

¹⁵⁴Referida teoria, criada por Erik Jaime e trazida ao Direito Brasileiro por Claudia Lima Marques, destina-se a auxiliar a aplicação do direito nos conflitos de leis e antinomias, de forma mais refletida e ponderada, segundo os valores constitucionais usando um novo paradigma, o da aplicação conjunta e coerente das normas em diálogo, orientada pela Constituição Federal, especialmente os direitos humanos e de proteção dos vulneráveis, cuja aplicação das leis poderá se dar de maneira coerente, subsidiária ou adaptada. MARQUES, Claudia Lima, **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

dos limites sociais, esta função não poderá ser maior do que a própria existência do contrato, destinado à circulação de riquezas e segurança jurídica¹⁵⁵.

Em outras palavras, para a Economia é essencial que as promessas contratuais sejam realizadas, pois o que movimenta a Economia não são as especulações dos negócios jurídicos, mas sim a sua realização prática como segurança de planejamento¹⁵⁶.

Neste sentido, Humberto Theodoro Junior¹⁵⁷ sustenta que a função social, na sua visão, é um *plus* à função econômica, pois o contrato não pode ser invalidado por ofensa aos limites da função social, sendo impossível, a pretexto de regular a função precípua do contrato, retirar seu caráter econômico, pois a sua importância como fato econômico é a razão determinante de sua proteção jurídica¹⁵⁸.

Portanto, não há como se pensar na sociedade, em uma relação contratual, sem avaliar o ambiente – mercado - em que esse contrato é celebrado, de modo que existindo inadimplementos e modificações contratuais que quebrem essa cadeia, haverá igualmente prejuízo à coletividade em razão dos incentivos que serão gerados, tais como em contratos bancários ou de seguro¹⁵⁹, pois o mercado existe como instituição destinada a facilitar a troca de bens e serviços, buscando a redução dos custos de transação.¹⁶⁰

Embora o intervencionismo do Estado na busca do equilíbrio vise proteger a coletividade, diante da função social do contrato, o rompimento da segurança jurídica poderia gerar um efeito reverso, ou seja, a perda da eficiência e limitação do desenvolvimento natural do mercado, razão pela qual a função social deveria ser destinada a lubrificar as transações, ou seja, reduzir os custos de transação, pautando-se por cautela para não criar entraves à atividade econômica¹⁶¹.

¹⁵⁵THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 219.

¹⁵⁶MACHADO, Lorrane Matuszewski; VITA, Jonathan Barros. Regulação dos Negócios Jurídicos Cíveis na Era da Informatização e uma Nova Perspectiva acerca da Função Social Contratual sob a ótica do *Law and Economics*. **Economic Analysis of Law Review**, v. 12, n. 3, set/dez. 2021, pp. 94-119.

¹⁵⁷THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 219.

¹⁵⁸GOMES, Orlando. **Contratos**. 25ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 20.

¹⁵⁹TIMM, Luciano Benetti. Direito, Economia e a Função Social do Contrato: Em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 33, Revista dos Tribunais, 2006, p. 15-31.

¹⁶⁰COASE, Ronald H. **The Firm, The Market and the Law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p.7.

¹⁶¹MACHADO, Lorrane Matuszewski; VITA, Jonathan Barros. Regulação dos Negócios Jurídicos Cíveis na Era da Informatização e uma Nova Perspectiva acerca da Função Social Contratual sob a ótica do *Law and Economics*. **Economic Analysis of Law Review**, v. 12, n. 3, set/dez. 2021, p. 94-119.

Desta forma, todos os objetivos e valores devem ser levados em consideração, mesmo que esses valores e objetivos possam às vezes entrar em conflito, de modo que a melhor teoria contratual é aquela pluralista e normativa¹⁶².

1.5 LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Após a apresentação dos princípios indispensáveis ao contrato de consumo e que justificam a intervenção do Poder Judiciário e o controle judicial, cumpre trazer alguns esclarecimentos sobre a autonomia da vontade na relação consumerista, historicamente reduzida como visto no capítulo 1.3.

É consolidada na doutrina a compreensão de que o princípio da autonomia da vontade é essencial para a validade e a eficácia do negócio jurídico instrumentalizado pelo contrato, uma vez que os contratantes devem declarar sua vontade de modo convergente como requisito de formação da avença¹⁶³.

Como conceito, a autonomia da vontade ou autonomia privada pode ser definida como o reconhecimento, pelo direito, da eficácia jurídica da vontade dos contratantes, capazes de dispor acerca de suas escolhas sobre bens patrimoniais disponíveis, realizando acordos e contratos livremente negociados¹⁶⁴.

Em outras palavras, as partes contratantes possuem a faculdade de contratar ou não, estipulando aquilo que lhes bem entender, podendo regular os próprios vínculos e reger a própria relação econômica pela escolha do termo obrigacional, suas condições e incentivos¹⁶⁵, devendo ser entendida, além da sua liberdade contratual fática, como o espaço de liberdade reconhecido dentro da ordem jurídica para o desenvolvimento da personalidade humana¹⁶⁶.

Essa autonomia é geralmente considerada um ideal social razoável apenas na medida em que a igualdade de poder de barganha entre as partes contratantes pode ser assumida e nenhum dano é causado aos interesses econômicos da comunidade em geral¹⁶⁷.

¹⁶²EISENBERG, Melvin A., **Foundational Principles of Contract Law**. New York: Oxford University Press, 2018, p. 18.

¹⁶³LISBOA, Roberto Senise. **Contratos Difusos e Coletivos**. A Função Social do Contrato. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 87.

¹⁶⁴COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil 3**. Contratos. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 23.

¹⁶⁵BITTAR, Carlos Alberto, BITTAR FILHO, Carlos. **Direito Civil Constitucional**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 122.

¹⁶⁶ALVES, Hugo Ramos. Vulnerabilidade e assimetria contratual. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXII, n. 1, 2021, p. 305-339.

¹⁶⁷BEATSON, Jack; BURROWS, Andrew; CARTWRIGHT, John. **Anson's Law of Contract**. 29ª ed. New York: Oxford University Press, 2010, p. 103.

Entretanto, como visto nos capítulos anteriores, diante da necessária socialização dos contratos, o espaço de liberdade dos contratantes diminuiu, com a inserção de princípios contratuais obrigatórios a serem observados pelos contratantes, também justificada pela racionalidade limitada e pelos vieses cognitivos¹⁶⁸.

Na relação de consumo, especificamente, os princípios contratuais como o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, necessário equilíbrio contratual, boa-fé objetiva e função social do contrato, sem prejuízo dos demais princípios protetivos, incluindo o dever de intervenção judicial, tornam fácil a conclusão de que a autonomia da vontade e o espaço de liberdade contratual foram diminuídos ou deixados em segundo plano.

Neste sentido, Rizzato Nunes afirma que o código do consumidor rompeu com o princípio do *pacta sunt servanda*, ao reconhecer a ausência da manifestação de vontade diante da regra de vinculação da oferta dos contratos unilaterais, concluindo pelo seu amplo controle judicial¹⁶⁹.

Em outras palavras, diante da massificação dos contratos, com a existência de contratos longos, complexos e repletos de informações (contratos de adesão), o consumidor só tem a possibilidade de aceitar ou recusar o formulário de contratação, de modo que sua autonomia estaria cada vez mais prejudicada, pois as contratações seriam realizadas sem o melhor da sua racionalidade, em especial sendo o consumo um ato de necessidade explorado pelo capitalismo¹⁷⁰.

Em muitos casos, sequer há a possibilidade de escolha da pessoa com quem contratar, ou seja, a parte não tem condições de eleger outro contratante como nos contratos de energia elétrica e água, em que uma concessionária específica é, obrigatoriamente, uma das partes¹⁷¹.

Essa limitação da liberdade, importante observar, existe em diversos setores da economia, pois os contratos de adesão impedem a escolha do tipo contratual ou o ajuste de suas cláusulas, limitando-se a liberdade a simplesmente contratar ou não, o que também pode decorrer de regulamentos e padrões legais ou pela padronização dos instrumentos, tornando a contratação simples preenchimento de formulário.

¹⁶⁸THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass, H. **Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness.** New Haven and London: Yale University Press, 1945; THALER, Richard H. **Comportamento Inadequado.** A construção da Economia Comportamental. Coimbra: Actual, 2015; ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (org.) **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and The Law.** Oxford: Oxford University Press, 2014.

¹⁶⁹NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor.** 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018, p. 451.

¹⁷⁰LORENTINO, Sérgio Augusto Pereira. **Elementos Fundamentais para uma Teoria Própria dos Contratos de Consumo.** Tese (Doutorado) - Pós Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Minas Gerais, 2016, p. 188.

¹⁷¹BITTAR, Carlos Alberto, BITTAR FILHO, Carlos. **Direito Civil Constitucional.** 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 126.

Assim, ao considerar que a oferta vincula o fornecedor¹⁷² (como forma de evitar a prática voraz de venda), mas não vincula o consumidor se as cláusulas contratuais não tiverem sido apresentadas anteriormente ou caso sejam redigidas de modo a dificultar o seu entendimento¹⁷³, constata-se que, na prática, as empresas apresentam um pequeno “livro” de cláusulas e disposições que quase ninguém lê, o que foi denominado por Fernando Araújo de ignorância racional¹⁷⁴.

Bruno Miragem¹⁷⁵, neste sentido, sustenta que a limitação da declaração de vontade do consumidor decorre do princípio da intervenção estatal, pois diante da vulnerabilidade do consumidor e das características do mercado de consumo, há uma limitação de eficácia da declaração de vontade, com vistas a evitar o seu comprometimento com disposições prejudiciais.

A autonomia da vontade, portanto, não se harmoniza com a economia de massa, que exige contratos impessoais e padronizados, pois *mutatis mutandis*, a sociedade seria inviável se fosse seguido o individualismo, de modo que a força obrigatória dos contratos deve ser interpretada pela realização de um bem com a sua finalidade social¹⁷⁶.

Desta forma, embora a autonomia da vontade continue sendo essencial aos contratos de consumo e à formação dos negócios jurídicos, sua importância e força diminuíram, pois a lei é quem reservará o espaço para essa autonomia, mediante a regulamentação dos direitos privados, relativizando o *pacta sunt servanda*¹⁷⁷.

No entanto, dentro desse espaço de autonomia, respeitando as nulidades e proibições legais, a autonomia da vontade deve ser observada, de modo que mesmo em contratos de adesão, formulários ou com nenhuma margem de negociação, a autonomia da vontade ainda é imprescindível para a validade dos contratos de consumo e deverá, em maior ou menor grau, ser considerada na interpretação e revisão das cláusulas contratuais, pois não pode ser extirpada por completo.

¹⁷²“Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”. BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

¹⁷³“Art. 46. Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance”. BRASIL. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

¹⁷⁴ARAÚJO, Fernando. **Economia. Conceitos Introdutórios para Juristas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 48.

¹⁷⁵MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 53.

¹⁷⁶VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil 3**. Contratos. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 9.

¹⁷⁷MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 263.

Embora se reconheça que o Estado procurou dar aos consumidores uma superioridade jurídica para compensar a inferioridade econômica, nem sempre essa proteção se torna bem sucedida, pois a intervenção excessiva na ordem econômica privada pode ocasionar distorções a longo prazo¹⁷⁸, inclusive prejudicando certos direitos que se pretendia proteger.

Nesta seara, as normas estabelecidas aos contratos na relação de consumo podem aumentar os preços dos produtos e serviços, pois a margem de atuação da autonomia da vontade interfere no custo empresarial, vez que a previsibilidade depende do reconhecimento da vinculação da livre vontade dos contratantes nas relações igualitárias com normatização objetiva nas relações entre os desiguais¹⁷⁹.

Ademais, o direito não pode permitir que as obrigações contratuais possam ser repudiadas pela parte mais fraca simplesmente porque não houve viabilidade de negociação, pois ainda que exista a pressão ou contratos de adesão, este contrato ainda será vinculativo, não sendo recomendável que o contrato seja reescrito ou incluídas disposições contratuais adicionais porque seria razoável¹⁸⁰.

Desta forma, embora a limitação da autonomia da vontade busque proteger o consumidor e a sociedade, incluindo a imposição de regulamentos e requisitos mínimos para o fornecimento de produtos ou serviços, por outro lado o direito deve tornar as pessoas capazes de se comprometerem, sob pena de quebrar a promessa como requisito mínimo de um contrato bilateral, o que impacta nos próprios incentivos de contratação.

Neste sentido, a tutela excessiva do consumidor pode desenvolver atitudes oportunistas ao negar vínculos contratuais que podem trazer algum ônus, ou seja, o mesmo consumidor que se mostrou decidido, pesquisou e escolheu com quem contratar, posteriormente se apresenta como vítima da relação contratual, buscando sua tutela pelo judiciário diante da ausência de escolha¹⁸¹.

Ainda, as mesmas cláusulas que anuiu e concordou passam a ser questionadas por serem abusivas, desproporcionais ou excessivamente onerosas, autorizando a modificação do contrato pelo Judiciário conforme expressamente previsto no art. 51, *caput* e inciso IV do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁷⁸VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil 3**. Contratos. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 16.

¹⁷⁹COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil 3**. Contratos. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 18.

¹⁸⁰BEATSON, Jack; BURROWS, Andrew; CARTWRIGHT, John. **Anson's Law of Contract**. 29ª ed., New York: Oxford University Press, 2010, p. 107.

¹⁸¹NETO, José Virgílio Vita. Código de Defesa do Consumidor – o desafio da litigiosidade massificada. *In Revista do Advogado*. 25 anos do Código de Defesa do Consumidor. Ano XXXVI, Agosto de 2016, p. 62-67.

Desta forma, o Poder Judiciário passa a ter o protagonismo em determinar os incentivos das condutas a serem tomadas pelas partes, inclusive por terceiros, vez que se tratando de sociedade com contratação e processos massificados, o julgamento individual terá efeitos coletivos ao ser utilizado como precedente para casos análogos, de forma similar ao sistema da *common law*, tornando necessária uma releitura do artigo 51, inciso IV do CDC, conforme se verá no próximo capítulo.

2 CONTROLE JUDICIAL DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS E SUA REVISÃO

Após a elucidação no capítulo anterior dos princípios basilares e justificativas para a intervenção judicial nos contratos de consumo visando a proteção social, reequilíbrio contratual e proteção do consumidor, neste capítulo serão tratados de que forma esses princípios são utilizados para controlar a abusividade do contrato (proibida pelo artigo 51 do CDC). Ainda, serão debatidos os principais efeitos deste controle em razão do conteúdo aberto dessas disposições, impondo ao Judiciário o protagonismo na interpretação, o que pode ocasionar insegurança jurídica.

Com isso, serão apresentados outros critérios de interpretação contratual sob a ótica da Análise Econômica do Direito, tais como a eficiência econômica e o consequencialismo, com o objetivo de trazer uma preocupação coletiva ao Judiciário, segundo a teoria econômica dos incentivos e as consequências futuras das decisões a serem proferidas.

2.1. CONCEITO E FUNDAMENTOS

A ideia por trás da revisão contratual, que posteriormente ensejou a criação da cláusula *rebus sic stantibus*¹⁸², tem origem na necessidade de se buscar um reequilíbrio entre as partes que tenha sido alterado por fatores alheios à vontade dos contratantes, tais como os casos de

¹⁸²Essa cláusula presume que nos contratos de trato sucessivo a obrigatoriedade do cumprimento pressupõe a inalterabilidade do cenário fático. Entretanto, a teoria contratual contemporânea estabelece que “todo contrato possui um conjunto de cláusulas legalmente cogentes que se voltam à comutatividade do sinalagma e à equidade entre os contratantes. Essas cláusulas são ‘não escritas’ porque incidem no contrato independentemente de convenção entre as partes”, tais como a boa-fé. SILVESTRE, Gilberto F. Novos problemas, antigas soluções: o amplo significado da cláusula *rebus sic stantibus* e a renegociação, a suspensão e a conservação dos contratos cíveis e mercantis. **Civilistica.com**, v. 9, n. 2, p. 1-26, 11 mai. 2020.

tempestades que destroem colheitas, como era previsto no Código de Hamurabi¹⁸³ e, posteriormente, no Direito Romano¹⁸⁴.

Seu uso foi ampliado na Idade Média, mas passou a ser restringido no período liberal (Século das Luzes) em razão do princípio do *pacta sunt servanda*¹⁸⁵, retornando com maior força após o fim das duas grandes guerras do século XX devido aos graves efeitos deixados pelo conflito. Este período teve como suas principais contribuições a teoria da imprevisão¹⁸⁶, a teoria da onerosidade excessiva¹⁸⁷ e a teoria da base do negócio jurídico, esta última tendo o jurista alemão Karl Larenz¹⁸⁸ como seu principal expoente.

De acordo com Larenz, a base do negócio jurídico (contrato) possui dois sentidos (objetivo e subjetivo) que são utilizados para a formação dos contratos, incluindo as representações mentais e os conjuntos de circunstâncias predispostas à contratação, de modo que esse conjunto de sentidos forma a base do contrato, ou seja, o conjunto de condições intrínsecas e exteriores que ensejaram na sua celebração. Assim, na medida em que esta base contratual é alterada, modificando a equivalência das partes contratantes ou tornando inútil a sua conclusão, o contrato pode ser revisto.

O artigo 6º, inciso V do CDC acolheu a teoria da base do negócio jurídico trazida por Karl Larenz, pelo qual permite a revisão do contrato pelo desaparecimento do seu objetivo essencial ou alteração do seu equilíbrio, isto é, o CDC não exige a imprevisibilidade ou a onerosidade excessiva ao determinar como direito básico do consumidor a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou que por fatos supervenientes as tornem excessivamente onerosas¹⁸⁹.

¹⁸³Conforme a Lei nº. 48 do Código de Hamurabi “Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o seu campo ou destrói a colheita, ou por falta d’água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano”. **Código de Hamurabi**. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>. Acesso em: 13 out. 2022.

¹⁸⁴FIUZA, César. Aplicação da cláusula rebus sic stantibus aos contratos aleatórios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 144, out./dez. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/527/r144-01.PDF?sequence=4>. Acesso em: 13 out. 2022.

¹⁸⁵Em tradução literal, significa que “os pactos devem ser respeitados”.

¹⁸⁶De acordo com a teoria, a possibilidade de revisão do contrato a prazo ou sucessivo surgirá quando ocorrerem eventos extraordinários e imprevisíveis que atinjam certa camada da sociedade, colocando em situação de extrema dificuldade um dos contratantes, ou seja, ocasionando uma onerosidade excessiva superveniente ao devedor, tais como a pandemia do coronavírus. Essa teoria foi adotada pelo artigo 478 do Código Civil. VENOSA, Sílvio. **Direito Civil**. Contratos, 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2017, p. 124.

¹⁸⁷A teoria da onerosidade excessiva mede, objetivamente, o desequilíbrio no contrato, com a insuportabilidade de seu cumprimento por um dos contratantes, analogicamente à figura da lesão, ou seja, ocorrendo o desequilíbrio nas prestações, deve ser restabelecida a igualmente independentemente de sua previsibilidade. Essa teoria foi acolhida pelo artigo 6º, inciso V do Código de Defesa do Consumidor. AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil**. Teoria Geral dos Contratos, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

¹⁸⁸LARENZ, Karl. **Base del Negócio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos**. Argentina: Olejnik, 2018.

¹⁸⁹THEODORO JR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Deste modo, em uma primeira leitura, conclui-se que o controle judicial para o direito do consumidor poderá ocorrer sempre que estiver presente a obrigação desproporcional (lesão) ou a existência de fato futuro que altere as condições originais em contratos a prazo ou de obrigações sucessivas, onerando excessivamente o consumidor (independentemente de ser previsível, de se tratar de fato coletivo ou de ato de terceiro).

Entretanto, além das hipóteses acima previstas e buscando proteger o consumidor por meio de um equilíbrio contratual como norma de interesse social, o inciso IV do mesmo artigo estabeleceu a proteção do consumidor contra qualquer prática e qualquer cláusula contratual considerada abusiva.

Para tanto, o legislador elencou um extenso rol exemplificativo (*numerus apertus*) no artigo 51 do CDC, estabelecendo que todas as cláusulas ali tipificadas deverão ser extirpadas do contrato, com a consequente readequação do instrumento se possível¹⁹⁰.

Dentro deste rol, encontram-se as cláusulas proibidas de forma específica, tais como a determinação compulsória de arbitragem, inversão do ônus da prova, permissão de cancelamento unilateral do contrato, mas também estão previstas as cláusulas de proteção geral, sendo consideradas aquelas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade, conforme transcrição abaixo:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]
IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade; [...] (trecho nosso).

Isso significa que, independentemente de existir desproporção ou onerosidade excessiva, os contratos de consumo poderão ser objeto de fiscalização e revisão *a posteriori* pelo Poder Judiciário, por meio de um controle de conteúdo de suas cláusulas cuja nulidade inclusive pode ser decretada de ofício¹⁹¹.

Entretanto, não houve a definição legal acerca do que seriam cláusulas abusivas, podendo ser entendidas como quaisquer disposições contratuais que sejam opressivas,

¹⁹⁰Estabeleceu o artigo 51, §2º do Código de Defesa do Consumidor o princípio da conservação dos contratos, pelo qual o reconhecimento de nulidade de uma cláusula contratual abusiva não invalida o contrato, exceto quando a sua retirada do instrumento contratual ocasionar ônus excessivo a qualquer das partes. BRASIL. **Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 08 nov. 2022.

¹⁹¹“Três são os elementos que permitem a declaração *ex officio* das cláusulas abusivas, quais sejam: a) a natureza de ordem pública sobre abuso de direito; b) a natureza de nulidade de caráter absoluto e; c) a função social dos contratos de consumo”. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1060.

vexatórias, onerosas ou excessivas, ou seja, cláusulas notoriamente desfavoráveis ao consumidor ao retirar vantagens ou impor ônus contratuais,¹⁹² tratando-se de estipulações que ignoram os princípios da boa-fé ou da equidade¹⁹³.

Neste sentido, pode-se definir como cláusulas abusivas aquelas que estiverem em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor, ameaçarem o objeto do contrato ou que venham a ferir a equivalência das partes, por exemplo.

Desta forma, ao estabelecer a nulidade das cláusulas abusivas em caráter exemplificativo sem especificar seu conteúdo legal, delegou-se ao Poder Judiciário o *mínus* interpretativo a ser aplicado em cada caso, bem como o dever criativo de estipular nova cláusula ou as novas bases do contrato revisto judicialmente¹⁹⁴, emitindo sentença determinativa¹⁹⁵.

Em outras palavras, pode ser considerada abusiva qualquer cláusula que na percepção do Judiciário ferir os princípios aplicados às relações de consumo, tais como a boa-fé objetiva, a função social e o equilíbrio contratual vistos no capítulo anterior, sem prejuízo de outros, ou seja, sempre que a cláusula “desrespeitar algum valor para a sociedade”¹⁹⁶, será considerada abusiva.

Deste modo, ao estabelecer a nulidade das cláusulas abusivas em caráter exemplificativo sem especificar seu conteúdo legal, delegou-se ao Poder Judiciário o *mínus* interpretativo a ser aplicado em cada caso, bem como o dever criativo de estipular nova cláusula ou as novas bases do contrato revisto judicialmente¹⁹⁷, emitindo sentença determinativa¹⁹⁸.

¹⁹²GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 777.

¹⁹³BRAVO MOLINA, Juan Carlos. Garantías, cláusulas abusivas y protección al consumidor inmobiliario em el contrato de compraventa de vivienda. **Prolegómenos**, v. 25, n. 49, jan/jun 2022, p. 65-85. Disponível em: <https://doi.org/10.18359/prole.5112>. Acesso em: 16 out. 2022.

¹⁹⁴Ao reconhecer a nulidade de determinada cláusula contratual, poderão os juízes reconhecer a sua nulidade total ou parcial (reduzindo o excesso), bem como ajustar e readequar o contrato remanescente, defendendo-se inclusive doutrinariamente a possibilidade de abatimento proporcional do preço, sem prejuízo desta readequação no contrato. LOPEZ, Pamela Prado. La Rebaja del precio: un mecanismo corrector a las cláusulas abusivas. *In*: CAMUS, Francisca M. B. (coord.) **Cuadernos de Análisis Jurídico**. Colección Derecho Privado VIII. Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2014, p. 217-230.

¹⁹⁵GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 479.

¹⁹⁶GARCIA, Leonardo de Medeiros, **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. 13ª ed., Salvador: JusPodivm, 2016, p. 390.

¹⁹⁷Ao reconhecer a nulidade de determinada cláusula contratual, poderão os juízes reconhecer a sua nulidade total ou parcial (reduzindo o excesso), bem como ajustar e readequar o contrato remanescente, defendendo-se inclusive doutrinariamente a possibilidade de abatimento proporcional do preço, sem prejuízo desta readequação no contrato. LOPEZ, Pamela Prado. La Rebaja del precio: un mecanismo corrector a las cláusulas abusivas. *In*: CAMUS, Francisca M. B. (coord.) **Cuadernos de Análisis Jurídico**. Colección Derecho Privado VIII. Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2014, p. 217-230.

¹⁹⁸GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 479.

Assim, após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor em 1990, foi editado o Decreto nº. 2.181/1997¹⁹⁹ que determinou à Secretaria Nacional do Consumidor a divulgação periódica de cláusulas contratuais consideradas abusivas. Referido elenco considerará a abusividade de forma genérica e abstrata, o que foi realizado pela Secretaria de Direito Econômico, vinculada ao Ministério da Justiça, por meio das Portarias números 4/1998²⁰⁰, 3/1999²⁰¹, 03/2001²⁰² e 5/2002²⁰³ para incluir, além das cláusulas já previstas no artigo 51 do CDC, uma série de novas cláusulas consideradas abusivas, tais como a previsão de perda total ou desproporcional às prestações pagas pelo consumidor em razão de desistência ou inadimplemento contratual.

É importante observar, entretanto, que a legislação não traz distinção das cláusulas abusivas entre contrato de adesão e contrato livremente negociado, pois proíbe a abusividade em qualquer situação que se encaixe no rol do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, incluindo a violação dos princípios gerais da relação de consumo.

Referida análise ainda poderá ser objeto de controle judicial em abstrato, ou seja, mesmo que o consumidor que tenha contratado algum produto ou serviço não se oponha àquela previsão contratual, os órgãos de defesa do consumidor e o Ministério Público podem postular judicialmente a declaração de nulidade de cláusula contratual que contrarie o Código de Defesa do Consumidor ou não assegure o equilíbrio considerado justo das partes²⁰⁴.

¹⁹⁹BRASIL, **Decreto nº. 2.181, de 20 de março de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

²⁰⁰BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria nº. 4, de 13 de março de 1998**. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/defesadoconsumidor/Biblioteca/legislacao-upload/portaria_sde_no_04_1998.pdf/@@download/file/Portaria_SDE_n%C2%BA_04_1998.pdf. Acesso em: 16 out. 2022.

²⁰¹BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria nº. 3, de 19 de março de 1999**. Disponível em: [https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/defesadoconsumidor/Biblioteca/legislacao-upload/portaria_no-3-1999-mj-sde-1.pdf/@@download/file/Portaria_n%C2%BA-3-1999-MJ-SDE%20\(1\).pdf](https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/defesadoconsumidor/Biblioteca/legislacao-upload/portaria_no-3-1999-mj-sde-1.pdf/@@download/file/Portaria_n%C2%BA-3-1999-MJ-SDE%20(1).pdf). Acesso em: 16 out. 2022.

²⁰²BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria nº. 3, de 15 de março de 2001**. Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/defesadoconsumidor/Biblioteca/legislacao-upload/portaria_sde_no_3-2001.pdf/@@download/file/Portaria_SDE_n%C2%BA_3-2001.pdf. Acesso em: 16 out. 2022.

²⁰³BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria nº. 5, de 27 de agosto de 2002**. Disponível em: [https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/defesadoconsumidor/Biblioteca/legislacao-upload/portaria-no-5-2002-mj-sde-1.pdf/@@download/file/Portaria-n%C2%BA-5-2002-MJ-SDE%20\(1\).pdf](https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/defesadoconsumidor/Biblioteca/legislacao-upload/portaria-no-5-2002-mj-sde-1.pdf/@@download/file/Portaria-n%C2%BA-5-2002-MJ-SDE%20(1).pdf). Acesso em: 16 out. 2022.

²⁰⁴MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1281.

A finalidade destas cláusulas é garantir a existência e manutenção de uma relação de equilíbrio entre os contratantes, controlando o abuso de direito e assegurando o equilíbrio normativo diante das diferenças existentes na relação entre o consumidor e o fornecedor²⁰⁵.

Referida abusividade possui a natureza de abuso de direito, conforme defende parte da doutrina, reconhecendo o *status* constitucional do consumidor como sujeito de direitos fundamentais e sua vulnerabilidade diante da posição de dominância do fornecedor²⁰⁶. Claudia Lima Marques, por outro lado, sustenta que as cláusulas abusivas não devem ser observadas pela figura do abuso ou do excesso de determinado limite, mas pelos seus efeitos ou resultado, diante dos princípios estabelecidos pelo CDC por meio de um paradigma objetivo, vez que não dependem de uma má-fé do fornecedor²⁰⁷.

O problema deste reconhecimento muitas vezes, ocorre porque o CDC foi promulgado em 1990, portanto, há mais de 30 anos, não prevendo a sociedade tecnológica de hoje, que modificou em grande parte as formas de contratação e interação.

Outrossim, a indeterminação dos termos “abusivo”, “exagerado” ou “iníquo” permite uma pluralidade de entendimentos e ampla margem de interpretação, incluindo o reconhecimento de nulidade de cláusula que viole os princípios e sistema do Código de Defesa do Consumidor, de modo que a simples ameaça ao objeto ou equilíbrio do contrato já enseja a presunção de vantagem exagerada²⁰⁸.

Com efeito, a análise de expressões e conceitos indeterminados, tais como obrigações iníquas e vantagem excessiva impôs ao Poder Judiciário, pelo princípio do intervencionismo nas relações de consumo o protagonismo na análise dessas cláusulas, com a definição final acerca das “regras do jogo”, complementando o sentido da norma ao caso concreto.

Desta forma, diante desse protagonismo na análise dos conflitos decorrentes da relação de consumo, cujas decisões muitas vezes imprevisíveis e valorativas unicamente às normas protetivas do consumidor podem não atingir os objetivos pretendidos, busca o presente trabalho trazer a importância da utilização de demais critérios “coletivos” tais como a eficiência econômica e o consequencialismo, que deverão ser observados pelas cortes em seus diversos

²⁰⁵SINISTERRA, Saray V. G. La protección reforzada del consumidor em contratos de consumo. *Novum Jus*, v. 16, n. 2, 2022, p. 187-214. Disponível em: <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2022.16.2.8>. Acesso em: 14 out. 2022.

²⁰⁶MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

²⁰⁷MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1047.

²⁰⁸NERY JR, Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Leis Civis e Processuais Civis Comentadas*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 573.

significados como forma de concretização da proteção do consumidor e diminuição da insegurança jurídica.

2.2. INSEGURANÇA JURÍDICA

O texto constitucional de 1988, abrangente e detalhista, incorporou uma série de princípios e enunciados abertos, indeterminados e plurissignificativos, em um entusiasmo do que se denominou de um Estado Principlológico²⁰⁹.

Referido Estado decorre do momento histórico pelo qual a Constituição Federal foi promulgada, redemocratizando o país, sendo pródiga em direitos e módica em deveres ao incorporar todas as tendências, ambições, pretensões e sonhos de todas as comissões, sem deixar nenhuma ao desabrigo. Com isso, se estabeleceu uma série de direitos muitas vezes conflitantes, estimulando a busca do Judiciário para a obtenção de sua proteção, o que resultou em milhões de processos²¹⁰.

Esses conceitos indeterminados e princípios gerais também passaram a ser utilizados na legislação infraconstitucional, em especial no direito do consumidor, como forma de trazer dinamização à legislação, evitando o risco de disposições estáticas e ultrapassadas, impondo ao Judiciário, como fonte normativa do direito²¹¹, o dever de interpretação e preenchimento de sentido²¹².

Assim, ao Judiciário foi concedido o protagonismo para que possa interpretar, vivificar, humanizar, suplementar e rejuvenescer a lei²¹³, criando e desenvolvendo a norma jurídica a ser aplicável pela adoção concreta de conteúdos indeterminados²¹⁴.

²⁰⁹ÁVILA, Humberto, **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2018.

²¹⁰NALINI, José Renato. Consequencialismo: Urgente, Nefasto ou Modismo? *In*: MARTINS, Ives Gandra; CHALITA, Gabriel; NALINI, José Renato (coord). **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

²¹¹“A obra dos tribunais, havendo uma série de julgadores que guardem entre si certa continuidade e coerência, converte-se em fonte formal do direito, de alcance geral, pois suas decisões se incorporam na vida jurídica, sendo consideradas pelas pessoas e passando a integrar o direito vigente sob a denominação de jurisprudência”. DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 266.

²¹²“A jurisprudência muitas vezes inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si. Nessas oportunidades, o juiz compõe, para o caso concreto, uma forma de completar o sistema objetivo do Direito”. REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 168.

²¹³LIMONGI FRANÇA, Antonio de S. **Hermenêutica Jurídica**. 13ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

²¹⁴THEODORO JR., Humberto. **O Contrato e sua Função Social**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 140.

Diante desta elasticidade semântica²¹⁵ dos princípios e regras²¹⁶ indeterminados, diversas teorias foram debatidas, adotando-se em especial a teoria da ponderação²¹⁷ (para os princípios) e a do diálogo das fontes²¹⁸ (nas relações de consumo) como forma de afastar conflitos e antinomias por meio da proporcionalidade, integração e coordenação.

Entretanto, a decisão é um ato de escolha entre diversos caminhos de interpretação que irá considerar os valores envolvidos, hermenêutica, conhecimento técnico, intuição sensível, número de informações, normas jurídicas, contexto decisório, bem como outras variáveis, traçando uma referência para a sociedade por meio de uma tarefa complexa²¹⁹.

Ademais, o aplicador da lei sofre a constante tentação de fazer prevalecer seus valores pessoais, vez que no sistema aberto o juiz tem em sua atividade a tarefa de aplicar as regras gerais às necessidades do caso concreto, tornando difícil prever qual será a solução dada, variando entre os juízos individuais e aumentando a possibilidade de erro²²⁰.

Neste sentido, não há dúvida de que a boa-fé, por exemplo, se presta a uma pluralidade de entendimentos, podendo ser aplicada de inúmeras formas, o que pode deixar a ordem jurídica insegura²²¹, pois ao se deparar com situações não previstas em contrato, o magistrado deverá raciocinar como uma pessoa de boa-fé celebraria aquele contrato, inserindo disposições na avença que devem ser integradas às demais previsões contratuais²²².

²¹⁵REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

²¹⁶Ronald Dworkin foi um dos principais expoentes na distinção entre regras e princípios ao afirmar que “as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e nesse caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”, enquanto que os princípios “possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância”. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39.

²¹⁷De acordo com Robert Alexy, “princípios são mandamentos de otimização”, de modo que quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico, assim, “para se chegar a uma decisão é necessário o sopesamento nos termos da lei de colisão, visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória”, sendo necessário um sopesamento e utilização da máxima da proporcionalidade, necessidade e adequação. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 117.

²¹⁸MARQUES, Cláudia Lima. A teoria do ‘diálogo das fontes’ hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Diálogo das Fontes. Novos Estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no Direito Brasileiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

²¹⁹BITTAR, Eduardo, C. B. **Introdução ao Estudo do Direito**. Humanismo, democracia e justiça. São Paulo: Saraiva, 2018.

²²⁰ASCENSÃO, J. de O. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. **Jus Scriptum’s International Journal of Law**, [S. l.], v. 2, n. 4, p. 5–13, 2006. Disponível em: <https://jusscritum.pt/index.php/revista/article/view/26>. Acesso em: 31 jul. 2022

²²¹ASCENSÃO, J. de O. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. **Jus Scriptum’s International Journal of Law**, [S. l.], v. 2, n. 4, p. 5–13, 2006. Disponível em: <https://jusscritum.pt/index.php/revista/article/view/26>. Acesso em: 31 jul. 2022

²²²NICOLAU, Gustavo Rene. O Princípio da Boa-fé Objetiva e sua concretização. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 1, n. 6., p. 551-566, 2015.

Essa atividade, importante observar, possui grande dificuldade em razão da influência da cultura dogmática no ensino jurídico, ocorrendo lacuna no espaço formativo da magistratura, pois a academia deveria superar a concepção orientada para o estudo da legislação e dos códigos para formar profissionais capazes de lidar com as questões modernas relacionadas à nova dinâmica do mercado, Estado e sociedade, ou seja, requer um treinamento complexo e interdisciplinar, incluindo outras ciências tais como a Economia, Sociologia e Administração²²³.

Em razão desta complexidade da decisão judicial, Carlos Ari Sundfeld reconhece que os princípios vagos podem justificar qualquer decisão e têm sido utilizados de forma preguiçosa sem a correta explicação técnica e fundamentação, o que prejudica a visão para os casos futuros e a respectiva prevenção. Com efeito, ao utilizar os princípios de forma generalizada e insuficiente para conclusões concretas, “quase todo mundo tem alguma razão no que diz”²²⁴.

Para dizer de outra forma, enquanto o Judiciário se posicionar como uma “loteria”²²⁵ ou “álea”²²⁶, sem a correta expectativa de ganho ou de perda dos anseios das partes em razão da ausência de segurança jurídica de suas decisões, estará influenciando o aumento do número de demandas e de recursos para o prejuízo de todos, produzindo efeito inverso à eficiência do Judiciário, o que também contribui para a “tragédia da justiça”²²⁷.

Neste sentido, a certeza e segurança jurídica são direitos fundamentais que possuem um aspecto instrumental, ou seja, o respeito à segurança jurídica se justifica do ponto de vista

²²³MACEDO JR, Ronaldo Porto. A Educação Jurídica num mundo globalizado. O sentido de criar sentidos. **Revista sobre Enseñanca Del Derecho**, Año 12, n. 23, 2014, p. 63-84. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/23/a-educacao-juridica-num-mundo-globalizado.pdf. Acesso em: 01 ago. 2022.

²²⁴SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 80.

²²⁵DA MOTTA, Cristina Reindolff. **A Motivação das Decisões Cíveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

²²⁶E SILVA, Diego Sabóia. **A Análise Econômica do Direito como Teoria de Contenção da Decisão Judicial: O viés ideológico da eficiência e propostas para uma autorrestrrição interpretativa**. Tese (Doutorado) – Doutorado em Direito, Programa de Pós Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2019, p. 211.

²²⁷A tragédia da justiça decorre da adequação do termo “tragédia dos comuns” em que ilustra como os bens comuns pela ótica da microeconomia tendem a ser explorados em níveis acima daqueles esperados, gerando uma tendência de exaurimento e ocasionando o fim trágico do bem comum (HARDIN, Garrett. La tragedia de los comunes. **Revista de la Universidad Bolivariana**, Santiago, v. 4, n. 10, 2005. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/305/30541023.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022). Ao adaptar esse conceito à justiça brasileira por meio de estudo desenvolvido pela PUCRS, verificou-se que o direito de acesso à justiça, a gratuidade processual, a quantidade exacerbada de advogados e os diferentes entendimentos acerca dos direitos pleiteados pelas partes (além de outros fatores) ocasionam o abarrotamento e morosidade do Judiciário, que podem levar à tragédia da exaustão da prestação judicial, até o ponto em que os direitos não serão mais atendidos de forma adequada. SANTOS FILHO, Hermílio; TIMM, Luciano Benetti (coord.) **Demandas Judiciais e a morosidade da Justiça Civil**. Relatório final ajustado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Porto Alegre: PUCRS. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_pesquisa_pucrs_edita1_2009.pdf. Acesso em: 12 out. 2022.

utilitarista, garantindo eficiência na economia do trabalho dos juízes, no interesse das partes e na sua confiabilidade, evitando litígios desnecessários²²⁸.

Assim, deve ser estabelecido um sistema íntegro, estável e coerente, concretizando o princípio constitucional da segurança jurídica, pois o modo como as decisões têm sido proferidas no Judiciário, muitas delas antagônicas e dentro do mesmo espaço de tempo, revelam ausência de estabilidade ao jurisdicionado, insegurança e perigo.

Ao tratar desta segurança jurídica, Humberto Ávila a classifica em duas dimensões, que denominou de estática e dinâmica. A primeira diz respeito ao problema do conhecimento do direito, ou seja, o direito deve ser objeto de conhecimento para compreensão do cidadão, devendo ser seguro para que suas regras possam servir de instrumento de orientação (estático). A segunda dimensão, por outro lado, reconhece que o direito não pode ser imutável, mas deve ser gradativamente atualizado evitando surpresas aos jurisdicionados (dinâmico)²²⁹.

Em outras palavras, defende o professor que os jurisdicionados precisam ter ciência e segurança de quais regras do direito são aplicáveis para que esta compreensão possa moldar seus comportamentos, bem como permitir que essas regras possam ser alteradas de forma gradativa e segura, acompanhando e dando guarida à evolução da sociedade.

Ainda que após a reforma do Código de Processo Civil em 2015 existam caminhos para buscar a uniformização das decisões judiciais, por meio do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e o Incidente de Assunção de Competência, sem prejuízo das súmulas vinculantes, certo é que essa definição, conforme será visto no próximo capítulo, não é rápida e faz com que os custos processuais e de incerteza se acumulem.

Fernando Capez e Flavio Capez, por sua vez, apresentam interessante exemplo que bem retrata os impactos e efeitos negativos da insegurança jurídica na sociedade, além dos incentivos comportamentais, concluindo se tratar do grande mal do século XXI:

Era uma vez um incorporador interessado em investir na expansão imobiliária e reduzir o déficit nacional da habitação. Escolheu o terreno, obteve a aprovação da planta na prefeitura, conseguiu todas as licenças ambientais, fez ampla publicidade, captou recursos no mercado financeiro e iniciou a obra, passando a receber prestações mensais e semestrais por parte dos compromissários compradores, alimentados pelo sonho da casa própria. Surge, então, um imprevisto: alguém [...] após minuciosa pesquisa, descobre um vício na tramitação formal de uma das leis autorizadoras do empreendimento e, com base em algum princípio constitucional vago, cuja construção retórica se presta a qualquer finalidade, cria uma polêmica judicial e administrativa. Surge, então, uma liminar paralisando o projeto, os compradores assustados pedem a

²²⁸BARBOZA, Estefânia, Maria de Q. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**. Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

²²⁹ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

revogação do contrato e a restituição das parcelas pagas, a publicidade negativa impede a captação de novos recursos e parceiros e, anos mais tarde, quando a erudita polêmica vier a ser resolvida, o negócio jurídico perdeu o interesse, o empresário bem intencionado quebra e, no lugar de um condomínio pronto e entregue, o que resta é um esqueleto de concreto, pronto para abrigar a criminalidade. Eis o grande mal do século XXI: a insegurança jurídica [...] ²³⁰ (trecho nosso).

Como visto no exemplo acima, a decisão proferida pelo Judiciário (sem ingressar no mérito de sua assertividade) trouxe inúmeros reflexos negativos para a sociedade, pois determinou a interrupção de obras, prejudicando consumidores e deixando de considerar os efeitos coletivos e futuros de sua decisão. Quando foi efetivamente reformada, as consequências já haviam sido sedimentadas.

Referida insegurança ainda é mais presente nas relações de consumo, diante do conteúdo principiológico do Código de Defesa do Consumidor e da utilização de termos indeterminados para a sua concretização, tais como a proibição de abusividade contratual vista anteriormente.

Pode-se afirmar, portanto, que o juiz passa a ter liberdade valorativa atribuída por preceitos “abertos”, legitimando a invasão da economia interna do contrato para o reequilíbrio contratual ²³¹ e sua proteção social, conforme já reconhecido pelos próprios juízes ²³².

Isso, porque possuindo o Brasil um sistema codificado (*civil law*) no qual não existe uma regra vinculativa dos precedentes (*stare decisis*) como no sistema da *common law*, com exceção das súmulas e a sistemática dos recursos repetitivos, o magistrado tende a agir em larga medida sem os instrumentos que assegurem a sua previsibilidade ²³³, ressaltando que as próprias cortes superiores possuem divergência ao aplicarem o Direito ²³⁴, vez que se tratando de país continental, multicultural e com diferenças regionais, a própria visão de mundo de cada juiz é diferente.

Em outras palavras, o comportamento no Judiciário, seja pela imposição de dano moral ou pelo reconhecimento de cláusulas tidas por abusivas, pode acabar criando incentivos em litigar, o que, embora possa resolver o caso individual, acarreta diversos problemas na

²³⁰CAPEZ, Fernando; CAPEZ, Flavio. Insegurança Jurídica: o mal do século XXI. In: GERMANOS, Paulo A. J. (coord). **Segurança Jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 38-53.

²³¹OLIVEIRA, James Eduardo. **Código de Defesa do Consumidor. Anotado e Comentado**. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 100.

²³²Em estudo realizado pela Socióloga Maria Sadek por meio de análise de resultados de pesquisas feitas pelo IDESP, constatou-se que 73,1% dos juízes concordaram com a afirmativa de que o juiz tem um papel social a cumprir, e a busca social justifica decisões que violem contratos. SADEK, Maria Tereza A. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. **Opinião Pública**, Campinas, vol. X, n. 1, mai. 2004, p. 01-62.

²³³GALVANI, Leonardo. Análise Econômica do Contrato e Eficiência Contratual. **Economic Analysis of Law Review**, v. 9, n. 2, mai./ago. 2018, p. 194-211.

²³⁴DE MORAIS, Fausto Santos. **Ponderação e Arbitrariedade: A inadequada recepção de Alexy pelo STF**. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018.

contratação massificada, vez que a decisão poderá ser aplicada em caráter universal para todas as situações análogas.

É certo que o Judiciário deverá estar atento aos conflitos, especialmente nos contratos de consumo normalmente celebrados com assimetrias de informações, limitação da liberdade contratual e vulnerabilidade do consumidor. O problema reside na ausência de qualquer consideração dos efeitos que essas decisões acarretarão no mercado, tornando necessária a melhoria na capacidade de análise das consequências sistêmicas num contexto de globalização econômica²³⁵.

Por outro lado, decidir a favor da parte vulnerável e da proteção do consumidor não necessariamente trará decisões eficientes e protetivas à coletividade de consumidores, pois, ao buscar sempre proteger a parte hipossuficiente, independentemente do mérito e dos seus efeitos, haverá a inibição de contratação, tratando-se de punição disfarçada de recompensa²³⁶.

Essa insegurança reflete as próprias contratações, pois seja pela revisão dos negócios posteriormente pelo Judiciário, seja pela existência de decisões conflitantes, os tribunais acabam agindo de modo ineficiente, impedindo as partes de transacionar, pois não sabem qual seria o resultado no Judiciário, transformando negócios em relacionamentos de longo prazo e longe das melhores oportunidades, pois, ausente a ameaça ou previsibilidade de sanção estatal, não há incentivos para cumprir com a avença, inibindo a cooperação em negócios²³⁷.

Conforme reconhece Ivo Teixeira Gico Jr., quanto maior o número de pessoas que sabem quais são as regras, maior é a quantidade de pessoas que tenderão a segui-la espontaneamente, realizando escolhas e coordenando esse comportamento, especialmente em um “ciclo de feedback”²³⁸ de modo que, quanto mais a regra é aplicada, mais o comportamento é espontâneo e se tornará regra de conduta.

Para dizer de outra forma, o excesso de processos ocasionados pela insegurança jurídica acaba por demandar dos juízes excesso de trabalho (diante do grande contingente de demanda), obrigando-os a tomar as decisões de forma mais objetiva para a obtenção de ganho temporal, perdendo-se em qualidade e fundamentação, o que contribui com recursos e excesso de processos.

²³⁵ROCHA, Fernando Clemente da. **A nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e o Consequencialismo nas ações formativas da magistratura brasileira**. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, São Paulo, 2021, p. 108.

²³⁶COOTER, Robert D., SCHÄFER, Hans-Bernd. **O nó de Salomão: como o direito pode erradicar a pobreza das nações**. Curitiba: CRV, 2017.

²³⁷Ibidem.

²³⁸GICO JR., Ivo Teixeira. The Tragedy of the Judiciary: An Inquiry into the Economic Nature of Law and Courts. **German Law Journal**, Cambridge University Press, v. 21, ed. 4, 2020, p. 644-673.

Em outras palavras, a insegurança jurídica traz prejuízos a ambas as partes, pois se, de um lado, a ausência de certeza sobre determinada proteção incentiva o litígio, por outro lado, essa incerteza impede a sua correta previsão e efetiva prevenção, de modo que as partes comportar-se-ão de forma oportunista, com fortes incentivos para o litígio, transformando o Poder Judiciário em um meio para a realização dessas trocas econômicas²³⁹.

Por assim dizer, enquanto no Brasil em 2018 com uma legislação codificada estimou-se que 11,5% dos processos arquivados ocorreram por meio de acordo, nos Estados Unidos que possui o sistema da *common law* apenas 10% são efetivamente julgados, pois a segurança jurídica permite o planejamento de longo prazo, melhor alocação de riscos, desencorajamento de comportamentos oportunistas e cooperação²⁴⁰.

Por esta razão se sustenta neste trabalho a adoção de outros critérios para a realização de julgamentos dos contratos de consumo que não sejam puramente valorativos. Não se busca negar a necessária e essencial proteção ao consumidor, mas promovê-la, pois a própria ausência de proteção desconsideraria o potencial econômico do consumo, retrocedendo sua eficiência econômica²⁴¹.

Ademais, o consequencialismo trazido pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, buscando diminuir a insegurança jurídica ao determinar a obrigatoriedade do juiz em avaliar as consequências práticas da decisão, impôs ao julgador o ônus de avaliar o resultado futuro de sua decisão e não apenas a avaliação dogmática do caso colocado sob sua tutela.

Esses novos critérios revelam uma preocupação cada vez maior em buscar métodos interpretativos e de aplicação do direito considerando sua nova disseminação social diante do mundo digital e globalizado, como forma de melhoria na segurança das decisões e na resposta a ser dada à sociedade em caráter coletivo.

2.3. CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO

²³⁹CORREIA, Atalá. Danos Morais: 20 anos de jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça *In*: BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes D. M.; ALVIM, Teresa Arruda. **Jurisdição e Direito Privado**. Estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 75-87.

²⁴⁰GICO JR., Ivo Teixeira. The Tragedy of the Judiciary: An Inquiry into the Economic Nature of Law and Courts. **German Law Journal**, Cambridge University Press, v. 21, ed. 4, 2020, p. 644-673.

²⁴¹SANTANA, Héctor Valverde. Análise Econômica do Direito: a eficiência da norma jurídica na prevenção e reparação de danos sofridos pelo consumidor. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 4, n.1, 2014, p. 224-236.

Como visto acima, a sociedade informacional ou sociedade pós-industrial²⁴², pautada pela transformação social em razão das novas tecnologias, que rompeu com o modelo existente mediante a dominação e uso das informações, trouxe inúmeros reflexos ao direito, especificamente aos contratos, levando um protagonismo ao Judiciário para a solução dos novos conflitos e dos quais o legislativo não consegue acompanhar.

Diante desse protagonismo na análise dos contratos e de seu amplo controle judicial sobre conceitos indeterminados, tais como a abusividade contratual, que tem ocasionado insegurança jurídica, tem sido cada vez mais comum o debate sobre a utilização de outras formas de aplicação do direito além dos valores, normas e princípios, buscando atingir os objetivos almejados, sendo um deles a preocupação com a adoção de critérios consequencialistas.

O consequencialismo como teoria argumentativa não é novo no Direito, vez que toda decisão determina uma consequência jurídica em razão da conduta sob análise, mas sua criação teórica²⁴³ abriu caminho para a adoção de postura interpretativa destinada a considerar as consequências jurídicas e futuras da decisão.

Essa postura já tem sido adotada pelo Supremo Tribunal Federal nos mais variados ramos do direito em razão da crescente complexidade da sociedade e necessária aplicação de regras e princípios de conteúdo aberto (muitas vezes contrapostos tornando necessária a utilização da proporcionalidade)²⁴⁴.

É importante desde já esclarecer que não se busca nesse trabalho tratar do consequencialismo filosófico que visualiza as normas e atos morais como dependentes exclusivamente das suas consequências²⁴⁵, mas sim do consequencialismo atrelado ao ordenamento jurídico e deste dependente.

²⁴²WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. **Ciência da Informação**, v. 29, n. 2, 2000, p. 71–77.

²⁴³É apontado como marco para o início do consequencialismo a publicação em 1789 da obra “Uma Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação” de Jeremy Bentham, que defendia o uso da utilidade como valor e forma de buscar o bem-estar da maior quantidade de pessoas, analisando as condutas de acordo com os resultados obtidos (suas consequências). Referida teoria denominou-se utilitarismo, com o qual não se confunde com o consequencialismo, mas com este possui interseções. BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Batoche Books, Kitchener, 2000.

²⁴⁴BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 7, n. 3, set./dez. 2020, p. 831-858; e FARIAS, Marian C. C. **A felicidade do maior número: O discurso utilitarista na modulação de efeitos em matéria tributária**, Dissertação (Mestrado) – Pós Graduação em Direito Constitucional, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Brasília, 2022, p. 140.

²⁴⁵SINNOT-ARMSTRONG, Walter. Consequentialism. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/consequentialism/>. Acesso em: 17 out. 2022.

Posner, neste sentido, defendia o que chamou de pragmatismo, ou seja, a disposição dos juízes para fundamentar as decisões em fatos e consequências e não se pautar unicamente na legislação, jurisprudência e dispositivos constitucionais com conceitos vagos e generalizações. Sustentou o juiz que estas fontes do direito deveriam ser utilizadas como ponto de partida para a orientação na tomada de decisão, que deveria levar em conta as consequências das possíveis alternativas no caso concreto²⁴⁶.

Neil MacCormick por outro lado, ao tratar do consequencialismo não radical, preocupava-se com os efeitos das decisões no comportamento futuro dos indivíduos em razão da sua universalidade, de modo que os juízes deveriam pensar nas consequências da decisão a ser proferida, uma vez que esta regeria o comportamento de todos os casos futuros semelhantes, defendendo a adoção dos “três Cs” denominados de Consequências, Coerência e Consistência como forma de melhoria do sistema sem perder de vista a proteção valorativa do direito²⁴⁷.

Para dizer de outra forma, por meio da análise de vários julgados no sistema da *common law*, o filósofo se insurgia sobre os riscos e prejuízos da ausência de coerência e consistência, propondo um modelo de justificação para evitar a adoção de soluções diferentes em situações semelhantes, sendo inerente ao pensamento do julgador a universalidade da decisão para os casos futuros.

Pode-se sustentar, portanto, que o consequencialismo parte do pressuposto de que o direito não é suficiente em si mesmo, devendo adotar outros critérios por meio de um modelo realista e de raciocínio prático, dando atenção aos fatos sociais e suas repercussões jurídicas²⁴⁸.

Como visto no capítulo anterior, os problemas de indeterminação da linguagem do direito e inclusão de diversos princípios de conteúdo aberto, com a transferência deste ônus interpretativo ao Judiciário, ocasionaram grande margem discricionária nas decisões judiciais, as quais tiveram influências nos movimentos do pós-positivismo e neoconstitucionalismo²⁴⁹.

Como forma de combater essa insegurança jurídica na aplicação do direito, bem como diminuir a discricionariedade judicial, o consequencialismo foi adotado pela Lei nº. 13.655/18 que reformou a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB. Referida lei impôs

²⁴⁶POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

²⁴⁷MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006; MACCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. In: MACEDO JR., Ronaldo P.; BARBIERI, Catarina H. C. **Direito e Interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁴⁸DE MORAIS, Fausto S.; ZOLET, Lucas. A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista. **Revista Jurídica**, v. 4, n. 53, Curitiba, 2018, p. 497-523.

²⁴⁹ALVES, Francisco Sérgio M. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, v. 278, n. 3, set./dez. 2019, p. 113-144

ao Poder Judiciário o dever de avaliar as consequências jurídicas e administrativas das decisões a serem proferidas que utilizarem valores jurídicos abstratos ou invalidarem um contrato ou ajuste, determinando, ainda, que a motivação deverá demonstrar a necessidade e adequação da medida imposta.

O Projeto decorrente da proposta de Carlos Ari Sundfeld e Floriano de Azevedo Marques Neto, foi idealizado para que fosse incorporado ao texto legislativo práticas jurídicas destinadas a ampliar a segurança jurídica na esfera pública e o apego aos fatos concretos em oposição a concepções baseadas em retórica abstrata, respeitando a boa-fé e as expectativas legítimas²⁵⁰, conforme transcrição abaixo dos seus artigos 20 e 21:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos²⁵¹.

Como se percebe, foram incluídos critérios minimamente empíricos para aproximar o Direito do contexto social, vez que este é fruto de sua interação com a realidade, pois ao agir de forma divorciada, limitando-se à dimensão do direito e da legalidade estrita, não há o devido atendimento das demandas sociais, sendo necessário o estabelecimento de um nexo causal entre a decisão e as concretas consequências de tal interação²⁵².

Esta atualização foi importante, pois a LINDB em sua redação original de 1942 retratava o pensamento positivista como sustentáculo da segurança jurídica, não mais existente nos dias atuais em razão da aplicação dos princípios como normas de conteúdo aberto. Assim, conforme

²⁵⁰SUNDFELD, Carlos Ari. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e sua renovação. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre J. C.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.) **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, v.1, p. 33-39.

²⁵¹BRASIL. **Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2022.

²⁵²FRANÇA, Phillip Gil. Algumas considerações sobre como decidir conforme o consequencialismo jurídico da Lei 13.655/2018. *In*: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (org.) **Nova LINDB**. Consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 123-142.

reconhece o próprio Carlos Ari Sundfeld²⁵³, o Direito não se limita apenas à legislação, que aos poucos perde seu espaço como fonte primordial em razão da existência de outras normas de origem externa.

Neste sentido, o julgador deverá inserir as consequências jurídicas da decisão ao lado das demais argumentações, olhando a qualidade da ação também pelo seu resultado e não apenas pelo valor intrínseco da norma, em especial se tratando de decisões que poderão ser aplicadas em potencial para uma série de casos análogos.

Assim, conforme reflexão de Neil MacCormick, o julgador deverá refletir se aquela decisão em específico deveria ser aplicada em todos os casos semelhantes como uma questão de coerência e consistência, bem como quais efeitos isso trará para a sociedade como um todo²⁵⁴.

Para dizer de outra forma, a LINDB instituiu o consequencialismo jurídico como uma ferramenta de interpretação do Direito que determina a necessidade de serem considerados os efeitos e repercussões jurídicas também do mundo real quando a decisão se basear em valores abstratos ou invalidar um ato, contrato ou ajuste²⁵⁵.

É importante observar que o consequencialismo não necessariamente trouxe mais segurança jurídica ou diminuiu o espaço de discricionariedade do julgador, podendo trazer efeito inverso se utilizado de forma equivocada, ao se priorizar situações não jurídicas por meio de argumentos econômicos, políticos e morais afastando o próprio texto legal que deveria ser interpretado²⁵⁶.

Neste sentido, ao tratar dos diversos alcances sobre a teoria do consequencialismo, Luis Fernando Schuartz aponta que esse recurso pode ser uma cartada coringa, ou seja, ao estabelecer diversos tipos de consequencialismo os quais denominou de “festivo”, “militante” e “malandro”, sustenta que o último pode conduzir a uma discussão baseada em incertezas, em que não se pode provar o argumento sequer provar sua negativa, o que aumentaria ainda mais

²⁵³SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

²⁵⁴MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006; MACCORMICK, Neil. **Direito, interpretação e razoabilidade**. In: MACEDO JR., Ronaldo P.; BARBIERI, Catarina H. C. **Direito e Interpretação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

²⁵⁵FRANÇA, Phillip Gil. Algumas considerações sobre como decidir conforme o consequencialismo jurídico da Lei 13.655/2018. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (org.) **Nova LINDB**. Consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 123-142.

²⁵⁶BITTENCOURT, Caroline M.; LEAL, Rogério G. Consequencialismo das decisões e os valores jurídicos abstratos a partir da Lei 13.655/18: uma análise crítica sob a perspectiva da (in) segurança jurídica. In: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (org.) **Nova LINDB**. Consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 93-122.

a insegurança²⁵⁷, o que também foi denominado pela doutrina de “consequenciachismo”²⁵⁸ ou de conduta antidemocrática do legislador²⁵⁹.

Com a devida vênia aos argumentos contrários, de acordo com Georges Abboud, o consequentialismo não deve ser entendido como uma abertura à discricionariedade, mas deve servir como uma ferramenta para redução desta margem de liberdade, avaliando os efeitos reais que decorrem de uma decisão judicial. Sustenta o professor, entretanto, que essas consequências não podem ser compreendidas como probabilidades remotas e eventuais, mas devem possuir um lastro documental ou pericial²⁶⁰.

Respeitando a divergência doutrinária, entende-se que o artigo 20 da LINDB aponta para um consequentialismo moderado, ou seja, a decisão não é formada a partir das suas consequências práticas de forma exclusiva, mas estas deverão ser utilizadas em conjunto com os valores perseguidos pelo direito, como forma de evitar consequências eticamente inaceitáveis²⁶¹.

Ademais, as consequências a serem deduzidas devem ser humanamente possíveis, pois não é crível requisitar ou proceder uma pesquisa empírica toda vez que uma decisão seja tomada, em especial diante da nossa realidade e excessiva quantidade de processos, sendo necessário estabelecer certos limites, pois é imprescindível que a justiça melhore a qualidade de suas decisões, sem que seja paralisada²⁶².

Esta melhora decorre do reconhecimento de que a justificação e correto esclarecimento das decisões judiciais é um direito fundamental para garantir e impor limites ao julgador, possibilitando o controle externo das partes e demais cidadãos em relação às decisões proferidas, que devem apresentar os critérios utilizados na sua criação, sob pena de aceitar a discricionariedade pura²⁶³.

²⁵⁷SCHUARTZ, Luis. F. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, 2008, p. 130–158.

²⁵⁸WANG, Daniel W. L. Entre o consequenciachismo e o principiachismo, fico com a deferência. **Jota**, 20 set. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequenciachismo-e-o-principiachismo-fico-com-a-deferencia-20092018. Acesso em: 10 out. 2022.

²⁵⁹MARTINS, Fernando R.; FERREIRA, Keila P.; RASSI, Bruno F. S. Alterações na lex legum e desvios hermenêuticos no sistema jurídico: como legislar sistematicamente na pós-modernidade e o exemplo da teoria do diálogo de fontes. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Diálogo das Fontes. Novos Estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no Direito Brasileiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

²⁶⁰ABBOUD, Georges. Modulação dos efeitos como categoria consequentialista: das funções tradicionais às contemporâneas. **Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 2, jul./dez. 2021, p. 363-393.

²⁶¹RAMOS, André de C.; GRAMSTRUP, Erik F. **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2021.

²⁶²RAMOS, André de C.; GRAMSTRUP, Erik F. **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2021.

²⁶³DA MOTTA, Cristina Reindolff. **A Motivação das Decisões Cíveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

Embora a preocupação da nova lei fosse destinada à melhoria das decisões na esfera pública, de forma a dar segurança e eficiência ao gestor público conforme restou expresso na ementa da Lei 13.655/18²⁶⁴, a inclusão de seus dispositivos na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro como norma destinada a disciplinar a aplicação das leis em geral (*lex legum*²⁶⁵) acabou por ampliar o consequencialismo para todas as decisões judiciais no direito pátrio, inclusive de direito privado tal como as relações de consumo, em que a decisão se pautar em valores abstratos ou invalidar algum contrato.

Esta interpretação, contudo, não é acolhida por grande parte da doutrina, vez que os artigos introduzidos pela Lei 13.655/18 foram idealizados para aplicação ao direito público, conforme especificação contida na própria ementa da lei, limitando sua previsão aos demais ramos do direito²⁶⁶.

Assim, em que pese a LINDB tenha imposto ao Judiciário a obrigatoriedade de sua utilização no direito público, observados os demais requisitos legais, nada previu com relação ao direito privado, igualmente não proibindo a sua aplicação às decisões judiciais neste ramo.

Pelo contrário, embora conste na ementa da Lei 13.655/18 a inclusão de “disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público”²⁶⁷, não houve a criação de capítulo específico na própria LINDB restringindo ou limitando o âmbito de aplicação dos seus artigos, cujas disposições passaram a integrar os demais artigos, sem qualquer previsão no próprio texto legal acerca do seu direcionamento.

Observa-se, por oportuno, que entendimento contrário é modificar completamente a coerência da *lex legum*, pois os 19 primeiros dispositivos tratam de temas gerais de aplicação do direito enquanto os novos são direcionados à aplicação no direito público, negligenciando a integridade do direito e criando vetusta dicotomia que havia sido superada pelo constitucionalismo moderno²⁶⁸.

²⁶⁴Ementa: Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. BRASIL, **Lei nº. 13.655, de 25 de abril de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1. Acesso em: 09 de out. 2022.

²⁶⁵ISSA, Rafael Hamze. Âmbito de aplicabilidade da LINDB: fundamento constitucional e aspectos federativos. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.) **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, v.1, 2019, p. 50-59.

²⁶⁶Neste sentido, MEDAUAR, Odete. Comentários Gerais ao Dispositivo. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.) **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Anotada**, São Paulo: Quartier Latin, v. 2, 2019, p. 63-67.

²⁶⁷BRASIL. **Lei nº. 13.655 de 25 de abril de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1. Acesso em: 10 out. 2022.

²⁶⁸MARTINS, Fernando R.; FERREIRA, Keila P.; RASSI, Bruno F. S. Alterações na *lex legum* e desvios hermenêuticos no sistema jurídico: como legislar sistematicamente na pós-modernidade e o exemplo da teoria do diálogo de fontes. In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Diálogo das Fontes**. Novos Estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020

Neste sentido, ao regular a matéria por meio do Decreto nº. 9.830/19²⁶⁹, igualmente não houve determinação na limitação de seu alcance, de modo que os artigos 1 a 7 podem ser aplicados a qualquer decisão judicial sobre qualquer tema, desde que se baseiem exclusivamente em valores jurídicos abstratos ou invalidem algum ato ou contrato. É importante destacar que o próprio Decreto, quando quis especificar a aplicação ao direito público o fez de forma específica ao regram a “interpretação de normas sobre gestão pública” e a “responsabilização do agente público”.

Desta forma, defende-se que o consequencialismo pode ser aplicado aos contratos de consumo desde que respeitadas as demais exigências legais (valores jurídicos em abstrato) e em conjunto com os demais valores que se busca proteger, cuja previsão já existia no artigo 25 do Código de Ética da Magistratura²⁷⁰.

Nesta seara, a decisão proferida para o caso individual (micro justiça) poderá ser utilizada em inúmeros outros casos, vindo a atingir outras partes processuais (macro justiça)²⁷¹, em especial em relações de consumo mediante contrato de adesão, cujos fundamentos (*ratio decidendi*) serão muito próximos, se não forem idênticos.

Como exemplo, as decisões a serem proferidas que invalidarem ou reconhecerem alguma cláusula contratual como abusiva, pautando-se em princípios gerais do CDC tais como a boa-fé objetiva ou equilíbrio contratual, deverão considerar as consequências práticas dos seus efeitos, bem como a necessidade e adequação da medida a ser imposta, cujo fundamento poderá ser utilizado nos demais casos para estabilização do sistema.

Para dizer de outra forma, considerando que na contratação massificada os contratos de adesão são praticamente idênticos, qualquer decisão tomada judicialmente sobre a nulidade ou invalidade de alguma cláusula será utilizada em escala pelos demais consumidores que se encontrarem na mesma situação. Deste modo, o julgador deve ter ciência dos efeitos futuros e coletivos que sua decisão provocará na sociedade, mormente na era digital em que as decisões são divulgadas e compartilhadas na internet e nas redes sociais tão logo seja disponibilizada

²⁶⁹BRASIL. **Decreto nº. 9.830, de 10 de junho de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 10 out. 2022.

²⁷⁰“Art. 25. Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar”. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Código de Ética da Magistratura Nacional.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/#:~:text=%C3%89%20dever%20do%20magistrado%20recusar,o%20exerc%C3%ADcio%20de%20suas%20fun%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 10 out. 2022.

²⁷¹VIEIRA, Leonardo Jorge Sales. **Análise da (in) segurança jurídica no Brasil:** Uma proposta de abertura cognitiva do Direito ao ambiente social. Dissertação (Mestrado) – Pós Graduação em Direito Constitucional, Universidade Federal do Ceará. Ceará, 2015, p. 116.

nos autos, pois os próprios advogados diante de uma estrutura acadêmica pró-litígio, utilizam-na para fins informativos visando a captação de clientes²⁷².

Assim, considerando que os juízes sob a perspectiva institucional afetam direta ou indiretamente o processo de desenvolvimento social como um todo em razão das decisões proferidas, deve-se exigir de seus agentes a preocupação quanto a esses efeitos sistêmicos (consequências) durante o processo decisório, promovendo o aumento da segurança jurídica nas relações privadas²⁷³.

Para concluir, é preciso analisar as consequências ou efeitos que a decisão trará para as partes envolvidas no litígio, bem como para a comunidade como condição de destinatária da decisão, cujo padrão de conduta e modelo de decisão serão utilizados no futuro²⁷⁴.

2.4 APLICAÇÃO DO CRITÉRIO DE EFICIÊNCIA

Além do consequencialismo visto acima, muito se tem discutido sobre a aplicação dos critérios de eficiência no direito, como forma de melhoria da decisão judicial na busca do bem-estar social, tendo como fundamento a Análise Econômica do Direito iniciada em 1960 por Ronald Coase e difundida posteriormente por Richard Posner. Nesse cenário, passou-se a utilizar cada vez mais as premissas econômicas de predição do comportamento humano na aplicação do direito e na análise de suas repercussões, o que pode ser aplicado, segundo seus defensores, em qualquer comportamento social²⁷⁵²⁷⁶.

²⁷²SANTOS FILHO, Hermílio; TIMM, Luciano Benetti (coord.) **Demandas Judiciais e a morosidade da Justiça Civil**. Relatório final ajustado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Porto Alegre: PUCRS. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_pesquisa_pucrs_edital1_2009.pdf. Acesso em: 12 out. 2022

²⁷³ROCHA, Fernando Clemente da. **A nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e o Consequencialismo nas ações formativas da magistratura brasileira**. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, São Paulo, 2021, p. 108.

²⁷⁴ALVES, Francisco Sérgio M. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, v. 278, n. 3, set./dez. 2019, p. 113-144

²⁷⁵BECKER, Gary; POSNER, Richard. **Uncommon Sense. Economic Insights, From Marriage to Terrorism**. Chicago: The University of Chicago Press, 2009.

²⁷⁶Essas premissas econômicas, com outros contornos, também foram utilizadas na Universidade de Virgínia, voltada para a eficácia social por meio da teoria da escolha pública (*public choice*), focada principalmente nas decisões políticas, seus efeitos e eficiência, o que também ocorreu na denominada escola de New Haven, interessada no estado de bem estar regulatório, analisando instituições políticas e definindo os papéis dos tribunais dentro desse sistema em razão das várias fontes de falhas de mercado. BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon. **The Calculus of Consent – Logical Foundations os Constitucional Democracy**. Michigan: University of Michigan Press, 1965 e MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law: from Posner to postmodernism and beyond**. 2ª ed., Princeton: Princeton University Press, 2006.

Diante desse aumento do diálogo entre direito e economia, buscou-se alcançar o melhor resultado na solução dos problemas sociais por meio da premissa da racionalidade humana o que invariavelmente perpassa pelas decisões judiciais como regulamentação deste convívio em sociedade.

Um dos critérios comumente trazidos ao debate e talvez o mais controverso, diz respeito ao critério da eficiência, com suas diversas espécies, que se busca aplicar o Direito de forma eficiente para as partes, que poderá ser (ou não) a decisão mais justa segundo os objetivos buscados.

Isso porque, o conceito de eficiência é complexo e possui algumas noções diferentes de compreensão²⁷⁷, que podem acabar sendo inadequadas tornando necessário um estudo mais aprofundado sobre sua origem, conceito e aplicação.

2.4.1. Origem e previsão no Brasil

No Brasil, a primeira norma brasileira que previu o termo “eficiência”, de acordo com a plataforma de pesquisa de legislação do Senado Federal, foi no Decreto nº. 17.162 de 1925, no qual foi determinada a abertura de crédito extraordinário para combater com eficiência, o surto epidêmico de varíola²⁷⁸.

Contudo, em 1988, a Constituição Federal brasileira ainda se limitava a prever a sua utilização apenas dentro da função pública ao estabelecer o dever dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário de manter um sistema de controle interno, com a finalidade de avaliar os resultados segundo os critérios de eficácia e eficiência, bem como da aplicação de recursos públicos²⁷⁹.

Essa mesma finalidade da eficiência como controle e fiscalização também era prevista em outras legislações federais da época, tais como no Regulamento do Imposto de Renda (Lei

²⁷⁷COLEMAN, Jules. **Markets, Morals, and The Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

²⁷⁸BRASIL. **Decreto nº. 17.162 de 23 de dezembro de 1925**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/432532/publicacao/15692752>. Acesso em: 03 ago. 2022.

²⁷⁹Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: [...] II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2022.

7.713/88)²⁸⁰ e no Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho (Lei 7.855/89)²⁸¹.

Contudo, aos poucos, a eficiência foi sendo inserida como critério de adequação dos serviços públicos prestados por meio de concessões ou permissões²⁸², como dever de comportamento humano aos notários²⁸³ e na carreira da Advocacia-Geral da União²⁸⁴.

Na esfera privada, por outro lado, a eficiência passou a ser utilizada como critério de análise na regulação e repressão ao abuso do Poder Econômico²⁸⁵ e como critério para limitação ao direito de propriedade por meio da Lei da Reforma Agrária²⁸⁶.

Apenas em 1995, portanto, a eficiência foi alçada ao patamar de princípio constitucional, por meio da proposta de emenda constitucional nº. 19, enviada a época pelos Ministros de Estado, dentre eles os Ministros da Justiça, Fazenda e Planejamento²⁸⁷, que viria a ser promulgada em 1998.

De acordo com a exposição de motivos, constatou-se um maior aprofundamento da importância da eficiência no Brasil, pois o país encontrava-se em estagnação econômica, sendo

²⁸⁰Art. 54. Fica o Poder Executivo autorizado a implantar medidas de estímulo à eficiência da atividade fiscal em programas especiais de fiscalização. BRASIL. **Lei 7.713 de 22 de dezembro de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7713.htm. Acesso em: 06 jul. 2022.

²⁸¹[...] § 1º O Ministro de Estado do Trabalho estabelecerá os princípios norteadores do Programa que terá como objetivo principal assegurar o reconhecimento do vínculo empregatício do trabalhador e os direitos dele decorrentes e, para maior eficiência em sua operacionalização, fará observar o critério de rodízios dos agentes de Inspeção do Trabalho na forma prevista no Regulamento da Inspeção do Trabalho. BRASIL. **Lei nº. 7.855, de 24 de outubro de 1989**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7855.htm. Acesso em: 06 jul. 2022.

²⁸²[...] § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. BRASIL. **Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 06 jul. 2022.

²⁸³Art. 30. São deveres dos notários e dos oficiais de registro: [...] II - atender as partes com eficiência, urbanidade e presteza; BRASIL. **Lei 8.395 de 18 de novembro de 1994**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 06 jul. 2022.

²⁸⁴Art. 22. Os dois primeiros anos de exercício em cargo inicial das carreiras da Advocacia-Geral da União correspondem a estágio confirmatório. Parágrafo único. São requisitos da confirmação no cargo a observância dos respectivos deveres, proibições e impedimentos, a eficiência, a disciplina e a assiduidade. BRASIL. **Lei Complementar nº. 73 de 10 de fevereiro de 1993**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm. Acesso em: 06 jul. 2022.

²⁸⁵Art. 74. Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: a) tenham por objetivo aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incrementar as exportações. BRASIL. **Lei 8.158 de 8 de janeiro de 1991**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8158.htm#art13. Acesso em: 06 jul. 2022.

²⁸⁶Art. 6º Considera-se propriedade produtiva aquela que, explorada econômica e racionalmente, atinge, simultaneamente, graus de utilização da terra e de eficiência na exploração, segundo índices fixados pelo órgão federal competente. BRASIL. **Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8629.htm. Acesso em: 06 jul. 2022.

²⁸⁷BRASIL. **Emenda Constitucional nº. 19, de 1998**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>. Acesso em: 06 jul. 2022.

necessária a inserção de novos conceitos para a ação estatal em direção à eficiência e qualidade dos serviços prestados ao cidadão.

Em outras palavras, a emenda buscou, dentre outros objetivos, “incorporar a dimensão da eficiência na administração pública”²⁸⁸ como forma de superação da crise fiscal, refletindo no equilíbrio das contas públicas, no desempenho dos serviços públicos e na implantação de novos desenhos estruturais da administração. Essa incorporação resultou na sua elevação a princípio constitucional como dever de observância obrigatória pela administração pública direta e indireta²⁸⁹, trazendo uma reforma administrativa para melhoria da crise fiscal e do aparelho estatal.

Com isso, os atos administrativos, além de respeitarem a legalidade e os valores constitucionais, devem ser realizados visando o melhor resultado possível, propiciando um grau máximo de satisfação²⁹⁰. Em outras palavras, a atividade administrativa deve alcançar o melhor resultado mediante menores recursos e meios mais adequados²⁹¹.

O objetivo dessa emenda, portanto, foi conferir à Administração a aplicação de princípios da iniciativa privada, buscando uma nova visão da gestão pública semelhante ao mundo corporativo²⁹².

Após sua inserção no texto constitucional, referido critério de eficiência foi previsto em diversas outras legislações, inclusive como princípio, tais como para realização de transação junto à Fazenda Pública (Lei 13.988/20²⁹³), na participação de procedimento licitatório (Lei 14.133/21²⁹⁴), sendo um dos objetivos do Banco Central do Brasil (Lei Complementar

²⁸⁸BRASIL. **Emenda Constitucional nº. 19, de 1998.** Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaoemotivos-148914-pl.html>. Acesso em: 06 jul. 2022.

²⁸⁹Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 jul. 2022.

²⁹⁰MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal Comentada:** com jurisprudência selecionada do STF e outros Tribunais. 4ª ed., São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019, p. 346.

²⁹¹MORAES, Alexandre de. *et. al.* **Constituição Federal Comentada.** 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 995.

²⁹²DA SILVA, Marcelo Gonçalves, Ativismo Judicial, Princípio da Eficiência e Litigiosidade Repetitiva: Análise da Atuação do Judiciário na Efetivação dos Direitos Sociais. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade - REDES**, v. 9, n. 2, 2021, p. 147-183.

²⁹³BRASIL. **Lei nº. 13.988 de 14 de abril de 2020.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113988.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

²⁹⁴BRASIL. **Lei nº. 14.133 de 1º de abril de 2021.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em 07 jul. 2022.

179/21²⁹⁵) e estando igualmente previsto no Decreto n°. 10.531/20²⁹⁶, por meio de diretriz para alcançar o crescimento econômico como estratégia no Desenvolvimento para o Brasil no período de 2020 a 2031.

Mais recentemente, a Lei 14.129/21, que trata da criação de regras e instrumentos para o Governo Digital, elevou o princípio da eficiência a um “super princípio” ao criar novos princípios e diretrizes sob o guarda-chuva da eficiência destinados a elevá-la, tais como os princípios da desburocratização, transparência, inovação, transformação digital, dentre outros²⁹⁷.

Entretanto, referido princípio tem sido interpretado sob a lente das finalidades sociais da Constituição Federal, ainda que o pretexto para sua inclusão na carta magna tenha sido neoliberal e destinado à diminuição da intervenção estatal²⁹⁸.

Egon Moreira, neste sentido, sustenta que a Administração Pública passa a ser eficiente quando cumprir com excelência a lei e a moral, de forma pública e impessoal, pois a violação destes princípios importa em ineficiência do Estado, ou seja, a eficiência é direcionada para a maximização do respeito à dignidade humana²⁹⁹.

Por assim dizer, segundo parcela da doutrina, a eficiência deve ser utilizada como um princípio instrumental da Administração Pública, não admitindo sua desvinculação aos demais pressupostos de legalidade, moralidade, interesse público, razoabilidade e proporcionalidade, ou seja, não é um fim em si, mas destinado à busca do bem comum, da ordem pública e social ordenada³⁰⁰.

Referida conclusão não difere muito da nossa proposta, conforme será visto no próximo item, mas entendemos que a eficiência não deve ser ater apenas à função pública como órgão da administração e sim continuar presente no Poder Judiciário durante a prática do ato decisório, perpassando seus efeitos para as partes em litígio e em toda a cadeia afetada.

²⁹⁵BRASIL. **Lei Complementar n°. 179 de 24 de fevereiro de 2021**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp179.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

²⁹⁶BRASIL. **Decreto n°. 10.531 de 26 de outubro de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10531.htm. Acesso em: 26 out. 2022.

²⁹⁷BRASIL. **Lei n°. 14.129 de 29 de março de 2021**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114129.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

²⁹⁸FERREIRA, Kélvia Faria; ROSA, Waleska Marcy, Proibição de Retrocesso e Princípio da Eficiência: Implicações num contexto de crise econômica, **REI – Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n. 2, 2018, p. 846–883.

²⁹⁹MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo e Princípio da Eficiência. *In*: SUNFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord.). **As leis de processo administrativo: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98**. São Paulo: Malheiros, 2000.

³⁰⁰BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 729.

Outrossim, embora seja um critério econômico, paradoxalmente são escassas as previsões acerca da eficiência no direito privado, não tendo sido previsto no Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), no Código Civil (Lei 10.406/02) ou na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei 13.709/18).

Assim, ainda que o mercado seja um mecanismo de coordenação de atividades econômicas³⁰¹ cujas empresas como unidade de produção visam a maximização do lucro³⁰², não houve a preocupação do legislador em prever qualquer método econômico nos contratos privados, muito pelo contrário, optou-se pelo excessivo protecionismo com o princípio da função social e ampla intervenção nas relações de consumo, por exemplo.

O início desta guinada ocorreu por meio da Lei 13.874/19 que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica³⁰³ para garantir o livre mercado, proteger a livre iniciativa e o livre exercício da atividade econômica, incluindo a proibição regulatória no aumento dos custos de transação sem demonstração de seus benefícios (eficiência).

Deste modo, ainda que com grandes resistências doutrinárias³⁰⁴, a eficiência pode e deve ser aplicada nas relações privadas de consumo, não no sentido clássico de maximização de riqueza trazido por Posner³⁰⁵, mas no sentido de alcance de determinado objetivo da melhor forma possível, respeitando os direitos envolvidos e adotando-se, sempre que possível, o menor custo, o que decorre da própria eficiência inerente ao Poder Judiciário como órgão da administração pública.

David Friedman, neste sentido, destaca que as ferramentas econômicas são essenciais para verificar os efeitos das regras estabelecidas pelo direito, bem como para decidir quais regras serão criadas e aplicadas³⁰⁶, tornando a eficiência importante ferramenta a ser observada, pois entre economia e direito há uma interação e dialética constante³⁰⁷.

Isso significa que buscar a eficiência econômica não significa proteger os fornecedores na relação de consumo, permitindo o livre mercado e buscando a maximização da riqueza por meio do afastamento dos valores e princípios de Direito, mas sim adotar medidas que possam igualmente proteger os consumidores dentro do menor desperdício nos custos de transação em razão dos incentivos e comportamentos racionais.

³⁰¹COASE, Ronald. H., The Nature of the Firm. *Economica*, v. 4, n. 16, 1937, p. 386–405.

³⁰²COASE, Ronald. H., The Nature of the Firm. *Economica*, v. 4, n. 16, 1937, p. 386–405.

³⁰³BRASIL. Lei nº. 13.874, de 20 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 21 out. 2022.

³⁰⁴DWORKIN, Ronald. Is Wealth a Value? *Journal of Legal Studies*, n. 9, 1980, p. 191-226.

³⁰⁵POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

³⁰⁶FRIEDMAN, David D., *Law's order: what economics has to do with law and why it matters*. Princeton, N.J.: Princeton University Press, 2000, p. 8.

³⁰⁷REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª Ed., São Paulo: Sariaiva, 2004, p. 21.

2.4.2. Conceito e aplicação

A noção de eficiência é uma construção semântica de diferentes sentidos e de diferentes perspectivas. Não decorre apenas de sua definição econômica mas, além de se tratar de princípio da administração pública³⁰⁸, é utilizada de diversas formas em outras ciências, em sua função técnica, produtiva, financeira ou social, por exemplo.

De um modo geral e para este estudo, a eficiência pode ser compreendida como um padrão de conduta a ser atingido para a minimização dos custos de transação mediante o cumprimento de um objetivo escolhido, ou seja, percorrer determinado caminho ao menor custo gerando um maior resultado³⁰⁹.

É importante para a compreensão do conceito partir da noção de bem-estar introduzida por Vilfredo Pareto em 1896 (que serviu de base para o Teorema de Coase visto no item 1.2.1 acima). De acordo com Pareto ao avaliar o equilíbrio de mercado, o bem-estar pode ser alcançado quando a situação de uma pessoa, após a realização de uma determinada troca, atingir melhor condição sem prejudicar a outra, ou seja, a satisfação individual de cada pessoa afetada por suas escolhas avançar sem ocasionar em perda da parte contrária, o que também pode ser denominado de ganho/melhora de Pareto³¹⁰.

Como exemplo, a compra de uma maçã é uma melhora de Pareto, pois o vendedor receberá o valor por aquele bem cuja quantia é superior ao seu custo, obtendo lucro, enquanto que o comprador receberá o produto que optou por adquirir, obtendo uma satisfação. Esta troca só existe, pois o consumidor valoriza mais aquele produto que o vendedor, razão pela qual efetua o pagamento daquela quantia, trocando o dinheiro por uma maçã enquanto o vendedor, ao anunciar o produto por determinado preço, racionalmente prefere receber o valor monetário estampado no anúncio, caso contrário não venderia a maçã por aquela quantia³¹¹.

³⁰⁸Em interessante trabalho empírico realizado sobre as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal de 1950 até abril de 2017, constatou-se que o princípio da eficiência ainda carece de um significado jurídico diante de falta de clareza técnica do seu conceito, tendo sido utilizado de diferentes formas, mas cujo entendimento ainda que intuitivo tem sido adotado o mesmo de eficiência produtiva. LANIUS, D. C.; GICO JUNIOR, I. T.; STRAIOTTO, R. M. O princípio da eficiência na jurisprudência do STF. *Revista de Direito Administrativo*, v. 277, n. 2, 2018, p. 107–148.

³⁰⁹MOKATE, Karen Marie. Eficácia, eficiência, equidad y sostenibilidad: ¿Qué queremos decir? *Banco Interamericano de Desarrollo*, Instituto Interamericano para el Desarrollo Social, julio, 2001. Disponível em: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Eficacia-eficiencia-equidad-y-sostenibilidad-%C2%BFQu%C3%A9-queremos-decir.pdf>. Acesso em: 22 out. 2022.

³¹⁰PARETO, Vilfredo. *Manual de Economia Política*. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

³¹¹É importante observar que mesmo se o valor de venda fosse inferior ao custo, por diversas razões mercadológicas, o ganho de Pareto ocorre, pois o vendedor ao colocar um produto a venda por determinado preço, valoriza menos o produto do que aquele valor anunciado, razão pela qual obterá ganho do ponto de vista econômico

Por esta razão que os contratos representam ganhos de Pareto, pois o objetivo precípua é trazer um benefício para ambas as partes contratantes em confronto ao *status quo*.

Quando esta situação atingir um limite, ou seja, ninguém puder melhorar sua condição sem prejudicar a situação de outra pessoa, chega-se a um ótimo de Pareto, também utilizado para descrever uma situação de equilíbrio de mercado.

Esse critério busca avaliar o bem-estar de uma sociedade sem a utilização de valores morais, preservando a neutralidade ética da Economia pela simples observação de diferentes estados de bem-estar econômicos, razão pela qual é utilizado até hoje³¹², pois a eficiência pode ser compreendida como a maximização do bem-estar social, vez que decorre da satisfação humana³¹³.

Contudo, o critério de Pareto não leva em conta os custos de transação e os efeitos dessas trocas em terceiros (externalidades), tendo se transformado em um critério de resultado como um ideal de eficiência, mas com pouco uso real³¹⁴. Em situações em que as partes são prejudicadas por externalidades, tais como a poluição de uma fábrica, barulho ou determinações do poder público, por exemplo, o critério não pode ser aplicado, pois essa perda afasta a situação de Pareto eficiente e conseqüentemente atinge o bem-estar social.

Esta eficiência, portanto, foi posteriormente aperfeiçoada por Nicolas Kaldor e John Hicks (critério Kaldor-Hicks) para ampliar sua definição, segundo a qual o ganho de bem-estar ocorreria para a sociedade se o benefício percebido pelos ganhadores fosse superior ou compensasse o prejuízo dos perdedores.

É importante destacar que essa compensação não precisa efetivamente ocorrer, bastando que seja possível em potencial, pois os economistas entendiam que sua realização dependeria da política, limitando-se a puramente identificar a melhoria no bem-estar³¹⁵, mas essa melhoria pode deixar alguns agentes socioeconômicos em pior situação diante da ausência de indenização³¹⁶.

ao trocá-lo pelo valor monetário anunciado, ou seja, racionalmente prefere o dinheiro àquele bem. Não é objeto deste trabalho o sistema de preços, para mais, ver KOGA, Bruno Yudi Soares. **Precificação Personalizada na era Digital**. Consumo, Dados e Concorrência, Dissertação (Mestrado) – Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Brasília, 2020, p. 279.

³¹²PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

³¹³LAWSON, Gary. Efficiency and Individualism. **Duke Law Journal**, v. 42, 1992, p. 53-98. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol42/iss1/2>. Acesso em: 23 out. 2022.

³¹⁴MATHIS, Klaus. **Efficiency Instead of Justice?** Switzerland: University of Lucerne, Springer, 2009.

³¹⁵ELLERMAN, David. On a fallacy in the Kaldor-Kichs efficiency-equity analysis. **Constitucional Political Economy**, v. 25, n. 2, jun. 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2412758>. Acesso em: 25 out. 2022.

³¹⁶BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: A questão da compensação social. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Brasília, v. 2, n. 1, jan./jun. 2016, p. 24-45.

Como exemplo, uma desapropriação não será eficiente para o critério de Pareto, mas poderá ser eficiente para o critério Kaldor-Hicks, pois a perda pelo proprietário ainda que indenizado e os custos totais com a construção de um aeroporto, por exemplo, seriam compensados pelo ganho no desenvolvimento do país, com transporte, comércio, etc.³¹⁷.

Em outras palavras, a eficiência de Kaldor-Hicks considera um resultado mais eficiente se o ótimo de Pareto puder ser atingido com uma compensação suficiente àqueles que tiveram uma piora em sua condição, abarcando os terceiros prejudicados do mundo real em razão das trocas econômicas, tais como aqueles afetados pela poluição gerada por determinada fábrica³¹⁸.

Essas teorias foram utilizadas como elementos para a Análise Econômica do Direito de Posner³¹⁹, que relacionou a eficiência com a maximização da geração de riquezas na sociedade, sendo amplamente criticados tanto pelo Direito quanto pela Economia.

Se do lado econômico as críticas eram destinadas às inconsistências práticas, lógicas e técnicas desses critérios³²⁰, do lado jurídico a eficiência era altamente repudiada por afastar os conceitos morais e valores do Direito, de modo que até Posner posteriormente, adequou sua teoria para retirar a maximização de riqueza como valor norteador e elencá-la ao lado de outros valores existentes no Direito³²¹.

Isso porque, tornar o Direito eficiente significaria tomar a maioria dos privilégios, desigualdades e restrições como dados e focar no aumento de riqueza, independentemente de quem a obtém, como a obtém e o que faz com essa riqueza, desassociando o Direito das questões sociais, jurídicas e políticas complexas, o que privilegiaria os atores mais poderosos da economia³²².

No entanto, conforme menciona Cooter, a eficiência do mercado raramente é o objetivo explícito dos tribunais, vez que seu escopo é solucionar a disputa de forma justa, mas a análise econômica do direito tem demonstrado uma correspondência surpreendente entre as regras do direito e a alocação eficiente, de modo que os juízes seguem explicitamente os princípios da

³¹⁷HICKS, John. The foundations of Welfare Economics. **The Economic Journal**, v. 49, n. 196, p. 696-712. Disponível em: <https://www.uvm.edu/~jdericks/EE/Hicks.pdf>. Acesso em: 25 out. 2022.

³¹⁸BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: A questão da compensação social. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Brasília, v. 2, n. 1, jan./jun. 2016, p. 24-45.

³¹⁹POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**, 3ª ed., Little, Brown and Company, 1986.

³²⁰ZERBE JR. Richard O. **Economic Efficiency in Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2001; MATHIS, Klaus. **Efficiency Instead of Justice?** Switzerland: University of Lucerne, Springer, 2009.

³²¹SALAMA, Bruno Meyerhok. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, vol. 1, n. 1, 2012, p. 435-483.

³²²MCCLUSKEY, Martha T.; PASQUALE, Frank; TAUB, Jennifer. Yale Law & Policy Review. **Law and Economics: Contemporary Approaches**. research paper n. 2016-05, Ago. 13, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2728030>. Acesso em: 23 out. 2022.

justiça, mas implicitamente os princípios econômicos, de modo que a eficiência de mercado integra o conteúdo da justiça do direito comum.

Como exemplo, se o custo de prevenção de determinado dano for inferior ao custeio de seu reparo, as empresas eficientemente irão buscar preveni-lo para evitar sua ocorrência³²³. Assim sendo, eficiência e justiça não são de forma alguma mutuamente exclusivas, pois embora essa relação não seja isenta de tensões, o esforço para realização de ambas nem sempre precisa ser uma competição com *trade off*, mas pode ser empreendido de forma cooperativa sem exclusão³²⁴.

Nossa posição, portanto, não identifica a eficiência como valor único, mas a enxerga como uma ferramenta de meio necessária para o atingimento de determinado objetivo da melhor forma. Semelhante uso foi defendido por Calabresi ao utilizar a eficiência por meio do filtro da justiça, de modo que as regras precisam ser primariamente justas, tendo a eficiência como preocupação secundária³²⁵.

Ademais, a aplicação da teoria econômica ao Direito, tal como a eficiência, possibilita, por meio de critério racional e, respeitando as condições e valorações necessárias, o atingimento do possível, ao contrário do idealizado, mas inatingível. Em outras palavras, permite-se a utilização de método econômico dedutivo com vistas a produzir determinado comportamento social desejado³²⁶, pois o livre mercado, mesmo sendo ineficiente e cometendo erros, ainda é o mais eficiente ao minimizá-los³²⁷.

Por assim dizer, o uso de critérios econômicos no Direito permite a compreensão de práticas sociais como forma de direcionamento de suas reformas, revelando-o como coerente e viabilizando sua melhora³²⁸.

Desta forma, a eficiência econômica entendida como a adoção da melhor decisão possível para se atingir determinado resultado com os menores custos ou, para dizer de outra forma, otimizar alguma medida de valor em razão da escassez de bens objetos de litígios, deverá

³²³COOTER, Robert D. *The Confluence of Justice and Efficiency in the Economy Analysis of Law. The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers.* 2003. Disponível em: http://works.bepress.com/robert_cooter/106/. Acesso em: 24 out. 2022.

³²⁴MATHIS, Klaus. *Efficiency Instead of Justice?* Switzerland: University of Lucerne, Springer, 2009.

³²⁵CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents. A Legal and Economic Analysis.* New Haven and London: Yale University Press, 1970.

³²⁶GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e Direito: Pecado ou virtude; uma incursão pela Análise Econômica do Direito. *Revista Jurídica UniCuritiba*, v. 1, n. 28, 2012.

³²⁷CACHANOSKY, Juan C. Certidumbre, Incertidumbre y Eficiencia Económica. *Laissez-Faire*, 1, jul. 1994, p. 30-42.

³²⁸POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law.* 3ª ed., Little, Brown and Company, 1986.

ser utilizada pelo Judiciário tendo em mente o caráter de bem público³²⁹ da decisão a ser proferida, admitindo-se a sua utilização para a concretização da harmonização da relação de consumo, unindo a proteção do consumidor à livre iniciativa.

Para dizer de outra forma, considerando que a decisão possui caráter universal, podendo ser utilizada por qualquer pessoa que esteja na mesma situação, deverá o Poder Judiciário, além de avaliar as consequências de suas decisões consoante já tratado no item 2.3, avaliar os incentivos ou desincentivos (ainda que potenciais) do comportamento humano que essa decisão trará para as partes e para a própria sociedade, como forma de optar pelo caminho com menores custos.

Isso, porque, estando as relações de consumo em sua grande maioria inseridas em uma economia de escala com contratos de adesão, qualquer decisão que reconheça a abusividade de determinada cláusula contratual invariavelmente poderá ser aplicada a uma série de consumidores em semelhante posição.

Deste modo, sustenta-se, pela aplicação do critério de eficiência, que a proteção ao consumidor na análise das cláusulas abusivas seja buscada tendo em mente o menor custo de transação possível e identificável em face das opções disponíveis de solução, sem prejudicar os valores de direito que se busca proteger.

Isso porque, o excesso de protecionismo, de acordo com Bruno Bodart³³⁰, funciona como uma bússola quebrada, ou seja, como fator de influência de conduta, conduz a sociedade a resultados diametralmente opostos ao buscado, gerando benefícios concentrados na troca de prejuízos dispersos.

Esse protecionismo, portanto, obriga os fornecedores a lidarem com uma demanda judicial desproporcional e imprevisível enquanto que os consumidores de forma reflexa, sofrem com o repartimento dessa contingência nos preços dos produtos e serviços oferecidos³³¹.

³²⁹A definição de bem público em economia é diferente daquela prevista no artigo 98 do Código Civil e se destina a identificar aqueles bens não excludentes e não rivais, ou seja, a utilização (ou consumo) de um bem não diminui ou impede a utilização deste mesmo bem por outrem. Uma praça, por exemplo, é considerado um bem público para o direito (pois pertence a Prefeitura), mas não é um bem público para a economia (e sim um bem comum), pois a sua utilização por muitas pessoas, rivaliza com o uso por outras pessoas em razão da limitação de espaço, como no clássico exemplo dos pastos públicos, dentre outros. CASTRO, Ricardo Luiz Vilela. **Tragédia dos Bens Comuns na Mobilidade Urbana: O caso de Belo Horizonte**. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Geotecnia e Transportes da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Minas Gerais, 2018, p. 177.

³³⁰BODART, Bruno. Uma Análise Econômica do Direito do Consumidor: Como Leis Consumeristas Prejudicam os Mais Pobres Sem Beneficiar Consumidores. **Economic Analysis of Law Review**, v. 8, n. 1, jan/jul. 2017, p. 114-142.

³³¹NETO, José Virgílio Vita. Código de Defesa do Consumidor – o desafio da litigiosidade massificada. *In: Revista do Advogado*. 25 anos do Código de Defesa do Consumidor. Ano XXXVI, Agosto de 2016, p. 62-67.

Observa-se, portanto, que o excesso de litígios gerados pelas decisões que invalidam algum ajuste ou cláusula contratual deteriora a prestação e economicidade do Judiciário, ocasionando piora da qualidade das decisões e prejudicando a análise de outros temas igualmente importantes, além de violar como órgão público o próprio princípio constitucional da eficiência na administração. Esse aumento de demanda, ainda, explica as grandes taxas de congestionamento³³², tornando o judiciário uma falha de mercado³³³.

Deste modo, tendo em mente esses incentivos e considerando que a eficiência econômica exige o cumprimento forçoso de uma obrigação que os contratantes desejavam o cumprimento no início da contratação³³⁴, deverá o Judiciário avaliar em tom crítico se este contrato, anuído pelas partes, terá sua cláusula readequada ou extirpada daquela relação jurídica, vez que esta decisão será utilizada como incentivo comportamental a todos os demais consumidores que estejam na mesma ou em análoga situação.

Neste sentido, ao analisar os dados de processos dos 30 maiores litigantes em ações consumeristas no Brasil no período de 2009 a 2016, o Relatório Analítico Propositivo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2018, constatou que, na maioria dos Tribunais de Justiça analisados, a interpretação e revisão contratual representam a maior quantidade de processos contra instituições financeiras nesses estados³³⁵.

Por outro lado, nos estados do Rio de Janeiro, Mato Grosso e Brasília, o maior percentual de processos contra as instituições financeiras é destinado às ações que postulam a condenação em dano moral, respectivamente de 65,5%, 42,5% e 30,5%, que estão normalmente associadas ao cadastro de inadimplentes e protestos.

Essa grande diferença nos estados pode ocorrer em razão da diferente classificação dada às ações em cada Tribunal (pois os dados são levantados em cima da sua classificação), mas também pode revelar um posicionamento diferente no julgamento dos casos conforme a

³³²De acordo com o relatório Justiça em Números 2021, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário oscilou entre 70,6% no ano de 2009 e 73,4% no ano de 2016, taxa essa que mede o percentual de processos que ficaram represados sem solução, comparativamente ao total tramitado no período de um ano. A taxa de sentenças homologatórias de acordo, por sua vez, ficou em 9,9% do total de casos. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2021, p. 126 e 192.

³³³LAZARI, Rafael José N.; OLIVEIRA, Edson Freitas de. Análise Econômica do Direito Aplicada ao Poder Judiciário Brasileiro: A função judicante como “falha de mercado”. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 27, n. 10, set./dez. 2020, p. 201-215.

³³⁴COOTER, Robert D.; SCHÄFER, Hans-Bernd. **O nó de Salomão**: como o direito pode erradicar a pobreza das nações. Curitiba: CRV, 2017.

³³⁵De acordo com o relatório, os Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul, São Paulo, Bahia e Amazonas, possuem, respectivamente, 36,4%, 34,6%, 70,20% e 31,60% dos processos contra instituições financeiras questionando a interpretação e revisão contratual. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça Pesquisa**. Políticas Públicas do Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/just-pesquisa-maiores-litigantes2018.pdf>. Acesso em: 26 out. 2022.

orientação de cada Tribunal de Justiça, tendo em vista que os contratos de adesão das instituições financeiras são em grande parte idênticos nos diversos estados brasileiros³³⁶.

Ainda de acordo com esse relatório, ao separar as quantidades de ações por segmento e por estado (instituições financeiras, telecomunicações, concessionárias, planos de saúde e companhias de seguro), pode-se identificar diversos padrões no aumento e diminuição de processos (com algumas exceções pontuais), o que revela que cada setor acaba sendo impactado de maneira mais ou menos uniforme.

Obviamente que inúmeras reflexões podem ser tiradas desse resultado, incluindo a culpabilidade das próprias instituições financeiras, mas fato é que o dano moral cunhado no passado como “indústria”³³⁷ decorre do reconhecimento de comportamento oportunista do consumidor na obtenção de lucro ao invés de efetiva reparação, o que demonstra a ausência de eficiência das decisões judiciais como melhor resultado a ser atingido.

Embora esse efeito seja visto com mais detalhes no próximo capítulo, a título de exemplo de como as decisões podem ser ineficientes, podemos mencionar o Recurso Especial nº. 1610813/ES³³⁸ julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 18/08/2016.

De acordo com a Corte, o fornecedor não poderia cobrar preços diferentes pelo mesmo produto em razão da forma de pagamento escolhida pelo consumidor (à vista, dinheiro, cheque ou cartão de crédito), pois referida conduta caracterizar-se-ia como cláusula abusiva e nociva ao equilíbrio contratual, tratando-se de custos inerentes ao negócio, razão pela qual foi mantida naquele caso a autuação administrativa ao fornecedor imposta pelo Procon Municipal de Vitória.

Referida decisão, entretanto, a despeito de proteger o consumidor por vedar a cobrança de valores mais caros ao pagamento com cartão de crédito, impôs que os custos dessas taxas para a utilização desse tipo de pagamento fossem redistribuídos às demais modalidades, prejudicando os consumidores que realizam compras em dinheiro, normalmente os mais humildes e que não possuem conta bancária, o que, posteriormente, foi corrigido por meio da

³³⁶Ainda de acordo com esse levantamento, os processos postulando indenização por danos morais nos Tribunais de Justiça dos estados de Rio de Janeiro, Mato Grosso e Brasília correspondem, respectivamente a 65,5%, 42,5% e 30,5% das ações contra as instituições financeiras. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça Pesquisa**. Políticas Públicas do Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/just-pesquisa-maiores-litigantes2018.pdf>. Acesso em: 26 out. 2022.

³³⁷SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 190.

³³⁸BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 1.610.813/ES, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 18/8/2016, DJe de 26/8/2016.

Lei nº. 13.455/17³³⁹ que autorizou a diferenciação de preços em função do instrumento de pagamento³⁴⁰.

Esse efeito de redistribuição ocorre em outras situações semelhantes como na invalidação de taxas, tarifas ou de determinados serviços alheios ao contrato principal, impondo a devolução dos valores cobrados aos consumidores, como por exemplo nas taxas de anuidade e fiscalização de cessão³⁴¹, taxa de Assessoria Técnica Imobiliária (SATI)³⁴² ou taxa de cobrança³⁴³.

Sem ingressar no mérito acerca do objetivo e legalidade de cada taxa, certo é que do ponto de vista econômico, a sua invalidade não trará benefícios diretos aos consumidores, mas apenas a uma parcela de privilegiados, pois esses valores serão redistribuídos ou inseridos no preço dos demais serviços.

³³⁹BRASIL. **Lei nº. 13.455 de 26 de junho de 2017.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13455.htm. Acesso em: 26 out. 2022.

³⁴⁰Em recente discussão ainda não finalizada como outro exemplo de postura ineficiente, a Apple (fabricante dos modelos de celular iPhone) anunciou mundialmente em 2020 que não iria mais incluir em seus produtos o adaptador de energia de tomada, apenas o cabo, por entender que a ausência na produção deste tipo de acessório reduziria as emissões de carbono, resultando em uma embalagem menor e mais leve, especialmente porque grande parte dos seus consumidores já possuem esse adaptador de modelos anteriores e de outros produtos (da empresa e de terceiros). Ainda que sua aquisição fosse permitida de forma separada, a empresa tem sofrido uma série de processos pela suposta prática de venda casada, com recente sentença proferida pelo MM. Juízo da 18ª Vara Cível de São Paulo que multou a empresa em 100 milhões de reais e determinou que a Apple entregue os adaptadores a todos os consumidores que adquiriam os produtos após 13/10/20. ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Civil Pública** nº. 1078527-71.2022.8.26.0100. 18ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo, fl. 757-760. Além dessa decisão, o Ministério da Justiça ainda cassou o registro dos smartphones e suspendeu o fornecimento dos aparelhos, sem prejuízo da multa aplicada no valor de 12 milhões. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Despacho nº. 2.343/2022.** Processo Administrativo nº. 08012.003482/2021-65. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2022/09/DOU-APPLE-SUSPENSAO-VENDA-IPHONE.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2022.

³⁴¹Neste caso, entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em compromisso de compra e venda, que a construtora não poderia (ainda que previsto em contrato) cobrar uma taxa para o caso de cessão dos direitos do compromissário comprador a um terceiro. ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 1071442-78.2015.8.26.0100. Relator: A. C. Mathias Coltro; 5ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 13/12/2017; Data de Registro: 14/12/2017.

³⁴²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 1.599.511/SP. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 24/8/2016, DJe de 6/9/2016.

³⁴³É nula de pleno direito cláusula contratual relativa ao fornecimento de produtos e serviços que obriguem os consumidores a ressarcir os custos de cobrança de sua obrigação, sem que igual direito lhe seja conferido contra o fornecedor. ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 1000269-15.2022.8.26.0337. Relator: Maria do Carmo Honorio; 6ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 25/10/2022; Data de Registro: 25/10/2022

Desta forma, a movimentação do Poder Judiciário como máquina pública³⁴⁴ e as despesas de ambas as partes no processo³⁴⁵ acarretarão custos de transação adicionais, sem melhorias na proteção do consumidor, mormente se essas cobranças forem decorrentes de serviços adicionais e pontuais em cada tipo de contratação, compartilhando esse custo para consumidores que podem não utilizar esses serviços.

Do ponto de vista da eficiência, portanto, se essas cobranças são realizadas de forma clara e transparente, não tendo nenhuma assimetria de informações e foram aceitas pelos consumidores no ato da contratação, não há porque o Judiciário invalidá-las, especialmente quando estiverem inseridas dentro de um preço total informado ao consumidor, por se tratar de gerenciamento de cada fornecedor em sua livre iniciativa.

Conforme reconhece Fernando Araújo, eficiência nada mais é do que a consumação das regras do jogo que terão sido aceitas por todos com a sua integração social, cujo desenvolvimento livre é também uma forma de justiça, pois uma distribuição justa, mas ineficiente, não satisfaz ninguém, tornando-se, pois, igualmente injusta³⁴⁶.

Para dizer de outra forma, a relativização de contratos pactuados voluntariamente em que o consumidor sabe quanto e quando terá de pagar não constitui função do Direito, não sendo papel do Judiciário, pois o ordenamento deve evitar o rompimento das transações privadas, diminuindo os custos de transação em inúmeros processos³⁴⁷, sem prejuízo de adotar outras medidas de igual proteção como se verá adiante.

2.4.3 Teoria dos incentivos e combate ao oportunismo (*Efficient Breach*)

³⁴⁴De acordo com o Relatório Justiça em Números 2022 do CNJ, a União gastou em 2021 R\$ 103,9 bilhões de reais com o Poder Judiciário, sendo que a justiça estadual representa a maior parte desse valor (59% - 61 bilhões), o que corresponde a um gasto anual por habitante de R\$ 289,05. O valor das custas processuais para todo o Poder Judiciário representa 14,5% desse gasto. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 26 out. 2022.

³⁴⁵Além das custas processuais de distribuição, intimação e preparo de recursos, por exemplo, as partes são obrigadas a custear seus advogados e eventualmente os honorários sucumbenciais do advogado da parte contrária. Embora o consumidor possa fazer jus à gratuidade judiciária, este benefício normalmente não se aplica ao fornecedor, salvo raras exceções, mediante comprovação documental.

³⁴⁶ARAÚJO, Fernando. **Economia**. Conceitos Introdutórios para Juristas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022, p. 48.

³⁴⁷HOMMERDING, Adalberto N.; JARDIM, Tiago N. Análise Econômica dos Contratos Bancários: reflexo das ações revisionais no comportamento do mercado e na instabilidade do capital financeiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 15, n. 2, mai./ago. 2019, p. 232-259.

A teoria da violação eficiente, originalmente conhecida como *efficient breach*³⁴⁸, visa demonstrar, sob o viés da eficiência, o comportamento oportunista de uma das partes do contrato que, a despeito de ter celebrado o negócio jurídico (e, portanto, encontrar-se em uma situação de Pareto superior), opta conscientemente pelo seu descumprimento, em razão da presença de alguma externalidade, ainda que essa desobediência possua uma penalização contratual.

Esse comportamento controverso ocorre, pois, as partes contratantes não conseguem especificar no contrato todas as formas de conduta e alterações que podem ocorrer após a sua celebração como forma de valorizar o cumprimento original pela teoria dos incentivos. Além da dificuldade de prever todas as potenciais externalidades, referida produção demandaria muito tempo e altos custos de transação, razão pela qual a economia reconhece que os contratos são essencialmente incompletos, pois é impossível pressupor todos os acontecimentos futuros³⁴⁹.

Desta forma, ocorrendo fatos externos ao conhecimento de uma das partes, que podem impedir ou prejudicar o cumprimento contratual, a legislação e o Judiciário terão de fornecer subsídios e previsões para resolver as disputas sobre a inadimplência e as respectivas imposições de penalidades³⁵⁰.

Essa solução ou sua expectativa é utilizada como incentivo para o comportamento das partes contratantes, pois em algumas situações haverá um ganho não necessariamente monetário no descumprimento contratual, que será realizado de forma consciente por um dos contratantes, o que é denominado de violação eficiente.

A teoria da violação eficiente ou *efficient breach*, portanto, afirma que a violação do contrato é eficiente e, portanto, desejável, se o ganho de uma das partes com a violação, após os danos esperados pelo descumprimento contratual, for maior do que a sua permanência³⁵¹.

Como exemplo trazido por Posner³⁵² aqui adaptado, um vendedor assina um contrato com o comprador “A” para entregar 100.000 produtos personalizados no prazo de uma semana ao preço de dez centavos cada um, totalizando R\$ 10.000. Este mesmo contrato estabelece que

³⁴⁸LIAO, Wenqing. **The Application of the Theory of Efficient Breach in Contract Law: A Comparative Law and Economics Perspective**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

³⁴⁹CAMINHA, Uinie; LIMA, Juliana Cardoso, Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo, **Revista Direito GV**, v. 10, n. 1, 2014, p. 155–200.

³⁵⁰MICELI, Thomas J. **Economic of The Law**. Torts, Contracts, Property, Litigation. New York: Oxford University Press, 1997.

³⁵¹EISENBERG, Melvin A., **Foundational Principles of Contract Law**. New York: Oxford University Press, 2018. p. 51.

³⁵²POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 3ª ed., Little, Brown and Company, 1986

se o prazo não for cumprido pelo vendedor, ele será cobrado a título de cláusula penal no valor de R\$ 1.000 (dez por cento).

Depois de efetivar o contrato, o comprador “B” se dirige ao vendedor e pede a entrega de 80.000 produtos personalizados, se dispondo a pagar 15 centavos por cada um (totalizando R\$ 12.000). Não podendo cumprir ambas as ofertas, o vendedor opta por realizar a entrega ao comprador “B” e não conclui a entrega do comprador “A” nas condições originais.

Referida conduta, embora reprovável pelo direito, permitiu que o vendedor estivesse em melhor posição diante do lucro recebido, pois mesmo após o pagamento da multa de R\$ 1.000 ao comprador “A”, o vendedor ainda ficou com R\$ 11.000, enquanto o comprador “A” recebeu uma quantia adicional em razão do descumprimento, ocorrendo uma posição eficiente diante da maior geração de riqueza (contratação de quem valoriza mais o produto).

Ainda de acordo com Posner³⁵³ (não à toa sofre críticas), se a perda pelo descumprimento do contrato é maior do que o ganho a ser obtido, o cometimento da infração maximizaria o valor e deveria ser incentivado, pois a vítima da violação seria indiferente entre a conclusão e o dano.

Esta conclusão, no entanto, deve ser frontalmente repudiada pelo direito, vez que impõe clara insegurança nas transações privadas e nega a expectativa legítima da parte inocente que está sendo frustrada, pois se a parte soubesse que o contrato não seria cumprido, não teria realizado a contratação mesmo com a previsão de penalidade.

Como exemplo ilustrativo, embora não seja decorrente de uma relação de consumo, o famoso caso ocorrido no Brasil em 2004 com o cantor Zeca Pagodinho pode esclarecer o conflito relacionado ao inadimplemento eficiente. Após ter sido contratado pela cervejaria Schincariol para realizar uma campanha publicitária com a marca de cervejas Nova Schin, o cantor foi contratado pela Ambev que possuía a marca concorrente Brahma, estampando propaganda publicitária e enaltecendo a “nova” cerveja com o desprezo da “antiga”.

A época, a segunda contratação ocorreu durante a vigência do primeiro contrato e dentro do período de exclusividade, razão pela qual a Ambev assumiu eventual penalidade contratual e ofereceu um cachê maior ao cantor que aceitou a nova empreitada.

Entretanto, a cervejaria Schincariol ingressou com ação indenizatória contra o cantor para buscar não apenas a multa contratual prevista, mas em razão da conduta dolosa e proibida pelo direito, o ressarcimento de todos os prejuízos ocasionados. Dez anos depois deste conflito, o Superior Tribunal de Justiça, em 2014, reconheceu o direito da cervejaria e condenou o cantor

³⁵³Ibidem.

a pagar, além da multa contratual, os danos materiais e morais ocasionados, incluindo a devolução proporcional do valor recebido de forma antecipada por um serviço que não havia sido prestado de forma integral³⁵⁴.

Além desta ação, a Schincariol também processou a Ambev (dona da marca Brahma), postulando a reparação dos danos materiais e morais ocasionados em razão do teor das peças publicitárias utilizando seu garoto propaganda o que foi parcialmente procedente, condenando a empresa ao ressarcimento dos danos materiais relacionados aos fôlders e instrumentos publicitários inutilizados³⁵⁵.

Não se sabe ao certo diante dos diversos fatores envolvidos se neste caso o descumprimento contratual teria sido eficiente (do ponto de vista da teoria), pois além da multa contratual prevista, tanto o cantor quanto a cervejaria foram condenados em processos de indenização, além da veiculação publicitária ter sido proibida no mês subsequente ao seu lançamento pelo CONAR (Conselho Nacional de Auto-Regulamentação Publicitária³⁵⁶), o que demonstra a controvérsia do tema.

Referida teoria, importante observar, foi inicialmente formada em 1970 no sistema da *common law* por Robert Birmingham ao refletir sobre o estímulo da quebra contratual na existência de lucros, cuja medida se aproximaria ao ótimo de Pareto, lembrado que o principal remédio processual para os danos causados nessa sistemática é indenizatório, em tradução livre:

A eficiência exige que a parte infratora suporte os custos de transação que acompanham suas ações [...] A conclusão de que a eficiência exige uma medida de indenização por quebra de contrato que coloque a parte inocente em uma posição tão boa quanto ela estaria se a inadimplência não tivesse ocorrido repousa em grande parte na suposta relevância do modelo competitivo para o moderno sistema de mercado (traduzido pelo autor)³⁵⁷.

No sistema brasileiro da *civil law*, por outro lado, além do exemplo acima em que se afastou o contrato celebrado para aplicar o ressarcimento de danos materiais e morais, a legislação estabelece como preferência a execução específica das obrigações inadimplidas,

³⁵⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 1.203.153/SP. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 3/6/2014, DJe de 25/8/2014.

³⁵⁵ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 9112793-79.2007.8.26.0000. Relator: J.L. Mônaco da Silva. 5ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 12/06/2013. Data de Registro: 25/06/2013.

³⁵⁶FRANCO, Carlos. Conar: Zeca Pagodinho não pode aparecer em anúncio da Brahma, **Revista Consultor Jurídico**, 8 de abril de 2004. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2004-abr-08/zeca_pagodinho_ao_aparecer_anuncio_brahma. Acesso em: 26 out. 2022.

³⁵⁷BIRMINGHAM, Robert L. Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency. **Indiana University School of Law**, 1970. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2703&context=facpub>. Acesso em: 26 out. 2022.

conforme previsto nos artigos 475 e 947 do Código Civil, de modo que a parte inocente poderia frustrar o comportamento oportunista da parte contrária ao exigir o cumprimento forçado ou o recebimento de valor equivalente, conforme previsto no artigo 497 do Código de Processo Civil³⁵⁸.

Por assim dizer, referida teoria encontra diversos obstáculos para sua aplicação no Brasil, diante da proteção ao comportamento oportunista que estimula o descumprimento contratual, podendo ser caracterizado, inclusive, como abuso de direito, além de violação aos princípios gerais dos contratos como sua função social³⁵⁹.

Todavia, nas relações de consumo em que o *pacta sunt servanda* pode ser mitigado em benefício do consumidor e cujas disposições contratuais potencialmente lesivas ou prejudiciais (tais como a cláusula penal) são livremente readequadas ou diminuídas pelo Poder Judiciário, acaba por se estimular de forma secundária o descumprimento contratual.

Para dizer de outra forma, ao invalidar cláusulas contratuais ou rever contratos em razão de sua abusividade, o Poder Judiciário poderá induzir que a mesma conduta seja realizada por uma série de outros consumidores em situação semelhante, especialmente em razão da atual contratação massificada de forma adesiva, ocasionando cenário análogo descrito na teoria da violação eficiente.

Conforme será visto no próximo capítulo, ao adquirir um imóvel em construção mediante pagamento parcelado, por exemplo, cujo valor de mercado se deteriorou ao longo dos anos em razão de externalidades, o consumidor poderá pleitear a rescisão judicial deste contrato e sustentar a diminuição da multa contratual prevista, obtendo um benefício econômico com o inadimplemento.

Referido cenário, no entanto, importará em claro prejuízo ao fornecedor que, ao contrário do *efficient breach*, não terá o benefício da reparação efetiva desta rescisão, assumindo grande perda pelo cancelamento do contrato.

Esse cálculo realizado pelo consumidor poderá incentivar a adoção de comportamento oportunista, inclusive a seleção adversa já explicitada no item 1.2.2 deste trabalho, motivo pelo qual a violação eficiente deve ser combatida no Brasil diante de sua clara violação ao dever de lealdade e boa-fé.

³⁵⁸PERRI, Cláudia Haidamus. **Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais**. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 212.

³⁵⁹PELA, Juliana Krueger. Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach) nos Contratos Empresariais. **Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito PPGD/UFRGS**, Porto Alegre, v. XI, n. 2, 2016, p. 77-88.

Admite-se, por outro lado, a título argumentativo, a denominada teoria da rescisão eficiente, que embora partilhe do mesmo pressuposto econômico de comportamento racional e eficiente em rescindir um contrato ao invés de cumpri-lo, conforme mencionado acima, estabelece que a rescisão seja realizada apenas mediante consentimento mútuo, por meio de um processo voluntário de ambos os lados e com o devido respeito³⁶⁰, situação mais próxima e condizente com os deveres comportamentais previstos no Código de Defesa do Consumidor.

3 APLICAÇÃO PELO JUDICIÁRIO NOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS

Em breve resumo, no primeiro capítulo, apresentamos os fundamentos de aplicação dos princípios medulares do CDC, em razão da socialização da teoria contratual e limitação da autonomia da vontade, impondo ao Poder Judiciário um protagonismo no controle e intervenção dos contratos privados. Na segunda parte, identificamos os principais efeitos na aplicação desses princípios pelo Poder Judiciário com relação ao controle das cláusulas abusivas, trazendo sugestões de uma nova aplicação do artigo 51, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor por meio da utilização de critérios “coletivos” de eficiência e consequencialismo, como forma de diminuir a insegurança jurídica atualmente existente.

Neste último capítulo, portanto, serão analisadas algumas decisões proferidas pelo Judiciário, em especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (como maior tribunal estadual) e do Superior Tribunal de Justiça (como tribunal uniformizador), para avaliar de que

³⁶⁰ EISENBERG, Melvin A. **Foundational Principles of Contract Law**. New York: Oxford University Press, 2018, p. 54.

forma foi realizado o controle judicial de cláusulas tidas por abusivas nos compromissos de compra e venda decorrentes da atividade de incorporação imobiliária.

Após a rápida explanação sobre o *modus operandi* dessa atividade utilizando a cidade de São Paulo como paradigma, serão trazidos alguns julgados atrelados a dois temas com grande relevância nesse tipo de contratação, quais sejam: (i) a possibilidade de cobrança de taxas de corretagem nos imóveis comercializados em *stand* de vendas e; (ii) a forma de penalidade imposta ao comprador em caso de rescisão unilateral do contrato (mais conhecida como distrato).

Apresentados os julgados em cada tema, serão analisados: (i) de que forma o Judiciário se posicionou sobre as demandas colocadas sob sua tutela e se esse posicionamento foi uniforme; (ii) quais as consequências das decisões proferidas e se estas decisões foram eficientes, considerando o comportamento racional do consumidor e; (iii) como teria sido a melhor solução respeitando-se os critérios de interpretação apresentados neste trabalho.

3.1 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E O COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

Antes de apresentar as decisões, fundamentos e realizar a análise dos julgados proferidos, cumpre esclarecer, primeiramente, como funciona a incorporação imobiliária no Brasil, que pode ser definida como uma atividade destinada à construção de um empreendimento visando a venda das unidades que o compõem (previamente ou durante a construção) e que serão entregues após a conclusão da obra, incluindo as frações ideais do terreno, com as áreas privativas e comuns, mediante a formação de novas propriedades³⁶¹.

Esta atividade pode ser realizada por qualquer pessoa que cumpra os requisitos do art. 31 da Lei 4.591/14³⁶² (lei de incorporação imobiliária), dentre eles o proprietário do terreno, promitente comprador, construtor, corretor de imóveis ou ainda um ente público emitido na posse por decisão judicial em processo de desapropriação, mas nós usaremos o termo “incorporadora” daqui em diante para referir-nos à pessoa jurídica (*sui generis*), em razão da atividade de incorporação imobiliária.

³⁶¹RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

³⁶²BRASIL. **Lei nº. 4.591 de 16 de dezembro de 1964**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm. Acesso em: 03 de ago. 2022.

Esse tipo de transação funciona genericamente da seguinte forma sintetizada³⁶³: uma incorporadora realiza um estudo de potenciais áreas que podem ser edificadas respeitando a lei de zoneamento municipal³⁶⁴ e as regras do Plano Diretor Estratégico³⁶⁵ do município, e inicia uma negociação com os proprietários daqueles imóveis para que sejam adquiridos.

Este primeiro passo demanda bastante tempo e esforço da incorporadora, pois esses imóveis normalmente não estão originalmente a venda³⁶⁶, sendo necessária a aquisição de um conjunto mínimo de imóveis para que o terreno a ser unificado tenha metragem suficiente para a edificação de um empreendimento³⁶⁷.

Desta forma, imaginando que todos os proprietários individualmente e conforme particulares negociações³⁶⁸, tenham concordado com a transação, a incorporadora adquire os imóveis dos proprietários (pessoas físicas ou jurídicas) registrando nas respectivas matrículas dos imóveis (ou transcrição) e posteriormente realiza um projeto de construção, submetendo-o à prefeitura municipal para aprovação (incluindo pedido de demolição dos atuais imóveis).

Uma vez aprovado o projeto e sendo levantados os demais documentos exigidos pelo artigo 32 e alíneas da Lei 4.591/64³⁶⁹ (lei de incorporação imobiliária), poderá ser registrado o memorial de incorporação imobiliária³⁷⁰ no registro de imóveis do município, permitindo a

³⁶³Tendo em vista a pluralidade de culturas e regiões do Brasil, para fins de recorte, será adotado o padrão de comportamento empresarial das construtoras da capital do Estado de São Paulo.

³⁶⁴SÃO PAULO. **Lei nº. 16.402, de 22 de março de 2016.** Disponível em: <http://www.docidadesp.imprensaoficial.com.br/NavegaEdicao.aspx?ClipID=2QUAFFO7S38BLER7VNEFPV LQBE&PalavraChave=16.402>. Acesso em: 27 out. 2022.

³⁶⁵Como está sendo considerada a atividade imobiliária na cidade de São Paulo, o Plano Diretor deve ser respeitado e encontra-se previsto na Lei Municipal nº. 16.050/14. Observa-se, por oportuno, que o Plano Diretor não é obrigatório nas cidades que possuem menos de 20 mil habitantes, conforme o artigo 41 da Lei Federal nº. 10.257/01, também chamada de Estatuto da Cidade.

³⁶⁶Além das dificuldades de aquisição de imóvel que não está originalmente à venda, podendo estar inclusive locado, a dificuldade de negociação decorre do que a economia comportamental denomina de *endowment effect* (efeito de dotação), em que os proprietários tendem, por aversão a perdas, sobrevalorizar o valor do bem que está sendo usado. KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L.; THALER, Richard H. The Endowment Effect, Loss Aversion and Status Quo Bias. **Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n. 1, 1991, p. 193-206.

³⁶⁷Diz-se em conjunto, porque não interessa à incorporadora adquirir apenas um imóvel, sendo necessária uma metragem mínima de terreno para permitir a sua posterior edificação, respeitando recuo, coeficiente de aproveitamento, dentre outras regras. Neste sentido, as incorporadoras normalmente celebram compromissos de compra e venda com condição suspensiva, em que um determinado prazo é concedido para que todos os imóveis sejam negociados sob pena de desfazimento do negócio.

³⁶⁸A depender da negociação, essa aquisição poderá se dar via compra e venda ou por meio de permutas, em que serão disponibilizadas unidades futuras no empreendimento a ser construído, em valor condizente com a importância daquele terreno para o empreendimento (normalmente o cálculo é realizado em metros quadrados). Também é comum dentro dessa negociação que sejam definidos seguros e garantias aos vendedores como uma segurança no recebimento daquelas unidades futuras.

³⁶⁹BRASIL. **Lei nº. 4.591 de 16 de dezembro de 1964.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm. Acesso em: 03 de ago. 2022.

³⁷⁰O memorial de incorporação imobiliária pode ser compreendido como o dossiê ou conjunto de documentos estipulados no artigo 32 da Lei nº. 4.591/64, que compreende as certidões negativas, título da propriedade, projeto, minuta da convenção do condomínio, orçamento, dentre outros, estabelecendo a estrutura do negócio da

alienação a terceiros das frações que corresponderão às futuras unidades autônomas. Neste momento, também deverá ser definida a forma (empreitada ou administração) de construção do empreendimento³⁷¹.

Com a aprovação do projeto na prefeitura, a incorporadora (ou construtora contratada) irá iniciar a demolição dos imóveis e o nivelamento do terreno (se o caso), unificando-os para a construção do *stand* de vendas, destinado a apresentar a maquete do empreendimento, bem como uma ou mais unidades decoradas (conforme projeto de arquitetura, quantidade de tipos de metragens oferecidas, etc.).

Enquanto esse *stand* é construído e decorado, a incorporadora define o corpo técnico de corretores que ficarão alocados neste empreendimento, apresentando-os o projeto, condições, prazos e valores de cada unidade, incluindo formas de pagamento aceitas pela incorporadora, documentação e demais informações necessárias com o fito de venderem as unidades.

Neste período, também são iniciadas as demais ações de marketing e publicidade (física ou digital), incluindo a chamada para o dia de abertura das vendas (lançamento), que deverá coincidir com a finalização da construção, decoração do *stand* e disponibilização de equipe de atendimento (corretores).

Normalmente, nesses *stands* ainda são disponibilizados outros funcionários tais como copeiras, segurança, manobrista, inclusive espaço de criança ou de pet, como forma de se tornar um local minimamente agradável ao consumidor na compra de um imóvel, dado que o processo de aquisição é naturalmente longo.

Assim, após a apresentação da unidade e todos os seus detalhes³⁷², inicia-se uma segunda fase de definição das bases do negócio jurídico, que compreenderá o tipo de unidade adquirida (qual das metragens oferecidas), a face (em razão do sol), andar, o preço (que varia conforme essas escolhas) e a forma de pagamento (cujo preço também varia a depender do fluxo estabelecido).

incorporação e compreensão do negócio a ser realizado. CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2020

³⁷¹O contrato de incorporação imobiliária deverá ser estruturado mediante a celebração de diferentes contratos que devem ser reunidos e passam a operar em estreita correlação para realizar a função da incorporação que obrigatoriamente deverá conter a forma de construção, ou seja, se ocorrerá por preço certo e global por conta e risco do incorporador, se será mediante preço reajustável ou ainda a preço de custo com apenas a administração da incorporadora por meio de um percentual predefinido.

³⁷²Existe uma série de etapas a serem realizadas pelo consumidor comum até a aquisição do imóvel, que se inicia na apresentação do empreendimento e do apartamento decorado, com a demonstração de suas principais características, tais como detalhes da área comum e privativa, apresentação dos itens da área de lazer que formarão o condomínio, quantidade de vagas de garagem, previsão de prazo de entrega, benefícios no entorno (shopping, metro, mercado, etc.), dentre outras.

Definidas essas bases, um contrato de adesão é impresso, incluindo-se tão somente os detalhes negociais individuais (unidade, preço e forma de pagamento) que devem estampar o quadro resumo do contrato contendo as principais informações do compromisso de compra e venda³⁷³, conforme determina o artigo 35-A da Lei 14.591/64 para ser assinado pelo adquirente (que poderá ser um consumidor) e pelo representante da incorporadora (fornecedor).

Não raras vezes, após o término da negociação a unidade é reservada por meio de um sinal para que o contrato seja formulado e assinado nos dias subsequentes, no *stand* de vendas ou pela internet³⁷⁴, possuindo o adquirente um prazo de reflexão de sete dias para estudar o contrato e decidir se irá manter a contratação ou desistir sem quaisquer ônus³⁷⁵.

Pois bem, concretizando-se a venda de percentual mínimo das unidades ofertadas conforme definição prévia pela Incorporadora³⁷⁶, inicia-se a fase de construção do empreendimento até sua posterior entrega, respeitando a previsão de fluxo de pagamento das unidades comercializadas, que podem ser complementadas com recursos próprios ou mediante financiamento da obra junto a alguma instituição financeira.

A incorporação imobiliária como um todo, portanto, é um conjunto complexo de direitos e deveres de partes relacionadas dentro de um liame típico da *affectio societatis*³⁷⁷, pois a obra não pode ficar integralmente condicionada ao pagamento das unidades pelos adquirentes que, muitas vezes, atrasam ou simplesmente se tornam inadimplentes, cabendo à incorporadora a

³⁷³O compromisso de compra e venda pode ser conceituado como um contrato preliminar que gera efeitos obrigacionais futuros para se transformar em contrato definitivo, tratando-se de “uma criação tipicamente brasileira” que surgiu com “a finalidade específica de propiciar às partes uma espécie de garantia anômala, ao mesmo tempo que permite uma economia de custos na negociação entre as partes pelo diferimento do momento da outorga da escritura”. PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. 2ª ed., São Paulo: RT, 2012, p. 505.

³⁷⁴Após o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/14) infelizmente reforçado pela pandemia, os contratos de compra e venda tem sido atualmente assinados a distância por plataformas de assinatura digital, também denominados de contratos eletrônicos, sendo considerado válidos para todos os fins desde que identificada a autonomia da vontade. REBOUÇAS, Rodrigo F., **Contratos Eletrônicos**. 2ª ed., São Paulo: Almedina, 2018.

³⁷⁵De acordo com artigo 49 do CDC, o consumidor pode desistir do contrato dentro do prazo de 7 dias de sua assinatura se a contratação ocorrer fora do estabelecimento comercial, momento em que os valores eventualmente pagos serão imediatamente devolvidos.

³⁷⁶Conforme determina o artigo 34 da Lei 4591/64 o incorporador pode estipular um prazo de carência não superior a 180 dias para desistência do empreendimento, pois a lei faculta a denúncia da incorporação dentro desse período com a desistência do negócio e devolução dos valores até então recebidos no prazo de até 30 dias contados da denúncia. Essa previsão é destinada a evitar que o incorporador inicie a construção de negócio inviável, de modo que ocorrendo a denúncia, outro projeto poderá ser realizado, mais comercialmente aceitável.

³⁷⁷De acordo com Melhim Chalhoub, o termo *affectio societatis* neste caso significa que a execução da incorporação imobiliária como um todo depende da atuação coordenada e uníssona de todos os adquirentes e da incorporadora, vez que as questões de natureza individual estão subordinadas a comunidade dos compromissários compradores, inclusive a fiscalização por estes, considerando o interesse comunitário. CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2020

ação prevista contratualmente para receber os valores em atraso, incluindo o leilão ou a retomada das frações ideais³⁷⁸.

Para dizer de outro modo, a incorporação imobiliária e seu potencial econômico-financeiro leva em conta a regularidade do fluxo financeiro gerado pelo pagamento dos promissários compradores, que são normalmente cedidos em garantia do financiamento para a construção, em autonomia semelhante a de um *project finance*³⁷⁹ usualmente organizada na forma de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE)³⁸⁰.

Esse modelo autônomo é normalmente utilizado por meio do regime de afetação trazido pela Lei 10.931/04 pelo qual o terreno e a construção (patrimônio da afetação) são mantidos de forma independente do capital do incorporador, permitindo inclusive que os próprios adquirentes (convocados pela comissão de representantes) continuem com a construção em caso de falência ou insolvência do incorporador³⁸¹.

Com a finalização da construção, a incorporadora ingressa com requerimento na Prefeitura Municipal para que seja emitido o Certificado de Conclusão da Obra (o famoso habite-se)³⁸², efetuando a sua averbação no Registro de Imóveis para individualização das unidades e instituição do condomínio edilício³⁸³, dividindo o terreno em frações ideais e unidades autônomas.

³⁷⁸RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edilício e Incorporação Imobiliária**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 449.

³⁷⁹*Project Finance* como o próprio nome antecipa é uma forma de financiamento de projeto, cuja atração para a captação de investimento é a capacidade deste projeto (ou empreendimento) gerar receitas e se financiar de forma autônoma. CHALHUB, Melhim. A promessa de compra e venda no contexto da incorporação imobiliária e os efeitos do desfazimento do contrato. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, RDCC, v. 7, abr./jun. 2016, p. 147-184.

³⁸⁰A Sociedade de Propósito Específico encontra-se prevista no parágrafo único do art. 981 do Código Civil e pode ser compreendida como aquela sociedade cuja criação e razão de existir destina-se ao cumprimento de determinado objetivo específico que, uma vez cumprido, importará na extinção da sociedade, em caráter semelhante ao *Special Purpose Company* norte-americano.

³⁸¹O patrimônio de afetação na incorporação imobiliária foi instituído com o objetivo de proteger os adquirentes em caso de quebra do incorporador, trazendo segurança jurídica e confiança no mercado imobiliário por meio da segregação dos patrimônios, além de atribuir controle centralizado dos recursos e manutenção de contabilidade separada, de modo que os recursos financeiros deste patrimônio são mantidos em conta específica e utilizados apenas para as despesas destinadas à construção e incorporação do empreendimento até sua posterior extinção com a averbação da construção e extinção das obrigações do incorporador. Esta legislação foi idealizada após a falência da empresa Encol na década de 1990 que deixou mais de 2 bilhões de reais em dívidas e 40 mil clientes sem imóveis. SOARES, Renan Tadeu de S. **Patrimônio de Afetação em Recuperação Judicial e Falência do Incorporador Imobiliário**. Dissertação (Mestrado Profissional) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019, p. 121.

³⁸²Tecnicamente em São Paulo utiliza-se o termo Certificado de Conclusão conforme previsto no artigo 33 da Lei Municipal nº. 16.642/17, mas também são empregados outros termos seguindo a nomenclatura de cada município, tais como Auto de Conclusão, Alvará ou Carta de Habitação, mas são comumente conhecidos como “habite-se”, termo também utilizado na Lei 4.591/64.

³⁸³O Condomínio edilício pode ser conceituado como “o condomínio de edifício de apartamentos, havendo a convivência de uma propriedade exclusiva sobre as unidades autônomas, ou as partes ideais de cada titular, e uma propriedade comum sobre o conjunto de partes destinadas ao proveito de todos os condôminos”. RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edilício e Incorporação Imobiliária**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 449.

Em seguida, os compradores são comunicados sobre a previsão de entrega das chaves e necessária vistoria das unidades, devendo efetuar a quitação do saldo devedor ou promover o financiamento perante alguma instituição financeira, vez que as chaves só serão entregues após a quitação total.

Neste momento, também se promove a individualização do imóvel junto à Prefeitura Municipal, iniciando-se as cobranças de IPTU e condomínio das respectivas unidades autônomas, com a nomeação do síndico em assembleia e a contratação de administradora para gerir o condomínio e suas despesas.

Se efetuada a quitação do saldo devedor com recursos próprios dentro de determinado prazo, o adquirente deverá celebrar a escritura pública de compra e venda, concretizando o compromisso anteriormente celebrado e transferindo o direito real para todos os fins³⁸⁴, criando-se uma nova matrícula individualizada³⁸⁵.

Caso seja celebrado o contrato de financiamento, este terá força de escritura pública se estiver dentro das regras do Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) ou do Sistema Federal de Habitação (SFH), sendo necessário o posterior registro perante o Oficial de Registro de Imóveis de qualquer forma.

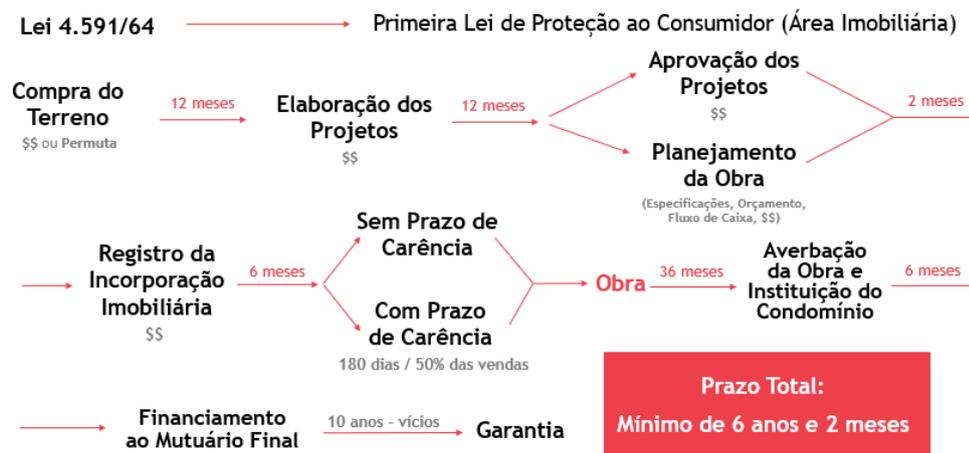
Após a quitação da unidade (via recursos próprios ou financiamento), as chaves da unidade adquirida são entregues ao comprador, permanecendo a incorporadora responsável pelo empreendimento durante o prazo legal de garantia, conforme gráfico abaixo que bem demonstra a complexidade da operação:

Gráfico 1 – Linha temporal com principais fases da Incorporação Imobiliária

³⁸⁴De acordo com o artigo 108 do Código Civil: “Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País”. BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

³⁸⁵De acordo com o artigo 1.227 do Código Civil: “Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código”. BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

■ HIPERCOMPLEXIDADE E O CICLO ECONÔMICO DE UMA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA



Fonte: BIONDI, Eduardo (2021)³⁸⁶.

Tendo em mente todo este cenário e considerando que o Código de Defesa do Consumidor se aplica às relações entre incorporadora (como fornecedora) e adquirentes (como consumidores)³⁸⁷, o microsistema do CDC deverá ser aplicado em conjunto com a Lei de Incorporação Imobiliária e o Código Civil, por meio de uma interpretação cooperativa entre os distintos sistemas legais para a compatibilização de suas principais regras e princípios, o que não é isento de divergências, conforme será visto adiante.

3.2. COMISSÃO DE CORRETAGEM

3.2.1. Apresentação do tema e solução dada pelo Judiciário.

Efetuada a elucidação abreviada do panorama pelo qual se realiza a incorporação imobiliária, um dos primeiros questionamentos judiciais sobre esse modelo de negócios ocorreu com relação a cobrança da denominada comissão de corretagem, prevista nos artigos 722 a 729 do Código Civil³⁸⁸.

³⁸⁶BIONDI, Eduardo Abreu. Os efeitos nefastos do Distrato Imotivado frente a hipercomplexidade e o ciclo econômico da Incorporação Imobiliária. **Revista Eletrônica OAB/RJ**, edição semestral, v. 31, n. 2, jul./ago. 2021. Disponível em: <http://revistaeletronica.oabrj.org.br>. Acesso em: 01 nov. 2022.

³⁸⁷Neste cenário, o vendedor é profissional na atividade que desenvolve com habitualidade, dela retirando o lucro enquanto o comprador é o destinatário final fático e econômico do imóvel que está sendo adquirido, via de regra, para sua moradia e de sua família. TARTUCE, Flávio. Do compromisso de compra e venda de imóvel. Questões polêmicas a partir da Teoria do Diálogo das Fontes. **Revista de Direito do Consumidor**, RDC, v. 23, n. 93, mai./jun., 2014, p. 160-183.

³⁸⁸BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 27 out. 2022.

Em resumo, estabelece a legislação civil que uma pessoa não ligada a outra, por meio de um mandato, poderá prestar serviços conforme as instruções recebidas, percebendo remuneração (comissão) segundo a natureza do negócio e desde que tenha conseguido o resultado previsto (compra e venda ou locação).

Referida atividade encontra-se disciplinada no artigo terceiro da Lei 6.530/78, que conceitua: “Compete ao Corretor de Imóveis exercer a intermediação na compra, venda, permuta e locação de imóveis, podendo, ainda, opinar quanto à comercialização imobiliária”³⁸⁹.

Deste modo, sendo realizada a compra e venda de um imóvel por meio de um corretor, haverá para este o direito ao recebimento de um percentual de comissão em razão da intermediação imobiliária, normalmente estabelecido entre quatro e seis por cento do valor total da transação³⁹⁰.

Todavia, não houve a previsão legal de quem seria o responsável por esse pagamento, pois o artigo 724 do Código Civil determinou que a comissão, se não for ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais. A prática do mercado, portanto, estabelecia que a comissão de corretagem seria devida pelo vendedor, vez que este é quem recebe o dinheiro em pagamento do imóvel e poderia, portanto, separar a quantia destinada à comissão do intermediário.

Posicionamento doutrinário atual, no entanto, sustenta que a comissão pode ser devida a qualquer uma das partes (comprador ou vendedor) a depender de quem efetivamente tenha contratado o corretor, inclusive o próprio comprador interessado na aquisição de algum imóvel³⁹¹.

Pois bem, um dos primeiros temas objeto de disputas judiciais instaurado pelos adquirentes (e consumidores) relacionados à incorporação imobiliária passou a questionar a responsabilidade (e legalidade) do pagamento da comissão de corretagem nos compromissos de compra e venda de imóveis na planta.

Isso porque, as incorporadoras começaram a separar do preço total da unidade a ser adquirida o valor correspondente à comissão de corretagem, que deveria ser paga diretamente pelo consumidor/adquirente aos corretores envolvidos no negócio de compra e venda.

³⁸⁹BRASIL. Lei nº. 6.530, de 12 de maio de 1978. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6530.htm. Acesso em: 27 out. 2022.

³⁹⁰Existem diferenças nesse comissionamento a depender da prática de mercado de cada estado, mas em São Paulo a Tabela Referencial de Honorários estabelecida pelo CRECI-SP (Conselho Regional de Corretores de Imóveis do Estado de São Paulo) varia de 4% a 6% para a atuação em empreendimentos imobiliários. CRECI-SP. Conselho Regional de Corretores de Imóveis do Estado de São Paulo. **Tabela Referencial de Honorários**. Disponível em: <https://www.crecisp.gov.br/corretor/tabelareferencialdehonorarios>. Acesso em: 27 out. 2022.

³⁹¹SCAVONE JR., Luiz Antonio. **Direito Imobiliário**. Teoria e Prática. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 372 e FIUZA, Ricardo. (coord.). **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 654.

Referida mudança pelas incorporadoras tinha como objetivo a diminuição da carga tributária sobre os valores recebidos e repassados, bem como a diminuição de responsabilidade sobre esses valores perante os corretores, incluindo riscos trabalhistas e gestão de repasses, transferindo ao consumidor/comprador o ônus de custeio direto sobre o percentual de intermediação imobiliária.

Na grande maioria dos casos, esses valores eram destacados no compromisso de compra e venda, estabelecendo o preço total e a parcela destinada à corretagem, enquanto que em outros casos esses valores eram apresentados em conjunto por meio de dois contratos autônomos (um de compra e venda e outro de contratação de corretagem), mas sem acréscimo no valor final³⁹².

Após a elaboração dos compromissos de compra e venda, contudo, diversos consumidores ingressaram no Judiciário para questionar o pagamento dessa comissão, que deveria ser uma responsabilidade do vendedor, normalmente quem contrata o corretor (de acordo com a prática de mercado)³⁹³.

Ainda, sustentou-se que essa imposição pela incorporadora configurava venda casada³⁹⁴ proibida pelo código consumerista por se tratar de cláusula abusiva, vez que decorre do condicionamento do êxito da compra e venda à contratação de corretagem pelo comprador, sem a opção de escolha por este, o que violava os princípios da relação de consumo, tais como o equilíbrio, vulnerabilidade e boa-fé contratual.

Outrossim, os consumidores afirmavam que, por terem se dirigido ao *stand* de vendas da incorporadora (em que os corretores já estavam), escolhendo a unidade, não haveria que se falar em comissão de corretagem pela inexistência de contratação, aproximação e contraprestação de serviços por parte dos agentes de venda, que se portavam como meros funcionários da incorporadora, razão pela qual pleitearam a devolução dos valores pagos a esse título.

Após a distribuição das ações³⁹⁵, inúmeras decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, embora não unânimes, concordaram com os argumentos apresentados

³⁹²Considerando que o consumidor possui o direito de desistir do negócio jurídico dentro do prazo de sete dias da assinatura do contrato no *stand* de vendas (art. 49 do CDC), não é crível imaginar que o consumidor fosse surpreendido com uma cobrança adicional posterior da qual não tinha conhecimento antes da assinatura, alterando o preço total que havia sido anuído.

³⁹³MEDINA, José M. G.; ARAÚJO, Fábio C. D. **Código Civil Comentado**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 590.

³⁹⁴De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, a venda casada encontra-se prevista no artigo 39, inciso I, como uma prática abusiva proibida pelo fornecedor: “condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço”. BRASIL. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 08 ago. 2022.

³⁹⁵Não foi possível obter os dados das ações que tramitaram em primeiro grau, mas apenas em grau recursal diante das ferramentas de busca de jurisprudência do próprio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

e determinaram de forma enfática a devolução pela incorporadora dos valores pagos aos corretores em razão do reconhecimento da abusividade e nulidade da imposição, conforme trechos a seguir retirados dos julgados:

[...] Legitimidade da empresa ré para figurar no polo passivo da lide, já que é diretamente responsável por todas as cobranças instituídas com base nas cláusulas contatuais. [...] o corretor tem direito à comissão ou corretagem pelo sucesso de seu trabalho [...] entretanto, extrai-se que o autor não pode ser carregado à obrigação de desembolsar este valor, uma vez que não contratou a imobiliária ou qualquer corretor de seus quadros para que os auxiliassem na procura do imóvel aproximando-os de um vendedor. Ao contrário, dirigiram-se diretamente ao estante de vendas do empreendedor-vendedor para obter informações sobre o empreendimento e, ao final, acabaram por celebrar o compromisso de compra e venda [...] nem se alegue que a autora estaria ciente do pagamento da taxa de corretagem pela simples celebração de contrato de assessoria com a imobiliária, visto que se trata de contrato de adesão abusivamente imposto como condição para a aquisição do imóvel em tela [...] Na espécie, nenhuma dúvida paira quanto à ausência desta livre e voluntária aderência à corretagem, o que impossibilita, per si, a cobrança do encargo. [...] ³⁹⁶ (trecho nosso).

[...] a taxa de corretagem, em princípio, não pode ser cobrada do comprador. É verdade, porém, que este poderia assumir esse pagamento, não, contudo, da forma impositiva como feita: a comissão vem embutida no preço do imóvel e dela só se sabe quando o comprador faz o pagamento do sinal, pois uma parte deste é endereçada diretamente à corretora, sendo a outra destinada à construtora e/ou incorporadora. O comprador não tem a menor possibilidade de discutir o valor da comissão com a corretora, nem de saber o seu montante antes de fechado o negócio. [...] Abusividade caracterizada - Devolução devida [...] ³⁹⁷ (trecho nosso).

[...] cumpre salientar que nesses casos não há propriamente a contratação de tais serviços, tendo o consumidor eventualmente feito a contratação somente para concretizar sua única e verdadeira vontade, comprar o imóvel [...] quem verdadeiramente contratou e se beneficiou de tais serviços foi a construtora [...] assim, torna-se manifestamente ilegal tentar transferir os pagamentos de tais serviços ao consumidor, sendo nulo, de inteiro teor, o contrato estipulado nesse aspecto [...] vê-se a existência de dois contratos, um relativo ao compromisso de compra e venda em si, e outro relacionado à cobrança da comissão de corretagem [...] a construtora não pode afastar a prospecção de que foi ela a verdadeira criadora da dinâmica em seu stand que prejudica o consumidor [...] ³⁹⁸ (trecho nosso).

Tamanha a repulsa da conduta praticada pelas incorporadoras à época que se defendia, inclusive, o reconhecimento sobre a prática de simulação nos contratos firmados³⁹⁹, tendo sido

³⁹⁶ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** n°. 0005890-84.2013.8.26.0576. Relator: Beretta da Silveira. 3ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 19/11/2013. Data de Registro: 22/11/2013.

³⁹⁷ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** n°. 0135067-45.2011.8.26.0100. Relator: Rui Cascaldi. 1ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 09/12/2014. Data de Registro: 11/12/2014.

³⁹⁸ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** n°. 1001135-12.2015.8.26.0032. Relator: Mary Grün. 7ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 10/12/2015. Data de Registro: 11/12/2015.

³⁹⁹“A simulação existe porque há declarações de vontade prévias entre sociedade empresária imobiliária e corretor (ou sociedade corretora) no sentido de atribuir o valor da comissão ou remuneração, pelos serviços prestados por este último em prol daquela, ao consumidor [...] a simulação resta ainda mais evidente quando o consumidor, no ato da assinatura do contrato de compra e venda, é coagido pelo corretor a pagar a corretagem, sob pena de não

ajuizadas contra as incorporadoras diversas ações civis públicas como forma de pleitear o reconhecimento de forma coletiva da abusividade e cancelamento das cobranças⁴⁰⁰.

Dentre estas, cumpre destacar a ACP ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo que pleiteava, dentre outros, que o estande de vendas da incorporadora não ficasse no local da obra e que esta mantivesse um representante próprio para venda direta de seus imóveis⁴⁰¹, em clara violação à livre iniciativa e desconhecimento dos custos da operação imobiliária.

Cumpre esclarecer, entretanto, que não estava sendo discutida a ausência ou deficiência de informação ao consumidor que poderia levá-lo a celebrar algo que não queria, mas estava sendo questionada a impossibilidade da incorporadora de cobrar o preço do seu produto de maneira desmembrada, ainda que mediante informação prévia, ciência e aceitação do consumidor.

Desta forma, diante do grande aumento de processos pleiteando a mesma devolução, o que também ocorria em outros Tribunais, o Superior Tribunal de Justiça acertadamente reconheceu a multiplicidade de recursos em setembro de 2015 e criou o Tema Repetitivo 938⁴⁰², determinando a suspensão de todos os processos sobre o mesmo questionamento até o julgamento em sede de recursos repetitivos, conforme autoriza o artigo 1.036 do Código de Processo Civil.

Logo após a afetação do recurso representativo da controvérsia, diversas entidades e órgãos com interesse no litígio pleitearam o ingresso nos autos como *amicus curiae* (amigos da

ser aperfeiçoada a compra". FREITAS, Lucas Diniz A. D. A simulação em negócios jurídicos de corretagem imobiliária e a necessidade de uniformização do tema pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Processo**, v. 41, n. 252, fev. 2016, p. 387-402.

⁴⁰⁰ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 1003243-04.2014.8.26.0564. Relator: Melo Bueno; 35ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 03/04/2017; Data de Registro: 03/04/2017.

⁴⁰¹ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 0170051-55.2011.8.26.0100. Relator: Alexandre Coelho; 8ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 11/09/2019; Data de Registro: 26/09/2019

⁴⁰²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 938**. Tese firmada pela Segunda Seção no julgamento dos REsp's 1.559.511/SP e 1.551.956/SP, acórdãos publicados no DJe de 6/9/2016. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino
Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1599511. Acesso em: 19 ago. 2022.

corte)⁴⁰³, iniciando-se uma “guerra” de pareceres dos principais doutrinadores brasileiros⁴⁰⁴, opinando pela validade (ou não) da imposição dessa cobrança ao consumidor.

Diante do intenso debate e interesse da sociedade, foi realizada uma audiência pública pelo STJ e, em setembro de 2016, a corte reconheceu por unanimidade a validade da cláusula contratual que determina o pagamento das comissões de corretagem ainda que de maneira impositiva ao consumidor, desde que fosse respeitado o dever de informação e o valor estivesse claro, previamente informado e dentro do valor total da unidade imobiliária, conforme transcrição abaixo da tese firmada:

[...] Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem; (vide REsp n. 1.599.511/SP)⁴⁰⁵ (trecho nosso).

Em resumo, entendeu a corte que a transferência dos valores, por si só, não causa prejuízo econômico para os consumidores, pois o custo relacionado à corretagem, mesmo nos contratos entre particulares, é normalmente suportado pelo comprador, já que está embutido no preço da transação, sendo essa a lógica do mercado, vez que a venda só produz lucro se o preço final for maior do que os custos envolvidos.

⁴⁰³O *amicus curiae* encontra-se previsto no artigo 138 do CPC e se destina a permitir o ingresso de pessoas estranhas ao processo, mas que possuem representatividade social, com a função de auxiliar e fornecer informações e subsídios ao órgão julgador. Neste caso, dentre os principais interessados neste Tema, podemos mencionar a DPU (Defensoria Pública da União), IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor), Instituto Potiguar de Defesa dos Consumidores (IPDCON), Conselho Federal de Corretores de Imóveis (COFECI), ABRAIN (Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias), Sindicato das Empresas de Compra, Venda, Locação e Administração de Imóveis em São Paulo (SECOVI) e Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC).

⁴⁰⁴Diz-se “guerra” no sentido figurativo, pois foram juntados no processo os pareceres dos professores Rizzato Nunes e Judith Martins Costa, que opinaram pela invalidade da cobrança em razão da distinção da oferta, venda casada, obrigação iníqua e abusiva, pois os corretores atuavam como representantes da incorporadora em prejuízo aos consumidores. Por outro lado, os pareceres favoráveis ao reconhecimento da validade da cobrança de corretagem foram apresentados pelos professores Nelson Nery Jr., Sylvio Augusto Capanema de Souza, José Augusto Delgado, Araken de Assis, Humberto Theodoro Junior, Ada Pellegrini Grinover, Claudia Lima Marques e Bruno Miragem.

⁴⁰⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 938**. Tese firmada pela Segunda Seção no julgamento dos REsp's 1.559.511/SP e 1.551.956/SP, acórdãos publicados no DJe de 6/9/2016. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1599511. Acesso em: 19 ago. 2022.

O Tribunal ainda levou em consideração os pareceres favoráveis dos professores Araken de Assis⁴⁰⁶ e Humberto Theodoro Junior⁴⁰⁷, sem prejuízo de outros, pela validade da cláusula contratual e inexistência de qualquer prejuízo ao consumidor em razão da transparência da cobrança e correta informação, tratando-se de um custo que será assumido pelo comprador, direta ou indiretamente.

A professora Ada Pellegrini Grinover⁴⁰⁸, por sua vez, além de opinar pela validade da cobrança, reconheceu que a proteção do consumidor não é o fim último da lei de consumo, mas sim a proteção de meio para se chegar a uma isonomia e harmonização das relações consumeristas, de modo que o excesso de protecionismo pode, ao invés de proteger, transformar-se em prejuízo ao mercado, ocasionando o prejuízo do próprio consumidor diante da necessária compatibilização com o desenvolvimento econômico.

Claudia Lima Marques e Bruno Miragem por fim, também apresentaram parecer favorável à validade da cobrança, sustentando a ausência de prática abusiva desde que previamente informada, pois se trata de custo do negócio, observando ainda que o imóvel na planta decorre de uma qualidade de escolha do consumidor frente a outras formas de aquisição de propriedade, inexistindo qualquer prejuízo. Isto é, o consumidor opta por adquirir imóvel na planta, cuja prática de mercado exige a disponibilização de corretores, quando poderia adquirir o imóvel pronto, não se sujeitando a essas regras⁴⁰⁹.

Assim, concluiu a Corte que embora o código do consumidor tenha caráter protetivo, este não alcança a subversão da natureza onerosa das relações negociais, exigindo apenas transparência no seu conteúdo, de modo que a cláusula é válida, desde que seja cumprido o dever de informação imposto ao fornecedor, ou seja, a incorporadora deve informar o consumidor, até o momento da celebração do contrato, o preço total da aquisição da unidade, especificando o valor da comissão de corretagem.

⁴⁰⁶De acordo com o parecer do professor, a cláusula não traz vantagem excessiva, pois ou o comprador assume o custo diretamente ou o assume indiretamente, sendo que o pagamento de forma direta ainda é mais vantajoso ao consumidor por garantir transparência do valor a ser pago. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** nº. 1599511/SP. 2ª Seção, Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 24/08/16. Publicado em 06/09/16.

⁴⁰⁷De forma similar, sustenta o professor que o valor da comissão não é um plus adicionado ao preço final da venda negociada, concluindo não se tratar de venda casada, pois os serviços de corretagem integram o custo de produção e comercialização do imóvel em construção que estão em ambiente normal de mercado, com plena concorrência e amplamente competitivo, não existindo desvantagem econômica e nem prática abusiva. BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial** nº. 1599511/SP. 2ª Seção, Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 24/08/16. Publicado em 06/09/16.

⁴⁰⁸BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial** nº. 1599511/SP. 2ª Seção, Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 24/08/16. Publicado em 06/09/16.

⁴⁰⁹BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **Recurso Especial** nº. 1599511/SP. 2ª Seção, Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 24/08/16. Publicado em 06/09/16.

3.2.2. Análise dos julgados

Em resumo, conforme apresentado no item anterior, podemos concluir que o Judiciário se posicionou inicialmente sobre esse tema de maneira não uniforme, existindo decisões que ora permitiam a cobrança da taxa de corretagem pelo comprador de forma impositiva, ora entendiam que essa imposição seria abusiva e, portanto, os valores deveriam ser devolvidos.

Neste sentido, foi realizado um levantamento dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (incluindo os julgados da Turma Recursal) utilizando o seu sistema de busca de jurisprudência, por meio da opção “pesquisa livre” no período de 2011 a 2021⁴¹⁰, para avaliar de que forma a corte paulista se posicionava sobre essa cobrança.

A pesquisa considerou a presença, concomitante, dos principais termos associados aos fundamentos debatidos pelas partes para a cobrança das verbas de corretagem, quais sejam, “Devolução”, “Comissão”, “Corretagem”, “Venda”, “Casada” e “stand”.

No ano de 2011, constatou-se que foram proferidos apenas dois acórdãos pelo TJSP, sendo um favorável à cobrança⁴¹¹ e outro contrário⁴¹².

No ano seguinte, o número de acórdãos proferidos sobre o mesmo tema aumentou para sete⁴¹³, de modo que cinco julgados permitiram a cobrança enquanto dois determinaram sua devolução, sendo um destes proferido pela Turma Recursal.

Em 2013, no entanto, este número saltou para 53⁴¹⁴ julgamentos, ocorrendo uma virada no entendimento majoritário da Corte, ou seja, 32 acórdãos reconheceram a abusividade da cobrança determinando sua devolução enquanto apenas 21 afastaram o pleito.

Essa insegurança jurídica contribuiu para que, em 2014, a quantidade de acórdãos proferidos pelo TJ/SP sobre o tema aumentasse exponencialmente para 836 casos⁴¹⁵.

⁴¹⁰ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Consulta Completa**. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do?f=1>. Acesso em: 28 out. 2022.

⁴¹¹ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 0001787-47.2011.8.26.0562. Relator: José Joaquim dos Santos. 2ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 13/12/2011. Data de Registro: 16/12/2011.

⁴¹²ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 9212356-17.2005.8.26.0000. Relator: Viviani Nicolau. 9ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 07/06/2011. Data de Registro: 09/06/2011.

⁴¹³A pesquisa apontou um total oito julgados, mas o recurso de número 0006757-69.2012.8.26.0008 não tratou da devolução das verbas de corretagem, apenas da taxa SATI (outro tipo de cobrança, pois embora o *modus operandi* seja o mesmo, possui outra finalidade), razão pela qual foi retirado da amostra.

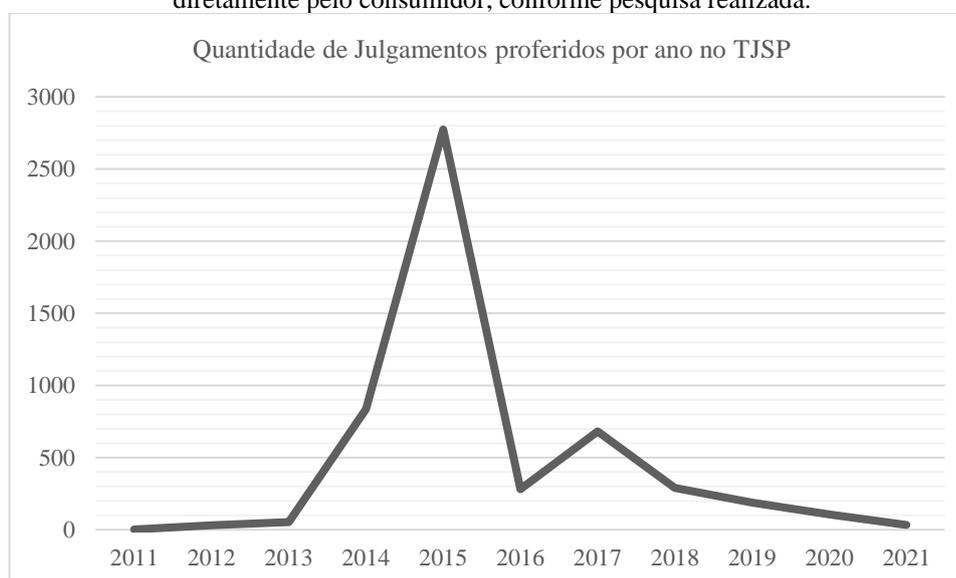
⁴¹⁴A pesquisa apontou um total de 62 julgados, mas foram retirados da análise aqueles em que se reconheceu a prescrição (sem ingressar no mérito do pedido) e aqueles em que a abusividade (ou não) da cobrança não foi apreciada.

⁴¹⁵Deve-se ter em mente que a pesquisa não analisou todos os 5.277 julgados encontrados ao longo do período de 2011 a 2021, de modo que os acórdãos proferidos a partir de 2014, em razão da extensa quantidade, passaram a

Em 2015, este número atingiu 2.774 julgamentos, ano em que o Superior Tribunal de Justiça determinou a afetação do tema (em setembro) para ser julgado sob a égide dos recursos repetitivos, o que suspendeu os recursos pendentes de julgamento até a solução dada pela corte, em setembro de 2016.

Com isso, ainda em 2016 foram realizados 281 julgamentos (vez que os processos ficaram suspensos), de modo que o número de acórdãos contendo esta discussão passou a cair gradativamente para 681 em 2017, passando por 289 em 2018 até atingir 34 casos em 2021, conforme gráfico abaixo:

Gráfico 2 – Quantidade de julgamentos por ano no TJSP sobre devolução de comissão de corretagem paga diretamente pelo consumidor, conforme pesquisa realizada.



Fonte: elaborado pelo autor (2022).

Conforme se observa pelo gráfico acima, a quantidade de julgamentos proferidos pelo Tribunal de Justiça (incluindo os julgados da Turma Recursal) em que se discutiu a abusividade da cobrança da comissão de corretagem ao comprador subiu mais de 5.300% em dois anos (de 2013 a 2015).

Esse levantamento demonstra, em certa medida, as deduções que foram apresentadas ao longo desse trabalho, ou seja, a insegurança jurídica em cima da abusividade de determinada disposição contratual fez com que as pessoas não soubessem exatamente as regras do direito

ser analisados por simples amostragem. Reconhece-se ainda, que grande parte dos processos não tratava somente da devolução das comissões de corretagem, mas também questionavam a cobrança da taxa SATI, eventuais atrasos na entrega dos empreendimentos, aplicação de multa, rescisão do compromisso de compra e venda, dentre outros, não necessariamente em conjunto.

aplicáveis neste caso, criando-se um incentivo comportamental para que se buscasse judicialmente o recebimento dos valores pagos, ainda que em regime de loteria⁴¹⁶.

Neste sentido, utilizava-se como fundamento tanto a aplicação da abusividade geral prevista no art. 51, inciso IV do CDC, quanto a violação dos princípios da boa-fé ou ausência de equilíbrio vistos no capítulo 1. Ademais, as decisões favoráveis proferidas pelo Judiciário passaram a ser cada vez mais difundidas pelos clientes e advogados pró-litígio, além dos meios de comunicação físicos e virtuais.

É importante destacar neste caso que o incentivo ocorreu em grande parte, pois os valores destinados à comissão de corretagem variavam de 4% a 6%⁴¹⁷ do valor total dos compromissos de compra e venda firmados, conforme prática de mercado e recomendação do próprio CRECI-SP⁴¹⁸. Em outras palavras, quanto maior o valor da compra, maior o incentivo para buscar a devolução da comissão, de modo que os consumidores com maiores recursos financeiros eram os mais beneficiados.

Desta forma, tendo em vista que foram comercializados, apenas no ano de 2014 e na cidade de São Paulo, 21.576 imóveis novos, ao realizar o cálculo da média ponderada⁴¹⁹ de todos os imóveis vendidos em razão das suas respectivas faixas de preço conforme relatório emitido pelo Departamento de Economia e Estatística do SECOVI⁴²⁰, chegou-se ao valor médio ponderado de R\$ 526.000,00 por imóvel vendido.

⁴¹⁶Conforme será visto no próximo tema, no ano de 2014 tivemos uma grande crise econômica no país, que pode ter contribuído com o aumento de ações visando a devolução dos valores pagos a título de corretagem, lembrando que em grande parte dessas ações não se questionava apenas essa cobrança, mas igualmente outros temas atrelados aos contratos celebrados, tais como os pedidos de rescisão unilateral. Ainda assim, a curva apresentada no gráfico 2 apresenta grande correlação entre a queda das ações e o julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça sobre a legalidade da comissão de corretagem.

⁴¹⁷Embora a média dos maiores mercados (São Paulo e Rio de Janeiro, por exemplo) ocorra em percentuais de 4% a 6% do valor total da venda, em alguns estados a recomendação chega a cobranças de até 10%. Diz-se recomendação, pois a observância desse percentual pelos corretores era obrigatória e o descumprimento impunha infração ética. Com isso, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) instaurou procedimento administrativo para avaliar a ilicitude de conduta comercial uniforme com padronização de preços em prejuízo à concorrência, tendo sido celebrado em 2018 o Termo de Cessação de Conduta (TCC) junto à Federação Nacional dos Corretores de Imóveis (FENACI) e demais Conselhos Regionais para que a obrigatoriedade se tornasse recomendação. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Termo de Compromisso de Cessação de Prática.** Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLLu9u7akQAh8mpB9yNzFdnx0xj-uLVlik-gH6UTOhkBkb1qVzsFu4vQOplqZzfr4nv0IB-Gd_DxhJdbgfhurVTNvTgrkbbkhRoF5ytB. Acesso em: 30 out. 2022.

⁴¹⁸CRECISP – Conselho Regional de Corretores de Imóveis. **Tabela Referencial de Honorários.** Disponível em: <https://www.crecisp.gov.br/corretor/tabelareferencialdehonorarios>. Acesso em: 28 out. 2022.

⁴¹⁹Para tanto, utilizamos a seguinte fórmula: $Mp = [(N1 \times P1) + (N2 \times P2) + (Nn \times Pn) \div (P1 + P2 + Pn)]$.

⁴²⁰SECOVIS – Sindicato da Habitação. **Anuário do Mercado Imobiliário 2015.** Disponível em: <http://old.secovi.com.br/files/Downloads/anuario-do-mercado-imobiliario-2015-v2pdf.pdf>. Acesso em: 29 out. 2022.

Isso significa que, por força das decisões judiciais acima mencionadas, o consumidor/adquirente passou a ter um “direito” de receber de volta entre R\$ 21.040,00 a R\$ 31.560,00 reais pagos a título de comissão de corretagem por imóvel, valores esses que ainda permitem o ajuizamento da ação de indenização perante o Juizado Especial Cível, portanto, sem o pagamento das custas iniciais⁴²¹.

Com isso, criou-se verdadeiro ganho financeiro aos compradores para que pudessem receber de volta os valores gastos, com juros e correção monetária, pois mesmo assumindo as custas processuais e de advogados (em que muitos ainda cobram apenas percentual de êxito), o ingresso da ação ainda seria rentável, de modo que consumidores que não se sentiram lesados passaram a ingressar com ações tão somente para receberem a fatia dessa indenização que era equivalente a época, ao valor de um veículo novo.

Não à toa o crescimento das ações foi exponencial, pois considerando que os contratos de adesão massificados tendem a ser praticamente iguais, possuindo grandes semelhanças inclusive com os concorrentes do mesmo setor, todo o segmento de incorporação foi afetado.

Prática semelhante, a título argumentativo, costuma ser identificável junto aos debates ocorridos pelo Supremo Tribunal Federal ao tratar de temas de interesse nacional, tais como a revisão do FGTS ou os expurgos inflacionários dos Planos Collor I e II⁴²², nos quais existe grande disseminação das teses a serem discutidas pela corte, que passa a ser mais sensível aos efeitos e repercussões sociais da decisão, inclusive admitindo a sua modulação⁴²³ para evitar prejuízos maiores aos benefícios que se busca resolver.

Todavia, referido debate é pouco explorado nas decisões individuais proferidas pelos juízes de primeiro grau e Tribunais de Justiça, cujas decisões passam a produzir efeitos futuros e servem de parâmetro forte para a coletividade em razão da similaridade dos contratos analisados, ainda que não vinculativas.

Deste modo, além da primeira consequência acima demonstrada, que decorre dos incentivos criados em razão da insegurança jurídica e modificação das regras do jogo pelo

⁴²¹De acordo com o artigo 3º, inciso I da Lei 9.099/90, o Juizado Especial Cível tem competência para processar e julgar as causas com valor de até 40 vezes o salário mínimo. BRASIL. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 29.10.22.

⁴²²O Tribunal tem a árdua tarefa pela frente de julgar os Temas 284, 285 e 1112 que tratam, sob diferentes enfoques, dos expurgos inflacionários e correção monetária em razão dos Planos Collor I e II. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/todostemas.asp>. Acesso em: 29 out. 2022.

⁴²³Como exemplo, ao julgar em 2007 a validade da norma que criou o Município de Luis Eduardo Magalhães no Estado da Bahia, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da lei (de modo que seu vício ocorre desde o nascimento), mas determinou postergar os efeitos decisórios para 24 meses após a publicação da decisão, pois a situação de exceção, embora não jurídica, não pode ser desconsiderada. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade – ADIN** n. 2240/BA. Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. DJ 09.05.08.

Judiciário, permitindo o recebimento de razoável quantia da incorporadora, podemos elencar mais dois tipos de consequências (uma interna e outra externa) até a solução final pelo Superior Tribunal de Justiça.

A consequência interna se refere aos custos processuais para se defender em razão do aumento expressivo e inesperado da demanda, custos estes que não serão ressarcidos mesmo em caso de vitória em todas as ações.

Explica-se: de acordo com a Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC⁴²⁴) estimou-se, à época, que mais de 20 mil ações judiciais haviam sido ajuizadas por consumidores em todo o país para buscar o ressarcimento dos valores pagos a título de comissão de corretagem, sendo que em levantamento realizado pelo SECOVI⁴²⁵, apenas a imobiliária LOPES (que sequer era incorporadora) tinha 5.204 ações em trâmite em razão das vendas efetuadas nos estandes em que atuou (metade no Estado de São Paulo).

Assim, utilizando como cenário a existência de 20 mil processos e aplicando as mesmas bases de valores e percentuais acima como critério metodológico⁴²⁶, chega-se a um valor global objeto de cobrança judicial em torno de 420 a 631 milhões para um cenário de apenas vinte mil processos.

Além deste valor (principal), as empresas devem custear as despesas com advogados para se defenderem (cujo valor mínimo de acordo com a Tabela da Ordem dos Advogados do Brasil em 2014 era de R\$ 3.376,35⁴²⁷), incluindo as custas processuais de eventuais recursos que igualmente são proporcionais aos valores envolvidos (de 4% sobre o valor da causa ou condenação, utilizando a tabela de custas do TJ/SP como parâmetro)⁴²⁸.

Desta forma, mesmo se todas as empresas ganhassem todos os casos em primeiro grau (sem a interposição de qualquer recurso), a consequência que chamaremos de “cenário 1” seria um custo direto ao setor de R\$ 67.527.000,00 apenas com advogados (vez que este custo não

⁴²⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** nº. 1599511/SP. 2ª Seção, Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 24/08/16. Publicado em 06/09/16.

⁴²⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** nº. 1599511/SP. 2ª Seção, Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 24/08/16. Publicado em 06/09/16.

⁴²⁶Para se chegar a este valor, adotou-se como cálculo o valor médio ponderado de cada imóvel (R\$ 526.000,00), aplicando-se a comissão de 4% (R\$ 21.040,00) a 6% (R\$ 31.560,00). Esta comissão foi multiplicada por vinte mil, chegando aos dois valores apresentados.

⁴²⁷OABSP. **Tabela de Honorários 2014/2015.** Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/comissoes2010/assistencia-judiciaria/tabela-de-honorarios/TabelaDeHonorarios20142015.pdf/view>. Acesso em: 29 out. 2022.

⁴²⁸ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Comunicado SPI nº. 77/2015.** Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/PrimeiraInstancia/Comunicados/Comunicado?codigoComunicado=7033>. Acesso em: 29 out. 2022.

se confunde com os honorários sucumbenciais⁴²⁹), sem contar as demais despesas administrativas de gestão (recebimento do ato citatório, contratação das respectivas bancas, monitoramento dos processos, eventuais audiências, etc.).

Assim, para criar um cenário mais fidedigno que chamaremos de “cenário 2”, mas igualmente hipotético, utilizamos como premissa que todos os processos tenham chegado ao segundo grau e que as incorporadoras tenham perdido 20% dos processos, seja por terem sido julgados antes da determinação de suspensão pelo STJ ou porque foram julgados pela Turma Recursal, em que não se permite Recurso Especial⁴³⁰.

Com relação aos outros 80% dos processos, vamos considerar que as incorporadoras tenham vencido metade e que os outros 40% foram suspensos até a solução final pelo STJ, que decidiu pela legalidade da cobrança. Ambos os cenários encontram-se ilustrados na tabela abaixo, utilizando as premissas acima mencionadas:

Tabela 1 – Estimativas de custos e despesas assumidas pelas incorporadoras com comissão de 4%.

Tabela de Custos e Despesas assumidas pelas Incorporadoras (4%)		
Descrição	Val. Individual	Conj. 20.000 ações
Pedido inicial consumidor (4% de comissão).	R\$ 21.040,00	R\$ 420.800.000,00
Custas Processuais Preparo Recursal (4%)	R\$ 841,60	R\$ 16.832.000,00
Honorários Advocatícios Contratuais Tabela OAB	R\$ 3.376,35	R\$ 67.527.000,00
Honorários Advocatícios Sucumbenciais (10%)	R\$ 2.104,00	R\$ 42.080.000,00
Cenário 1 - Todas as ações julgadas improcedentes		
Honorários Advocatícios Contratuais Tabela OAB		R\$ 67.527.000,00
Total de despesas incorporadoras		R\$ 67.527.000,00
Cenário 2 - 20% de ações procedentes e 40% suspensas, todas julgadas em segundo grau.		
Honorários Advocatícios Contratuais Tabela OAB		R\$ 67.527.000,00
Custas Processuais Preparo Recursal 4%		R\$ 16.832.000,00
Condenação em 20% dos casos		R\$ 84.160.000,00
Honorários Sucumbenciais (10%) sobre condenação		R\$ 8.416.000,00
Total de despesas incorporadoras		R\$ 176.935.000,00

Fonte: elaborado pelo autor (2022).

⁴²⁹De acordo com o Estatuto da Advocacia e a OAB, os honorários sucumbenciais (devidos por quem perdeu o processo) pertencem ao próprio advogado da parte contrária, que possui direito autônomo de execução, não sendo confundidos ou compensados com os honorários contratados pela parte. BRASIL. **Lei nº. 8.906, de 4 de julho de 1994**. disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18906.htm. Acesso em: 29 out. 2022.

⁴³⁰Nos Juizados Especiais Cíveis, por ser um procedimento mais simples, também denominado de sumaríssimo não há possibilidade de interposição de Recurso Especial da decisão proferida pela Turma Recursal, sendo previsto apenas o recurso inominado conforme previsto no artigo 41 da Lei 9.099/95.

Conforme se observa acima, mesmo obtendo uma solução final favorável em sede de recursos repetitivos pelo STJ, as incorporadoras assumiram enorme prejuízo até que esse tema tenha sido julgado de forma definitiva, pois tanto no cenário 1 quanto no cenário 2, os custos de transação inerentes aos processos judiciais (honorários e custas, por exemplo) continuarão sendo assumidos pelas incorporadoras mesmo em caso de vitória. Referida estimativa ainda considerou o cenário mais favorável de comissão, pois se a comissão for aplicável em seu patamar médio de 6% os valores serão bem maiores, conforme tabela 2 abaixo:

Tabela 2 – Estimativas de custos e despesas assumidas pelas incorporadoras com comissão de 6%

Tabela de Custos e Despesas assumidas pelas Incorporadoras (6%)		
Descrição	Val. Individual	Conj. 20.000 ações
Pedido inicial consumidor (6% de comissão).	R\$ 31.560,00	R\$ 631.200.000,00
Custas Processuais Preparo Recursal (4%)	R\$ 1.262,40	R\$ 25.248.000,00
Honorários Advocatícios Contratuais Tabela OAB	R\$ 3.376,35	R\$ 67.527.000,00
Honorários Advocatícios Sucumbenciais (10%)	R\$ 3.156,00	R\$ 63.120.000,00
Cenário 1 - Todas as ações julgadas improcedentes		
Honorários Advocatícios Contratuais Tabela OAB		R\$ 67.527.000,00
Total de despesas incorporadoras		R\$ 67.527.000,00
Cenário 2 - 20% de ações procedentes e 40% suspensas, todas julgadas em segundo grau.		
Honorários Advocatícios Contratuais Tabela OAB		R\$ 67.527.000,00
Custas Processuais Preparo Recursal 4%		R\$ 25.248.000,00
Condenação em 20% dos casos		R\$ 126.240.000,00
Honorários Sucumbenciais (10%) sobre condenação		R\$ 12.624.000,00
Total de despesas incorporadoras		R\$ 231.639.000,00

Fonte: elaborado pelo Autor (2022).

É importante destacar ainda que esses números reais podem ser muito maiores, pois foram consideradas apenas as custas processuais de preparo para o segundo grau (desprezando as custas de recurso especial, por exemplo), não sendo consideradas (em razão da alta subjetividade) as demais despesas atreladas ao acompanhamento das ações até seu julgamento final, como a obtenção de cópias, comparecimento em audiências, custos com advogados correspondente, dentre outras, pois em 2014 apenas 30% dos processos novos da Justiça Estadual eram digitais⁴³¹, impondo que o acompanhamento se desse *in loco*.

⁴³¹CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2015**. Dados estatísticos da justiça Estadual. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/49>. Acesso em: 29 out. 2022.

O que se pretende demonstrar nesse consequencialismo internalizado é que embora as incorporadoras tenham conseguido ganhar a discussão, com a legalidade da cobrança das verbas de corretagem aos consumidores, referido debate levou pelo menos cinco anos até ser solucionado pelo STJ, de modo que inúmeros foram os prejuízos nesse percurso⁴³² até a solução definitiva em razão do controle judicial posterior de cláusula que havia sido previamente informada aos consumidores, não trazendo qualquer dispêndio por integrar o valor final do preço⁴³³.

A segunda consequência, por sua vez, não se limita aos processos distribuídos, mas realiza o cálculo do custo econômico de todo o setor impactado se os demais consumidores (que ainda não tinham sido completamente incentivados pela aversão ao risco) efetuassem o mesmo pedido.

Neste sentido, em levantamento realizado pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (FIPE⁴³⁴) sobre as empresas de capital aberto associadas à ABRAINC⁴³⁵, constatou-se que no ano de 2013 foram lançadas 196.292 unidades, por meio de 1.579 empreendimentos, representando um valor geral de vendas (VGV) de R\$ 90,4 bilhões.

Neste mesmo ano, as unidades efetivamente vendidas representaram R\$ 29,26 bilhões, sendo que no ano seguinte representaram R\$ 22,89 bilhões (apenas com relação às empresas associadas).

Isso significa, grosso modo, que as decisões proferidas pelo Judiciário determinando a devolução das comissões de corretagem poderiam ocasionar um prejuízo anual ao setor de quase um bilhão de reais⁴³⁶. Ao considerar que esta é uma prática antiga realizada pelas empresas e que o prazo prescricional para discutir a sua cobrança poderá ser de dez anos⁴³⁷,

⁴³²Além das 20 mil ações ajuizadas por consumidores, diversos foram os procedimentos judiciais e administrativos instaurados pelos demais órgãos de proteção ao consumidor, tais como o Ministério Público, Procons e associações de proteção do consumidor, conforme autoriza a Lei 8.078/90.

⁴³³Reconhece-se que existiram alguns casos em que a corretagem era adicionada ao preço final do imóvel sem informação prévia do consumidor, em clara assimetria de informações e abusividade, mas estas condutas não estão sendo objeto de análise e não foram legalizadas pelo STJ.

⁴³⁴FIPE – Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias. Estimativa do valor gasto com corretagem nas negociações de imóveis das empresas de capital aberto associadas à ABRAINC nos últimos 3, 5 e 10 anos. São Paulo: out. 2015. Disponível nos autos do Recurso Especial nº. 1.551.956/SP. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** nº. 1599511/SP. 2ª Seção, Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 24/08/16. Publicado em 06/09/16.

⁴³⁵O levantamento realizado pela FIPE considerou apenas os dados das 15 empresas associadas à ABRAINC e subestima o valor efetivo das corretagens, tendo em vista que parte das empresas informa apenas as vendas líquidas e não brutas.

⁴³⁶Utilizando média aritmética e desprezando os efeitos da inflação, entre 2005 e 2014, as vendas totais de imóveis representaram 210,88 bilhões, o que corresponde a um custo médio por ano de corretagem de 843 mil (4%) a 1,26 bilhões (6%).

⁴³⁷De acordo com o Tema 938 do STJ, a prescrição para buscar a restituição de valores pagos a título de corretagem é de três anos, conforme estabelece o art. 206, §3º, IV do CPC, mas esse tema teve uma proposta recente de revisão de entendimento, pois a corte definiu ser decenal o prazo prescricional incidente sobre a pretensão reparatória

conclui-se que o Poder Judiciário poderia impor um prejuízo às incorporadoras entre 12,2 bilhões (4%) até 18,6 bilhões (6%), sem considerar os custos processuais já vistos acima.

Para se ter um comparativo, esse valor representa metade das despesas da Justiça Estadual do Poder Judiciário inteiro no ano de 2014⁴³⁸, ou seja, poderia inviabilizar a atividade do segmento de construção civil que emprega mais de 10% da população⁴³⁹ e que possui importante atividade habitacional na concretização do direito primário de moradia por meio de programas como Minha Casa Minha Vida, por exemplo⁴⁴⁰.

Obviamente, não se defende que os valores jurídicos tenham de ser diminuídos ou menosprezados em razão dos dados econômicos das partes afetadas. Não é intenção deste trabalho sustentar a aplicação pura do utilitarismo, pragmatismo ou a geração de riquezas já vistos no capítulo anterior, pois o Judiciário não pode negar a violação ao direito independentemente de quem a pratique. O que se busca demonstrar é que essas decisões na atual sociedade impactam, e muito, toda uma coletividade de pessoas e isso precisa ser minimamente avaliado durante o processo decisório.

Isso porque, partindo do pressuposto de que qualquer cláusula judicial, ao ser anulada ou readequada em contrato de consumo massificado, pode ter efeitos coletivos para grande parte da sociedade, a pergunta que se deve fazer é a seguinte: será que essa disposição contratual é suficientemente grave ou suficientemente abusiva a ponto de justificar a revisão deste contrato para que outra regra seja criada, aplicando-se a todos os contratos iguais? Para dizer de outra forma, será que essa disposição contratual traz efetivamente uma desvantagem exagerada ou apenas desvantagem?

fundada em responsabilidade civil contratual. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos Embargos de Divergência em Recurso Especial** n. 1.854.195/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 6/12/2021. DJe de 9/12/2021.

⁴³⁸CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2015**. Dados estatísticos da justiça Estadual. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/49>. Acesso em: 29 out. 2022.

⁴³⁹AGÊNCIA CBIC. **Construção Civil gerou mais de meio milhão de empregos com carteira assinada desde os primeiros meses da pandemia**. Disponível em: <https://cbic.org.br/construcao-civil-gerou-mais-de-meio-milhao-de-empregos-com-carteira-assinada-desde-os-primeiros-meses-da-pandemia/>. Acesso em: 09 nov. 2022.

⁴⁴⁰Importante observar que a cobrança de comissão de corretagem nos imóveis vendidos por meio do programa Minha Casa Minha Vida, em razão de regras e subvenção próprias, também foi objeto de análise pelo STJ sob a sistemática dos recursos repetitivos, em que se manteve a legalidade pela transferência do pagamento das verbas de corretagem ao comprador, desde que previamente informado o preço total, com exclusão dos beneficiários da faixa 1, pois não há venda direta das construtoras e não há campo para intermediação imobiliária. Em razão do entendimento não unânime, o próprio Min. Luis Felipe Salomão reconheceu que a proibição da cobrança teria “o efeito de estimular o ajuizamento de inúmeras ações por todos aqueles que adquiriram imóveis mediante o programa habitacional do Governo Federal”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 960**. Discute-se a validade da transferência ao consumidor da obrigação de pagar a comissão de corretagem nas promessas de compra e venda celebradas no âmbito do programa 'Minha Casa, Minha Vida'. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1602042. Acesso em: 30 out. 2022.

Esse questionamento é importante, pois os contratos de consumo podem estabelecer disposições criadas no modelo de negócios e destinadas a diminuir os custos de transação. Assim, ao modificar uma regra contratual, além dos custos impostos ao fornecedor tão somente para se defender, esse cenário exponencial também se traduz em prejuízo ao próprio Poder Judiciário, pois os gastos anuais com a Justiça Estadual em 2014 foram superiores a R\$ 37 bilhões, enquanto as receitas para o mesmo período (decorrentes de custas processuais) atingiram pouco mais de R\$ 8 bilhões⁴⁴¹.

Com isso, ao dividir essa diferença⁴⁴² pelo total de processos no mesmo ano, chega-se a um custo individual por processo de R\$ 379,27 ao ano, representando um custo por habitante de R\$ 185,44 (sem incluir as demais justiças federal, do trabalho, etc.)⁴⁴³.

Deste modo, ao aplicar esses custos por 20 mil processos dentro de um tempo médio de quatro anos chega-se a um prejuízo anual de R\$ 7,5 milhões e total de R\$ 30,3 milhões ao erário tão somente para que o Judiciário verifique se um consumidor, ao adquirir um imóvel, poderia ter efetuado o pagamento de uma parcela do preço a pessoas distintas por imposição do fornecedor, sendo previamente informado sobre isso e mediante formalização contratual⁴⁴⁴.

Neste caso, a decisão proferida pelo STJ foi correta e eficiente, utilizando os critérios deste trabalho, pois reconheceu que a cobrança da comissão de corretagem, ainda que de forma impositiva, não afetou o valor final do preço, razão pela qual não trouxe prejuízo ao consumidor, pois em se tratando de um custo do próprio negócio, o reconhecimento da ilegalidade apenas alteraria a forma de cobrança, mas não a sua equação econômica.

Ademais, desprezando os custos de transação vistos acima, o entendimento pela cobrança da comissão de corretagem de forma direta pela incorporadora não iria “baratear” o valor do imóvel ou diminuir os custos de transação (o que tornaria a decisão eficiente), mas pelo contrário, iria aumentar o preço em razão do aumento dos custos da própria operação.

⁴⁴¹CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2015**. Dados estatísticos da justiça Estadual. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/49>. Acesso em: 29 out. 2022.

⁴⁴²Considerando o total de despesas (R\$ 37.598.870.632,00) *versus* o total de receitas com custas processuais (R\$ 262.856.503,00), chega-se a uma despesa líquida de R\$ 29.336.014.129,00.

⁴⁴³Este segundo cálculo é realizado pelo total de despesas do Poder Judiciário frente à população brasileira. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2015**. Dados estatísticos da justiça Estadual. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/49>. Acesso em: 29 out. 2022.

⁴⁴⁴Importante observar que de acordo com o último relatório disponibilizado pelo CNJ, a despesa total do Poder Judiciário em 2021 foi de R\$ 103,9 bilhões (1,2% do PIB) sendo que a Justiça Estadual corresponde a 59% desse número (R\$ 61 bilhões – quase dobrou desde 2014). O ano de 2021 foi encerrado com um total de 77,3 milhões de processos em tramitação, impondo um custo anual por habitante de R\$ 489,21. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022.pdf>. Acesso em: 29 out. 2022.

Neste sentido, o modelo de negócios da atividade empresarial é criado de acordo com o princípio da divisão de trabalho⁴⁴⁵, possuindo como razão de existir a diminuição dos custos de transação e organização dos agentes econômicos. Para dizer de outra forma, a empresa é criada e realiza sua organização, justamente porque é mais barato do que se o fizesse de outra forma.

Com isso, o mercado é organizado espontaneamente como um segmento segregado, de modo que as diversas atividades realizadas economicamente são praticadas por especialistas, sendo vantajosa a contratação do corretor, pois construir e vender demanda expertises distintas.

Ao impor que o custo do corretor seja realizado pela incorporadora, esse valor será automaticamente embutido no preço, com as respectivas adequações tributárias e trabalhistas, diminuindo a própria dinâmica da operação, pois as incorporadoras teriam que assumir o gerenciamento e controle nestes recebimentos e repasses, criando-se uma nova fase na cadeia de produção com aumento nos custos de transação.

Ademais, ao receberem as comissões de forma direta pelos compradores, criam-se os incentivos naturais para que corretores com autonomia e independência atuem pela concretização do negócio, ou seja, efetuem investimentos em publicidade e busquem junto ao incorporador viabilizar as propostas e fluxos de pagamento apresentados pelos consumidores em potencial, vez que o corretor só ganha se o negócio for fechado, especialmente nos mercados mais competitivos.

Uma das principais justificativas apresentadas pelos consumidores para sustentar a abusividade era a de que não conseguiam adquirir o imóvel sem intermediário e sem arcar com os altos custos de corretagem, pois nesse cenário ocorreria um desconto no valor final.

Entretanto, na inexistência de corretores, as incorporadoras teriam que internalizar esse serviço de vendas, empregando pessoal capacitado e temporário para que fossem treinados e atuassem na comercialização dessas unidades, assumindo os respectivos encargos, inclusive rescisórios, já que as incorporadoras não lançam seus imóveis de maneira uniforme.

Desta forma, a solução mais eficiente (considerando aquela que protege o consumidor com os menores custos de transação) é manter a forma de organização empresarial separada, com o pagamento da comissão de corretagem sendo realizado de forma direta (mediante informação prévia), vez que isso diminui o custo empresarial, não trazendo ônus ao consumidor.

⁴⁴⁵De acordo com Adam Smith, “O maior aprimoramento das forças produtivas do trabalho, e a maior parte da habilidade, destreza e bom senso com os quais o trabalho é em toda parte dirigido ou executado, parecem ter sido resultados da divisão do trabalho”. SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. vol. 1, São Paulo: 1996, p. 65.

3.3 COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA E A LEI DO DISTRATO

3.3.1. Apresentação do tema e solução dada pelo Judiciário.

Outro questionamento atrelado ao negócio de incorporação imobiliária e provavelmente o mais controverso, diz respeito a posterior desistência pelo consumidor/adquirente (denominada genericamente de distrato) do compromisso de compra e venda de unidade autônoma firmado antes de entregue o empreendimento, bem como sobre a penalidade contratual aplicada a este consumidor em razão desta desistência.

Essa discussão ocorre inicialmente porque a Lei de Incorporação Imobiliária estabeleceu expressamente no parágrafo segundo do artigo 32-A⁴⁴⁶ que os compromissos de compra e venda de unidades autônomas são irrevogáveis, ou seja, não podem ser rescindidos, o que é reforçado pelo artigo 473 do Código Civil⁴⁴⁷ que veda a rescisão unilateral do contrato como regra geral.

Referida previsão existe, conforme já demonstrado no item 3.1 acima, pois o empreendimento é erigido após o atingimento de quantidade mínima de unidades vendidas, dependendo do seu fluxo contínuo de pagamentos para permitir a construção e entrega do imóvel no prazo prometido, existindo um interesse coletivo entre todos os adquirentes de forma semelhante à *affectio societatis*.

Ademais, o objetivo da legislação foi gerar mais segurança jurídica à incorporação imobiliária, tendo em vista sua fundamental importância na geração de empregos e interesse social na habitação, que se sobrepõe aos interesses privados⁴⁴⁸.

Assim, uma vez não sendo atingida uma quantidade mínima de vendas dentro do planejamento empresarial, a construção não é iniciada, optando-se pelo desfazimento dos

⁴⁴⁶Art. 32. O incorporador somente poderá alienar ou onerar as frações ideais de terrenos e acessões que corresponderão às futuras unidades autônomas após o registro, no registro de imóveis competente, do memorial de incorporação composto pelos seguintes documentos: [...] § 2º Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas são irrevogáveis e, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiros, atribuindo direito a adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra. BRASIL. **Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm. Acesso em: 09 ago. 2022.

⁴⁴⁷Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 02 nov. 2022.

⁴⁴⁸SCAVONE JR., Luiz Antonio. **Direito Imobiliário. Teoria e Prática**. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 598.

contratos celebrados com a posterior realização de outro projeto, mais comercialmente aceitável, o que acarreta em um novo lançamento.

Em outras palavras, podemos denominar, grosso modo, que esse tipo de negócio jurídico se trata de uma obra por encomenda coletiva sob o regime de empreitada em que todo o projeto e execução é realizado pela incorporadora (“empreiteiro”) que apenas fornece ao consumidor a venda de uma das unidades a serem construídas, mediante valor fixo, reajustável ou por custos de administração.

Para dizer de outra forma, neste tipo de contrato, todos os compradores possuem uma certa interdependência em razão de um objetivo comum, razão pela qual a legislação estabelece a criação de uma comissão de representantes formada pelos adquirentes e destinada a representá-los perante a incorporadora para fiscalizar o andamento da obra.

Esse introito é importante, pois a irretratabilidade foi criada, justamente, para evitar que a desistência do contrato prejudicasse a parcela de adquirentes que possuem a expectativa de recebimento do imóvel, pois a construção do empreendimento depende do pagamento de todos que formarão o futuro condomínio.

Desta forma, para os compradores que se tornarem inadimplentes, a comissão de representantes poderá, de acordo com o artigo 63 e seguintes da Lei de Incorporação Imobiliária, notificar o devedor para que purgue a mora no prazo de dez dias, sob pena de encaminhar a unidade para leilão, devolvendo o saldo ao adquirente, se existir.

Todavia, diante do largo lapso temporal exigido para a conclusão da obra (normalmente de 36 meses), podem ocorrer diversos imprevistos e fatores alheios a vontade das partes contratantes que afetam tanto os prazos concedidos pelas incorporadoras quanto as capacidades dos compradores de honrarem seus compromissos.

Isso, porque o mercado imobiliário está mais sujeito aos ciclos econômicos (entendidos como oscilações periódicas da atividade econômica no longo prazo) do que outros setores, sendo esses ciclos caracterizados com períodos de depressão, recuperação, pico (ou expansão) e recessão.⁴⁴⁹

⁴⁴⁹ Os ciclos econômicos são oscilações periódicas coordenadas pelo movimento conjunto dos indicadores macroeconômicos. Existem diversas teorias econômicas que explicam esse movimento, tais como a Teoria Austríaca dos Ciclos Econômicos (TACE) em que políticas monetárias na manipulação das taxas de juros e incentivo ao crédito bancário geram alterações reflexas dos preços das mercadorias (inflação) e incentiva a economia (período de expansão), mas sem ter a contrapartida do crescimento da poupança, que faz novos investimentos e consumo (produção artificial), o que ocasiona um momento de forte contratação como retorno da economia ao seu ritmo normal, após as distorções geradas pelo governo no período de prosperidade econômica. MENDONÇA, Mário Jorge; SACHSIDA, Adolfo. Existe bolha no mercado imobiliário Brasileiro? **Textos para Discussão (TD) 1762**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1084>. Acesso em: 02 nov. 2022.

Neste sentido, em razão do período de grave crise econômica inflacionária no País na década de 1990, passou-se a discutir se os compromissos de compra e venda celebrados poderiam ser rescindidos por escolha do comprador, ao não conseguir suportar o pagamento das parcelas em razão da desvalorização da moeda e reajuste do saldo devedor. Instado a se manifestar, o STJ admitiu a possibilidade de rescisão unilateral do contrato pela superveniência de fato impeditivo ao cumprimento da obrigação, conforme o seguinte fundamento:

[...] O Código de Defesa do Consumidor aplica-se ao caso dos autos, uma vez que o contrato foi firmado já na sua vigência. [...] O devedor inadimplente não tem, em princípio, o direito de pedir a resolução do contrato. Porém, se surgir fato superveniente, suficientemente forte para justificar aquele inadimplemento, a parte que sofreu o efeito dessa alteração objetiva da base em que foi celebrado o negócio pode vir a juízo para provocar a extinção do contrato. Aceita essa premissa, a jurisprudência tem reconhecido como fato suficiente para a resolução a posterior impossibilidade relativa de cumprir o contrato, por efeito da desvalorização da moeda e da implantação de planos econômicos e critérios de atualização das dívidas que desequilibram o orçamento do devedor e o impedem de continuar cumprindo o contrato. [...] Reconhecido o fato, como aconteceu na sentença, que considerou extinto o contrato pelo desinteresse das partes, seja da vendedora em executá-lo, seja do comprador em pagar as prestações restantes, cumpre aplicar as regras comuns pertinentes ao instituto da resolução, entre as quais está a de reposição dos contratantes na situação em que estavam antes, com direito de o credor adimplente ser indenizado pelas perdas decorrentes da inexecução. [...] ⁴⁵⁰

Em análise oposta, a Corte igualmente manteve válido compromisso de compra e venda firmado diante da não comprovação da teoria da imprevisão, pois embora a cláusula de renúncia seja abusiva em razão do contido no artigo 53 do CDC, ela só se aplicaria no momento da rescisão contratual, o que não ocorreria com a manutenção do compromisso ⁴⁵¹.

Este posicionamento foi posteriormente reforçado no julgamento do Recurso Especial nº. 115671/RS ⁴⁵², em que se reconheceu a possibilidade de rescisão do pacto pela presença de desequilíbrio financeiro resultante da aplicação dos sucessivos planos econômicos (lembrando que a inflação a época chegou a superar 1.000% ao ano), consolidando o entendimento da Corte em julgamento realizado em 2002 pela Segunda Seção conforme a seguinte ementa:

PROMESSA DE VENDA E COMPRA. RESILIÇÃO. DENÚNCIA PELO COMPROMISSÁRIO COMPRADOR EM FACE DA INSUPORTABILIDADE NO PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES. RESTITUIÇÃO.

⁴⁵⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 109.331/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 24/2/1997, DJ de 31/3/1997, p. 9638.

⁴⁵¹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 80.036/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 12/2/1996, DJ de 25/3/1996, p. 8586.

⁴⁵²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 115.671/RS. Relator: Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 8/8/2000, DJ de 2/10/2000, p. 161.

- O compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas.
Embargos de divergência conhecidos e recebidos, em parte⁴⁵³.

Neste mesmo acórdão, concluiu o STJ que a restituição não deveria ocorrer de forma integral, mas com a dedução de 25% dos valores pagos, considerando não só as despesas gerais tidas pela incorporadora com o empreendimento, mas também a circunstância de que foi a compradora que teve a iniciativa de romper o pactuado.

Este entendimento estava associado a comprovação de insuportabilidade da obrigação assumida pelos compradores em razão do desequilíbrio financeiro posterior durante a execução do contrato, contudo, ao longo dos anos esse requisito foi sendo mitigado nas instâncias ordinárias e recursais, se transformando, indevidamente, em simples alegação de impossibilidade financeira.

Assim, em acórdão proferido em 2008, a Segunda Seção do STJ já reconhece que o pedido de rescisão decorre de simples desistência dos compradores, que após dez meses de assinatura do compromisso informaram que não podiam arcar com o custo das prestações e buscaram o encerramento do contrato, o que foi mantido judicialmente, delimitando-se apenas o início da contagem dos juros moratórios, conforme abaixo:

CIVIL E PROCESSUAL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESOLUÇÃO UNILATERAL PELO PROMITENTE- COMPRADOR INJUSTIFICADAMENTE. PARCELA A SER RESTITUÍDA. JUROS MORATÓRIOS. TERMO DE FLUIÇÃO. TRÂNSITO EM JULGADO.
I. Na hipótese de resolução contratual do compromisso de compra e venda por simples desistência dos adquirentes, em que postulada, pelos autores, a restituição das parcelas pagas de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros moratórios sobre as mesmas serão computados a partir do trânsito em julgado da decisão.
II. Inexistência de mora anterior da ré.
III. Recurso especial conhecido e provido.⁴⁵⁴

Como consequência, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo publicou em 2010 a Sumula nº. 1⁴⁵⁵ permitindo ao compromissário comprador inadimplente a rescisão do contrato

⁴⁵³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial** n. 59.870/SP. Relator: Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, julgado em 10/4/2002, DJ de 9/12/2002, p. 281.

⁴⁵⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 1.008.610/RJ. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, julgado em 26/3/2008, DJe de 3/9/2008.

⁴⁵⁵Súmula 1: O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem. ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aplicadas ao Direito Privado.** Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2022.

firmado, compensando-se o recebimento das parcelas pagas com os gastos próprios de administração e propaganda realizados pelo vendedor (incorporadora). Deixou o Tribunal, no entanto, de incluir no seu verbete sumular a necessidade de comprovação da impossibilidade de manutenção da avença ou a existência de desequilíbrio financeiro, abrindo margem interpretativa para a simples desistência dos contratos firmados, ainda que irrevogáveis.

Ampliando essa previsão, o STJ editou posteriormente a Súmula nº. 543 para determinar que nas hipóteses de resolução de compromisso de compra e venda os valores a serem devolvidos devem ser imediatos, pois entendeu a Corte que ao receber o imóvel de volta, a incorporadora irá revendê-lo e realizará os lucros normalmente, conforme transcrição abaixo:

Súmula nº. 543: Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento⁴⁵⁶.

Com isso, a justificativa para a rescisão unilateral do comprador acaba ficando em segundo plano, conforme reconhecido pela Ministra Isabel Galloti⁴⁵⁷, ao afirmar que o direito a desistência foi autorizado com base nas teorias da imprevisão, modificação do contrato e alteração da base do negócio, mas que posteriormente essa exigência foi mitigada, considerando a ilegalidade de cláusulas abusivas que imponham desvantagem ao devedor com a sua revisão judicial.

Deste modo, passou a não ser mais exigida a comprovação de impossibilidade de pagamento pelo consumidor, se admitindo (indevidamente) que este poderá, a qualquer momento, desistir das promessas anteriormente efetuadas pela simples alegação de impossibilidade financeira, em completa insegurança no mercado imobiliário⁴⁵⁸.

⁴⁵⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº. 543**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_543_544_2015_Segunda_Secao.pdf. Acesso em: 09 ago. 2022.

⁴⁵⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 1.723.519/SP. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 28/8/2019, DJe de 2/10/2019.

⁴⁵⁸Em sentido contrário, o Des. Francisco Eduardo Loureiro defende que o entendimento consolidado em centenas ou milhares de Acórdãos do TJ/SP partem da premissa da impossibilidade de cumprimento pelo adquirente e não de sua mera inconveniência, sendo que o Tribunal não passou a admitir cláusula de arrependimento implícita. LOUREIRO, Francisco Eduardo. Três aspectos atuais relativos aos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras. In GUERRA, Alexandre D. de M. **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. v. 2, São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018, p. 711-736.

Assim sendo, o maior questionamento passou a ocorrer não em razão da possibilidade de rescindir contrato irrevogável e irretratável, mas em razão do *quantum* seria devolvido ao adquirente/consumidor em caso de desistência do compromisso.

De acordo com o posicionamento do STJ acima, o percentual aplicado naquele caso foi de 25% dos valores pagos, mas a Corte também entendeu por aplicar percentuais de 15%⁴⁵⁹, 17%⁴⁶⁰, 20%⁴⁶¹ e 40%⁴⁶², sempre sobre a quantia já paga.

Todavia, no período de 2005 a 2010 (período em que a maioria dessas decisões foram proferidas) o índice de devolução das unidades vendidas era baixo, em percentuais de 5% a 15% do total de unidades comercializadas e o mercado estava em grande ascensão econômica, com poucas unidades em estoque⁴⁶³, o que mitigava eventuais prejuízos⁴⁶⁴.

Este período ainda, contou com a publicação da Lei 10.931/04⁴⁶⁵ que instituiu o Patrimônio de Afetação e a Alienação Fiduciária, trazendo mais segurança ao mercado imobiliário e aos investidores, com a retomada do crédito imobiliário e redução dos juros, diminuindo consecutivamente o custo do financiamento⁴⁶⁶.

No ano de 2008, no entanto, ocorreu a crise do *subprime* iniciada nos Estados Unidos e para evitar o seu reflexo no Brasil criaram-se medidas anticíclicas para o desenvolvimento nacional, tais como os Programas de Aceleração de Crescimento (PAC) e o programa Minha

⁴⁵⁹BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 1.132.943/PE. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/8/2013, DJe de 27/9/2013.

⁴⁶⁰BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 686.865/PE. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 28/8/2007, DJ de 5/11/2007.

⁴⁶¹[...] “É cabível a retenção pelo vendedor de percentual entre 10% e 20% a título de indenização em caso de rescisão contratual decorrente de culpa do comprador, sob pena de enriquecimento ilícito do vendedor. Precedentes”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 761.944/DF. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 5/11/2009, DJe de 16/11/2009.

⁴⁶²BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo** n. 1.283.663/SP. Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 14/12/2010, DJe de 3/2/2011.

⁴⁶³Neste período, a revenda da unidade distratada era relativamente rápida e mais fácil, pois os preços dos imóveis estavam em ascensão, de modo que a valorização dos ativos imobiliários de certa forma compensava eventuais prejuízos e a unidade não ficava parada, vez que o crescimento do setor de incorporação foi muito maior que o crescimento econômico do País. SABA, Luis Eduardo de Moraes. Análise dos Impactos dos Distratos na Taxa Interna de Retorno. **18ª Conferência Internacional da LARES**. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://lares.architexturez.net/system/files/103%20-%20Saba.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2022.

⁴⁶⁴De acordo com os dados das empresas associadas à ABRAINC, o segmento de incorporação imobiliária vendeu R\$ 34,04 bilhões em unidades no ano de 2010. Quatro anos depois, esse valor caiu para R\$ 22,9 bilhões. FIPE – Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias. Estimativa do valor gasto com corretagem nas negociações de imóveis das empresas de capital aberto associadas à ABRAINC nos últimos 3, 5 e 10 anos. São Paulo: out. 2015. Disponível nos autos do Recurso Especial nº. 1.551.956/SP. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** nº. 1599511/SP. Relator: Mininistro Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, Julgado em 24/08/16, Publicado em 06/09/16.

⁴⁶⁵BRASIL. **Lei nº. 10.931, de 2 de agosto de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm. Acesso em: 03 nov. 2022.

⁴⁶⁶MENDONÇA, Mário Jorge; SACHSIDA, Adolfo. Existe bolha no mercado imobiliário Brasileiro? **Textos para Discussão (TD) 1762**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1084>. Acesso em: 02 nov. 2022.

Casa Minha Vida (2009), que também buscavam atender a Copa do Mundo em 2014 e as Olimpíadas em 2016, impulsionando uma série de lançamentos de imóveis novos na planta, o que aumentou o valor da mão de obra e o custo de matéria prima⁴⁶⁷.

Entretanto, esse período também denominado de Nova Matriz Econômica (NME) incorporou políticas de forte intervenção governamental na economia com a elevação de gastos, concessões de subsídios e intervenção de preços, ocasionando um choque entre oferta e demanda⁴⁶⁸. Com isso, iniciou-se a partir de 2012 uma curva descendente no índice de confiança do consumidor com reflexo no mercado de trabalho e aceleração da inflação, impondo ao Banco Central a elevação da taxa SELIC, o que aumentou a taxa de financiamento imobiliário e desincentivou a compra de imóveis novos pelo aumento dos juros⁴⁶⁹.

Todavia, já existia uma superoferta de imóveis em lançamento e em construção em razão desses anos de crescimento (considerando o lapso de tempo desde o início da incorporação imobiliária), de modo que o excesso de unidades sem interessados fez com que os preços dos imóveis novos desabassem em 2014, ocasionando descontos e feirões visando diminuir o estoque.

Esse movimento de queda de preços, por sua vez, trouxe uma inquietação a muitos compradores que haviam adquirido essas unidades por um valor maior (antes da queda). Isso significa que os potenciais adquirentes postergavam a compra (por insegurança) e quem já havia comprado começou a distratar⁴⁷⁰, de modo que as vendas caíram 35% de 2013 para 2014 apenas na cidade de São Paulo⁴⁷¹.

Não à toa, o índice de distratos em 2014 chegou ao patamar 48,7%⁴⁷², resultando em uma diminuição do PIB da Construção Civil em 9,0% no ano de 2015, cuja retomada de

⁴⁶⁷DOS REIS, Cibele Rudolph Brock. **Distratos das Promessas de Compra e Venda. Impactos e Soluções para pequenos incorporadores.** Trabalho de Especialização (MBA Empresarial) FGV Manangement, Porto Alegre, 2018, p. 67.

⁴⁶⁸BARBOSA FILHO, Fernando de Holanda. A crise econômica de 2014/2017. **Estudos Avançados**, 31 (89), 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/20804>. Acesso em: 03 nov. 2022.

⁴⁶⁹PASQUALIN, Luciana Lopes Bertier. **Os distratos no mercado imobiliário de empreendimentos residenciais de São Paulo:** uma discussão sobre as situações que favorecem a interrupção de contratos. Monografia (Especialização) - MBA Economia Setorial e Mercados. Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 119.

⁴⁷⁰SABA, Luis Eduardo de Moraes. Análise dos Impactos dos Distratos na Taxa Interna de Retorno. **18ª Conferência Internacional da LARES.** São Paulo, 2018. Disponível em: <https://lares.architexturez.net/system/files/103%20-%20Saba.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2022.

⁴⁷¹SECOVI – Sindicato da Habitação. **Mercado Imobiliário 2016.** Disponível em: <http://www.secovi.com.br/downloads/pesquisas-e-indices/balancos-do-mercado/2016/arquivos/balanco-do-mercado-imobiliario-2016.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2022.

⁴⁷²FIPE – Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas. Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias. Estimativa do valor gasto com corretagem nas negociações de imóveis das empresas de capital aberto associadas à ABRAINC nos últimos 3, 5 e 10 anos. São Paulo: out. 2015. Disponível nos autos do Recurso Especial nº. 1.551.956/SP. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** nº. 1599511/SP. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 2ª Seção, Julgado em 24/08/16, Publicado em 06/09/16.

crescimento só ocorreu em 2018⁴⁷³. Para dizer de outra forma, para cada duas unidades vendidas, uma era devolvida o que trouxe grave prejuízo ao segmento.

Importante observar, por oportuno, que nem todos os adquirentes haviam comprado o imóvel para uso próprio ou para moradia de sua família, mas como os imóveis eram de valorização constante, muitos investidores adquiriam imóveis para futura revenda ou para locação, tendo igualmente buscado a rescisão do contrato com a devolução dos valores pagos, pois bastava alegar a impossibilidade financeira para permitir a rescisão da avença pelo judiciário.

Assim, diante da negativa da incorporadora na devolução dos valores a vista, bem como existindo divergência acerca do percentual de retenção a ser aplicável, milhares de ações invadiram o Poder Judiciário postulando a rescisão unilateral do compromisso de compra e venda e devolução dos valores pagos, comumente chamado de “distrato”.

Entretanto, não havia qualquer parâmetro nessa rescisão, pois o judiciário determinava o cancelamento do contrato e afastava a aplicação da cláusula penal prevista para adotar percentual indenizatório de 10% a 50%⁴⁷⁴ dos valores pagos pelo consumidor, uma vez que o CDC só veda a perda total das parcelas pagas.

A própria Ministra Isabel Gallotti do STJ ao analisar o Recurso Especial nº. 1.723.519/SP, reconheceu essa insegurança jurídica ao afirmar:

“[...] há nos dias de hoje enorme dispersão na jurisprudência dos Tribunais Estaduais, havendo alguns deles fixado, como base, o percentual de retenção de apenas 10%, em atenção precisamente à circunstância [...] de que o imóvel não chegou a ser ocupado pelo desistente. Na maioria dos casos, o percentual de retenção é fixado pelo tribunal de origem de forma aleatória, em 10%, 15% ou 20% desprezando os termos do contrato, com base apenas na jurisprudência (na prática tabelamento) de cada câmara,

⁴⁷³CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO – CBIC, **PIB 2015**, disponível em: <http://www.cbicdados.com.br/menu/home/pib-2015>. Acesso em: 16 ago. 2022.

⁴⁷⁴Neste sentido: “COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA [...] Rescisão decretada, com retenção do percentual de 10% sobre estes [...]” (ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 1006584-15.2016.8.26.0161. Relator: Galdino Toledo Júnior; 9ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 24/04/2018; Data de Registro: 24/04/2018) “[...] Rescisão do contrato por desistência do comprador – Distrato celebrado entre as partes, prevendo a retenção de 50% dos valores pagos pelo comprador [...] Requerida que deverá devolver a totalidade dos valores pagos, de uma só vez, observada a retenção de 20% para ressarcimento dos prejuízos decorrentes da própria rescisão contratual [...]” (ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 1018594-96.2016.8.26.0224. Relator: Miguel Brandi; 7ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 15/03/2018; Data de Registro: 15/03/2018) “Compromisso de venda e compra de imóvel. Distrato. Retenção de 50% dos valores pagos. Transação envolvendo direitos disponíveis. Ausência de vício de consentimento. Devolução que deve ser mantida na forma e no valor estabelecidos pelo distrato. [...]” (ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 1001653-18.2016.8.26.0565. Relator: Maia da Cunha; 30ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Data do Julgamento: 27/03/2018; Data de Registro: 02/04/2018)

em atenção a supostas “circunstâncias da causa” não descritas e sequer referidas no acórdão”⁴⁷⁵ (trecho nosso).

Com isso, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça reafirmou a orientação, em caso de distrato, da retenção de até 25% dos valores pagos pelo consumidor (cujo percentual funciona como teto máximo), a título de caráter indenizatório e cominatório, ou seja, referido percentual independe dos valores pagos e se o imóvel chegou a ser utilizado pelo consumidor, conforme trecho da ementa abaixo:

[...] 2. Hipótese em que, ausente qualquer peculiaridade, na apreciação da razoabilidade da cláusula penal estabelecida em contrato anterior à Lei 13.786/2018, deve prevalecer o parâmetro estabelecido pela Segunda Seção no julgamento dos EAg 1.138.183/PE, DJe 4.10.2012, sob a relatoria para o acórdão do Ministro Sidnei Beneti, a saber o percentual de retenção de 25% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos pelos adquirentes, reiteradamente afirmado por esta Corte como adequado para indenizar o construtor das despesas gerais e desestimular o rompimento unilateral do contrato. Tal percentual tem caráter indenizatório e cominatório, não havendo diferença, para tal fim, entre a utilização ou não do bem, prescindindo também da demonstração individualizada das despesas gerais tidas pela incorporadora com o empreendimento. [...]

4. Recurso especial parcialmente provido.⁴⁷⁶ (trecho nosso).

Entretanto, a despeito de buscar trazer segurança jurídica e previsibilidade nos contratos firmados, referida decisão manteve a insegurança ao não estabelecer qualquer métrica a ser seguida pelo Judiciário, pois determinou a adoção de percentual genérico máximo a título indenizatório e cominatório que independe das despesas assumidas pela incorporadora em cada caso e cuja aplicação no caso concreto pode apresentar grandes divergências e injustiças.

Em outras palavras, diante do percentual estabelecido como orientação, haverá casos em que o consumidor pode sair prejudicado, bem como situações em que a incorporadora incorrerá em prejuízos imprevisíveis não considerados no momento da elaboração do contrato. Ao estabelecer percentual padronizado a ser aplicado em situações diferentes, novamente cria-se incentivos ao comportamento oportunista, inclusive o *efficient breach*, prejudicando a coletividade de consumidores que seguiram firmes no instrumento contratual.

Isso porque, novamente não foram considerados quaisquer efeitos coletivos nas decisões proferidas, pois o distrato normalmente traz impactos negativos para a incorporadora e demais adquirentes, ao devolver uma unidade já comercializada e interromper o fluxo de pagamento previsto, destinado a construção do empreendimento ou pagamento da instituição financeira.

⁴⁷⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 1.723.519/SP. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 28/8/2019, DJe de 2/10/2019.

⁴⁷⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 1.723.519/SP. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 28/8/2019, DJe de 2/10/2019.

É importante observar, que esses valores não ficam guardados pela incorporadora, mas são utilizados na construção do empreendimento, aquisição de insumos e mão de obra, de modo que existindo muitos pedidos de rescisão (como ocorreu), além da perda do fluxo financeiro, a incorporadora não tem recursos para devolver os valores já pagos a vista, conforme determinou o STJ e ainda pode ser penalizada se atrasar a construção perante os outros adquirentes e consumidores que não desistiram do negócio.

Assim, considerando que nos de 2014 a 2016 foram distratadas 60.036 unidades, frente a 123.796 unidades vendidas, pois de cada 2 unidades vendidas uma era devolvida, os prejuízos totalizaram gastos de R\$ 415,7 milhões ao ano apenas das empresas associadas à ABRAINC, que corresponde a 30,5% do mercado nacional de médio e alto padrão⁴⁷⁷.

Esse conjunto de fatores, incluindo a diminuição de vendas, inadimplência, encarecimento do crédito e dos materiais utilizados na produção das unidades levaram algumas empresas a grave dificuldade de caixa, com apresentação de pedido de recuperação judicial pelos grupos Atlântica⁴⁷⁸ (convolado em falência), Viver⁴⁷⁹ e PDG⁴⁸⁰ (que a época possuía débitos de R\$ 7,3 bilhões), além de muitos outros em inegável prejuízo a toda a sociedade⁴⁸¹.

Concomitante a este movimento, foi apresentado o projeto de Lei nº. 1220/15 pelo deputado Celso Russomano, que buscava regulamentar a desistência do compromisso de compra e venda em incorporação imobiliária, limitando a 10% o percentual máximo de retenção sobre os valores pagos à incorporadora⁴⁸², concretizando uma visão de proteção única do consumidor em detrimento do próprio mercado.

Referido projeto foi substituído pela própria Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, pois de acordo com o Relator Deputado José Stédile, a melhor proteção que se pode dar à sociedade é propiciar o acesso à moradia por meio de um mercado seguro e equilibrado, reconhecendo que a resolução dos contratos por um número expressivo de

⁴⁷⁷ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS – ABRAINC. **Avaliação Econômica de decisões judiciais em torno da restituição de valores devidos por rescisão por iniciativa do adquirente em operações de compra e venda de imóveis.** São Paulo: 2019. Disponível em: <https://www.abrainc.org.br/estudos-pesquisas>. Acesso em: 09 nov. 2022.

⁴⁷⁸ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo** nº. 1132473-02.2015.8.26.0100 em trâmite perante a 2ª Vara de Falências e Recuperação Judicial da Comarca de São Paulo/SP.

⁴⁷⁹ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo** nº. 1103236-83.2016.8.26.0100, em trâmite perante a 2ª Vara de Falências e Recuperação Judicial da Comarca de São Paulo/SP.

⁴⁸⁰ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Processo** nº. 1016422-34.2017.8.26.0100, em trâmite perante a 1ª Vara de Falências e Recuperação Judicial da Comarca de São Paulo/SP.

⁴⁸¹SOARES, Renan Tadeu de S. **Patrimônio de Afetação em Recuperação Judicial e Falência do Incorporador Imobiliário.** Dissertação (Mestrado Profissional) – Mestrado em Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019, p. 120.

⁴⁸²BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 1120 e 2015.** Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01lhom8n7zqmu8fbbegs4qw0lw793095.node0?codteor=1323397&filename=PL+1220/2015. Acesso em: 15 ago. 2022.

adquirentes impacta severamente no fluxo de caixa do empreendimento, ocasionando desequilíbrio nas relações de consumo⁴⁸³.

Este projeto resultou na posterior promulgação da Lei nº. 13.786/18⁴⁸⁴, denominada de “Lei dos Distratos”, que estabeleceu uma série de informações mínimas como forma de diminuir a assimetria informacional nos compromissos de compra e venda celebrados, permitindo a aplicação de penalidade de 25% dos valores pagos em caso de desistência do contrato pelo adquirente/consumidor, sem prejuízo do ressarcimento das despesas de corretagem, impostos, cotas de condomínio e demais encargos no imóvel, percentual este que pode ser majorado em até 50% se a incorporação estiver submetida ao patrimônio de afetação.

Em outras palavras, a nova legislação estabeleceu a possibilidade de dedução dos prejuízos ocasionados pela incorporadora com o pagamento da comissão de corretagem, impostos e cotas de condomínio, além da cláusula penal, vez que seus fundamentos são diferentes.

Contudo, embora a nova legislação tenha buscado reequilibrar a relação entre adquirente e incorporadora, evitando a depreciação do próprio mercado em razão dos inúmeros prejuízos ocasionados com os distratos, se verifica em recentes decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que ainda há divergências sobre a sua aplicação, conforme três julgados proferidos em 2022 abaixo:

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – CONTRATO POSTERIOR À LEI DO DISTRATO – RESCISÃO CONTRATUAL POR INICIATIVA DOS COMPRADORES. Sentença de parcial procedência condenando a ré à devolução de 50% do montante pago e retenção da comissão de corretagem. Inconformismo do autor – Acolhimento – Ainda que a lei do distrato (13.786/18) preveja percentual de até 50% dos valores pagos em empreendimentos sob regime de afetação, as cláusulas excessivamente onerosas aos consumidores devem ser revistas – Aplicação do CDC – Precedentes desta Câmara – Comissão de corretagem – Inviabilidade da retenção – Contrato que impõe ao vendedor o pagamento da comissão – Sentença parcialmente reformada para condenar a ré à restituição de 75% do valor pago, sem retenção da comissão de corretagem – RECURSO PROVIDO⁴⁸⁵.

APELAÇÃO. Compromisso de compra e venda de imóvel. Distrato por iniciativa da parte adquirente. Direito de retenção. Majoração do percentual a ser retido (de 20% para 50%). Impertinência. Manutenção do percentual a ser retido de 20%, por ser uma justa compensação pela inesperada rescisão contratual, sem atentar contra o

⁴⁸³BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 1.220, de 2015**, Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1631713&filename=PRL+1+CDC+%3D%3E+PL+1220/2015. Acesso em: 15 ago. 2022.

⁴⁸⁴BRASIL. **Lei 13.786, de 27 de dezembro de 2018**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13786.htm. Acesso em: 03 nov. 2022.

⁴⁸⁵ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível nº. 1016163-97.2020.8.26.0564**. Relator: Benedito Antonio Okuno; 8ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 29/03/2022. Data de Registro: 29/03/2022.

patrimônio do consumidor. Juros de mora. Termo inicial. Trânsito em julgado. Sentença mantida. Adoção do art. 252 do RITJ. RECURSO DESPROVIDO⁴⁸⁶.

APELAÇÃO. Compromisso de compra e venda. Contrato firmado sob a égide da Lei nº 13.786/18. Rescisão contratual por iniciativa dos compradores. Sentença de parcial procedência para, afastado o pleito indenizatório, determinar a restituição, de uma só vez, de 80% dos valores despendidos pelos autores. Recurso das corrés. Pretensão de retenção de 50% dos valores pagos tal como permitido na Nova Lei do Distrato. Art. 67-A da referida Lei que prevê, apenas, o limite máximo de retenção em relação às importâncias a serem devolvidas, o que não obsta a dedução de valores em montante inferior, caso verificada a onerosidade excessiva aos adquirentes. Código de Defesa do Consumidor. Retenção de 20% dos valores pagos. Percentual adequado e que observa o princípio da proporcionalidade. Sentença mantida. Honorários recursais. Art. 85, §11, do CPC. Elevação da verba honorária em favor do patrono dos autores. Recurso não provido⁴⁸⁷.

Referidas decisões, embora não sejam maioria na corte, acabam por manter a imprevisibilidade na análise dos pedidos de distrato e desprezam o direito positivo, incentivando as partes a litigar em prejuízo do próprio Poder Judiciário com o aumento da demanda em razão do potencial ganho na redução da penalidade contratual, pois sequer são analisadas as efetivas perdas ocasionadas às incorporadoras e as consequências das decisões, conforme se verá adiante.

3.2.2. Análise dos julgados

Sobre este segundo tema, verifica-se que o judiciário também se posicionou de maneira não uniforme, mas ao contrário da discussão sobre a cobrança das comissões de corretagem, o ponto de divergência passou a ser bem menos elástico, pois não houve grande questionamento acerca da possibilidade de rescindir compromisso de compra e venda irretratável e nem sobre a forma de aplicação da penalidade em caso de rescisão.

Concluiu-se uniformemente por adotar percentual sobre os valores pagos a título indenizatório, de modo que a divergência ocorreu apenas sobre o *quantum* deveria ser adotado deste percentual em cada caso, tendo o STJ orientado a utilização de percentual de até 25% dos valores pagos.

Entretanto, a orientação de percentual genérico em cima dos valores pagos para a rescisão do compromisso de compra e venda, que se destina a indenizar a incorporadora, bem

⁴⁸⁶ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 1008474-75.2021.8.26.0011. Relator: Jair de Souza. 10ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 05/04/2022. Data de Registro: 07/04/2022

⁴⁸⁷ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 1059848-57.2021.8.26.0100. Relator: Décio Rodrigues. 21ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 15/08/2022. Data de Registro: 15/08/2022.

como penalizar o comprador com o desfazimento do contrato, embora seja padronizada e uniforme do ponto de vista normativo, acabou sendo completamente diferente em sua adoção casuística, criando grandes divergências e injustiças.

Isso porque, se de um lado os prejuízos da incorporadora podem não ser ressarcidos com a desistência que não tenha dado causa, de outro, os consumidores podem ser penalizados de formas distintas em casos semelhantes, uma vez que os processos levados ao conhecimento do judiciário possuem grandes variáveis conforme o prazo de construção, forma de pagamento e ocupação, por exemplo.

Assim, antes de apresentar os efeitos coletivos dessas decisões diante do consequencialismo e eficiência vistos acima, primeiro se demonstrará que a igualdade formal na aplicação de percentual fixo a título de penalidade não trata os consumidores e incorporadores de forma isonômica, permitindo que tanto um quanto outro possam ser beneficiados (ou extremamente prejudicados) de forma indevida.

Para facilitar a explicação e visualizar esse efeito, decidimos criar um comparativo hipotético de aquisição de um imóvel, utilizando as regras mais comuns da incorporação imobiliária nesse tipo de transação (que adiante serão balizados por decisões semelhantes).

Nesse comparativo serão utilizados três consumidores que denominaremos de “X”, “Y” e “Z” e esses três consumidores irão adquirir uma unidade na data de lançamento do empreendimento denominado “Prédio” em 01/01/19, que será entregue no dia 01 de março de 2022.

O consumidor “X”, por ter um valor guardado em casa, preferiu adquirir a unidade pagando metade a vista e o restante no momento do término da construção, razão pela qual o valor de venda foi de 100.000.

O consumidor “Y”, por outro lado, preferiu efetuar um parcelamento da unidade em 36 vezes iguais (respeitando o prazo de construção do imóvel), razão pela qual a unidade foi adquirida por 120.000 enquanto o consumidor “Z” optou por efetuar o pagamento mínimo de 30% do imóvel até sua entrega, deixando o saldo para futura obtenção de financiamento, motivo pelo qual adquiriu a unidade pelo valor de 160.000.

Pois bem, imaginando hipoteticamente que em julho de 2020 os três consumidores tenham perdido seus empregos e tiveram que desistir do imóvel, de acordo com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, admitindo-se como penalidade o percentual de retenção equivalente a 25% dos valores pagos, teremos o seguinte cenário:

Tabela 3 – Cenário hipotético com desistência em julho de 2020

Adquirente	Valores Pagos	Retenção de 25%	Percentual sobre o total do imóvel
Consumidor X	R\$ 50.000,00	R\$ 12.500,00	12,50%
Consumidor Y	R\$ 63.333,33	R\$ 15.833,33	13,19%
Consumidor Z	R\$ 28.500,00	R\$ 7.125,00	4,45%

Fonte: elaborada pelo autor (2022)

Como se percebe na tabela acima, embora o momento em que se pediu o encerramento contratual tenha sido exatamente o mesmo, tratando-se do mesmo empreendimento, após um ano e meio da assinatura do contrato a adoção de percentual genérico de retenção (a título de multa e indenização) trouxe grandes divergências tanto para o consumidor quanto para a incorporadora.

Neste sentido, se de um lado o Comprador “Y” terá um razoável prejuízo em quase 15% do valor total do contrato, por outro lado, o Consumidor “Z” terá penalidade leve, impondo à incorporadora grande ônus em razão do distrato, vez que a indenização não chega a 5% do preço da unidade, não suprimindo as despesas com a rescisão⁴⁸⁸, especialmente porque apenas a corretagem costuma ser de 6%⁴⁸⁹.

Agora, imaginando em um segundo exemplo que esses consumidores tivessem perdido seus empregos em julho de 2022 (dois anos e meio após a aquisição das unidades), a divergência na penalidade será ainda maior, pois toda a penalidade aplicada pelo Judiciário ocorre em função dos fluxos financeiros escolhidos por cada comprador, conforme o seguinte cenário abaixo:

⁴⁸⁸Em estudo realizado pela FIPE a pedido da ABRAINC, constatou-se que os impactos com as despesas processuais e custos administrativos eram em média de 6,3% do valor total do imóvel. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS – ABRAINC. **Avaliação Econômica de decisões judiciais em torno da restituição de valores devidos por rescisão por iniciativa do adquirente em operações de compra e venda de imóveis**. São Paulo: 2019. Disponível em: <https://www.abrainc.org.br/estudos-pesquisas>. Acesso em: 09 nov. 2022.

⁴⁸⁹Embora tenha se visto no item 3.2.1. deste estudo que o STJ autorizou a cobrança da comissão de corretagem ao compromissário comprador por meio do Tema 938, diante do conflito instaurado e grande questionamento, algumas incorporadoras começaram a incluir essas comissões no valor final do contrato, absorvendo o custo fiscal e de gestão já vistos acima. Contudo, no momento da rescisão contratual esses valores (de 4 a 6% do valor da venda) não eram abatidos do cálculo de retenção (de 25%) de modo que a incorporadora ainda assumia o ônus por serviço prestado por terceiro. Neste sentido, recente Acórdão proferido pelo TJSP assim consignou: “[...] a retenção da comissão de corretagem somente é admissível quando amparada em cláusula contratual que expressamente transfira ao comprador a obrigação desse pagamento. No caso, não há no instrumento cláusula contratual a esse respeito [...]” ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 1000564-23.2018.8.26.0586. Relator: José Augusto Genofre Martins. 29ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 31/10/2022. Data de Registro: 31/10/2022.

Tabela 4 – Cenário hipotético com desistência em julho de 2021

Adquirente	Valores Pagos	Retenção de 25%	Percentual sobre o total do imóvel
Consumidor X	R\$ 50.000,00	R\$ 12.500,00	12,50%
Consumidor Y	R\$ 103.333,33	R\$ 25.833,33	21,53%
Consumidor Z	R\$ 46.500,00	R\$ 11.625,00	7,27%

Fonte: Elaborada pelo autor, 2022.

Neste segundo cenário, o Consumidor “Y” irá pagar mais do que o dobro da multa aplicada aos outros compradores em situações análogas, ou seja, a orientação judicial prejudica o consumidor que preferiu realizar um parcelamento menor e cujo fluxo traria benefícios à própria incorporadora.

Em uma situação real, esse consumidor terá fortes incentivos para efetuar o pagamento do saldo (16.666,67), sob pena de perder valor maior a título de multa, mas infelizmente podem ocorrer situações em que essa quantia não seja possível, impondo grave ônus.

Essa mesma incongruência ocorre com o Consumidor “X” que efetuou um pagamento a vista e o remanescente será pago apenas no recebimento do imóvel, pois se o consumidor desistir da compra entre fevereiro de 2019 e fevereiro de 2022 sua penalidade será a mesma, ou seja, há incentivos para que a incorporadora não seja previamente avisada o que pode dificultar a nova comercialização dessa unidade que, uma vez pronta, demandará custos mensais com despesas de condomínio e IPTU.

Importante esclarecer, ainda, que as diferenças iniciais dos preços da unidade no modelo hipotético acima pelos consumidores “X”, “Y” e “Z” tomaram como premissa que as quantias (e conseqüentemente os valores pagos) variam conforme o fluxo financeiro e correção monetária aplicadas ao longo do período de construção do empreendimento até a parcela das chaves.

Contudo, se considerarmos os dois cenários acima com o mesmo valor pago pela unidade (100.000), a divergência de penalidade continua existindo, o que demonstra que a forma adotada pelo Poder Judiciário para aplicação da penalidade ao consumidor não se mostra correta e eficiente, ao permitir custos de transação adicionais e indevidos, conforme abaixo:

Tabela 5 – Hipótese de desistência mantendo o mesmo valor de compra

Adquirente	Valores Pagos	Retenção de 25%	Percentual sobre o total do imóvel
Devolução em julho de 2020			
Consumidor X	R\$ 50.000,00	R\$ 12.500,00	12,50%
Consumidor Y	R\$ 52.777,78	R\$ 13.194,44	13,19%
Consumidor Z	R\$ 15.833,33	R\$ 3.958,33	3,96%
Devolução em julho de 2021			
Consumidor X	R\$ 50.000,00	R\$ 12.500,00	12,50%
Consumidor Y	R\$ 86.111,11	R\$ 21.527,78	21,53%
Consumidor Z	R\$ 25.833,33	R\$ 6.458,33	6,46%

Fonte: elaborada pelo autor (2022).

Como se percebe, em ambos os cenários as divergências persistem, pois toda a métrica é realizada em cima dos valores pagos, desprezando o fluxo financeiro e o tempo, que são variáveis conforme a capacidade econômica de cada consumidor. Desta forma, se de um lado há consumidores extremamente prejudicados (aqueles que anteciparam os pagamentos das unidades), por outro lado, há situações com grande prejuízo às incorporadoras, pois a penalidade aplicada não é suficiente ao custeio de suas despesas com aquela unidade (incluindo despesas administrativas, comerciais, fiscais, etc.) que ainda deverá ser novamente comercializada.

Esse entendimento, portanto, poderá ocasionar uma cláusula de barreira, com as incorporadoras exigindo um valor maior de entrada ou exigindo fluxo financeiro mais alto, justamente para se precaver em caso de eventual desistência, em prejuízo aos consumidores com menor capacidade econômica.

Outrossim, embora o percentual não inclua, em um primeiro momento, as despesas de ocupação, tem-se visto julgados em que esse percentual é utilizado como teto máximo independentemente do período que o imóvel foi utilizado, o que pode incentivar consumidores oportunistas a não efetuar os pagamentos das parcelas e desistir da compra, ocupando o imóvel até solução judicial final em prejuízo das incorporadoras.

Embora os três cenários acima tenham sido criados hipoteticamente, diversos são os casos semelhantes obtidos na jurisprudência em que se decidiu da mesma forma para casos distintos, conforme será apresentado em caráter ilustrativo, trazendo breve análise de três processos julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

No primeiro caso⁴⁹⁰, o consumidor adquiriu uma unidade em 24/11/15 pelo valor global de R\$ 208.838,00, efetuando o pagamento do sinal de R\$ 28.805,95, de modo que o valor remanescente seria pago em 17 prestações com o saldo via financiamento bancário na parcela das chaves.

Em março de 2016 (quatro meses após a compra) esse consumidor ingressou com ação de rescisão contratual, pois não tinha mais intenção de continuar com o imóvel (desistência simples), suspendendo os pagamentos subsequentes por decisão liminar⁴⁹¹ de modo que a incorporadora não poderia cobrar os valores, mas igualmente não poderia revender a unidade. Ao sentenciar o feito em janeiro de 2017 a juíza aplicou como penalidade a perda de 20% das parcelas pagas a título de multa, pois entendeu que percentual maior faria a incorporadora receber duas vezes pelo mesmo bem (vez que irá comercializá-lo novamente), determinando ainda que os valores fossem corrigidos e incluídos de juros de mora desde a citação⁴⁹².

Ao julgar o recurso, o TJ/SP reconheceu que o CDC não pode ser posto a serviço de contratantes inadimplentes, insatisfeitos ou arrependidos (como neste caso), momento em que majorou o percentual de retenção para 25% e determinou que os juros de mora fossem contatos a partir do trânsito em julgado, conforme posicionamento do STJ⁴⁹³.

No segundo caso⁴⁹⁴, a consumidora adquiriu um imóvel em 08/06/2014 pelo valor total de R\$ 336.146,80, tendo efetuado o pagamento de R\$ 96.621,77, com o saldo final a ser pago mediante financiamento imobiliário. Contudo, após a finalização da obra no ano de 2017, embora o financiamento tenha sido aprovado, as taxas não eram interessantes para a consumidora que resolveu desistir do negócio.

Distribuído o processo, o juiz de primeiro grau deferiu liminarmente a rescisão do contrato (permitindo a futura venda da unidade) e determinou que a incorporadora se abstivesse

⁴⁹⁰ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** n°. 1026551-35.2016.8.26.0100. Relator: Giffoni Ferreira. 2ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 11/07/2017; Data de Registro: 11/07/2017.

⁴⁹¹Neste caso o motivo da desistência não foi a impossibilidade de pagamento, mas sim a perda do interesse no imóvel. A decisão liminar sequer avalia a irretroatividade do compromisso, mas entende que não sendo vontade do consumidor a manutenção do contrato, os pagamentos devem ser suspensos, conforme transcrição: “[...] Defiro a antecipação dos efeitos da tutela para que a ré cesse qualquer cobrança relativa ao objeto sob discussão. O provimento final que se pretende é a rescisão contratual. O perigo na demora decorre do fato de que, não rescindido formalmente, poderá a requerida exigir mensalidades, incorrendo a autora em mora, apesar da vontade inequívoca de não perpetuar relação jurídica [...]”. ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo **Ação de Rescisão Contratual** n°. 1026551-35.2016.8.26.0100. 8ª Vara Cível do Foro Central Cível. São Paulo, fl. 76.

⁴⁹²ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo **Ação de Rescisão Contratual** n°. 1026551-35.2016.8.26.0100. 8ª Vara Cível do Foro Central Cível. São Paulo, fl. 125-130.

⁴⁹³Ibid., fl. 165-167.

⁴⁹⁴ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** n°. 1008716-52.2017.8.26.0309. Relator: Erickson Gavazza Marques. 5ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 24/11/2020. Data de Registro: 24/11/2020.

de cobrar qualquer valor à autora, incluindo despesas condominiais e de IPTU (vez que a unidade já estava pronta). Ainda, determinou que a incorporadora efetuasse o depósito em juízo de 80% dos valores pagos pelo consumidor no prazo de dez dias⁴⁹⁵. Interposto Agravo de Instrumento, o TJSP entendeu ser “pacífico o entendimento da jurisprudência no sentido de que é possível a rescisão” razão pela qual negou o provimento ao recurso e manteve a exigibilidade do depósito⁴⁹⁶.

Remetidos os autos para sentenciamento, o juiz determinou a retenção de 25% dos valores pagos (seguindo a orientação do STJ), mas determinou que os juros de mora fossem aplicáveis desde a citação⁴⁹⁷, o que foi revertido no TJSP em sede de Recurso de Apelação para que os juros se iniciassem após o trânsito em julgado⁴⁹⁸.

Por fim, no terceiro caso⁴⁹⁹, a consumidora adquiriu o imóvel em 21/02/15 no estande de vendas de uma incorporadora pelo valor total de R\$ 333.968,40 mediante parcelamento de treze anos. Após receber o imóvel em 28/08/2017, o saldo devedor foi refinanciado junto a própria incorporadora para pagamento em 15 anos (180 prestações). Não logrando êxito nos pagamentos, o saldo foi novamente refinanciado em 28/09/18 para pagamento em 20 anos (240 prestações).

Em 06/12/19 a consumidora alegou não conseguir efetuar o pagamento das parcelas e ingressou com pedido judicial de rescisão unilateral do contrato, o que foi deferido via tutela antecipada rescindindo liminarmente o vínculo entre as partes e determinando o depósito judicial de 80% dos valores pagos⁵⁰⁰. Referida decisão foi suspensa em razão do efeito

⁴⁹⁵ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação de Rescisão Contratual** n°. 1008716-52.2017.8.26.0309. 4ª Vara Cível do Foro da Comarca de Jundiaí. Jundiaí, fl. 75-77.

⁴⁹⁶ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento** n°. 2116162-54.2017.8.26.0000. Relator: Erickson Gavazza Marques. 5ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 02/08/2017. Data de Registro: 15/08/2017.

⁴⁹⁷ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação de Rescisão Contratual** n°. 1008716-52.2017.8.26.0309. 4ª Vara Cível do Foro da Comarca de Jundiaí. Jundiaí, fl. 254-260.

⁴⁹⁸Ibid., fl. 409-419

⁴⁹⁹ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação** Cível n°. 1047023-68.2019.8.26.0224. Relator: Melo Bueno. 35ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 02/05/2022. Data de Registro: 03/05/2022.

⁵⁰⁰De acordo com a decisão: “[...] Em primeiro lugar, observo que a doutrina admite a hipótese de rescisão antecipada do contrato respectivo, quando evidente que as obrigações não serão cumpridas pela parte que alegar impossibilidade financeira para tanto. Nesses termos, porque iminente a hipótese de descumprimento das obrigações supramencionadas, CONCEDO TUTELA ANTECIPADA para rescindir o vínculo jurídico celebrado entre as partes. [...] Em decorrência do acima exposto, também concedo tutela antecipada para que o réu devolva 80% do valor desembolsado pela autora a título de pagamento do preço, na medida em que este valor se revela adequado para o ressarcimento almejado, sendo certo que o valor correspondente a 20% se refere ao abatimento decorrente das despesas assumidas pelo réu para os fins do empreendimento respectivo [...]”. ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação de Rescisão Contratual** n°. 1047023-68.2019.8.26.0224. 10ª Vara Cível do Foro da Comarca de Guarulhos. Guarulhos, fl. 73-74.

suspensivo concedido no Agravo de Instrumento interposto, que não chegou a ser posteriormente julgado em razão da perda do objeto⁵⁰¹.

Ao sentenciar o feito em julho/2020, o juiz reconheceu que a rescisão decorre de desistência injustificada e confirmou a decisão liminar, determinando a retenção de 20% dos valores pagos, mas condenou a consumidora a pagar 0,5% ao mês sobre o valor do contrato a título de taxa de ocupação pelo uso do imóvel desde agosto/17, o que seria equivalente ao valor de um aluguel⁵⁰².

Todavia, após a interposição de recurso por ambas as partes, o TJSP majorou o percentual de retenção para 25%, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça, mas afastou a condenação ao pagamento da taxa de ocupação do imóvel, pois concluiu que esse percentual “já abrange todos os valores adimplidos, inclusive a taxa de fruição e multa contratual, de modo a reparar todas as despesas e eventuais prejuízos das rés”⁵⁰³.

Como se percebe, nesses três casos a rescisão contratual se operou por simples desistência dos compradores, pois ora não se concordou com o índice de reajuste do contrato (caso 1), ora não se concordou com os juros do financiamento (caso 2) ou com o valor da prestação (caso 3), não se tratando de insuportabilidade ao cumprimento do contrato ou alteração de sua base em razão de circunstâncias posteriores, como exigido pelo STJ em seus primeiros precedentes.

Ademais, embora as situações jurídicas tenham sido completamente diferentes, inclusive os fluxos de pagamento e período de desistência do compromisso, o percentual de penalização aplicada ao consumidor foi o mesmo, inclusive para aquele que ocupou o imóvel por mais de três anos (caso 3), ocasionando clara ausência de isonomia em cada situação, pois não houve análise efetiva dos custos e prejuízos provocados em cada caso.

Desta forma, inicialmente se constata que o Poder Judiciário passou a aplicar de forma relativamente equivocada os precedentes e determinações do STJ, pois embora a rescisão do contrato não deva ser vista como um direito potestativo do consumidor⁵⁰⁴, esta se transformou em simples pedido de desistência, inclusive com o deferimento liminar *inaudita altera parte* de liberação da unidade adquirida em contrato irrevogável, deturpando a irretroatividade legal ao não exigir a devida comprovação de insuportabilidade financeira ou alteração da base contratual apta a essa rescisão.

⁵⁰¹Ibid., fl. 385.

⁵⁰²Ibid., fl. 371-377.

⁵⁰³Ibid., fl. 695-702.

⁵⁰⁴BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 1.723.519/SP. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 28/8/2019, DJe de 2/10/2019.

Outrossim, passou o TJSP a aplicar percentual padronizado de retenção de 25% sem avaliar as especificidades de cada caso, deixando inclusive de aplicar a taxa de ocupação (de forma diferente ao entendimento do próprio STJ⁵⁰⁵) ou de avaliar eventuais despesas de condomínio e IPTU com a unidade presa⁵⁰⁶.

Como consequência, essas decisões a despeito de protegerem o consumidor, acabaram ocasionando seu próprio prejuízo, pois o legislador ao estabelecer a irretratabilidade da promessa de compra e venda buscou proteger o próprio negócio de incorporação em razão de suas especificidades, ou seja, impedia que o comprador desistisse do negócio, mas igualmente impedia que o vendedor buscasse um benefício econômico maior em uma segunda venda, de modo a afastar o *efficient breach* de ambos os lados e trazer eficiência ao negócio pelas regras comportamentais.

Neste sentido, os três casos apresentados e julgados pelo TJSP reconhecem a inexistência de irretratabilidade ao permitirem a desistência simples, o que traz insegurança jurídica ao mercado, especialmente em razão da necessária devolução a vista de 75% dos valores recebidos e já utilizados na própria construção do empreendimento, fomentando conflitos e desestabilizando o mercado.

Em um comparativo com outros Países tais como México, Argentina, EUA, Canadá, Reino Unido, França e Itália, o Brasil é o único a permitir o cancelamento posterior da compra e venda (distrato), estabelecendo ainda, alto percentual de devolução das parcelas pagas⁵⁰⁷.

Isso, porque, o contrato de incorporação possui um duplo papel ao transmitir o direito aquisitivo e formar o capital da incorporação, de forma a permitir a alimentação financeira indispensável para a construção do empreendimento por meio de um interesse coletivo e de habitação, que deverá ser sopesado na análise de cada caso não sendo o arrependimento compatível com a incorporação imobiliária⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵Ibidem.

⁵⁰⁶Para fins de esclarecimento, em muitos casos o pedido de rescisão contratual pelo comprador ocorria no momento da obtenção do financiamento, quando a unidade estava pronta, demandando despesas mensais de IPTU e Condomínio. De acordo com os compromissos celebrados, esses custos são dos compradores, vez que adquiriram a unidade antes de sua entrega, mas de acordo com o Judiciário só são devidos aos compradores após a entrega das chaves (início da posse efetiva), portanto, em grande parte dos casos a unidade não podia ser vendida a terceiros (pois ainda não havia rescisão formal pelo judiciário) e os seus custos eram assumidos pela incorporadora até solução judicial e até ser novamente comercializada.

⁵⁰⁷BRASIL. Ministério da Fazenda. **Nota Técnica Distrato**. Jul. 2018. Disponível em: https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/notas-tecnicas-e-pareceres/2018/2018-07-04_distrato_nota.pdf/view. Acesso em: 04 nov. 2022.

⁵⁰⁸CHALHUB, Melhim. A promessa de compra e venda no contexto da incorporação imobiliária e os efeitos do desfazimento do contrato. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, RDCC, v. 7, abr./jun. 2016.

Nesta seara, o distrato gera instabilidade no fluxo de caixa da Incorporadora, aumentando a chance de atraso na entrega do empreendimento em prejuízo dos demais compradores, pois a proteção judicial ao distrato “levou a que se priorizasse o interesse individual dos compradores inadimplentes em detrimento do interesse coletivo dos consumidores adimplentes”⁵⁰⁹.

Ademais, esse posicionamento judicial exigiu que as incorporadoras passassem a provisionar os pagamentos dos distratos ao invés de utilizarem os recursos na consecução de seu objetivo (construção), afetando os princípios basilares da Incorporação Imobiliária.

Este prejuízo elevou o próprio custo do financiamento das incorporadoras junto aos bancos, repassando esse aumento aos consumidores em razão das incertezas de recebimento no fluxo futuro. Outrossim, no auge das desistências algumas incorporadoras passaram a locar as unidades vazias, alterando seu modelo de negócios, enquanto outras foram obrigadas a pedir recuperação judicial ou postergar a entrega das unidades, vez que tanto os valores de venda quanto os custos de construção foram afetados pela crise econômica⁵¹⁰.

Como exemplo, a Recuperação Judicial instaurada em 22/02/17 pelo Grupo PDG (formado por mais de 500 empresas) demonstra que os distratos embora não tenham sido o único motivo pelo colapso da empresa, contribuíram efetivamente com o seu prejuízo, pois chegaram a 101% no terceiro trimestre de 2016, ou seja, o número de vendas no terceiro trimestre foi menor do que o número de devoluções (total de 2.524 unidades distratadas), impondo à empresa que buscasse auxílio judicial para gerir sua crise, sob pena de paralização total das obras, ausência de pagamento de funcionários, etc.⁵¹¹, ou seja, toda a sociedade sai prejudicada.

Até hoje inúmeras ações contra o grupo PDG buscam o recebimento de valores em razão dos distratos, indenizações em razão da entrega tardia do empreendimento ou mesmo a adjudicação compulsória da unidade adquirida, pois embora esta tenha sido quitada pelo consumidor adimplente, continua hipotecada junto a instituição financeira diante da ausência de quitação integral do financiamento da obra.

⁵⁰⁹BRASIL. Ministério da Fazenda **Nota Técnica Distrato**. Jul. 2018. Disponível em: https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/notas-tecnicas-e-pareceres/2018/2018-07-04_distrato_nota.pdf/view. Acesso em: 04 nov. 2022.

⁵¹⁰SABA, Luis Eduardo de Moraes. **Análise dos Impactos dos Distratos na Taxa Interna de Retorno**. 18ª Conferência Internacional da LARES. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://lares.architexturez.net/system/files/103%20-%20Saba.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2022.

⁵¹¹PDG. **Documentos Recuperação Judicial**. Disponível em: <https://ri.pdg.com.br/listRecuperacaoJudicial.aspx?idCanal=wYjibef09wAbblKouG8ixA==&linguagem=pt&pagina=8#ancora>. Acesso em: 04 nov. 2022.

Com isso, atualmente as incorporadoras passaram a exigir um valor maior (prêmio) em razão da insegurança jurídica e potencial de redução do retorno financeiro pelos distratos, o que apenas prejudica o consumidor adimplente⁵¹².

Desta forma, além das consequências internas com os custos processuais, pagamento de advogados e honorários sucumbenciais diante do incentivo judicial em autorizar a rescisão contratual, alterando as regras comportamentais acordadas pelas partes de forma diversa do previsto em lei, inúmeros foram os prejuízos econômicos das empresas, que readequaram o mercado em prejuízo ao próprio consumidor (consequências externas).

Neste sentido, em estudo realizado pela FIPE a pedido da ABRAIN, se verificou que a média dos distratos de 2014 a 2019 corresponderam a R\$ 7.022 bilhões ao ano em imóveis devolvidos, equivalentes a 6.555 casos judicializados por ano (apenas das empresas associadas), impondo um custo de 6,3% do valor de mercado médio do imóvel por ano, tão somente com custos processuais e administrativos de manutenção da unidade após a sua entrega⁵¹³, sem incluir as demais despesas tais como publicidade, corretagem, impostos, etc.

Deste modo, novamente se constata que as decisões proferidas não avaliaram as repercussões de suas decisões sobre o mercado, possuindo visão única pró-consumo, o que trouxe reflexos negativos às demais partes que compõem a incorporação, bem como toda a coletividade, uma vez que o imóvel não pode ser considerado como um simples bem durável, mas se trata igualmente de um ativo financeiro decorrente de uma operação complexa.

Assim, se conclui que as decisões proferidas foram ineficientes por trazerem custos de transação maiores para as partes com a alteração posterior das regras contratuais, gerando insegurança jurídica e permitindo a adoção de postura oportunista (*efficient breach*) por meio de percentual genérico de penalidade em prejuízos às partes.

Não é demais lembrar, que o compromisso de compra e venda foi criado, justamente, para beneficiar os próprios consumidores, permitindo que estes pudessem adquirir de forma segura um imóvel durante o prazo de construção, efetuando o pagamento mensal sem se sujeitar aos encargos financeiros de empréstimo bancário que seriam exigidos apenas após o término da construção e tão somente sobre o pagamento do saldo final.

⁵¹²SABA, Luis Eduardo de Moraes. Análise dos Impactos dos Distratos na Taxa Interna de Retorno. **18ª Conferência Internacional da LARES**. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://lares.architecturez.net/system/files/103%20-%20Saba.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2022.

⁵¹³ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS – ABRAIN. **Avaliação Econômica de decisões judiciais em torno da restituição de valores devidos por rescisão por iniciativa do adquirente em operações de compra e venda de imóveis**. São Paulo: 2019.

Portanto, a melhor solução seria manter o contrato firmado em sua integralidade, vez que se trata legalmente de instrumento irretratável, o que daria segurança jurídica e previsibilidade às partes, pois decorrente de um livre acordo de vontades. Assim, para que este instrumento fosse cancelado, os compradores deveriam previamente comprovar a onerosidade excessiva ou alteração da base contratual que ocasione a impossibilidade de cumprimento da avença, de modo a vincular a rescisão tão somente àqueles que efetivamente precisassem dessa solução pelo Judiciário (afastando investidores, oportunistas e compradores arrependidos).

Deste modo, ao permitir situação não prevista em lei (cancelamento de contrato irretratável), os valores a serem devolvidos deveriam inicialmente respeitar a cláusula contratual prevista, de modo que na sua ausência ou abusividade, deveriam ser previamente compensados com os gastos incorridos pela vendedora, mantendo-se um percentual a título de penalidade como desincentivo ao cancelamento do contrato, que inclusive poderia ser menor.

Isso porque, embora se reconheça que a incorporadora não teve culpa na rescisão do contrato, os percentuais aplicados continuam impondo penalidade a fornecedor que não deu causa, impedindo o retorno das partes ao *status quo ante*. Com isso, se evitaria o prejuízo com a modificação das regras contratuais, incentivando a manutenção do instrumento.

Observa-se, por oportuno, que os compromissos de compra e venda rescindidos já possuíam em suas cláusulas a previsão de compensação dos prejuízos e multa pelo cancelamento do contrato, mas referidas disposições foram afastadas pelo Judiciário que passou a aplicar penalidade de 25% dos valores pagos, concluindo que apenas esse percentual seria suficiente.

Como reflexo deste posicionamento e aumento exponencial das ações judiciais buscando a rescisão unilateral dos contratos, foi promulgada a Lei 13.786/18 (Lei do Distrato) que reforçou a irretratabilidade da avença ao determinar que esta poderá ocorrer apenas mediante distrato (comum acordo) ou mediante resolução do contrato por inadimplemento (descumprimento contratual).

Ainda, estabeleceu a nova legislação que os valores pagos deverão ser deduzidos das comissões de corretagem, além das despesas de condomínio, IPTU, impostos e demais encargos, sem prejuízo de multa que poderá ser de até 25% ou 50% dos valores pagos (caso se trate de patrimônio de afetação).

Em outras palavras, a nova lei acertadamente previu um percentual a título de multa como desestímulo ao pedido de rescisão contratual, além de estabelecer o direito à compensação de seus prejuízos, que não podem ser unificados em um único percentual como era realizado pelo Judiciário.

Outrossim, entendendo o caráter coletivo da incorporação imobiliária, também foi previsto que os valores a serem devolvidos respeitarão um prazo mínimo de 180 dias da data da rescisão (se não houver revenda antes da unidade) como forma de preservar o planejamento e construção do empreendimento, de modo que se tratando de patrimônio de afetação estes valores serão devolvidos após o término da construção, com a expedição do habite-se ou equivalente.

Embora o conjunto de penalidades não possa ultrapassar o total dos valores pagos (art. 67-A, §4º da Lei 13.786/18), com exceção da aplicação da taxa de fruição do imóvel, a nova legislação trouxe mais segurança jurídica para a incorporação imobiliária, respeitando a realidade complexa de sua consecução.

Esta norma, contudo, manteve a penalidade sobre os valores pagos (e não sobre o valor do bem) o que continuará trazendo divergências aos compradores em função dos respectivos fluxos de pagamentos de cada um, portanto, continua sendo ineficiente.

Resta avaliar, entretanto, como o judiciário irá aplicar a nova determinação e se existirá algum limite imposto pela jurisprudência, pois ao somar a cláusula penal com a compensação dos prejuízos, o valor poderá ser maior do que a quantia paga pelo consumidor, ocasionando a perda total do valor pago, o que é vedado pelo art. 53 do Código de Defesa do Consumidor.

A título de exemplo, em que pese a legislação tenha sido promulgada em 27/12/18 (reforçando a irretratabilidade), ainda não há uma definição clara sobre a forma de sua aplicação (e se será aplicada), pois conforme recente acórdão proferido pelo TJSP em 04/11/22⁵¹⁴, foi novamente permitida a rescisão dos compromissos de compra e venda por simples conveniência dos compradores que adquiriram duas unidades autônomas de futuro hotel, sequer destinado a moradia, em clara atividade de investimento.

Embora os contratos tenham sido firmados após a Lei 13.768/18 e por meio de patrimônio de afetação, a multa de 50% prevista no instrumento foi reduzida para 25% dos valores pagos, por ser (no entender da Câmara) suficiente aos prejuízos com a devolução do imóvel.

Referida decisão, além de afastar a aplicação da nova lei criada justamente para isso, continua desatenta à realidade da incorporação, misturando a cláusula penal com as perdas e danos e mantendo em razão de visão única pró consumo, clara ineficiência diante da insegurança jurídica com seus efeitos negativos no mercado e aumento nos custos de transação.

⁵¹⁴ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação** Cível nº. 1138816-04.2021.8.26.0100. Relator: Galdino Toledo Júnior. 9ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 04/11/2022. Data de Registro: 04/11/2022.

CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida neste trabalho identificou que a aplicação do Direito na atual sociedade da informação muitas vezes não é suficiente para a estabilização das relações contratuais celebradas, especialmente se tratando de relação de consumo com contrato de adesão massificado.

Assim, diante da existência de princípios e conceitos indeterminados previstos no Código de Defesa do Consumidor, em especial a cláusula geral de abusividade prevista no artigo 51, inciso IV, foi imposto ao Judiciário um protagonismo na análise e interpretação desses contratos em razão das falhas de mercado na relação de consumo.

Esse protagonismo, no entanto, pode ocasionar insegurança jurídica, cujos efeitos negativos, como função primária do ordenamento jurídico, perduram por anos até a solução final pela Corte Superior como tribunal uniformizador.

Isso porque, embora a discricionariedade judicial seja inerente à aplicação do Direito e destinada à sua renovação ao longo do tempo, diante de uma imprecisão nos conflitos dos próprios valores referida decisão serve como parâmetro de orientação jurídica de conduta.

Com isso, uma decisão, ainda que individualmente proferida, passa a ter efeitos coletivos indiretos diante do seu compartilhamento e disseminação, criando-se incentivos comportamentais para pessoas em situações análogas, o que pode atingir todo um segmento.

Neste sentido, se demonstrou, por meio da Análise Econômica do Direito, que a sua aplicação mediante uma visão única pró consumo, além de afetar o equilíbrio das relações negociais, acaba beneficiando alguns consumidores em prejuízo dos demais, conduzindo a efeitos diametralmente opostos àqueles perseguidos pelo Judiciário.

Para combater essa insegurança, foram apresentados os critérios consequencialistas e de eficiência, buscando compatibilizar a aplicação dos valores almeçados pelo Direito aos efeitos sociais futuros e econômicos, como forma de trazer uma coerência ao sistema e evitar o aumento dos custos de transação, que podem ocasionar prejuízo a todas as partes, inclusive à própria sociedade.

Após a apresentação desses critérios e a defesa de sua utilização, foram analisadas algumas decisões judiciais proferidas sobre os contratos de consumo decorrentes da atividade de incorporação imobiliária, onde se constatou que a alteração posterior das regras contratuais pelo Judiciário, ao considerar determinada previsão abusiva ou permitir conduta vedada pelo acordo (alterando o *design* contratual), acabou por ocasionar um incentivo ao litígio, assolando o próprio Poder Judiciário com um contingente excessivo de ações.

Ademais, por meio de uma visão única pró consumo sem o sopesamento com a realidade do mercado e do setor de incorporação imobiliária, diversos foram os prejuízos ocasionados a todo o segmento, tão somente para se defender desse contingente excessivo, cujos custos acabam sendo invariavelmente repassados aos consumidores.

Se demonstrou, portanto, com relação aos custos de corretagem, que o seu pagamento de forma segregada desde que previamente informado ao consumidor, ao invés de não trazer qualquer prejuízo, ocasionou benefício nos custos de transação em razão da diminuição da cadeia de fornecimento, por meio de ganhos fiscais e de gestão que podem baratear o produto final (unidade imobiliária), o que é vantajoso ao próprio comprador.

Com relação à rescisão unilateral do compromisso de compra e venda, além da legislação vedar expressamente a desistência simples do contrato, o que foi permitido pelo Judiciário, se demonstrou que o benefício trazido a alguns consumidores impactaram todo o segmento, inclusive com a quebra e recuperação judicial de empresas de incorporação imobiliária após o aumento exponencial dessas desistências.

Ademais, o critério único de penalidade adotado pelo Judiciário trouxe distorções na análise concreta dos casos analisados ao não tratar os consumidores de forma isonômica e impor penalidades diferentes para casos semelhantes.

Outrossim, além da penalidade judicialmente aplicada aos consumidores de forma diversa ao previsto no contrato não refletir o efetivo prejuízo das empresas, sua determinação de devolução a vista, inclusive com a rescisão do contrato em sede liminar *inaudita altera parte*, prejudicou todo o fluxo financeiro das empresas em claro desconhecimento ao caráter coletivo da aquisição de imóveis na planta, prejudicando consumidores que não desistiram do negócio.

Essas decisões não foram aplicadas apenas aos consumidores que tiveram grande alteração financeira ou que efetivamente precisavam de um pronunciamento jurisdicional, mas foram igualmente aplicadas a todos aqueles que adquiriram uma unidade e não tinham mais interesse na sua permanência, o que incluiu consumidores com situação financeira sadia, investidores e oportunistas.

Esse movimento, diante da insegurança jurídica na desistência dos contratos, resultou no aumento das taxas de financiamento, na cobrança de um prêmio no valor das unidades vendidas e no ajuste dos prazos de construção (para que uma parcela dos valores recebidos fossem contingenciados a eventuais desistências), em claro prejuízo ao mercado e aos consumidores adimplentes, o que resultou posteriormente na promulgação da Lei 13.786/18 para trazer adequação e segurança ao setor.

Referida legislação compreendeu que a insegurança jurídica do mercado trazia custos a importante segmento destinado a habitação e regrou os percentuais mínimos de multa e compensações em caso de posterior desistência dos compromissos, inclusive estabelecendo prazo para a devolução de parte dos valores recebidos, como forma de viabilizar a atividade de incorporação imobiliária.

É importante destacar que em ambos os temas analisados não houve violação ao direito de informação ou qualquer assimetria, pois tanto a cobrança da comissão de corretagem quanto a irretratabilidade e respectivas multas foram previstas de forma clara nos instrumentos celebrados pelas partes, de modo que o Judiciário entendeu pela abusividade da conduta, ainda que previamente acordado pelo consumidor.

Se concluí, portanto, que existe uma tendência protecionista em excesso ao consumidor pelo Judiciário, que não analisa os efeitos e consequências das decisões proferidas, o que pode prejudicar os próprios consumidores e impactar o ambiente de negócios.

Neste sentido, a própria Lei 13.786/18 trouxe grande penalidade ao consumidor, antes inexistente no ordenamento jurídico, o que poderia ter sido evitado ou mitigado, ou seja, criou-se via atuação legislativa grave multa, pois os prejuízos não eram supridos pelas decisões proferidas, ensejando a movimentação do congresso justamente para afastá-los.

Assim, se defende que o artigo 51, inciso IV do CDC, em razão de sua indeterminação e amplo alcance, deverá ser interpretado respeitando os efeitos sociais, econômicos e coletivos das decisões proferidas, por meio da aplicação do consequentialismo e eficiência, inclusive em razão da universalidade destas decisões.

Essa leitura impõe o respeito a um efetivo equilíbrio na relação entre consumidor e fornecedor, vez que o desequilíbrio inverso (excessiva proteção do consumidor para combater o desequilíbrio inicial da relação de consumo) pode trazer efeitos perversos ao mercado sem justificativa plausível, ou seja, sem melhora efetiva do consumidor.

Para dizer de outra forma, não é qualquer cláusula dura ou prejudicial ao consumidor que deve ser afastada e revista pelo Judiciário, mas apenas aquelas efetivamente abusivas, que justifiquem sua modificação posterior, evitando-se que se discuta a validade de qualquer disposição contratual, o que diminuirá o próprio contingente judicial, pois não à toa os maiores volumes de processos na justiça decorrem da relação de consumo⁵¹⁵.

⁵¹⁵CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça Pesquisa**. Políticas Públicas do Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/just-pesquisa-maiores-litigantes2018.pdf>. Acesso em: 26 out. 2022.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Modulação dos efeitos como categoria consequencialista: das funções tradicionais às contemporâneas. **Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, v. 1, n. 2, jul./dez. 2021, p. 363-393.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS – ABRAINC. Avaliação Econômica de decisões judiciais em torno da restituição de valores devidos por rescisão por iniciativa do adquirente em operações de compra e venda de imóveis. **Nota Técnica**. São Paulo: 2019. São Paulo: 2019. Disponível em: <https://www.abrainc.org.br/estudos-pesquisas>. Acesso em: 09 nov. 2022.

AGÊNCIA CBIC. **Construção Civil gerou mais de meio milhão de empregos com carteira assinada desde os primeiros meses da pandemia**. Disponível em: <https://cbic.org.br/construcao-civil-gerou-mais-de-meio-milhao-de-empregos-com-carteira-assinada-desde-os-primeiros-meses-da-pandemia/>. Acesso em: 09 nov. 2022.

AKERLOF, George. The Market for Lemmons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. **Quarterly Journal of Economics**, The MIT Press, 84, 1970, p. 488-500.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

ALTERINI, Atilio Aníbal. **Contratos Civiles – Comerciales – de Consumo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

ALVES, Francisco Sérgio M. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, v. 278, n. 3, set./dez. 2019, p. 113-144

ALVES, Hugo Ramos. Vulnerabilidade e assimetria contratual. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. LXII, n. 1, 2021, p. 305-339.

ARAKE, Henrique; GICO JUNIOR, Ivo T. De Graça, até Injeção na Testa: análise juseconômica da gratuidade de Justiça. **Economic Analysis of Law Review**, v. 5, n.1, jan./jun. 2014, p. 166-178.

ARAÚJO, Fernando. **Economia**. Conceitos Introdutórios para Juristas, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2022.

ASCENSÃO, J. de O. Cláusulas gerais e segurança jurídica no Código Civil de 2002. **Jus Scriptum's International Journal of Law**, [S. l.], v. 2, n. 4, p. 5–13, 2006. Disponível em: <https://jusscritum.pt/index.php/revista/article/view/26>. Acesso em: 31 jul. 2022.

ÁVILA, Humberto, **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18ª ed., São Paulo: Malheiros, 2018.

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de Direito Civil**. Teoria Geral dos Contratos, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2019.

BARBOZA, Estefânia, Maria de Q. **Precedentes Judiciais e Segurança Jurídica**. Fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARBOSA FILHO, Fernando de Holanda. A crise econômica de 2014/2017. **Estudos Avançados**, 31 (89), 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/20804>. Acesso em: 03 nov. 2022.

BEATSON, Jack; BURROWS, Andrew; CARTWRIGHT, John. **Anson's Law of Contract**. 29ª ed. New York: Oxford University Press, 2010, p. 103.

BECKER, Gary; POSNER, Richard. **Uncommon Sense. Economic Insights, From Marriage to Terrorism**. Chicago: The University of Chicago Press, 2009.

BERNARDO, Marcel Pereira; NORI, Rodrigo Braian; BERNARDELLI, Luan Vinícius. A História da Moeda. **MISES: Interdisciplinary Journal of Philosophy, Law and Economics**, v. 7, n. 2, 2019. Disponível em: <https://www.misesjournal.org.br/misesjournal/article/view/1113>. Acesso em: 28 ago. 2022.

BENTHAM, Jeremy. **An Introduction to the Principles os Morals and Legislation**. Batoche Books, Kitchener, 2000.

BIONDI, Eduardo Abreu. Os efeitos nefastos do Distrato Imotivado frente a hipercomplexidade e o ciclo econômico da Incorporação Imobiliária. **Revista Eletrônica OAB/RJ**, edição semestral, v. 31, n. 2, jul./ago. 2021. Disponível em: <http://revistaeletronica.oabrj.org.br>. Acesso em: 01 nov. 2022.

BIRMINGHAM, Robert L. Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency. **Indiana University School of Law**, 1970. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2703&context=facpub>. Acesso em: 26 out. 2022.

BITTAR, Carlos Alberto, BITTAR FILHO, Carlos. **Direito Civil Constitucional**. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BITTAR, Eduardo, C. B. **Introdução ao Estudo do Direito**. Humanismo, democracia e justiça. São Paulo: Saraiva, 2018.

BITTENCOURT, Caroline M.; LEAL, Rogério G. Consequencialismo das decisões e os valores jurídicos abstratos a partir da Lei 13.655/18: uma análise crítica sob a perspectiva da (in) segurança jurídica. *In*: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (org.) **Nova LINDB**. Consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 93-122.

BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 7, n. 3, set./dez. 2020, p. 831-858.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Nova ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BODART, Bruno. Uma Análise Econômica do Direito do Consumidor: Como Leis Consumeristas Prejudicam os Mais Pobres Sem Beneficiar Consumidores. **Economic Analysis of Law Review**, v. 8, n. 1, jan/jul. 2017, p. 114-142.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coord). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 729.

BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: A questão da compensação social. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Brasília, v. 2, n. 1, jan./jun. 2016, p. 24-45.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 1120 e 2015**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01lhom8n7zqmu8fbbegs4qw0lw793095.node0?codteor=1323397&filename=PL+1220/2015. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 jul. 2022.

BRASIL, **Decreto nº. 2.181, de 20 de março de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2181.htm. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. **Decreto nº. 9.830, de 10 de junho de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. **Decreto nº. 10.531 de 26 de outubro de 2020**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10531.htm. Acesso em: 26 out. 2022.

BRASIL. **Decreto nº. 17.162 de 23 de dezembro de 1925**. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/432532/publicacao/15692752>. Acesso em: 03 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 09 out. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº. 19, de 1998**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecon/1998/emendaconstitucional-19-4-junho-1998-372816-exposicaodemotivos-148914-pl.html>. Acesso em: 06 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 4.591 de 16 de dezembro de 1964**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm. Acesso em: 03 de ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 6.530, de 12 de maio de 1978**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6530.htm. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. **Lei 7.713 de 22 de dezembro de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7713.htm. Acesso em: 06 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 7.855, de 24 de outubro de 1989.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7855.htm. Acesso em: 06 jul. 2022.

BRASIL. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 18 jul. 2022.

BRASIL. **Lei 8.158 de 8 de janeiro de 1991.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8158.htm#art13. Acesso em: 06 jul. 2022.

BRASIL. **Lei 8.395 de 18 de novembro de 1994.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8395.htm. Acesso em: 06 jul. 2022.

BRASIL. **Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8629.htm. Acesso em: 06 jul. 2022

BRASIL. **Lei 8.987 de 13 de fevereiro de 1995.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 06 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 8.906, de 4 de julho de 1994.** disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 29 out. 2022.

BRASIL. **Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 29 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 30 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 10.931, de 2 de agosto de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 13.455 de 26 de junho de 2017.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Lei/L13455.htm. Acesso em: 26 out. 2022.

BRASIL, **Lei nº. 13.655, de 25 de abril de 2018.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1. Acesso em: 09 out. 2022.

BRASIL. **Lei 13.786, de 27 de dezembro de 2018.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13786.htm. Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 13.874, de 20 de setembro de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 21 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 13.988 de 14 de abril de 2020.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113988.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 14.129 de 29 de março de 2021.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114129.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº. 14.133 de 1º de abril de 2021.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em 07 jul. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar nº. 73 de 10 de fevereiro de 1993.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm. Acesso em: 06 jul. 2022.

BRASIL. **Lei Complementar nº. 179 de 24 de fevereiro de 2021.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp179.htm. Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Nota Técnica Distrato.** Jul. 2018. Disponível em: https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-contudos/notas-tecnicas-e-pareceres/2018/2018-07-04_distrato_nota.pdf/view. Acesso em: 04 nov. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria nº. 4, de 13 de março de 1998.** Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/defesadoconsumidor/Biblioteca/legislacao-upload/portaria_sde_no_04_1998.pdf/@download/file/Portaria_SDE_n%C2%BA_04_1998.pdf. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria nº. 3, de 19 de março de 1999.** Disponível em: [https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/defesadoconsumidor/Biblioteca/legislacao-upload/portaria_no-3-1999-mj-sde-1.pdf/@download/file/Portaria_n%C2%BA-3-1999-MJ-SDE%20\(1\).pdf](https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/defesadoconsumidor/Biblioteca/legislacao-upload/portaria_no-3-1999-mj-sde-1.pdf/@download/file/Portaria_n%C2%BA-3-1999-MJ-SDE%20(1).pdf). Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria nº. 3, de 15 de março de 2001.** Disponível em: https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/defesadoconsumidor/Biblioteca/legislacao-upload/portaria_sde_no_3-2001.pdf/@download/file/Portaria_SDE_n%C2%BA_3-2001.pdf. Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Portaria nº. 5, de 27 de agosto de 2002.** Disponível em: [https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/defesadoconsumidor/Biblioteca/legislacao-upload/portaria-no-5-2002-mj-sde-1.pdf/@download/file/Portaria-n%C2%BA-5-2002-MJ-SDE%20\(1\).pdf](https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/seus-direitos/consumidor/defesadoconsumidor/Biblioteca/legislacao-upload/portaria-no-5-2002-mj-sde-1.pdf/@download/file/Portaria-n%C2%BA-5-2002-MJ-SDE%20(1).pdf). Acesso em: 16 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Despacho nº. 2.343/2022.** Processo Administrativo nº. 08012.003482/2021-65. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2022/09/DOU-APPLE-SUSPENSAO-VENDA-IPHONE.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno nos Embargos de Divergência em Recurso Especial** n. 1.854.195/SP. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, julgado em 6/12/2021. DJe de 9/12/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Agravo** n. 1.283.663/SP. Relator Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 14/12/2010, DJe de 3/2/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial** n. 59.870/SP. Relator: Ministro Barros Monteiro, Segunda Seção, julgado em 10/4/2002, DJ de 9/12/2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 80.036/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 12/2/1996, DJ de 25/3/1996.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 109.331/SP. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 24/2/1997, DJ de 31/3/1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 115.671/RS. Relator: Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 8/8/2000, DJ de 2/10/2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 686.865/PE. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 28/8/2007, DJ de 5/11/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 761.944/DF. Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 5/11/2009, DJe de 16/11/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 1.008.610/RJ. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior, Segunda Seção, julgado em 26/3/2008, DJe de 3/9/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 1.132.943/PE. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 27/8/2013, DJe de 27/9/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 1.203.153/SP. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 3/6/2014, DJe de 25/8/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 1.599.511/SP. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 24/8/2016, DJe de 6/9/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 1.610.813/ES, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 18/8/2016, DJe de 26/8/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial** n. 1.723.519/SP. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti, Segunda Seção, julgado em 28/8/2019, DJe de 2/10/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº. 543**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_543_544_2015_Segunda_Secao.pdf. Acesso em: 09 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 938**. Tese firmada pela Segunda Seção no julgamento dos REsp's 1.559.511/SP e 1.551.956/SP, acórdãos publicados no DJe de 6/9/2016. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1599511. Acesso em: 19 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Tema Repetitivo 960**. Discute-se a validade da transferência ao consumidor da obrigação de pagar a comissão de corretagem nas promessas de compra e venda celebradas no âmbito do programa 'Minha Casa, Minha Vida'. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1602042. Acesso em: 30 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade – ADIN** n. 2240/BA. Relator: Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. DJ 09.05.08.

BRASIL. **Verifique se você atende as condições para ser MEI**. Disponível em: <https://www.gov.br/empresas-e-negocios/pt-br/empreendedor/quero-ser-mei/o-que-e-ser-um-mei/verifique-se-voce-atende-as-condicoes-para-ser-mei-1>. Acesso em: 19 jul. 2022.

BRAVO MOLINA, Juan Carlos. Garantías, cláusulas abusivas y protección al consumidor inmobiliario em el contrato de compraventa de vivienda. **Prolegómenos**, v. 25, n. 49, jan/jun 2022, p. 65-85. Disponível em: <https://doi.org/10.18359/prole.5112>. Acesso em: 16 out. 2022.

BUCHANAN, James; TULLOCK, Gordon. **The Calculus of Consent – Logical Foundations os Constitucional Democracy**. Michigan: University of Michigan Press, 1965.

BULLARD, Alfredo. **Análisis Económico Del Derecho**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2019.

CALABRESI, Guido. **The Cost of Accidents**. A Legal and Economic Analysis. New Haven and London: Yale University Press, 1970.

CACHANOSKY, Juan C. Certidumbre, Incertidumbre y Eficiencia Económica. **Laissez-Faire**, 1, jul. 1994, p. 30-42.

CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO – CBIC, **PIB 2015**, disponível em: <http://www.cbicdados.com.br/menu/home/pib-2015>. Acesso em: 16 ago. 2022.

CAMINHA, Unie; LIMA, Juliana Cardoso, Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo, **Revista Direito GV**, v. 10, n. 1, 2014, p. 155–200.

CANTO, Rodrigo E. D. **A Vulnerabilidade dos Consumidores no Comércio Eletrônico e a Reconstrução da Confiança na atualização do Código de Defesa do Consumidor**, Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação da Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2014, p. 224.

CASTRO, Ricardo Luiz Vilela. **Tragédia dos Bens Comuns na Mobilidade Urbana: O caso de Belo Horizonte**. Dissertação (Mestrado) – Mestrado em Geotecnia e Transportes da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Minas Gerais, 2018, p. 177.

CAPEZ, Fernando; CAPEZ, Flavio. Insegurança Jurídica: o mal do século XXI. *In: GERMANOS, Paulo A. J. (coord). **Segurança Jurídica***. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 38-53.

CARVALHO, Maria Tavares de. **Equilíbrio Prestacional e Ius Variandi Bancário nos Contratos Celebrados com Consumidores**. Tese (Mestrado)- Mestrado Científico de Direito Bancário e dos Seguros. Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018, p. 162.

CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. Volume I Sociedade em Rede, 6ª ed., São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CHALHUB, Melhim. A promessa de compra e venda no contexto da incorporação imobiliária e os efeitos do desfazimento do contrato. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, RDCC, v. 7, abr./jun. 2016, p. 147-184.

CHALHUB, Melhim Namem. **Da Incorporação Imobiliária**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2020.

CHASSOT, Attico. **A Ciência Através dos Tempos**. São Paulo: Moderna, 1994.

CRECI-SP. Conselho Regional de Corretores de Imóveis do Estado de São Paulo. **Tabela Referencial de Honorários**. Disponível em: <https://www.crecisp.gov.br/corretor/tabelareferencialdehonorarios>. Acesso em: 27 out. 2022.

COASE, Ronald Harry. The Problem of Social Cost, **The Journal of Law & Economics**, v. III, 1960.

COASE, Ronald, H., The Nature of the Firm, **Economica**, v. 4, n. 16, 1937, p. 386–405.

COASE, Ronald H. **The Firm, The Market and the Law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p.7.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil 3**. Contratos. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

COLEMAN, Jules. **Markets, Morals, and The Law**. Oxford: Oxford University Press, 2003.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – CADE. **Termo de Compromisso de Cessação de Prática**. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNzFdnx0xj-uLVlik-gH6UTOhkBKb1qVzsFu4vQOplqZzfr4nv0IB-Gd_DxhJdbgfhurVTNvTgrkbbkhRoF5ytB. Acesso em: 30 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Código de Ética da Magistratura Nacional**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/codigo-de-etica-da-magistratura/#:~:text=%C3%89%20dever%20do%20magistrado%20recusar,o%20exerc%C3%ADcio%20de%20suas%20fun%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 10 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2015**. Dados estatísticos da justiça Estadual. Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/49>. Acesso em: 29 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2022**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>. Acesso em: 26 out. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça Pesquisa**. Políticas Públicas do Poder Judiciário. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/just-pesquisa-maiores-litigantes2018.pdf>. Acesso em: 26 out. 2022.

CORREIA, Atalá. O Dever de Informar nas Relações de Consumo. **Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal**, Brasília, n. 13, 2011.

CORREIA, Atalá. Danos Morais: 20 anos de jurisprudência no Superior Tribunal de Justiça *In*: BIANCHI, José Flávio; PINHEIRO, Rodrigo Gomes D. M.; ALVIM, Teresa Arruda. **Jurisdição e Direito Privado**. Estudos em homenagem aos 20 anos da Ministra Nancy Andrighi no STJ. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 75-87.

COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Derecho y economia**. Traducción por Eduardo Suárez. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2016.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6th edition, Berkelei Law Books, 2016.

COOTER, Robert D., SCHÄFER, Hans-Bernd. **O nó de Salomão**: como o direito pode erradicar a pobreza das nações. Curitiba: CRV, 2017.

COOTER, Robert D. The Confluence of Justice and Efficiency in the Economy Analysis of Law. **The Origins of Law and Economics**: Essays by the Founding Fathers. 2003. Disponível em: http://works.bepress.com/robert_cooter/106/. Acesso em: 24 out. 2022.

DA MOTTA, Cristina Reindolff. **A Motivação das Decisões Cíveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

DA SILVA, Marcelo Gonçalves, Ativismo Judicial, Princípio da Eficiência e Litigiosidade Repetitiva: Análise da Atuação do Judiciário na Efetivação dos Direitos Sociais. **Revista Eletrônica Direito e Sociedade - REDES**, v. 9, n. 2, 2021, p. 147-183.

DE MORAIS, Fausto Santos. **Ponderação e Arbitrariedade**: A inadequada recepção de Alexy pelo STF. 2ª ed., Salvador: Juspodivm, 2018.

DE MORAIS, Fausto S.; ZOLET, Lucas. A nova LINDB e os problemas da argumentação consequencialista. **Revista Jurídica**, v. 4, n. 53, Curitiba, 2018, p. 497-523.

DELGADO, José Augusto. Interpretação dos Códigos Regulados pelo Código de Proteção ao Consumidor. **Informativo Jurídico da Biblioteca Min. Oscar Saraiva**, v. 8, n. 2, Jul/Dez. 1996, p. 79-179.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, p. 266.

DOS REIS, Cibele Rudoulph Brock. **Distratos das Promessas de Compra e Venda. Impactos e Soluções para pequenos incorporadores**. Trabalho de Especialização (MBA Empresarial) FGV Manangement, Porto Alegre, 2018, p. 67

DUARTE, Rui Pinto. O Equilíbrio Contratual como Princípio Jurídico. *In*: ANTUNES, Maria João; CAVALEIRA, Maria (org.). **Estudos em Memória do Conselheiro Artur Maurício**. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 1331-1345.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DURKHEIM, Émile. **As Regras do Método Sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. Is Wealth a Value? **Jornal of Legal Studies**, n. 9, 1980, p. 191-226.

EISENBERG, Melvin A., **Foundational Principles of Contract Law**. New York: Oxford University Press, 2018.

ELLERMAN, David. On a fallacy in the Kaldor-Kichs efficiency-equity analysis. **Constitucional Political Economy**, v. 25, n. 2, jun. 2014. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2412758>. Acesso em: 25 out. 2022.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação Civil Pública** nº. 1078527-71.2022.8.26.0100. 18ª Vara Cível do Foro Central da Comarca de São Paulo. São Paulo.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação de Recuperação Judicial** nº. 1016422-34.2017.8.26.0100. 1ª Vara de Falências e Recuperação Judicial da Comarca de São Paulo. São Paulo.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação de Recuperação Judicial** nº. 1103236-83.2016.8.26.0100. 2ª Vara de Falências e Recuperação Judicial da Comarca de São Paulo. São Paulo.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação de Recuperação Judicial** nº. 1132473-02.2015.8.26.0100. 2ª Vara de Falências e Recuperação Judicial da Comarca de São Paulo. São Paulo.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação de Rescisão Contratual** nº. 1047023-68.2019.8.26.0224. 10ª Vara Cível do Foro da Comarca de Guarulhos. Guarulhos.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Ação de Rescisão Contratual** nº. 1008716-52.2017.8.26.0309. 4ª Vara Cível do Foro da Comarca de Jundiaí. Jundiaí.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo **Ação de Rescisão Contratual** nº. 1026551-35.2016.8.26.0100. 8ª Vara Cível do Foro Central Cível da Comarca de São Paulo. São Paulo.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Agravo de Instrumento** nº. 2116162-54.2017.8.26.0000. Relator: Erickson Gavazza Marques. 5ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 02/08/2017; Data de Registro: 15/08/2017.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 0005890-84.2013.8.26.0576. Relator: Beretta da Silveira. 3ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 19/11/2013. Data de Registro: 22/11/2013.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 0135067-45.2011.8.26.0100. Relator: Rui Cascaldi. 1ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 09/12/2014. Data de Registro: 11/12/2014.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 0170051-55.2011.8.26.0100. Relator: Alexandre Coelho; 8ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 11/09/2019; Data de Registro: 26/09/2019.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 0001787-47.2011.8.26.0562. Relator: José Joaquim dos Santos. 2ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 13/12/2011. Data de Registro: 16/12/2011.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 1000269-15.2022.8.26.0337. Relator: Maria do Carmo Honorio; 6ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 25/10/2022; Data de Registro: 25/10/2022.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 1001135-12.2015.8.26.0032. Relator: Mary Grün. 7ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 10/12/2015. Data de Registro: 11/12/2015.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 1000564-23.2018.8.26.0586. Relator: José Augusto Genofre Martins. 29ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 31/10/2022. Data de Registro: 31/10/2022.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 1001653-18.2016.8.26.0565. Relator: Maia da Cunha; 30ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Data do Julgamento: 27/03/2018; Data de Registro: 02/04/2018.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 1003243-04.2014.8.26.0564. Relator: Melo Bueno; 35ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 03/04/2017; Data de Registro: 03/04/2017.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 1008474-75.2021.8.26.0011. Relator: Jair de Souza. 10ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 05/04/2022. Data de Registro: 07/04/2022.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 1008716-52.2017.8.26.0309. Relator: Erickson Gavazza Marques. 5ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 24/11/2020; Data de Registro: 24/11/2020.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 1016163-97.2020.8.26.0564. Relator: Benedito Antonio Okuno; 8ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 29/03/2022. Data de Registro: 29/03/2022.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 1018594-96.2016.8.26.0224. Relator: Miguel Brandi; 7ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 15/03/2018; Data de Registro: 15/03/2018.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 1026551-35.2016.8.26.0100. Relator: Giffoni Ferreira. 2ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 11/07/2017; Data de Registro: 11/07/2017.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 1047023-68.2019.8.26.0224. Relator: Melo Bueno. 35ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 02/05/2022; Data de Registro: 03/05/2022.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 1059848-57.2021.8.26.0100. Relator: Décio Rodrigues. 21ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 15/08/2022. Data de Registro: 15/08/2022.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 1071442-78.2015.8.26.0100. Relator: A. C. Mathias Coltro; 5ª Câmara de Direito Privado; Data do Julgamento: 13/12/2017; Data de Registro: 14/12/2017.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 1138816-04.2021.8.26.0100. Relator: Galdino Toledo Júnior. 9ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 04/11/2022. Data de Registro: 04/11/2022.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 9112793-79.2007.8.26.0000. Relator: J.L. Mônaco da Silva. 5ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 12/06/2013. Data de Registro: 25/06/2013.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação Cível** nº. 9212356-17.2005.8.26.0000. Relator: Viviani Nicolau. 9ª Câmara de Direito Privado. Data do Julgamento: 07/06/2011. Data de Registro: 09/06/2011.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Comunicado SPI nº. 77/2015.** Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/PrimeiraInstancia/Comunicados/Comunicado?codigoComunicado=7033>. Acesso em: 29 out. 2022.

ESTADO DE SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aplicadas ao Direito Privado**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2022.

FARIAS, Maria C. C. **A felicidade do maior número: O discurso utilitarista na modulação de efeitos em matéria tributária**, Dissertação (Mestrado) – Pós Graduação em Direito Constitucional, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Brasília, 2022, p. 140.

FERREIRA, Kélvia Faria; ROSA, Waleska Marcy, Proibição de Retrocesso e Princípio da Eficiência: Implicações num contexto de crise econômica, **REI – Revista Estudos Institucionais**, v. 4, n. 2, 2018, p. 846–883.

FIUZA, César. Aplicação da cláusula rebus sic stantibus aos contratos aleatórios. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 144, out./dez. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/527/r144-01.PDF?sequence=4>. Acesso em: 13 out. 2022.

FIUZA, Ricardo. (coord.). **Novo Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FRANÇA, Phillip Gil. Algumas considerações sobre como decidir conforme o consequencialismo jurídico da Lei 13.655/2018. *In*: MAFFINI, Rafael; RAMOS, Rafael (org.) **Nova LINDB**. Consequencialismo, deferência judicial, motivação e responsabilidade do gestor público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 123-142.

FRANCO, Carlos. Conar: Zeca Pagodinho não pode aparecer em anúncio da Brahma, **Revista Consultor Jurídico**, 8 de abril de 2004. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2004-abr-08/zeca_pagodinho_ao_aparecer_anuncio_brahma. Acesso em: 26 out. 2022.

FREITAS, Lucas Diniz A. D. A simulação em negócios jurídicos de corretagem imobiliária e a necessidade de uniformização do tema pelo Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Processo**, v. 41, n. 252, fev. 2016, p. 387-402.

FRIEDMAN, David D., **Law's order: what economics has to do with law and why it matters**. Princeton, N.J: Princeton University Press, 2000, p. 8.

GALVANI, Leonardo. Análise Econômica do Contrato e Eficiência Contratual. **Economic Analysis of Law Review**, v. 9, n. 2, mai./ago. 2018, p. 194-211.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Código de Defesa do Consumidor Comentado**. 13^a ed., Salvador: Juspodivm, 2017.

GICO JR., Ivo Teixeira. The Tragedy of the Judiciary: An Inquiry into the Economic Nature of Law and Courts. **German Law Journal**, Cambridge University Press, v. 21, ed. 4, 2020, p. 644-673.

GOMES, Monique Ribeiro de Carvalho. O dever de fundamentação das decisões judiciais no sistema de precedentes vinculantes e o CPC/15. *In* PINHEIRO, Armando C. *et. al.* **Tópicos em Direito e Economia**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2021, p. 41-68.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 25ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e Direito: Pecado ou virtude; uma incursão pela Análise Econômica do Direito. **Revista Jurídica UniCuritiba**, v. 1, n. 28, 2012.

GOOLSBEE, Austan; LEVITT, Steven; SYVERSON, Chad. **Microeconomia**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

HARDIN, Garrett. La tragedia de los comunes. **Revista de la Universidad Bolivariana**, Santiago, v. 4, n. 10, 2005. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/305/30541023.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022.

HICKS, John. The foundations of Welfare Economics. **The Economic Journal**, v. 49, n. 196, p. 696-712. Disponível em: <https://www.uvm.edu/~jdericks/EE/Hicks.pdf>. Acesso em: 25 out. 2022.

HOMMERDING, Adalberto N.; JARDIM, Tiago N. Análise Econômica dos Contratos Bancários: reflexo das ações revisionais no comportamento do mercado e na instabilidade do capital financeiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 15, n. 2, mai./ago. 2019, p. 232-259.

HOWELLS, Geraint; TWIGG-FLESNER, Christian; WILHELMSSON, Thomas. **Rethinking EU Consumer Law**. 1ª ed., London and New York: Routledge, 2017. (Versão Kindle).

ISSA, Rafael Hamze. Âmbito de aplicabilidade da LINDB: fundamento constitucional e aspectos federativos. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre J. C.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.) **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, v.1, 2019, p. 50-59.

JAIME, Erik. O Direito Internacional Privado do Novo Milênio: A proteção da pessoa humana face à Globalização. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: PPGdir/UFRGS, v. 1, n. 1, mar. 2003.

JEVONS, Stanley. **The Theory of Political Economy**. 3ª ed., London: Macmillan and co., 1888.

KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L.; THALER, Richard H. The Endowment Effect, Loss Aversion and Status Quo Bias. **Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n. 1, 1991, p. 193-206.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Petrópolis: Vozes, 2013.

KASER, Max. **Derecho Romano Privado**. 5ª ed., Madrid: Instituto Editorial Reus, 1968.

KELLY, Paul *et. al.* **O Livro da Política**. São Paulo: Globo, 2013.

KELSEN, Hans. **El contrato y el tratado**. Analizados desde el punto de vista de la Teoría del Derecho. 2ª ed., Ciudad de México: Coyoacan, 2019.

KOGA, Bruno Yudi Soares. **Precificação Personalizada na era Digital**. Consumo, Dados e Concorrência, Dissertação (Mestrado) – Mestrado Profissional em Direito, Justiça e Desenvolvimento, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP. Brasília, 2020, p. 279.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Microeconomia**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Introdução à Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LANIUS, D. C.; GICO JUNIOR, I. T.; STRAIOTTO, R. M. O princípio da eficiência na jurisprudência do STF. **Revista de Direito Administrativo**, v. 277, n. 2, 2018, p. 107–148.

LARENZ, Karl. **Base del Negócio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos**. Argentina: Olejnik, 2018.

LAWSON, Gary. Efficiency and Individualism. **Duke Law Journal**, v. 42, 1992, p. 53-98. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol42/iss1/2>. Acesso em: 23 out. 2022.

LAZARI, Rafael José N.; OLIVEIRA, Edson Freitas de. Análise Econômica do Direito Aplicada ao Poder Judiciário Brasileiro: A função judicante como “falha de mercado”. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 27, n. 10, set./dez. 2020, p. 201-215.

LEVMORE, Saul. The Evolutionary Force of Behavioral Economics in Law. **University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics**, Research Paper. n. 923, Public Law Working Paper n. 766, 2021. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3871414>. Acesso em: 06 out. 2022.

LIAO, Wenqing. **The Application of the Theory of Efficient Breach in Contract Law: A Comparative Law and Economics Perspective**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

LIMONGI FRANÇA, Antonio de S. **Hermenêutica Jurídica**. 13ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

LISBOA, Roberto Senise. **Contratos Difusos e Coletivos**. A Função Social do Contrato. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

LLANOS, Tony Daniel B. El control de las cláusulas abusivas em el Código de Protección y defensa del consumidor. **Revista de Investigación de la Facultad de Derecho**, Chiclayo, Peru, v. 1, n. 1, 2011, p. 49-63.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**. Contratos. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

LÔBO, Paulo. Liberdade Econômica e Direito Civil. 7º Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil. **Revista Brasileira de Direito Civil**, v. 23, n. 01, 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/543>. Acesso em: 27 jul. 2022.

LOPEZ, Pamela Prado. La Rebaja del precio: un mecanismo corrector a las cláusulas abusivas. *In: CAMUS, Francisca M. B. (coord.) Cuadernos de Análisis Jurídico*. Colección Derecho Privado VIII. Chile: Ediciones Universidad Diego Portales, 2014, p. 217-230.

LORENTINO, Sérgio Augusto Pereira. **Elementos Fundamentais para uma Teoria Própria dos Contratos de Consumo**. Tese (Doutorado) - Pós Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Minas Gerais, 2016, p. 188.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Três aspectos atuais relativos aos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras. *In GUERRA, Alexandre D. de M. Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil*. v. 2, São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018, p. 711-736.

MACEDO JR, Ronaldo Porto. A Educação Jurídica num mundo globalizado. O sentido de criar sentidos. **Revista sobre Enseñanza Del Derecho**, Año 12, n. 23, 2014, p. 63-84. Disponível em: http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/23/a-educacao-juridica-num-mundo-globalizado.pdf. Acesso em: 01 ago. 2022.

MACHADO, Lorrueane Matuszewski; VITA, Jonathan Barros. Regulação dos Negócios Jurídicos Cíveis na Era da Informatização e uma Nova Perspectiva acerca da Função Social Contratual sob a ótica do *Law and Economics*. **Economic Analysis of Law Review**, v. 12, n. 3, set/dez. 2021, p. 94-119

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. *In: MACEDO JR., Ronaldo P.; BARBIERI, Catarina H. C. Direito e Interpretação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2015.

MACMILLAN PUBLISHERS LTD (Org.). **The New Palgrave Dictionary of Economics**. London: Palgrave Macmillan UK, 2018.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARQUES, Claudia Lima *et. al.* **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5ª ed., São Paulo: RT, 2016.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Direito do Consumidor 1. Princípios Gerais e Defesa do Consumidor em Juízo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Claudia Lima. A teoria do ‘diálogo das fontes’ hoje no Brasil e seus novos desafios: uma homenagem à magistratura brasileira. *In: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Diálogo das Fontes. Novos Estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no Direito Brasileiro*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MARTINS, Fernando R.; FERREIRA, Keila P.; RASSI, Bruno F. S. Alterações na lex legum e desvios hermenêuticos no sistema jurídico: como legislar sistematicamente na pós-modernidade e o exemplo da teoria do diálogo de fontes. *In*: MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **Diálogo das Fontes. Novos Estudos sobre a coordenação e aplicação das normas no Direito Brasileiro**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MANKIW, N. Gregory. **Princípios de Microeconomia**. 6ª ed., São Paulo: Cengage Learning, 2016.

MATHIS, Klaus. **Efficiency Instead of Justice?** Switzerland: University of Lucerne, Springer, 2009.

MCCLUSKEY, Martha T.; PASQUALE, Frank; TAUB, Jennifer. Yale Law & Policy Review. **Law and Economics: Contemporary Approaches**. research paper n. 2016-05, Ago. 13, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2728030>. Acesso em: 23 out. 2022.

MEDAUAR, Odete. Comentários Gerais ao Dispositivo. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre J. C.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.) **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Anotada**, São Paulo: Quartier Latin, v. 2, 2019, p. 63-67.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Constituição Federal Comentada**: com jurisprudência selecionada do STF e outros Tribunais. 4ª ed., São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

MENDONÇA, Mário Jorge; SACHSIDA, Adolfo. Existe bolha no mercado imobiliário Brasileiro? **Textos para Discussão (TD) 1762**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/1084>. Acesso em: 02 nov. 2022.

MENGER, Carl. **Princípios de Economia Política**. São Paulo, Victor Civita, 1983.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law: from Posner to postmodernism and beyond**. 2ª ed., Princeton: Princeton University Press, 2006.

MICELI, Thomas J. **Economic of The Law**. Torts, Contracts, Property, Litigation. New York: Oxford University Press, 1997.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MOKATE, Karen Marie. Eficácia, eficiência, equidad y sostenibilidad: ¿Qué queremos decir? **Banco Interamericano de Desarrollo**, Instituto Interamericano para el Desarrollo Social, julio, 2001. Disponível em: <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Eficacia-eficiencia-equidad-y-sostenibilidad-%C2%BFQu%C3%A9-queremos-decir.pdf>. Acesso em: 22 out. 2022.

MORAES, Alexandre de. *et. al.* **Constituição Federal Comentada**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. Processo Administrativo e Princípio da Eficiência. *In*: SUNFELD, Carlos Ari; MUÑOZ, Guillermo Andrés (coord.). **As leis de processo administrativo**: Lei Federal 9.784/99 e Lei Paulista 10.177/98. São Paulo: Malheiros, 2000.

NALINI, José Renato. Consequencialismo: Urgente, Nefasto ou Modismo? *In*: MARTINS, Ives Gandra; CHALITA, Gabriel; NALINI, José Renato (coord.). **Consequencialismo no Poder Judiciário**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: Novos Paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 8ª ed., São Paulo: RT, 2011.

NERY JR., Nelson. ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Leis Cíveis e Processuais Cíveis Comentadas**. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NETO, José Virgílio Vita. Código de Defesa do Consumidor – o desafio da litigiosidade massificada. *In* **Revista do Advogado**. 25 anos do Código de Defesa do Consumidor. Ano XXXVI, agosto de 2016, p. 62-67.

NICOLAU, Gustavo Rene. O Princípio da Boa-fé Objetiva e sua concretização. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 1, n. 6., 2015, p. 551-566.

NOVINSKY, Anita. **A inquisição**, São Paulo: Brasiliense, 3ª ed., 1985.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2018.

NUNES JR., Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves P. **Código de Defesa do Consumidor Interpretado**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

OABSP. **Tabela de Honorários 2014/2015**. Disponível em: <https://www.oabsp.org.br/comissoes2010/assistencia-judiciaria/tabela-de-honorarios/TabelaDeHonorarios20142015.pdf/view>. Acesso em: 29 out. 2022.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Código de Defesa do Consumidor. Anotado e Comentado**. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 100.

PARETO, Vilfredo. **Manual de Economia Política**. São Paulo: Editora Nova Cultural, 1996.

PARLAMENTO EUROPEU E O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Directiva 93/13/CEE DO CONSELHO de 5 de abril de 1993 relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores. **Jornal Oficial das Comunidades Europeias**, n. 1. 95/29, 22.11.2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2011/83/oj>. Acesso em: 28 jul. 2022.

PASQUALIN, Luciana Lopes Bertier. **Os distratos no mercado imobiliário de empreendimentos residenciais de São Paulo**: uma discussão sobre as situações que favorecem a interrupção de contratos. Monografia (Especialização) - MBA Economia Setorial e Mercados. Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 119.

PDG. **Documentos Recuperação Judicial.** Disponível em: <https://ri.pdg.com.br/listRecuperacaoJudicial.aspx?idCanal=wYjibef09wAbblKouG8ixA==&linguagem=pt&pagina=8#ancora>. Acesso em: 04 nov. 2022.

PECK, Patricia. **Direito Digital.** São Paulo: Saraiva, 6ª ed., 2017.

PELA, Juliana Krueger. Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach) nos Contratos Empresariais. **Cadernos do Programa de Pós Graduação em Direito PPGD/UFRGS**, Porto Alegre, v. XI, n. 2, 2016, p. 77-88.

PELUSO, Cezar (coord.). **Código Civil Comentado.** 10ª ed., Barueri: Manole, 2016.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas.** 2ª ed., São Paulo: RT, 2012.

PERRI, Cláudia Haidamus. **Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais.** Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 212.

PIMENTA, Eduardo G.; LANA, Henrique A. R. Análise Econômica do Direito e sua relação com o Direito Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 57, jul./dez. 2010, p. 85-138.

POSNER, Richard A. **A problemática da teoria moral e jurídica.** São Paulo: Martins Fontes, 2012.

POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça.** São Paulo: Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law.** 3ª ed., Little, Brown and Company, 1986.

POSNER, Richard. **El análisis económico del derecho.** México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

POSNER, Richard. The Law and Economics Movement. **The American Economic Review**, v. 77, n. 2, 1987, p. 1-13.

RAMOS, André de C.; GRAMSTRUP, Erik F. **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB.** 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2021.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

REBOUÇAS, Rodrigo F. **Contratos Eletrônicos.** 2ª ed., São Paulo: Almedina, 2018.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos.** 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária.** 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROCHA, Fernando Clemente da. **A nova Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e o Consequencialismo nas ações formativas da magistratura brasileira.** Dissertação

(Mestrado) – Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, São Paulo, 2021, p. 108.

ROCHA, Marina Cristina. S. **O princípio do Equilíbrio Contratual como exercício de justiça no ordenamento jurídico brasileiro**. Tese (Mestrado) – Pós Graduação em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiás, 2015, p. 125.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SABA, Luis Eduardo de Moraes. Análise dos Impactos dos Distratos na Taxa Interna de Retorno. **18ª Conferência Internacional da LARES**. São Paulo, 2018. Disponível em: <https://lares.architexturez.net/system/files/103%20-%20Saba.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2022.

SADEK, Maria Tereza A. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. **Opinião Pública**, Campinas, vol. X, n. 1, mai. 2004, p. 01-62.

SALAMA, Bruno Meyerhok. A história do declínio e queda do efficientismo na obra de Richard Posner. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, vol. 1, n. 1, 2012, p. 435-483.

SANTANA, Héctor Valverde. Análise Econômica do Direito: a eficiência da norma jurídica na prevenção e reparação de danos sofridos pelo consumidor. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 4, n.1, 2014, p. 224-236.

SANTOS FILHO, Hermílio; TIMM, Luciano Benetti (coord.) **Demandas Judiciais e a morosidade da Justiça Civil**. Relatório final ajustado. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Porto Alegre: PUCRS. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/relat_pesquisa_pucrs_edital1_2009.pdf. Acesso em: 12 out. 2022.

SÃO PAULO. **Lei nº. 16.402, de 22 de março de 2016**. Disponível em: <http://www.docidadesp.imprensaoficial.com.br/NavegaEdicao.aspx?ClipID=2QUAFFO7S38BLeER7VNEFPVLQBE&PalavraChave=16.402>. Acesso em: 27 out. 2022.

SCAVONE JR., Luiz Antonio. **Direito Imobiliário**. Teoria e Prática. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar**. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2020.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.

SCHUARTZ, Luis. F. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, 2008, p. 130–158.

SECOVISP – Sindicato da Habitação. **Anuário do Mercado Imobiliário 2015**. Disponível em: <http://old.secovi.com.br/files/Downloads/anuario-do-mercado-imobiliario-2015-v2pdf.pdf>. Acesso em: 29 out. 2022.

SECOVI – Sindicato da Habitação. **Mercado Imobiliário 2016**. Disponível em: <http://www.secovi.com.br/downloads/pesquisas-e-indices/balancos-do-mercado/2016/arquivos/balanco-do-mercado-imobiliario-2016.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2022.

SILVA, Diego Sabóia E. **A Análise Econômica do Direito como Teoria de Contenção da Decisão Judicial: O viés ideológico da eficiência e propostas para uma autorrestrição interpretativa**. Tese (Doutorado) – Doutorado em Direito, Programa de Pós Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2019, p. 211.

SILVA, Rosana Oliveira Da *et al.* Uma discussão necessária sobre a vulnerabilidade do consumidor: avanços, lacunas e novas perspectivas. **Cadernos EBAPE.BR**, v. 19, n. 1, 2021, p. 83–95.

SILVESTRE, Gilberto F. Novos problemas, antigas soluções: o amplo significado da cláusula *rebus sic stantibus* e a renegociação, a suspensão e a conservação dos contratos cíveis e mercantis. **Civilistica.com**, v. 9, n. 2, p. 1-26, 11 mai. 2020.

SINISTERRA, Saray V. G. La protección reforzada del consumidor em contratos de consumo. **Novum Jus**, v. 16, n. 2, 2022, p. 187-214. Disponível em: <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2022.16.2.8>. Acesso em: 14 out. 2022.

SINNOT-ARMSTRONG, Walter. Consequentialism. **Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/consequentialism/>. Acesso em: 17 out. 2022.

SMITH, Adam. **A Riqueza das Nações**. Investigação Sobre sua Natureza e Suas Causas. v. I, São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SOARES, Renan Tadeu de S. **Patrimônio de Afetação em Recuperação Judicial e Falência do Incorporador Imobiliário**. Dissertação (Mestrado Profissional) – Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019, p. 121.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e sua renovação. *In*: CUNHA FILHO, Alexandre J. C.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (coord.) **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro Anotada**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, v.1, p. 33-39.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2012.

TARTUCE, Flávio. Do compromisso de compra e venda de imóvel. Questões polêmicas a partir da Teoria do Diálogo das Fontes. **Revista de Direito do Consumidor, RDC**, v. 23, n. 93, mai./jun., 2014, p. 160-183.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do Direito Civil Volume 3 – Contratos**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass, H. **Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness**. New Haven and London: Yale University Press, 1945.

THALER, Richard H. **Comportamento Inadequado**. A construção da Economia Comportamental. Coimbra: Actual, 2015.

THE NOBEL PRIZE, Prize Lecture. Estocolmo, 1991. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1991/coase/lecture/>. Acesso em: 03 ago. 2022.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JR., Humberto. **O Contrato e sua Função Social**. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito Contratual Brasileiro**. Críticas e Alternativas ao Solidarismo Jurídico, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2015.

TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.

TIMM, Luciano Benetti. Contratos no direito brasileiro. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 39, n. 2, 2013, p. 224-236.

TIMM, Luciano Benetti. Direito, Economia e a Função Social do Contrato: Em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 33, Revista dos Tribunais, 2006, p. 15-31.

VALLADARES, Leandro; VIEIRA, I. A, A Função Social do Contrato. Uma contraposição ou uma superposição de princípios. **Revista de Direito**, v. 4, n.1, jan./jul. 2012, pp. 109-135.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia**. Uma abordagem moderna. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil 3**. Contratos. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2017.

VELJANOVSKI, Centro. **Economic Principles of Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

VIEIRA, Leonardo Jorge Sales. **Análise da (in) segurança jurídica no Brasil**: Uma proposta de abertura cognitiva do Direito ao ambiente social. Dissertação (Mestrado) – Pós Graduação em Direito Constitucional, Universidade Federal do Ceará. Ceará, 2015, p. 116.

VINCENT-JONES, Peter. Contractual Governance: Institutional and Organizational Analysis. **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 20, n. 3, 2000, p. 317-351.

WALRAS, León. **Elements of Pure Economics**. London: The American Economic Association, 1965.

WANG, Daniel W. L. Entre o consequenciachismo e o principiachismo, fico com a deferência. **Jota**, 20 set. 2018. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/entre-o-consequenciachismo-e-o-principiachismo-fico-com-a-deferencia-20092018. Acesso em: 10 out. 2022.

WERTHEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. **Ciência da Informação**, v. 29, n. 2, 2000, p. 71–77.

WILLETT, Chris. Good Faith in Consumer Contracts: Rule, Policy and Principle. *In* FORTE, Angelo D. M. **Good Faith in Contract and Property**. Portland: Hart Publishing, 1999, p. 181-204.

ZANATTA, Rafael; DE PAULA, Pedro; KIRA, Beatriz (org.). **Economias do Compartilhamento e o Direito**. Curitiba: Juruá, 2017.

ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (org.) **The Oxford Handbook of Behavioral Economics and The Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

ZERBE JR. Richard O. **Economic Efficiency in Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2001; MATHIS, Klaus. **Efficiency Instead of Justice?** Switzerland: University of Lucerne, Springer, 2009.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.) **Direito & Economia**. Análise Econômica do Direito e das Organizações. 6º tir., Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.