

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

Il contratto nell'esperienza
giuridica italo-brasiliana

Elaine Marcílio Santos, Alessandro Hirata,
Alessandra de Azevedo Domingues, Stefania Fusco,
Arturo Maniaci, Cintia Rosa Pereira de Lima,
Marta Rodrigues Maffeis,
Rodrigo de Lima Vaz Sampaio,
Claudia Milli.

XXVI

2021-2

INSCHIBBOLETH

Luglio - Dicembre

ARCHIVIO GIURIDICO SASSARESE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO PRIVATO ANTICO E CONTEMPORANEO

Direttore scientifico

Giovanni Maria UDA (Università di Sassari)

Vice Direttore scientifico

Rosanna ORTU (Università di Sassari)

Comitato di direzione

Francesco CAPRIGLIONE (Università LUISS “Guido Carli” – Università telematica Guglielmo Marconi); Claudio COLOMBO (Università di Sassari); José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (Università di Valencia); Andrea DI PORTO (Sapienza Università di Roma); Catherine GINESTET (Università di Tolosa); Mauro GRONDONA (Università di Genova); Gabor HAMZA (Univ. Eötvös Loránd Budapest); Alessandro HIRATA (Università di San Paolo “USP”); Salvatore PATTI (Sapienza Università di Roma); Christoph SCHMID (Università di Brema); Agustin LUNA SERRANO (Università Ramon Llul Barcelona); Vincenzo TROIANO (Università di Perugia)

Comitato di redazione

Davide ACHILLE (Università del Piemonte Orientale); Carlo ATTANASIO (Università di Sassari); Tania BORTOLU (Università di Sassari); Gianluca DE DONNO (Università di Sassari); Dario FARACE (Università di Roma “Tor Vergata”); Massimo FOGLIA (Università di Bergamo); Stefania FUSCO (Università di Sassari); Lorenzo GAGLIARDI (Università statale di Milano); Domenico GIURATO (Università di Sassari); Daniele IMBRUGLIA (Sapienza Università di Roma); Arturo MANIACI (Università statale di Milano); Raimondo MOTRONI (Università di Sassari); Luigi NONNE (Università di Sassari); Maria

Teresa NURRA (Università di Sassari); Laurent POSOCCO (Università di Tolosa); Federico PROCCHI (Università di Pisa); Giuseppe Werther ROMAGNO (Università di Sassari); Maria Gabriella STANZIONE (Università di Salerno) Fabio TORIELLO (Università di Sassari); Maria Manuel VELOSO GOMES (Università di Coimbra)

Comitato dei revisori

Luigi GAROFALO (Presidente – Università di Padova)

Marco AZZALINI (Università di Bergamo); Federico AZZARRI (Università di Pisa); Angelo BARBA (Università di Siena); Vincenzo BARBA (Sapienza Università di Roma); Pierangelo BUONGIORNO (Università di Münster); Iliaria Amelia CAGGIANO (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Maria Luisa CHIARELLA (Università di Catanzaro); Alberto Giulio CIANCI (Università di Perugia); Maria Rosa CIMMA (Università di Sassari); Laura D’AMATI (Università di Foggia); Maurilio FELICI (Università LUMSA di Palermo); Lucilla GATT (Università “Suor Orsola Benincasa” di Napoli); Andrea GENOVESE (Università “La Tuscia” di Viterbo); Fulvio GIGLIOTTI (Università di Catanzaro); Claudia IRTI (Università di Venezia Ca’ Foscari); Umberto IZZO (Università di Trento); David KREMER (Université Paris Descartes); Paola LAMBRINI (Università di Padova); Lorenzo MEZZASOMA (Università di Perugia); Eleonora NICOSIA (Università di Catania); Francesco Paolo PATTI (Università “Luigi Bocconi” di Milano); Aldo PETRUCCI (Università di Pisa); Guido PFEIFER (Università Goethe di Frankfurt am Main); Fabrizio PIRAINO (Università di Palermo); Johannes PLATSCHEK (Università di München LMU); Roberto PUCELLA (Università di Bergamo); Francesca REDUZZI MEROLA (Università di Napoli “Federico II”); Nicola RIZZO (Università di Pavia); Giacomo ROJAS ELGUETA (Università di Roma Tre); Diego ROSSANO (Università di Napoli “Parthenope”); Anna Maria SALOMONE (Università di Napoli “Federico II”); Gianni SANTUCCI (Università di Trento); Roberto SCEVOLA (Università di Padova); Roberto SENIGAGLIA (Università di Venezia Ca’ Foscari); Laura TAFARO (Università di Bari “Aldo Moro”)

Segreteria di redazione

Roberta BENDINELLI; Lorenzo BOTTA; Federica CHIRONI; Giovanni GANDINO; Roberta GUAINELLA; Maria Cristina IDINI; Pietro LIBECCIO; Claudia MARASCO; Salvatore MISTRETTA, Enrico NIEDDU; Anna Maria PANCALLO; Edoardo PINNA, Pietro Giovanni Antonio SANTORU; Laudevino Bento DOS SANTOS NETO DA SILVEIRA

Volume finanziato con il contributo dei Fondi Progetto PON “Just Smart”.
Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Sassari



Rivista on line open access. Indirizzo web: www.archiviogiuridicosassarese.org.

Registrazione: Tribunale di Sassari n° 11 del 26/01/1974.

Prima serie: Archivio Storico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1975 al 1992.

Seconda serie: Archivio Storico e Giuridico Sardo di Sassari, pubblicata in formato cartaceo dal 1994 al 1998 e in formato digitale dal 1999 al 2019 (ISSN print: 2240-4856; ISSN on line: 2240-4864). Periodicità: semestrale.

Serie attuale: Archivio Giuridico Sassarese.

ISSN print: 2785-034X

ISSN on line: 2785-0803

ISBN print: 978-88-5529-318-1

© 2022, Associazione Giuridica Sassarese.

Editore: Inschibboleth edizioni – via G. Macchi, 94, 00133, Roma – Italia, email: info@inschibbolethedizioni.com. Direttore responsabile: Emiliano Tolu. Proprietario della pubblicazione: Associazione Giuridica Sassarese, email: rivista@archiviogiuridicosassarese.org. Sede della pubblicazione: Sassari, Associazione Giuridica Sassarese, c/o Studio Legale Berlinguer, via Cavour 88, 07100 Sassari, SS.

Fascicolo n. 2/2021, luglio-dicembre, arretrato, pubblicato online l’11 novembre 2022.

INDICE

Saggi

Il contratto nell'esperienza giuridica italo-brasiliana

- ELAINE MARCÍLIO SANTOS, *Apresentação* p. 11
- ALESSANDRO HIRATA, *Introdução* p. 13
- ALESSANDRA DE AZEVEDO DOMINGUES, *Gestão contratual* p. 23
- STEFANIA FUSCO, *Estudos sobre compromissum arbitri. I. A literatura e a exceptio pacti* p. 37
- ALESSANDRO HIRATA, *Liberdade de contratar e os contratos inominados no direito romano* p. 69
- ARTURO MANIACI, *Nuove questioni relative alle sopravvenienze contrattuali nell'ordinamento giuridico italiano* p. 77
- CINTIA ROSA PEREIRA DE LIMA, *Contratos de adesão eletrônicos* p. 93
- MARTA RODRIGUES MAFFEIS, *O contrato médico e as obrigações de meio e resultado* p. 119
- RODRIGO DE LIMA VAZ SAMPAIO, *Da responsabilidade objetiva do comodatário no Direito Romano* p. 137

Note a sentenza

- CLAUDIA MILLI, *I nuovi orizzonti dei contratti derivati stipulati dagli enti locali. Quali possibili scenari. Commento al provvedimento del 12 ottobre 2021 della Commercial Court (Financial List division) della High Court of Justice of England and Wales* p. 207

Saggi

Il contratto nell'esperienza giuridica
italo-brasiliana

INTRODUÇÃO

Desde o direito mesopotâmico, ou seja, no período mais antigo do qual temos notícias no mundo ocidental, é possível identificar o fenômeno econômico que chamamos de contrato¹. Ou seja, já no segundo milênio antes de Cristo, tem-se a presença dos elementos básicos da figura contratual: acordo de vontades, entre partes, visando a um fim tutelado pelo direito, de caráter negocial. Pode-se imaginar uma situação cotidiana nesse período: Um homem livre na Babilônia, produtor de grãos, almejando trocar sua mercadoria por prata, a fim de comprar suprimentos. Nessa descrição corriqueira, apresentam-se, claramente, dois contratos: um entre o produtor de grãos e o comprador destes, e um outro na compra dos suprimentos. Assim, apesar dos babilônios não chamarem tais operações de contratos (nem de nenhum outro termo, pois não existia uma ciência do direito nessa época), esse é o termo que os romanos – ou mesmo nós – daríamos a tais operações: contrato.

Aliás, também os romanos², os quais desenvolveram de forma espetacular a ciência do direito, não criaram uma teoria geral que explicasse essa operação econômica. Isso se dá, uma vez que o direito romano era tipicamente casuístico, ou seja, objetivava resolver um problema jurídico concreto. Os juristas

¹ Pode-se citar, exemplificativamente, como doutrina do direito contratual, especialmente para o direito brasileiro: O. GOMES, *Contratos*²⁶, Rio de Janeiro 2008, C. M. SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil – Contratos*⁵, 3, Rio de Janeiro 1981, F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado – Tomo XXXVIII – Direito das Obrigações: Negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais*³, Rio de Janeiro 1972, e C. C. DE FARIAS – N. ROSENVALD, *Curso de Direito Civil – Contratos – Teoria Geral e Contratos em espécie*⁵, 4, São Paulo 2015. Fundamental a obra de E. ROPPO, *Il contratto*, trad. port. A. Coimbra e M. Januário C. Gomes, *O contrato*, Coimbra 1988, e *Trattato di diritto privato. Il Contratto*, Milano 2001. Também na literatura italiana, é fundamental a obra de C. M. BIANCA, *Diritto civile – vol. III – Il contratto*³, Milano 2019, e de R. SACCO – G. DE NOVA, *Il Contratto*⁴, Torino 2016. Interessante citar, ainda, a exposição acerca da economia dos contratos feita por R. SZTAJN – D. ZYLBERSZTAJN – P. F. AZEVEDO, *Economia dos contratos* in R. SZTAJN – D. ZYLBERSZTAJN (org.), *Direito e Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações*, Rio de Janeiro 2005, pp. 102-136.

² Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht I – Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*², München 1971.

romanos não estavam preocupados em criar teorias, ou uma teoria para os contratos, mas sim em oferecer a melhor solução jurídica para os casos práticos em que eram confrontados.

Desse modo, o termo *contractus* e o verbo *contrahere* eram utilizados de modo não técnico, para toda fatispécie que gerasse deveres. Assim, apesar de termos recepcionado tais termos no direito moderno – inclusive no direito brasileiro – não os utilizamos como os romanos.

Mas é correto afirmar que as bases do direito contratual moderno se encontram nos ensinamentos do direito romano. Apesar de não podermos dizer que o direito romano clássico conhecia a chamada liberdade de contratar, reflexo da autonomia privada, na prática os efeitos eram iguais. Há tipicidade tanto do direito das obrigações quanto dos direitos reais, ou seja, os contratos previstos são *numerus clausus*: as partes podem apenas fazer uso dos contratos já previstos, não podendo criar novos tipos contratuais.

Entretanto, na prática, isso era facilmente contornável já no direito romano. O acordo de vontades entre as partes, mesmo sendo o contrato inominado, ou seja, não previsto pelo direito romano, era protegido e tutelado pelo direito. As partes recebiam ações – tal qual as atuais ações judiciais para tutela de direitos garantidos pelo Estado aos cidadãos – do pretor para ter os seus direitos protegidos. Apesar da aparente limitação da autonomia da vontade por meio da tipicidade dos contratos, o direito romano, na verdade, consagrava a liberdade de contratar como nós a conhecemos: as partes poderiam celebrar qualquer tipo de negócio que não fosse proibido em lei.

Desse modo, temos – já no direito romano – o principal motor do direito contratual: a liberdade de contratar. Tal princípio, elevado posteriormente – pelo Código Civil alemão no final do século XIX – à posição de mais importante princípio de todo o direito civil, é fundamental no desenvolvimento e na atuação do direito contratual. Sendo este mais ou menos limitado, mais ou menos incentivado, o direito flexibiliza ou enrijece o reconhecimento de operações econômicas cotidianas que são comumente chamadas de contratos.

O contrato, que no direito contemporâneo pode ser definido de diversos modos³, tem como estrutura basilar a mesma conhecida desde os tempos mais remotos: as partes se encontram, com seus interesses contrapostos e decidem obrigar-se reciprocamente. A singeleza desse negócio jurídico esconde a sua importância para a humanidade. A segurança jurídica quanto ao cumprimento desses acordos é fundamental para o desenvolvimento econômico, do contrário os excedentes de produção não seriam negociados e a especialização seria impossível: ou seja, todos teriam de ser capazes de produzir os bens que consomem. Daí a importância de garantia de eficácia a esses acordos.

³ Por exemplo, a brilhante definição de E. ROPPO, *Il contratto*, trad. port. A. Coimbra e M. J. C. Gomes, *O contrato*, São Paulo 2009, p. 13, que entende ser o contrato a veste jurídica de uma operação econômica. Tal conceito pode, muito provavelmente, ser aplicado nos mais diversos períodos históricos conhecidos.

Por conseguinte, o famoso brocardo “*pacta sunt servanda*”, criado pelo direito canônico no século XI⁴, consagra a necessidade desses acordos, os contratos, serem respeitados pelas suas partes e pela sociedade. Tal princípio continua sempre atual, especialmente em períodos em que se enfrenta a judicialização das relações privadas e a consequente interferência judicial nos contratos⁵. É preciso que os contratos continuem a serem respeitados, a fim de que o sistema jurídico produza melhor seus resultados.

Ainda, no direito contemporâneo, podem ser encontrados temas dos mais diversos e interessantes do direito contratual.

Por exemplo, as chamadas relações contratuais fáticas. Um contrato, como qualquer jurista sabe, aperfeiçoa-se quando duas pessoas declaram uma à outra sua vontade direcionada à ocorrência de efeitos jurídicos. A declaração, logicamente, não precisa ser “expressa”, ela pode acontecer por meio do dito “comportamento concludente”. Ou seja, um comportamento que, segundo o entendimento geral ou do “destinatário da declaração”, permite concluir a respectiva vontade do agente com relação aos efeitos jurídicos ou a sua vontade negocial. Para que tal ato seja considerado uma “declaração”, é necessário que o seu destinatário possa, de algum modo, tomá-la em conhecimento.

Já se disse que o exercício da atividade de transporte, tomado como comportamento concludente, torna reconhecível a todos a vontade do empresário de celebrar contratos de transporte com qualquer pessoa. Até aqui, ainda pode funcionar. Mas onde está o comportamento do passageiro que possa ser considerado como “aceitação” da “oferta de contrato”? Até que ele não se faça, de alguma forma, presente ao cobrador, que é o representante da empresa de transporte, não se pode considerar seu comportamento – subir no bonde e permanecer ali até chegar ao seu ponto –, de forma alguma, como tendo “valor de declaração”.

A moderna economia tráfica, característica da sociedade de massa, impõe ao direito privado novas situações cotidianas que necessitam de tratamento. Típicas do modelo econômico prevalente após a Segunda Guerra Mundial, surgem as chamadas relações contratuais fáticas, uma dessas novas figuras jurídicas, dentro do direito contratual.

A disciplina das relações contratuais de fato teve maior desenvolvimento na doutrina alemã, que cunhou o termo *faktische Vertragsverhältnisse*, ou seja, relações contratuais fáticas⁶. Por conseguinte, diversas controvérsias surgiram entre os autores, principalmente no tocante à natureza jurídica dessa figura.

⁴ Cfr. P. LANDAU, *Pacta sunt servanda. Zu den kanonistischen Grundlagen der Privatautonomie* in M. ASCHERI (org.), „*Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert*“. *Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*. Köln 2003, pp. 457–474.

⁵ Cfr. O. L. RODRIGUES JR., *Estatuto epistemológico do Direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios*, in *O Direito CXLIII* (2011), II, pp. 43-66.

⁶ Cfr. A. HIRATA, *Relações Contratuais Fáticas (faktische Vertragsverhältnisse)*, Tese (Professor Titular) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo 2011.

Divergem, assim, os autores, precipuamente, se tal figura jurídica constitui ou não um contrato. Como veremos posteriormente, não há qualquer consenso na doutrina, não impedindo, entretanto, seu tratamento obrigacional.

Encontramos essa figura jurídica nos transportes coletivos, nas máquinas de refrigerante e alimentos, nos sistemas de auto-serviço.

G. Haupt⁷ desenvolveu a tese segundo a qual existem relações contratuais que se perfazem não por meio da celebração de um contrato, mas sim em virtude de uma situação puramente fática. Dever-se-ia admitir tal situação sempre que a relação entre as partes não se dá por meio de declarações de vontade coincidentes: essa relação é determinada, por exemplo, por meio de tarifa. Ainda segundo Haupt, em tais casos o conceito de contrato não é satisfeito, uma vez que não se teria aqui nada para acordar. Como exemplo, o autor apresenta o caso da utilização de um bonde: não é necessária a conclusão de um contrato, uma vez que o feixe de direitos e deveres relacionados é gerado pela entrada do passageiro no bonde e da sua utilização segundo as normas vigentes. Tais direitos e deveres não podem ser modificados pela vontade das partes, que são unidas nessa relação, independentemente da vontade delas.

Tal teoria foi aprofundada pela tese de K. Larenz⁸ sobre o comportamento social típico, sustentada pelo autor até a sexta edição de seu *Lehrbuch (Allgemeiner Teil)*. Segundo essa primeira teoria de K. Larenz, a vontade do usuário é voltada para o resultado de fato e não para o fundamento do efeito jurídico. Assim, ele age de modo “social típico”, mas não declara absolutamente nada.

Os contratos, como afirma E. Roppo⁹, podem ser definidos como resultantes do encontro ou da fusão da vontade das partes, sendo que a proposta e a aceitação de um contrato são manifestações de vontade. Essa vontade, como se sabe, precisa ser externada, seja ela declarada ou apenas manifestada, para que tenha relevância jurídica.

Entretanto, podemos encontrar diversos tipos de manifestação dessa vontade. O mais comum, obviamente, é a linguagem, seja ela escrita ou oral. Mas a palavra é a apenas uma das manifestações possíveis. E. Roppo lembra que em certas regiões da Itália, por exemplo, o costume camponês reza que a compra e venda de gado apenas considera-se efetuada quando as partes apertam a mão de determinada maneira. Contudo, tanto a manifestação pela linguagem ou por gestos são casos de maneira expressa de manifestar-se.

Há outros casos em que a manifestação se dá por meio de comportamentos do sujeito: temos então a manifestação tácita. Isso não significa o silêncio como manifestação de vontade, mas sim de comportamentos inequívocos, uma série

⁷ *Über faktischen Vertragsverhältnisse*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Heinrich Siber zum 10. April 1940 II*, Leipzig 1943, pp. 5 e ss.

⁸ *Sozialtypisches Verhalten als Verpflichtungsgrund*, in *Deutsche Richterzeitung* (1958), pp. 245 e ss.

⁹ *Il contratto*, cit., pp. 335-336.

de ações que permitam revelar a vontade da parte de concluir um contrato. São os chamados comportamentos concludentes.

Essa nova categoria dogmática, característica da civilização de massas, baseia-se no tráfico jurídico, na existência de condutas geradoras de vínculos obrigacionais não enquadradas naquelas tradicionais emissões de vontade que se dirigem à produção de ofertas e aceitações. Em outras palavras, tais comportamentos referentes à utilização de bens ou serviços de massa, pelo seu significado social típico, levam às consequências jurídicas de uma já conhecida e caracterizada atuação negocial, apesar de distinta desta.

Assim, a doutrina das relações contratuais fáticas difere sobremaneira da doutrina tradicional dos contratos. Enquanto que nos contratos a aparência de vontade e as expectativas criadas podem (e geralmente irão) sucumbir diante da falta de consciência de declaração ou incapacidade do declarante, nas relações contratuais fáticas, pelo contrário, em virtude das necessidades de celeridade, segurança e outras condições do tráfico jurídico, não há relevância nos erros na declaração ou eventual incapacidade de parte (v. g., criança que compra refrigerante em máquina). Isso ocorre pois a tradicional doutrina contratual, baseada no equilíbrio entre “a tutela da vontade do declarante e a tutela da confiança do destinatário”, não é condizente às relações da sociedade de massa.

Desse modo, são comportamentos sociais típicos ou concludentes o ingresso em um ônibus, o uso efetivo ou aquisição de produto, o ato de acionar a máquina automática, etc. Ou seja, a pessoa que se utiliza de ônibus urbano é obrigada ao pagamento do preço da tarifa correspondente ao trajeto, adquirindo o direito de ser transportada. Não importa, portanto, se ela tinha intenção em emitir declaração de vontade com tal conteúdo, se tem ou não capacidade negocial e se conhece ou não as condições do serviço de transporte. Isso ocorre, pois tais processos não resultam da vontade negocial das partes, mas da sua valoração no tráfico como conduta social típica.

Além disso, temos outras situações às quais se aplica o regime dos contratos, sem que se tenha um característico acordo de vontades dos contraentes, aquele presente tradicionalmente nos contratos:

a) Primeiramente, tem-se as vinculações dos chamados contratos sociais, sejam eles anteriores ou independentes de qualquer outro negócio jurídico. É a relação presente nos casos de responsabilidade pré-contratual e do transporte amistoso. Desta maneira, temos o surgimento de deveres e obrigações resultantes de tal relação, sem a expressa ou tácita manifestação de vontade presente nos contratos em geral.

b) Ademais, temos as relações obrigacionais duradouras, como aquelas presentes nas relações trabalhistas e societárias, quando emergentes de contratos ineficazes, visando-se aplicar a disciplina dos seus correspondentes negócios e a não retroatividade da ineficácia ou invalidade. Desse modo, tais contratos trabalhistas ou societários, mesmo que inválidos, em virtude de sua característica de relação a longo prazo, sua importância social e econômica e da boa fé do

contratante, devem ser preservados, não os eivando de vícios e preservando-os da aplicação da não retroatividade da ineficácia ou invalidade. Objetiva-se a permanência da relação, gerando deveres e obrigações típicos de um contrato, apesar da inicial aparente ineficácia *stricto sensu* da relação.

Dessa maneira, caso haja contrato ou não, necessariamente temos o surgimento de tal relação jurídica. A nosso ver, assim como aponta a doutrina alemã, não temos a formação de um contrato completo. Entendemos que se trata dessa característica relação, cujo alicerce é um comportamento concludente, gerando os mesmos efeitos de um contrato.

O reconhecimento de que não se trata de um negócio jurídico, mas ainda assim de um ato no campo da autonomia privada, resolve várias dificuldades dogmáticas. Já que não há uma “declaração de vontade” no comportamento social típico, os “vícios de vontade” não têm qualquer importância. Os dispositivos sobre “capacidade de fato” não são imediatamente aplicáveis, mas a proteção do incapaz precisa também aqui ser observada.

Em suma, tem-se aqui a autonomia privada e a liberdade de contratar, como elementos centrais para o reconhecimento do comportamento social típico como causa obrigacional. Tal reconhecimento é fundamental como parte de um desenvolvimento capaz de permitir uma adequada apreciação de manifestações da moderna circulação de bens.

Do mesmo modo, a liberdade de contratar é a peça fundamental quando tratamos de cláusulas gerais de contratar e contratos de adesão. Assim como as relações contratuais fáticas, também aqui estamos diante de um fenômeno da economia de massa e das transformações sofridas após a Segunda Guerra Mundial.

Nesse contexto, surgem os contratos de adesão¹⁰, eliminando as demoradas tratativas contratuais, celeridade esta essencial na economia moderna. A celeridade da contratação pressupõe, para o atendimento de seus objetivos, um contrato já pronto, pensado de forma a se aplicar ao máximo de pessoas possível.

Os contratos de adesão são por excelência contratos em bloco, ou, como bem expressa a doutrina norte-americana, *contracts in a take-it-or-leave-it basis* – ou aceitam-se as cláusulas como são, ou não é celebrado o contrato.

Essa standardização de cláusulas a um sem número de consumidores leva o contratante – geralmente, um consumidor – a uma situação sem saída: necessitado que está do produto, quer por sua real indispensabilidade, quer pelo induzimento a que foi levado pela publicidade, o consumidor muitas vezes tolera (quando não desconhece) eventuais abusos para não ficar sem o produto ou serviço de que precisa.

Sem dúvida que os contratos-tipo são instrumento de racionalização do comércio e elemento de celeridade e eficiência do abastecimento. Em si mesma, a tipificação contratual não é lesiva aos interesses dos consumidores. Mas,

¹⁰ Cfr. E. ROPPO, *Il contratto*, cit., pp. 126 e ss. Também sobre contrato de adesão, vide O. GOMES, *Contrato de Adesão. Condições Gerais dos Contratos*, São Paulo 1972.

sendo um fenômeno da oferta oligopolística, redundando facilmente em resultados abusivos. Não é a estandardização que se mostra prejudicial, mas a assimilação maciça de cláusulas com vantagens indevidas para o contratante que está em condições de as impor.

Assim, as condições gerais dos contratos seriam todas as cláusulas pré-elaboradas por uma das partes para regular um número indeterminado de futuras relações jurídicas. Elas teriam dois destinos: ou seriam impressas, aguardando a assinatura da outra parte, integrando contratos de adesão, ou integrariam as chamadas condutas sociais típicas ou relações contratuais de fato, como já vimos hoje.

De qualquer forma, as condições gerais dos contratos devem ser de conhecimento do consumidor, quando não integrantes de contratos impressos. Deve-se buscar, por meio de tabuletas, letreiros, versos de tíquetes etc., o efetivo conhecimento dos termos que regerão a relação jurídica.

Já nos contratos de adesão, uma parte deve aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se por simples adesão a conteúdo pré-estabelecido da relação jurídica. Geralmente, a parte que pré-estabelece unilateralmente as cláusulas é o parceiro contratual economicamente mais forte¹¹.

Vale lembrar, que o contrato de adesão não é uma categoria autônoma, nem um tipo contratual, mas, sim, uma técnica diferente de formação do contrato, podendo ser aplicada a inúmeras categorias contratuais. Assim, não se pode falar do contrato de adesão da mesma forma que se fala de locação, compra e venda, mandato, pois todos estes podem ser celebrados por adesão – é o que ocorre com frequência, respectivamente, em imobiliárias, em concessionárias de veículos, e com procurações *ad judicium*.

Ainda, apesar de termos o tradicional acordo de vontades, típico da figura contratual, aqui esse elemento apresenta características diversas: afinal, ele se dá por meio da aceitação de cláusulas preestabelecidas, que não podem ser alteradas pelo aceitante. Tais cláusulas foram formuladas unilateralmente, sem interferência da outra parte.

Consequentemente, também a liberdade de contratar aqui é diferenciada. Limitada, pode-se dizer. Não há liberdade em determinar-se o conteúdo do contrato. A liberdade do aceitante está em dizer sim ou não para a outra parte. Pode-se dizer, aqui, que a economia de massa, no tocante aos contratos de adesão, restringiu a liberdade de contratar, ou melhor dizendo, precisou assim o fazer, para atingir os fins econômicos necessários.

Por fim, tem-se, também a título de exemplo, mais uma figura do direito contratual contemporâneo a ser comentada: os chamados contratos derivativos tiveram papel fundamental na crise econômica mundial de 2008/2009.

¹¹ No mesmo sentido, C. LIMA MARQUES, *Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*³, São Paulo 1998, p. 53.

Os contratos derivativos¹² foram fundamentais para o desenvolvimento do capitalismo contemporâneo, permitindo a transferência de riscos entre agentes econômicos de forma antes impossível ou economicamente inviável.

É provável que os contratos futuros tenham sido empregados no mundo ocidental já na Idade Média, para prevenir desequilíbrios da produção agrícola. Nessa fórmula originária, os futuros pré-fixavam o preço e quantidade da venda dos produtos ainda em fase de produção. A utilidade do contrato parece evidente quando consideramos a realidade de um pequeno produtor que sofre com a incerteza do preço de venda do trigo após o ciclo de plantio e colheita. Assim, ao adquirir insumos para o plantio, o produtor não sabe se, após 8 meses de trabalho, receberá \$10 ou \$60 por saca colhida. Nos anos de super-safra, o preço tende a reduzir-se; enquanto, por outro lado, em safras pouco volumosas, o preço permitirá maior lucratividade para o produtor.

Por sua vez, um panificador também sofre com a dificuldade de previsão de sua atividade, sendo certo que não conseguirá repassar integralmente o incremento no custo ao consumidor de pães sem uma redução da demanda. Diante disso, ao planejar sua produção, realizando investimentos, o panificador tem igual interesse em conseguir fixar o preço em um nível razoável.

Dessa demanda por redução de risco da atividade econômica, surgiu o contrato futuro, que equivale a um contrato de compra e venda com prestação e contraprestação diferidas. Além disso, nas operações com contratos derivativos, o custo de realizar o negócio assume papel central. Trata-se de um negócio de transferência de risco cujo preço nem sempre está expresso em moeda. É possível, por exemplo, permutar riscos sem troca monetária. De qualquer forma, além da contraprestação as partes suportam um custo relativo à própria realização do negócio: este é o custo de transação. O trabalho de R. COASE¹³ procurou identificar o impacto dos custos de transação para a eficiência alocativa, isto é, como o emprego de fatores de produção (inclusive o capital) em uma ou outra atividade econômica pode ser afetado pelo custo de contratar – em sentido amplo – com as partes envolvidas.

Por conseguinte, maior eficiência alocativa é obtida com a redução dos custos de transação – entre os quais se insere a regulação. Ademais, os próprios contratos derivativos atuam na economia como redutores de custos de transação. Aliás, conforme pretendemos demonstrar ao longo deste trabalho, está mesmo nesta característica o grande sucesso desses instrumentos. Destarte, pouco sentido teria que funcionasse com elevados custos de transação o mercado de negociação de contratos cujo fim último é, justamente, a eliminação ou mitigação dos mesmos custos de transação.

As recentes crises financeiras mundiais de 1994, iniciada no México, 1997-99 (Tigres Asiáticos e Rússia) e de 2008, crise do *subprime* (EUA), apre-

¹² Cfr. A. J. HIRATA, *Derivativos – o Impacto do Direito no Desempenho da Função Econômica*, São Paulo 2012.

¹³ *The Problem of Social Cost* in *The Journal of Law and Economics*, III (1960), pp. 1-44.

sentaram efeitos importantes no Brasil e estão amplamente relacionadas a desequilíbrios provocados, em boa parte, pela administração desmedida de riscos e o emprego inadequado de derivativos.

Em 2008, a crise financeira surgida no mercado imobiliário norte-americano se agravou com a quebra do Lehman Brothers e a estatização das duas maiores instituições de crédito imobiliário *Fannie Mae* (*Federal National Mortgage Association*) e *Freddie Mac* (*Federal Home Loan Mortgage Corporation*) em razão da ameaça de insolvência. A origem da crise está na fundamentalmente na criação de derivativos que muito de distanciavam de seus ativos subjacentes, quais sejam, os créditos hipotecários havidos contra adquirentes de imóveis.

O problema surge com o falseamento da qualidade da carteira de risco, conhecida como “*subprime*”, ou abaixo da condição ideal para obtenção de crédito. A expectativa de inadimplemento refletida nos derivativos criados a partir destes créditos era irreal, fato constatado no desempenho da carteira, notadamente nos elevados inadimplemento e custo para cobrança. A esse respeito, houve ainda agravamento pela queda expressiva do valor dos imóveis hipotecados, assim, a garantia dos empréstimos originais foi também considerada insuficiente para saldar o passivo. Por conseguinte, considerando que o ativo subjacente (crédito imobiliário) de fato valia menos que o declarado em seus derivativos subsequentes, os derivativos também valiam menos, ou muito menos que seu preço original. Ainda mais por conta das divisões pouco transparentes da carteira de acordo com a qualidade dos devedores e a mistura igualmente obscura com outros tipos de crédito para melhor classificação de risco.

Assim, é inegável a importância dos contratos futuros no atual cenário da economia contemporânea. Os riscos oferecidos pelo seu uso descuidado são proporcionais aos benefícios para a realização de negócios. O que se discute hoje é a maior ou menor regulação desse mercado pelo Estado.

Após tais interessantes exemplos, pode-se afirmar que o fenômeno econômico e jurídico chamado de “contrato” é a peça central não apenas de todo o direito privado, mas também de toda a atividade negocial.

Esse fenômeno está presente desde as mais remotas organizações de vida social. Por isso, podemos usar os exemplos do direito mesopotâmico e, com maior propriedade, os do direito romano, como identificadores desse fenômeno. As vontades e os interesses de partes, visando a um determinado fim econômico tutelado pelo direito, compõem tanto os contratos mais primitivos que conhecemos até os contratos derivativos de hoje.

A autonomia da vontade¹⁴ e, mais precisamente, a liberdade de contratar, é o elemento central do direito contratual, desde os tempos mais remotos até nas figuras jurídicas da economia de massa. Se mais limitada ou mais ampla, a

¹⁴ Sobre a autonomia da vontade, é bastante elucidativo o exposto por C. COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro 2007, pp. 24-32.

análise da liberdade de contratar sempre é necessária para entender o direito contratual.

O direito contratual é fonte inesgotável de estudos e pesquisas. Só assim podemos entender os mais atuais problemas jurídicos contemporâneos de direito privado. Problemas muitas vezes teóricos, mas sempre com efeitos imediatos na prática do direito e da economia. Não são meras construções acadêmicas, mas sim ferramentas para o desenvolvimento econômico, permitindo a troca segura de bens e serviços, a reunião de capitais necessários a realização de grandes obras de infraestrutura e, em última instância, o incremento do bem-estar social.

Alessandro Hirata