Número 12 – novembro/dezembro/janeiro - 2008 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-1861 -

A LIBERDADE CONTRATUAL NAS OPERAÇÕES ECONÔMICAS EM MERCADOS: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA NO CONTROLE EXTRAJUDICIAL DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS

Felipe Raminelli Leonardi
Mestrando em Direito Civil pela PUC/SP.
Professor Contratado de Direito Comercial II na Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.
Advogado.

"Tem-se de educar a inteligência e a ação, para que dos 'indicativos' se tirem os 'imperativos', e tudo se desenvolva, lá fora, ao ar livre, como um 'teorema em ação'".
(Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Introdução à sociologia geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 228.)

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Notas históricas e o contorno constitucional da liberdade contratual – 3. Configuração jurídica do mercado e da liberdade contratual no plano constitucional brasileiro – 4. A liberdade contratual entre a pessoa e o mercado na pós-modernidade. Liberdade de escolha e avaliação da realidade nos mercados: o Ministério Público e o controle geral – 5. Conclusões. A liberdade contratual como espaço dotado de um mínimo de qualidade para atuação do sujeito em mercados – Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O presente texto[1] tem como objeto de investigação o reconhecimento da configuração hodierna da liberdade contratual e a partir daí evidenciar a importância de um mecanismo em alguma medida afastado da atenção da

[1] O presente texto integra os anais da VII Convenciòn Latinoamericana de Derecho, realizada em Santiago na Universidad Autonoma do Chile, entre os dias 08 e 12 de outubro de 2007.

dogmática contemporânea[2]. Trata-se do controle extrajudicial dos programas contratuais oferecidos em mercados, enquanto interessante instrumento que oferta *qualidade* para o espaço de atuação do sujeito. Espaço - diga-se - já bastante restrito frente às diversas técnicas de contratações presentes nas trocas econômicas contemporâneas.

Neste sentido, realiza-se um corte epistemológico. Busca-se, precisamente, identificar o espaço de liberdade existente para os sujeitos nas operações econômicas em mercados, justificando essa postura em razão destas situações representarem maior relevância na realidade jurídica das sociedades contemporâneas, além de serem em termos quantitativos também bastante amplas. Assim, a análise centra-se, notadamente, nas situações jurídicas de consumo.

Afinal: Qual o espaço de liberdade do sujeito que pretende adquirir um imóvel em condomínio edilício? Qual a autonomia do sujeito frente a um contrato no mercado educacional? No mercado de serviços financeiros? Cartão de crédito? Etc.

Considerando a existência de uma nova configuração, ainda em construção, não só de toda a realidade socioeconômica, mas também do pensamento jurídico, situação que é identificada por alguns autores como pós-moderna, parece que a noção de *ordem jurídica do mercado* é o *locus* mais apropriado para se extrair a realidade hodierna da liberdade contratual e pensar a efetiva importância de mecanismos existentes.[3]

---

[2] Dedico esta despretensiosa comunicação a José Leyva Saavedra, professor catedrático de Direito Mercantil da Universidad Nacional Mayor de San Marcos – Perú, devido à confiança, por tornar possível o convite para expor o presente na VII Convención Latinoamericana de Derecho e pelo aprendizado proporcionado na troca de textos. Não poderia deixar de dedicar e agradecer a Rosa Maria de Andrade Nery, professora titular da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pelo apoio, carinho e incentivo, que encontram acolhida perfeita no adjetivo fraternal. Agradeço também à Priscilla Manfredi, pois sempre ao meu lado. Críticas e sugestões são bem vindas e podem ser endereçadas para felipe.leonardi@aasp.org.br.

[3] Estudo de direito comparado e de comparação jurídica vai além das pretensões do presente trabalho, mas foi possível identificar, apesar da efetiva limitação desta pesquisa e de seu autor, trabalho monográfico que aborda esta específica questão, inclusive concluindo no sentido da necessidade de implementação legislativa para um melhor enfrentamento da situação. v. Marco Antonio Zanelatto. *Condições gerais dos contratos, cláusulas abusivas e a proteção do consumidor*. Tese de Doutorado apresentada na FDUSP. São Paulo, 2006. Do resumo da tese se extrai: "O controle do conteúdo das cláusulas contratuais, no Brasil, é feito principalmente no âmbito judicial, (i) de forma abstrata, mediante a propositura de ações coletivas visando à declaração de nulidade das cláusulas abusivas e a proibição de sua aplicação nos contratos já concluídos e a sua inclusão nos contratos futuros, e (ii) de modo concreto, por meio de ações judiciais individuais, propostas pelos aderentes dos contratos concluídos por adesão a condições gerais. Não há previsão legal específica para o controle administrativo das condições gerais dos contratos, mas, na prática, o Ministério Público tem realizado este tipo de controle, no âmbito de inquéritos civis, em que as empresas assumem o compromisso de eliminarem de suas condições gerais as cláusulas abusivas, deixando de aplicá-las nos contratos já celebrados. O exame dos controles de inclusão e de conteúdo, nos âmbitos judicial e administrativo, é feito em comparação com a legislação estrangeira (comunitária, alemã, francesa, italiana, espanhola e portuguesa), chegando-se à conclusão de que, no Brasil, não obstante as normas do Código de Defesa do Consumidor que dão base à realização desses controles, no âmbito das relações de consumo,

Uma aproximação dos aspectos normativos com a realidade em busca da manutenção de um efetivo espaço dotado de um mínimo de qualidade para atuação do sujeito, compreendendo esta necessidade em diálogo com os valores constitucionais,[4] faz transparecer a relevância do instrumental oferecido pelo controle extrajudicial de cláusulas contratuais gerais.

2. NOTAS HISTÓRICAS E O CONTORNO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE CONTRATUAL

O caminhar na história da liberdade contratual permite a identificação de alguns aspectos estruturantes caracterizadores de uma perspectiva diversa da compreensão do fenômeno. A passagem em termos grosseiros da autonomia da vontade para a autonomia privada expressa uma gama de reflexos do próprio modo de pensar a ciência jurídica, além de fatores econômico-sociais.

Percebe-se, em linhas gerais, o deslocamento do núcleo da liberdade contratual do sujeito, portador de vontade, para a ordem jurídica, a qual passa a reconhecer ou conceder em seu interior espaço para a atuação desse sujeito. Nesse deslocamento, agregam-se diversos valores. Somam-se aos limites negativos a imposição de limites em sentido positivo. Além disso, a preocupação não tem seu foco somente no indivíduo, mas também na coletividade.[5]

As alterações econômicas e sociais adensam os feixes de regras que conformam o espaço da autonomia privada (*v.g.* contratação por adesão, cláusulas contratuais gerais etc.). Embora permaneça, em regra, a concepção da liberdade contratual a partir de três núcleos fundamentais, ou seja, liberdade de contratação, liberdade de escolha do conteúdo contratual e a possibilidade de celebrar contratos atípicos. Mas a realidade começa a se impor.

Grande relevo na complementaridade dessa alteração de paradigma e também conformador de novas perspectivas é o papel que assume o texto constitucional.

---

torna-se necessária a edição de uma lei que discipline de forma a mais completa possível as condições gerais dos contratos, com domínio de aplicação que alcance todos os tipos de relações contratuais, a exemplo da recente Lei sobre as Condições Gerais da Contratação espanhola".

[4] Pietro Bercellona aponta como um dos problemas atuais da liberdade contratual a não identificação entre o modelo conceitual jurídico e a realidade (Libertà contrattuale. *Enciclopedia del diritto.* Tomo XXIV. Milano: Giuffrè, v. XXIV, p. 487-494.

[5] A observação evolutiva a que se submete em termos gerais o direito de obrigações a partir da implementação de alterações de ordem econômica e social é tratada nas mais diversas obras jurídicas, nacionais e estrangeiras. Dentre estas, oferece o enfoque mais específico pretendido no texto, pois confronta o "contrato clássico" e o "contrato de adesão", Arruda Alvim, Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.º 20, p. 25-38, outubro/dezembro de 1996.

Com o advento do Estado Social as constituições assumiram novo componente, para além da estruturação do Estado e de direitos individuais. Trata-se da presença da ordem econômica e social. Acrescenta-se ainda certa re-estruturação dogmática do direito privado a partir da própria constituição (direito civil-constitucional).[6]

Assim, é preciso compreender a liberdade contratual à luz da Constituição Federal, em atenção às relações sociais hodiernas para, após isso, a confrontar com a realidade das operações econômicas, o que se faz em busca de uma síntese construtiva.

3. CONFIGURAÇÃO JURÍDICA DO MERCADO E DA LIBERDADE CONTRATUAL NO PLANO CONSTITUCIONAL

Aproxima-se o papel do Estado pós-moderno na economia da tese sustentada por Natalino Irti ao cunhar o termo *ordine giuridica del mercato*.[7] A relação estabelecida pelo autor italiano entre direito e economia mostra-se fundamental para compreender a configuração atual da liberdade contratual, notadamente em mercados.[8]

Para estabelecer certa razão na compreensão, antecipa-se a definição de mercado apresentada por N. Irti:

> *"Propongono di definire il mercato come unità giuridica delle relazioni di scambio, riguardanti un dato bene o data categoria di beni. Nè una singola relazione di scambio nè un'arbitraria pluralità di esse formano un mercato, il quale sempre esige un criterio unificante: un principio, capace di governare la varietà dei comportamenti e di ridurli a unità".*[9]

Desse modo, o primeiro passo é reconhecer no mercado uma ordem, para a partir daí levar sua configuração para a órbita do jurídico. A idéia de ordem representa um sentido de regularidade e previsibilidade. Os sujeitos que atuam

[6] É esclarecedor o título da obra de Pietro Perlingieri: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2ª ed.. Napoli: Ed. Scientifique Italiane, 1991.
[7] Natali Irti, Il carattere politico-giuridico del mercato (a mo' di prefazione) cit., p. V: "Questo libro, recante in prima edizione la data del 1998, si raccoglie intorno ad una tesi: che l'economia di mercato, al pari di altri e diversi assetti, è locus artificialis, e non locus naturalis; che codesta artificialità deriva da una tecnica del diritto, la quale, in dipendenza di decisioni politiche, conferisce forma all'economia, e la fa, di tempo in tempo, mercantile o colletivista o mista, e via seguitando; che quelle decisioni politiche sono di per sè mutevoli, sicchè i vari regimi dell'economia vengono segnati dalla storicità, e nessuno può dirsi assoluto e definitivo".
[8] Em sentido contrario, considerando a ordem jurídica em posição subsidiária, v. Lucio Francese, *Ordine economico e ordinamento giuridico: la sussidiarietà delle istituzioni*, 2. ed. integrata, Padova, Cedam, 2006, p. 109-142.
[9] Natalino Irti, Concetto giuridico di mercato e doveri di solidarietà, ob. cit., p.111.

nos mercados reconhecem a existência de regras e em alguma medida identificam certa previsibilidade nas ações realizadas neste espaço.[10]

Todavia, é preciso identificar a origem das regras que permitem falar em regularidade e previsibilidade.

O posicionamento de Friedrich August von Hayek, mantendo apego liberal, sustenta a espontaneidade destas regras. O autor parte da dicotomia *cosmos* e *taxis* como forma em que se pode identificar certa ordem, sendo aquela representativa de uma ordem espontânea, que se auto-regulamenta, e esta, por sua vez, resultante de uma predisposição externa, ou seja, há presença de uma escolha. Diante dessas espécies de ordens acrescenta duas formas de regramento, o que faz fundado na dicotomia *nomos* e *thesis*. *Nomos* é a categoria de norma que rege o *cosmos*. São normas universais de comportamento justo encontradas, apresentam um caráter geral e abstrato. As normas que compõem a *taxis* são denominadas *thesis*. Estas têm como característica fundamental a incidência em situações particulares, segundo os fins de quem as formula.

A partir dessas categorias Hayek considera ser o mercado uma ordem espontânea, compreendida enquanto *cosmos* e, portanto, regida por *nomos*. Porém, esta não parece ser a realidade.

Natalino Irti, utilizando-se das mesmas categorias apresentadas por Hayek, considera a existência de apenas uma ordem, entrementes com a presença de duas classes de normas (*nomos* e *thesis*). As normas que estabelecem a regulamentação e a previsibilidade do mercado são as normas jurídicas, afastando-se completamente a noção de *mão invisível*. Pode-se, todavia, identificar na ordem jurídica normas abstratas e gerais (*nomos*) e normas que se direcionam para situações particulares (*thesis*). Pense-se, por exemplo, na configuração genérica do mercado presente na Constituição Federal e nas diversas normas incidentes no mercado de fornecimento de serviços educacionais ou no mercado financeiro.

O mercado, portanto, compõe-se a partir de uma ordenação, a qual é identificada no sistema jurídico. A atuação das regras jurídicas para a configuração do mercado pode estabelecer uma amplitude bastante vasta de hipóteses de configuração, que, utilizando as categorias *nomos* e *thesis*, perpassam da simples configuração geral até a escolha de comportamentos específicos. Disto se percebe que não há um mercado, mas diversos mercados formados por regramentos específicos.

Faz-se necessária uma decisão em face da diversidade de possibilidades quanto ao padrão normativo a ordenar o mercado (*rectiu*s mercados). Esta decisão dá-se na esfera da política econômica, ingressando na ordem jurídica.

[10] Cf. Natalino Irti, *L'ordine giuridico del mercato* cit., p. 04-06.

Nesta linha de pensar Natalino Irti consegue sustentar a artificialidade, a politicidade e a juridicidade do mercado.[11]

Para buscar a configuração jurídica do mercado e, mais especificamente, da liberdade contratual no sistema jurídico, é preciso identificar a decisão de ordem política. Note-se que a busca pela configuração no sistema jurídico brasileiro move-se no sentido mais amplo, isto é, não se busca a configuração de um dos mercados (educacional, imobiliário, automóveis etc.).

O autor italiano denomina esta busca de *presa di posizione*:

> *"Chiamiamo cosí la 'presa di posizione' verso agli affari dell'economia e i rapporti di scambio, la quale, traducendosi nella disciplina legislativa di soggetti e cose e negozi, determina l'ordine del mercato, o, più propriamente, del mercato di un dato bene in una data situazione storica".*[12]

Esta tomada de decisão, no sentido em que se tenta apontar, deve identificar-se no texto constitucional. A norma jurídica presente no art. 174 da Constituição Federal[13] é no sistema brasileiro representativa da configuração da ordem jurídica do mercado em sentido amplo. É, portanto, representativa de uma decisão política.[14]

Evidencia-se o caráter do Estado como agente regulador. Pode causar certa dúvida a parte final do referido dispositivo, pois aponta ser meramente indicativa a atuação do Estado para as relações de ordem privada. Supera-se essa questão com a combinação do art. 170 e seus incisos[15], na medida em que esses dispositivos traçam as linhas mais contundentes, inclusive das quais decorrem as diversas normas jurídicas específicas, para a ordem econômica.

O mercado formata-se a partir da regulação do Estado, contudo as atividades de ordem econômica, especialmente as privadas, encontram-se em efetiva conexão com a relevância e valor central destinados pela ordem jurídica à pessoa humana. O aspecto de maior relevância, com expansividade para todo o ordenamento jurídico, é a permeabilidade, a partir do texto constitucional, de

---

[11] "Il mercato é la legge, che lo governa e costituisce; e prende forma dalla decisione politica e dalle scelte normative. Cadono così i caratteri di naturalità ed a-politicità, che si soglino invocare a protezione di un dato mercato o in conflitto e rifiuto di altro tipo di mercato". Natalino Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 11.

[12] Natalino Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 12-13.

[13] "Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado."

[14] Já apontava esta conclusão, partindo da observação da alteração do comportamento do Estado na ordem econômica Marcos Jurmena Villela Souto. O controle dos contratos e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, ano 90, volume n.º 325, p. 58, janeiro-fevereiro-março de 1994.

[15] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social, observados os seguintes princípios: I- soberania nacional; II- propriedade privada; III- função social da propriedade; IV- livre concorrência; V- defesa do consumidor; [...].

fundamentos axiológicos, especialmente a centralidade da dignidade da pessoa humana, alocada como fundamento da República do Brasil (art. 1.º, III, da CF).

São elencados pela referida norma diversos princípios informadores da atividade econômica. Estes, para além da escolha identificada, oferecem o sentido próprio dado ao mercado no sistema jurídico brasileiro. Pelo foco dado ao texto, pode-se citar no sentido da atuação das empresas a livre concorrência (art. 170, IV, da CF) e, por outro lado, a defesa do consumidor (art. 170, V, da CF). Estes princípios básicos, matrizes de regramentos específicos, permitem observar, na esteira do que Natalino Irti compreende ser o *direito do mercado*, a relevância da qualidade e a multiplicidade de sujeitos que oferecem bens em mercados para a estatuição legislativa das mais diversas situações que envolvam a circulação de bens.

Compreende-se, entretanto, que a idéia de qualidade deve ser levada para a atuação real dos diversos grupos de sujeitos atuantes nos mercados, sob pena de retorno a uma predisposição muito parecida com a realidade da igualdade formal. Algo como uma igualdade estática. Assim, propõe-se que seja acrescentada a avaliação real da qualidade do espaço de atuação para os adquirentes de bens e serviços nos mais diversos mercados.

Deve-se verificar qual a qualidade da liberdade contratual desses sujeitos.

Não há no texto constitucional brasileiro referência expressa à liberdade contratual, como também ocorre com outros sistemas normativos, entre os quais pode ser referido o italiano. Todavia, sua elaboração nesse nível forma-se a partir de vários fundamentos,[16] inclusive sendo elevada à categoria de direito fundamental por alguns autores.[17]

O que aparece como de maior relevância nesse contexto é transparecer a ligação entre situações existenciais e patrimoniais, ou seja, entre os direitos e garantias fundamentais e a ordem econômica (arts. 5.º e 170 da CF), enquanto justificativa da necessidade de um espaço de liberdade dotado de qualidade. Registre-se, ademais, que, embora o foco do presente texto leve em consideração operações contratuais em mercados, notadamente de cunho patrimonial, a liberdade contratual tem também importância fundamental nas relações familiares e associativas, por exemplo.

A possibilidade desta ligação encontra-se na própria formatação constitucional da livre-iniciativa econômica, a qual se manifesta a partir do valor central da pessoa humana. Mais precisamente, na teleologia imposta à iniciativa econômica (= limite positivo). O art. 170 da Constituição Federal[18] indica como fim

[16] Cf. Pietro Perlingieri, *Istituzioni di diritto civile*, 2. ed., Napoli, Ed. Scientifiche Italiane, 2003, p. 199-201.
[17] Cf. Fernanda Strachke Moor, Liberdade contratual como direito fundamental e seus limites, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 152, out.-dez. 2001, p. 275-299.
[18] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social, observados os seguintes princípios: I- soberania nacional; II- propriedade privada; III- função social da propriedade; IV- livre concorrência; V- defesa do consumidor; [...].

a busca por uma existência digna e com justiça social. Considerada a liberdade contratual como um dos instrumentos fundamentais para a iniciativa econômica, esta deve manifestar-se em consonância com esses vetores.

Nesse sentido, a liberdade contratual passa a ser considerada também como instrumento essencial para o desenvolvimento da pessoa humana. O caráter dinâmico oferecido pelas operações econômicas contratuais deve assinalar a concreção de respeito às condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária, que, segundo Antonio Junqueira de Azevedo,[19] são uma das conseqüências decorrentes do princípio da dignidade humana, com recondução aos substantivos "liberdade" e "igualdade", previstos no art. 5.º da Constituição Federal.

Procura-se, portanto, firmar a liberdade contratual como instrumento para o desenvolvimento da personalidade, a qual é configurada a partir de limites positivos (*v.g.* arts. 1.º, III, e 170, *caput*, da CF) e negativos (*v.g.* arts. 5.º, II, e 170, incisos, da CF) com colorido axiológico, para a própria construção da personalidade do sujeito, especialmente diante da hipercomplexidade da sociedade contemporânea e seu caráter eminentemente consumista.

Identificou-se, assim, o contorno jurídico que consubstancia a importância do espaço de liberdade para a atuação do sujeito. Nota-se a relevância deste espaço em termos valorativos e constitutivos do próprio sujeito. Todavia, é preciso verificar agora como se manifesta a realidade.

4. A LIBERDADE CONTRATUAL ENTRE A PESSOA E O MERCADO NA PÓS-MODERNIDADE. LIBERDADE DE ESCOLHA E AVALIAÇÃO DA REALIDADE: O MINISTÉRIO PÚBLICO E O CONTROLE GERAL

A realidade contemporânea das operações econômicas instrumentalizadas por contratos identifica uma efetiva alteração e, portanto, necessária revisão dos aspectos que envolvem a essência da liberdade contratual. A relevância fundamental atribuída pela ordem jurídica à dignidade da pessoa humana e a importância da liberdade contratual enquanto compositora do espaço fundamental de liberdade atribuído ao sujeito para seu desenvolvimento permitem a configuração jurídica do mercado e da própria liberdade contratual presente na Constituição Federal, as quais funcionam como vetores justificadores desta necessidade.

Claudia Lima Marques apresenta, a partir da obra de Erik Jayme, os principais pontos de reconhecimento da pós-modernidade na Ciência do Direito.[20] O autor apresenta cinco características presentes no direito de fundo pós-

[19] Antonio Junqueira Azevedo, Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 3-24.
[20] Claudia Lima Marques, ob. cit., p. 174-178.

moderno: pluralismo, comunicação, narração, emocionalidade do discurso ("le retour des sentiments") e o *revival* dos direitos humanos.

O pluralismo manifesta-se de diversas formas. Entre estas menciona a vasta diversidade de fontes normativas. Chama a atenção também o pluralismo de sujeitos a serem protegidos. Esta pluralidade representa em alguma medida também a crítica apresentada por Natalino Irti[21] quanto ao naturalismo da "pessoa", ou seja, sua consideração unitária. Há pluralidade de singulares interesses que devem ser protegidos pela ordem jurídica.

Característica bastante marcante assume a comunicação, compreendida como valor máximo da pós-modernidade. O ponto que ressalta é a relevância da informação nas operações econômicas. A narração, mencionada pelo autor, estabelece um ponto de contato com a comunicação. Sua expressividade estaria numa nova perspectiva metodológica para elaboração de normas jurídicas. Seriam normas que narram seus próprios objetivos.

A referência à emocionalidade seria representativa de certa dúvida para com o futuro: envolvimento de uma vasta complexidade legislativa e a busca por critérios de solução externos ao direito para resolução de situações presentes. Os direitos humanos aparecem diante dessa incerteza como bases seguras, permitido uma ampla renovação de fundamentos jurídicos a partir da valorização da pessoa humana.

Nesse contexto, é preciso reconhecer que de uma forma geral não se pode mais sustentar com o vigor passado, notadamente em operações realizadas em mercados, a concepção de autonomia privada, entendida como auto-regramento. Tanto o é que Natalino Irti chega a considerar o negócio jurídico, instrumento da autonomia privada, como categoria historiográfica.[22] A autonomia do sujeito limita-se à liberdade de escolha, isto é, à liberdade de contratar.

> *"L'autonomia è potere di determinazione del contenuto negoziale: 'negoziale', appunto perchè 'negoziato', cioè discusso e trattato fra le parti. Questa autonomia non appartiene al nostro tempo (non ripeterò annotazioni, svolte in altre e varie sedi), il quale conosce masse anonime di consumatori e meccanica iterazione di gesti. Non più singole parti, dialoganti e disputanti, ma categorie di consumatori; non più il negoziare sul contenuto delle clausole, ma la semplice scelta dei beni offerti; non più il mercato come luogo del 'mercatare', ma come luogo di selezione di merci. Dove, insomma, il singolo preferisce una o altra merce; e l'attività giuridica si riduce fino al muto gesto. In questa semplificazione e contrazione, in questo risparmio di forme espressive, si esalta la razionalità dell'impresa: tanto precisa e lucida, quanto meccanica e anonima".*[23]

[21] Natalino Irti, Persona e mercato, *L'ordine giuridico del mercato* cit., p. 97-98.
[22] Natalino Irti, Il negozio giuridico come categoria storiografica, *Letture bettiane sul negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 69: "Allora è preferibile di rinchiudere il negozio in una pagina di storia, e prepararsi a costruire strumenti di defesa più moderni ed efficaci".
[23] Natalino Irti, Persona e mercato, *L'ordine giuridico del mercato* cit., p. 103.

Dois aspectos passam a ser de fundamental importância para a pretensa manutenção desse espaço mínimo. Presença no ambiente de mercado da livre concorrência entre as empresas ofertantes de bens e serviços, além do poder de escolha ser necessariamente exercido de forma consciente. Neste ponto, a informação atua como legitimadora do exercício da liberdade contratual. Possibilita, nesse sentido, a manutenção de um espaço mínimo para atuação e desenvolvimento do sujeito.

A manutenção de um mercado sadio tem representatividade legislativa na Lei n.º 8.884/1994, que trata das infrações à ordem econômica. No que toca especificamente a informação recebida pelos potenciais adquirentes de bens e serviços à disposição no mercado, há normas jurídicas no Código de Defesa do Consumidor (*v.g.* arts. 31, 36 e 37).

Todavia, a realidade dos mercados vem a demonstrar a insuficiência desses instrumentos. Veja-se a situação do mercado para aquisição de unidades imobiliárias autônomas em condomínio edilício, para não se falar nos contratos atinentes a serviços básicos, tais como transporte, água, luz etc.

Uma análise em primeira leitura do programa contratual predisposto por empreendedores imobiliários é suficiente para identificar diversas cláusulas abusivas. Pense-se, por exemplo, ainda na cláusula de retenção dos valores pagos em caso de rescisão contratual. Apesar do posicionamento claro do STJ,[24] é costumeiro identificar esta cláusula em contratos ainda nos dias presentes. Esses instrumentos contratuais contemplam muitas vezes multiplicidade de garantia em favor do vendedor. Por outro lado, suas obrigações não apresentam qualquer tipo de garantia, como as cláusulas que estabelecem o comprometimento com o prazo para entrega da obra.[25] Percebe-se de forma bastante clara o favorecimento da posição contratual do vendedor em face do aderente (comprador).

---

[24] Noticiado pelo Informativo n.º 302 do STJ: "Trata-se de ação movida pelo recorrente contra empresa construtora, objetivando a rescisão do contrato de promessa de compra e venda e o recebimento da totalidade das parcelas pagas, devido à desistência da aquisição de imóvel em empreendimento residencial promovido pela ré. A partir do julgamento do REsp 59.870-SP, *DJ* 7.2.2000, posicionou-se este Superior Tribunal no sentido de ser possível ao consumidor adquirente de imóvel propor o desfazimento da compra em face de impossibilidade sua no adimplemento das prestações. Também ficou definido como razoável um percentual de 25% das parcelas pagas pelo comprador para o ressarcimento das despesas administrativas, propaganda, corretagem, depreciação imobiliária (de imóvel novo para usado), desgaste pelo uso, impostos, recolocação no mercado etc alusivas à unidade residencial. Precedentes citados: REsp 196.311-MG, *DJ* 19.08.2002, e REsp 723.034-MG, *DJ* 12.6.2006, REsp 332.947-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 24.10.2006".

[25] Envolvendo a informação, veja-se modelo de cláusula: "Na hipótese de o empreendimento ora transacionado possuir um imóvel decorado, fica o comprador ciente que este imóvel foi decorado apenas para demonstração aos interessados com a finalidade de apresentar uma noção básica de como é o imóvel já mobiliado e decorado, tratando-se de *Show Room*. Fica o comprador ciente que os materiais utilizados neste imóvel podem ser diferentes daqueles que serão entregues no imóvel objeto deste instrumento. Todos os acessórios de decoração tais como luminárias, decoração em gesso, móveis etc. não serão entregues no imóvel objeto deste instrumento. Os materiais empregados no imóvel decorado podem ter suas marcas, tamanhos e modelos diferenciados daqueles que realmente será entregue, para tanto o comprador concorda e está ciente que os materiais são aqueles constantes de memorial descritivo".

Vale transcrever o posicionamento de Massimo Bianca, o qual, embora centrado também no mercado imobiliário, tem efetivo potencial expansivo para outros mercados:

> *"Il problema della tutela del promittente compratore in relazione a tali condizioni generali si presenta in termini di particolare gravità in considerazione della segnalata importanza primaria del bene-casa e dell'alto impegno economico che esso comporta per l'acquirente. Si tratta tuttavia di un problema che confluisce in quello generale della tutela sostanziale dell'aderente, per il quale la dottrina reclama da tempo una riforma normativa che altri ordinamenti hanno già realizzato atravverso soluzioni di vario tipo, volte comunque a garantire l'equa regolamentazione del rapporto".*[26]

O fato é que a complementação legislativa, especialmente o Código de Defesa do Consumidor, no sistema jurídico brasileiro, não consegue estabelecer uma razoável e desejável posição de igualdade na relação contratual entre as partes que operam em mercados.[27] Há tal como assevera Claudia Lima Marques uma crise de confiança. [28]

As cláusulas notadamente abusivas fazem-se presentes nos contratos. A saída do consumidor é não contratar e buscar um outro empreendimento, o que não traz qualquer solução, uma vez que os programas contratuais apresentam certo nível de padronização nos mercados, apresentando apenas ligeiras distinções.

Outra possibilidade seria exercer sua liberdade de contratar onerado por posição contratual desfavorável (isso quando ocorrer o reconhecimento desta situação, o que se pode dizer ser ainda incomum), porém potencialmente reconciliável em caso de demanda judicial pela incidência de normas consumeristas. Observe-se que na realidade o espaço de liberdade é algo como um cálculo de risco[29], no entanto não escolhido, mas sim necessário e unilateral.[30]

---

[26] C. Massimo Bianca, La tutela del promittente compratore nella contratazione immobiliare, *Realtà sociale ed effettività della norma*, Milano, Giuffrè, 2002, v. 2, t. I, p. 430.

[27] O texto foca-se no direito brasileiro, mas a questão não parece ser diferente nos diversos países da América Latina. Apesar da existência de normas jurídicas ou leis específicas destinada a oferecer maior qualidade a posição dos sujeitos em mercados, notadamente dos consumidores, a realidade da situação parece não ter atingido posição satisfatória.

[28] Claudia Lima Marques, A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?. *A nova crise do contrato*. Coord. Claudia Lima Marques. São Paulo, editora revista dos Tribunais, 2007, p. 17-86.

[29] Neste sentido v. Tércio Sampaio Ferraz Jr.. *Estudos de Filosofia do Direito – reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p. 119-126.

[30] Interessante observar que Luiz Renato Topan, após apresentar diversas definições da técnica de contratação denominada de adesão procurar recolher as características comuns das definições apresentadas, sendo dentre estas: "[...] 3. essencialidade do objeto (não há outra opção de consumo ou ao menos diminuta) [...]". Luiz Renato Topan. Do controle prévio e abstrato dos contratos de adesão pelo Ministério Público. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.º 06, p. 157, abril-junho de 1993.

A concepção da liberdade enquanto cálculo de risco é a conclusão que chega Tércio Sampaio Ferraz Jr. ao observar que o livre arbítrio, que tanto marcou o contratualismo até o século XX, perdeu fôlego. A sociedade moderna não é mais uma sociedade de indivíduos, bem como há a transformação das diferenças em partes homogêneas (pense-se de forma exemplar nos efeitos das propagandas em massa)[31]. No fundo ocorre verdadeira transformação dos sujeitos em objetos, como bem observa o autor brasileiro:

> *"Na sociedade de massas os indivíduos, em suma, deixam de ser sujeitos e começam a ser objetos. Eis a grande transformação que a massificação provoca em relação aos indivíduos, e isso evidentemente tem suas conseqüências nos contratos".*[32]

As ponderações lançadas, embora de difícil digestão, se assim se pode dizer, não afrontam a realidade, mas muito pelo contrário a captam de forma bastante precisa. Entrementes, tais ponderações colocam-se no nível da filosofia do direito, enquanto problema a ser enfrentado, ou seja, a busca de mecanismos que em alguma medida minimizem a então potencial inexistência da liberdade. O diagnóstico é ainda de forma mais precisa colocada por Tércio Sampaio Ferraz Jr.:

> *"O que entra no lugar da liberdade/livre arbítrio é, pois, a liberdade como uma espécie de atividade calculista enquanto uma capacidade suposta e pressuposta de fazer apostas com riscos mínimos. Não se trata de uma vontade de escolher que se guia pela razão, mas um conjunto de opções de cálculos, que pode ser implementado. Como essa liberdade – calculista – não está distribuída, igualmente, entre todos os sujeitos, sua uniformização passa a ser legalmente garantida, o que explica a proteção dos hipossuficientes".*[33]

Neste contexto, não se pode discutir a importância da legislação consumerista e nem é essa a questão em debate. O interessante talvez seja deslocar um pouco o foco da atenção do regime jurídico das cláusulas abusivas, que são efetivamente reconhecidas e declaradas nulas pelos tribunais brasileiros, para uma melhor adequação da posição contratual dos sujeitos aderentes.[34]

A centralidade nas cláusulas abusivas remete a uma atuação estática, na qual permanece ao adquirente outro encargo: a necessidade de recorrer ao Judiciário. Veja-se que esta idéia só confirma a concepção da liberdade como cálculo de risco. E tal hipótese é por si só significativa da distinção de posição contratual.

---

[31] Na perspectiva específica da filosofia ver os trabalhos dos filósofos que compõem a denominada Escola de Frankfurt, especialmente, T. Adorno em ensaio denominado Tempo Livre (*Freizeit*).

[32] Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Estudos de Filosofia do Direito – reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*, cit., p. 122.

[33] Tércio Sampaio Ferraz Jr., *Estudos de Filosofia do Direito – reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*, cit., p. 124-125.

[34] A idéia fundamental é no sentido preventivo, que também implicaria em sentido positivo na questão da inundação de processos presentes nos tribunais, problema também de suma relevância.

Neste passo, ganha relevo o controle extrajudicial pela atuação de órgãos legitimados para a defesa e proteção das relações de consumo em sentido lato (arts. 81 e 82 do CDC).

O controle das cláusulas gerais dos contratos nos mais diversos mercados pode ocorrer no âmbito extrajudicial brasileiro essencialmente por dois modos. Pela atuação do Ministério Público, [35] com a instauração de inquérito civil (art. 8º, §1º, da Lei n.º 7.347/85 – Ação Civil Pública c/c art. 90 do CDC), bem como por atividades fiscalizadas e controladas pela administração pública.

Centre-se a atenção no primeiro mecanismo.

O inquérito civil possibilita ao Ministério Público uma análise mais detida sobre a existência ou não nos programas contratuais oferecidos de cláusulas contratuais abusivas. É possível suscitar documentos, informações e ouvir os interessados. Fomentando na identificação de cláusulas abusivas uma possível composição extrajudicial ou mesmo na sua não ocorrência promover a ação civil pública. Veja-se que este atuar do Ministério Público pode dar-se tanto em posições contratuais já consolidadas, como em perspectiva preventiva. [36]

O fundamental é que esta atuação pode levar maior qualidade para o mínimo espaço de liberdade ao sujeito aderente de posição jurídica contratual nos diversos mercados. O "contratar ou não contratar" pode assim se tornar uma decisão tendencialmente diversa da perspectiva de cálculo de risco.

Exemplar neste sentido é a experiência do Ministério Público do Estado de São Paulo,[37] que sem dúvida alguma precisa ser expandida e ampliada.

Pode-se citar o caso recente referente aos cartões de supermercados, que anunciavam de forma mascarada sua gratuidade. Após averiguação da atuação destas empresas e dos instrumentos contratuais em sede administrativa foi firmado termo de ajustamento de conduta, que dentre outras obrigações previa:

> *"À obrigação de fazer, consistente em inserir em todos os anúncios, ofertas e publicidades em geral, veiculadas por qualquer meio, as informações adequadas e claras acerca da promoção de gratuidade do cartão, qual o período de sua duração, e a cobrança posterior a esse período, assim como em relação à forma de validação do crédito, taxas de*

[35] Constituição da Reública Federativa do Brasil: "Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"; "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III- promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos".

[36] Cf. Ada Pellegrini Grinover et al., *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2004, p. 521-524.

[37] Para uma verificação dos diversos termos de ajustamento de conduta firmados e os temas abordados, dentre os quais se podem referir cláusulas contratuais, escolas e planos de saúde, acessar o site www.mp.sp.gov.br.

juros sempre que houver financiamento da dívida, e emissão de boleto, discriminado as cobranças, especificamente, nas respectivas faturas".[38]

Outra situação concreta interessante diz respeito a termo de ajustamento de conduta firmado com mantenedora de universidade privada.[39] Neste caso, foi identificada cláusula abusiva no programa contratual pré-disposto aos alunos ingressantes. Tratava-se da cláusula de desistência. O acordo firmado revisou a redação para a adequar a legislação consumerista o percentual de retenção dos valores pagos com o cancelamento da matrícula.

Dado interessante da ordem jurídica brasileira, que dispõe desde 1990 do Código de Defesa do Consumidor, importante legislação para proteção e tutela das relações jurídicas de consumo, Lei n.º 8.078/90, é que na versão final apresentada à sanção presidencial havia previsão específica do controle extrajudicial das cláusulas contratuais gerais a serem realizadas pelo Ministério Público. Existia inclusive previsão para o controle preventivo do "formulário-padrão" das cláusulas contratuais. Porém, os dispositivos foram vetados.

"Art. 51 - .....

§ 3º - O Ministério Público, mediante inquérito civil, pode efetuar o controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, cuja decisão terá caráter geral.

Art. 54 - .....

§ 5º - Cópia do formulário-padrão será remetida ao Ministério Público, que, mediante inquérito civil, poderá efetuar o controle preventivo das cláusulas gerais dos contratos de adesão".[40]

---

[38] Termo de Ajustamento de Conduta n.º 51.161.1187/06-5, disponível em http://www.mp.sp.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/CAO_CONSUMIDOR/TERMOS%20DE%20COMPROMISSO%20DE%20AJUSTAMENTO/FIRMADOS%20PELO%20MP/CL%C3%81USULAS%20CONTRATUAIS/CONTRATOS%20BANCARIOS%20DE%20CREDITO%20E%20DE%20FINANCIAMENTO/TAC-523-07.DOC, acesso em 06.09.07.

[39] Termo de Compromisso de Ajustamento n.° 51.161.1307/05-4, disponível em http://www.mp.sp.gov.br/pls/portal/docs/PAGE/CAO_CONSUMIDOR/TERMOS%20DE%20COMPROMISSO%20DE%20AJUSTAMENTO/FIRMADOS%20PELO%20MP/ESCOLAS%20E%20CURSOS/MENSALIDADES/TA137-97.DOC, acesso em 13.09.07.

[40] O veto presidencial fundou-se em dois argumentos: "Tais dispositivos transgridem o art. 128, § 5º, da Constituição Federal, que reserva à lei complementar a regulação inicial das atribuições e da organização do Ministério Público. O controle amplo e geral da legitimidade de atos jurídicos somente pode ser confiado ao Poder Judiciário (C.F, art. 5º, XXXV). Portanto, a outorga de competência ao Ministério Público para proceder ao controle abstrato de cláusulas contratuais desfigura o perfil que o Constituinte imprimiu a essa instituição (CF., arts 127 e 129). O controle abstrato de cláusulas contratuais está adequadamente disciplinado no art. 51, § 4º, do Projeto. Vetado o § 3º do art. 51, impõe-se, também, vetar o § 5º do art. 54". Os argumentos lançados já foram a tempo desconstruidos. Neste sentido, v. Luiz Renato Topan. Do controle prévio e abstrato dos contratos de adesão pelo Ministério Público, cit., p. 161-166.

Observe-se o cuidado e precisão da comissão responsável pela elaboração do anteprojeto do Código, pois formada por juristas de escol, dentre os quais: Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari.

A proposta possibilitava de forma clara o controle extrajudicial abstrato e preventivo das posições contratuais oferecidas em geral nos mercados de consumo. A sua previsão, em si mesma, já ofereceria certo conforto para o espaço restrito em que atuam os sujeitos consumidores, bem como a implementação de ações pelo próprio Ministério Público.

Contudo, deve-se registrar tal como observa Nelson Nery Jr., um dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, que "[o] veto não tem nenhum efeito prático, pois continuam em vigor as disposições sobre o inquérito civil, poderoso instrumento de prevenção e de composição de conflitos de consumo, que continuará sendo utilizado pelo Ministério Público no desempenho de seus misteres institucionais".[41]

Em termos de previsão normativa restou apenas o § 4º do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.[42] Alguns aspectos devem ser observados.

O primeiro deles, no qual não há interesse frente ao objeto deste texto em avançar, diz respeito existência de legitimidade não apenas do Ministério Público para promover a referida ação (art. 82 e 83 do Código de Defesa do Consumidor). Outro ponto que deve ser evidenciado diz respeito ao momento a que diz respeito, isto é, possibilitaria em alguma medida apenas o controle concreto de posições contratuais, o que não deixa de ser fundamental e relevante,[43] mas parcial na busca de uma patamar desejável de qualidade para atuação dos sujeitos. Daí também certo problema na necessidade do Ministério Público ser provocado. Significa dizer que o consumidor deve também reconhecer sua posição jurídica desfavorável em vista de cláusula contratual abusiva. A posição do consumidor, por si só, muitas vezes exclui esta possibilidade (= hipossuficiência).

Por esta razão, uma atuação com maior grau de efetividade dessas entidades legitimadas (art. 82 do Código de Defesa do Consumidor), acrescida também da ampliação da atuação do próprio Ministério Público, o que pode dar-se com previsão normativa, embora não específica (Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor), possibilitaria maior segurança aos aderentes, diminuindo os riscos destes no exercício da liberdade contratual, oferecendo assim maior qualidade para o "contratar ou não" e para os próprios mercados. Tal

[41] Ada Pellegrini Grinover et al., *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 522.
[42] Art. 51. §4º É facultado a qualquer consumidor ou entidade que o represente requerer ao Ministério Público que ajuíze a competente ação para declarar a nulidade de cláusula contratual que contrarie o disposto neste Código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direito e obrigações das partes.
[43] Cf. Ada Pellegrini Grinover et al., *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, cit., p. 594.

solução não deve ser tratada de forma demagógica ou por possível viés ideológico. É proposta dogmática frente a realidade imperativa das operações econômicas.

Pense-se ainda no mercado imobiliário.

Existem diversas empresas atuantes nesse mercado realizando empreendimentos dos mais diversos portes. Esses órgãos poderiam realizar a fiscalização dos instrumentos contratuais, buscando, independentemente das relações entre vendedor e comprador, junto às instancias legitimadas, seja na esfera administrativa ou judiciária, promover de forma dinâmica uma aproximação maior das posições contratuais. Tal comportamento em perspectiva ampliada teria efetividade na modificação de situações concretas, mas também importante efeito pedagógico, inclusive levando alguns empreendedores a repensar seus cálculos na utilização de programas contratuais sabidamente abusivos.

5. CONCLUSÕES. A LIBERDADE CONTRATUAL COMO ESPAÇO DOTADO DE UM MÍNIMO DE *QUALIDADE*

A realidade observável hoje indica novamente necessidade de alterações. As operações econômicas realizadas nos mais diversos mercados apresentam como espaço para atuação do sujeito apenas a liberdade de contratação, ou seja, a liberdade contratual em mercados restringe-se à decisão do sujeito em contratar ou não. Nesse contexto, surge como fundamental, para a persistência desse espaço mínino, a compreensão da configuração do mercado e da liberdade contratual segundo a Constituição Federal, já que a partir desse diálogo ganha relevância o desenvolvimento da pessoa humana.

Dois pontos ganham especial preocupação para a garantia desse espaço mínimo: a livre concorrência e a possibilidade de uma escolha consciente. Pense-se na atuação do CADE e no controle existente de propagandas. Tais situações, contudo, não se colocam como efetivamente suficientes.

A liberdade de escolha do sujeito é hoje efetivo cálculo de risco. Ora, se desejo adquirir um imóvel (educação etc.), tenho que me sujeitar a esse mercado, no qual a *posição estática*, devido ao resguardo da legislação e à atuação do Judiciário, é muito próxima ao desejável, desde que o contratante aderente faça ou tenha condições de fazer presente a incidência dessas normas jurídicas. No entanto, esta realidade tende a esconder, em *perspectiva dinâmica*, que o programa contratual apresenta posições contratuais bastante distantes do ideal de igualdade, o que se ousa comparar com o que já se denominou outrora de igualdade formal.

As implementações não se mostram suficientes. A liberdade contratual e o próprio fenômeno da contratação assumem velocidade e dinâmica diversas diante

das necessidades da realidade econômica e social. Por isso, entende-se como fundamental o deslocamento da atenção, ou seja, a amplitude do foco para fatores que possibilitem dotar esse espaço restrito em que se manifesta o sujeito nas operações econômicas de qualidade. A atuação de órgãos de defesa e proteção ao consumo na busca pela readequação de potenciais ou já efetivadas posições contratuais nos mercados por meio do controle extrajudicial de programas contratuais podem elevar a um grau satisfatório os riscos assumidos na liberdade de escolha, possibilitando efetividade social mínima à liberdade contratual.

Talvez, seja o momento, após quase duas décadas de vigência do Código de Defesa do Consumidor no Brasil, para voltar a atenção de forma mais enfática para mecanismos de controle geral das posições contratuais de consumo em mercados, esta discussão, sem dúvida, transborda as fronteiras brasileiras.

BIBLIOGRAFIA

ALVES, Vilson Rodrigues. Pontes de Miranda. In: RUFINO, Almir Gasquez; PENTEADO, Jaques de Camargo (Org.). *Grandes juristas brasileiros*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 257-298.

ALVIM, Arruda. Cláusulas abusivas e seu controle no direito brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.º 20, pp. 25-70, outubro/dezembro de 1996.

ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Do contrato – teoria geral*. Rio de Janeiro. Forense, 1987.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil – teoria geral*. 2. ed. Coimbra, Coimbra Ed., 2003. v. II.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *in Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3-24.

_____. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

AZZARITI, Gaetano et. al. *Il dibattito sull'ordine giuridico del mercato*. Roma: Laterza, 1999.

BARCELLONA, Pietro. Libertà contrattuale. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1974, v. XXIV, p. 487-494.

BETTI, Emilio. Autonomia privata. *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1957, t. I, p. 1559-1561.

_____. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra Ed., 1969. t. I, p. 86-242.

BIANCA, C. Massimo. Il contratto. *Diritto civile*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000. t. III.

_____. La tutela del promittente compratore nella contratazione immobiliare. *Realtà sociale ed effettività della norma*. Milano: Giuffrè, 2002. v. 2, t. I, p. 427-435.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUSNELLI, Francesco D. Giustizia contrattuale. *Roma e America. Diritto romano comune: Rivista di Diritto dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina*. Modena: Mucchi, n.º 19-20, 2005, p. 535-545.

COMPARATO, Fábio Konder. Sobre a legitimidade das Constituições. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, v. 80, p. 185-230, 2004.

DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. 5. ed. Madrid: Civitas, 1996. v. 1, p. 115-137.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Estudos de Filosofia do Direito – reflexões sobre o Poder, a Liberdade, a Justiça e o Direito*. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003, p. 119-126.

FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1969.

FRANCESE, Lucio. *Ordine economico e ordinamento giuridico: la sussidiarietà delle istituzioni*. 2. ed. integrata. Padova: Cedam, 2006.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno. *Função social dos contratos: os novos princípios contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. A função do contrato. *Novos temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 101-109.

Grinover, Ada Pellegrini et al., *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed.. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 521-524.

IRTI, Natalino. Il carattere politico-giuridico del mercato (a mo' di prefazione). *L'ordine giuridica del mercato*. 2. ed. Roma: Laterza, 2004. p. V-XVIII.

_____. Il negozio giuridico come categoria storiografica. *Letture bettiane sul negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1991. p. 43-73.

_____. L'ordine giuridico del mercato. *L'ordine giuridico del mercato*. 2. ed. Roma: Laterza, 2004. p. 03-96.

_____. Persona e mercato. *L'ordine giuridico del mercato*. 2. ed. Roma: Laterza, 2004. p. 97-110.

_____. Concetto giuridico di mercato e doveri di solidarietà. *L'ordine giuridico del mercato*. 2. ed. Roma: Laterza, 2004. p. 111-120.

LEONARDI, Felipe Raminelli. Direito natural e direito positivo: reflexões sobre uma possível relação de oposição. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo: FDSBC, ano 10, n. 12, p. 173-192, 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Dirigismo contratual. *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*, n. 52, ano 14, p. 64-78, abr.-jun. 1990.

_____. O princípio do auto-regramento da vontade, em Pontes de Miranda. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, ano XXV, n. 60, p. 55-56, jan.-jun. 1995.

LOTUFO, Renan. *Direito civil I – direito civil constitucional*. São Paulo: Mimeo, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

_____. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?. *A nova crise do contrato*. Coord. Claudia Lima Marques São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 17-86.

MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. 1.ª Parte. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MOOR, Fernanda Strachke. Liberdade contratual como direito fundamental e seus limites. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 38, n. 152, p. 275-299, out.-dez. 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O novo papel do Estado na economia. *Revista de Direito Publico da Economia*. Belo Horizonte: Fórum, ano 3, n. 11, p. 99-120, jul.-set. 2003.

NANNI, Giovanni Ettore. A autonomia privada sobre o próprio corpo, o cadáver, os órgãos e tecidos diante da Lei Federal n. 9.434/1997 e da Constituição Federal. *Direito civil constitucional*, Cadernos 1, São Paulo: Max Limonad, 1999.

OSTI, Giuseppe. Contratto. *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1957, t. IV, p. 463-535.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação com encargo e causa contratual*. Campinas: Millenium, 2004.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1991.

_____. *Istituzioni di diritto civile*. 2. ed. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Introdução à sociologia geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

_____. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. t. III, p. 54-64.

_____. *Tratado de direito privado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962. t. XXXVIII, p. 38-46.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SOUTO, Marcos Jurmena Villela. O controle dos contratos e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, ano 90, volume n.º 325, pp. 57-62, janeiro-fevereiro-março de 1994.

SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

TOMASETTI JR., Alcides. *Tipos contratuais gerais*. São Paulo: Mimeo, 2004.

TOPAN, Luiz Renato. Do controle prévio e abstrato dos contratos de adesão pelo Ministério Público. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.º 06, pp. 156-166, abril-junho de 1993.

ZANELATTO, Marco Antonio. *Condições gerais dos contratos, cláusulas abusivas e a proteção do consumidor*. Tese de Doutorado apresentada na FDUSP. São Paulo, 2006.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

LEONARDI, Felipe Raminelli. A LIBERDADE CONTRATUAL NAS OPERAÇÕES ECONÔMICAS EM MERCADOS: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA NO CONTROLE EXTRAJUDICIAL DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 12, novembro/dezembro/janeiro, 2008. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDAE - Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Number*), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-1861**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, acompanhados de foto digital, para o e-mail: redae@direitodoestado.com.br

4) A REDAE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323

6) Assine o feed da REDAE – Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDeDireitoAdministrativoEconomico

Publicação Impressa:

Leonardi, Felipe Raminelli. A liberdade contratual nas operações econômicas em mercados: a experiência brasileira no controle extrajudicial das cláusulas contratuais gerais. *In Revista de Direito Privado*, v. 33. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 57-75.