

CENTRO UNIVERSITÁRIO DO ESTADO DO PARÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTU SENSU* EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO, POLÍTICAS PÚBLICAS E DESENVOLVIMENTO
REGIONAL

Miguel Gomes de Azevedo

**A EFICIÊNCIA ECONÔMICA DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL
BRASILEIRO:** uma abordagem crítica sob a ótica da Análise Econômica do Direito

Belém
2019

Miguel Gomes de Azevedo

**A EFICIÊNCIA ECONÔMICA DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL
BRASILEIRO: uma abordagem crítica sob a ótica da Análise Econômica do Direito**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA).

Área de Concentração: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional.

Linha de Pesquisa: Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos.

Orientador: Prof. Dr. Jean Carlos Dias

Belém

2019

Miguel Gomes de Azevedo

**A EFICIÊNCIA ECONÔMICA DOS PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL
BRASILEIRO: uma abordagem crítica sob a ótica da Análise Econômica do Direito**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

Área de Concentração: Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional

Linha de Pesquisa: Direito, Políticas Públicas e Direitos Humanos

Belém/PA, 12 de março de 2019.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Jean Carlos Dias (Orientador)

Doutor em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará (UFPA)
Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

Prof^a. Dr^a. Pastora do Socorro Teixeira Leal

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP)
Universidade Federal do Pará (UFPA)

Prof^a. Dr^a. Juliana Rodrigues Freitas

Doutora em Direito pela Universidade Federal do Pará (UFPA)/Università di Pisa – Itália
Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA)

Às minhas avós, Maria Lúcia e Dóris Azevedo,
inspirações constantes.

AGRADECIMENTOS

O caminhar no programa de mestrado foi recheado de desafios, aprendizado e inquietações. Entretanto, a felicidade e a alegria foram constantes. A realização de grandes amizades, de superação e de crescimento marcaram os últimos anos. Desta feita, é imperioso recordar e agradecer a todos que contribuíram com o trilhar do caminho.

Primeiramente, agradeço a Deus, vez que escreve nossas vidas de maneiras que não poderemos jamais compreender, trilha nossos caminhos e faz com que alcancemos exatamente aquilo que está destinado a nós. E por isso, não há palavras que possam expressar minha gratidão à Ele e a todas as bênçãos que consegui durante a vida, e em especial nesses dois anos de trajetória de mestrado.

Aos meus pais, palavras sempre me faltaram e sempre me faltarão. Socorro e Paulo são meus maiores incentivadores e exemplos. Não há em mim memória de qualquer conquista que não fosse seguida por uma corrida até meus pais no ímpeto de compartilhar com eles a felicidade que, mal sabia eu, eles já sentiam. Costumo dizer que sempre me esforçarei para ser para meus futuros filhos como eles são para mim. O curioso é saber que mesmo que eu alcance apenas metade, eles já estarão bem cuidados. O amor entre mim e meus pais, a amizade, a parceria e o companheirismo sempre foram constantes. Talvez a maior benção de minha vida seja essa, a certeza de que sempre teria um “colo” pra me receber quando as dificuldades surgissem. Pai e mãe, eu amo vocês com todo meu coração.

O amor que descrevo, curiosamente, se multiplica quando passo a olhar meus irmãos, João, Paula e Bruno. João e Paula, meus irmãos mais velhos, aqueles que diversas vezes fizeram as vezes de pai e mãe, inclusive, são a minha certeza de amizade e companheirismo. Acabamos nos misturando de tal forma que é impossível não notar nossa relação ao nos ver. Não há como falar da história do Miguel sem falar da Paula e do João. Paula sempre foi minha melhor amiga, minha confidente, minha parceira de vida. João sempre foi meu exemplo, meu orgulho e meu porto seguro. O engraçado é ver que, na verdade, não há como dizer “qual é o que”, pois não há como ver minha história sem ver os dois sempre em meus ombros, sempre me carregando, sempre me ajudando. Com Bruno não é diferente. Não vejo como tão comum dois primos se adotarem como irmãos, talvez a criação conjunta nos tenha ajudado nesse ponto. Apesar de que me pego pensando que seria inevitável. Nossa ligação e amor

transcende e o “título de primo” nunca foi satisfatório pra você. Talvez os três não saibam, mas meu amor incondicional lhes será constante em suas vidas. Meus irmãos, eu amo vocês.

Não me furtarei jamais, também, de agradecer a minhas duas avós, Maria Lúcia e Dóris Azevedo. Diversas pessoas que conheço não gostam de serem reconhecidas como “neto” ou “filho” de outrem. No meu caso, com as duas, sempre foi diferente. Ao ser reconhecido como “neto da Des. Maria Lúcia” ou “neto da Prof. Dóris”, meu coração sempre transbordou alegria e orgulho. As duas sempre foram meus exemplos profissionais e pessoais. Sempre serão. Carregar-lhes-ei comigo sempre onde for.

Outra benção que recebi de Deus foi no quesito “madrinha e padrinho”. Costumo pensar que são as pessoas que mais fazem as vezes de cuidado e criação, depois dos pais. Nesse quesito fui agraciado por ter sido “adotado” pelas minhas madrinhas e meu padrinho. Rui e Cândida Noronha, meus “dido” e “dida” desde que consigo me lembrar, para eles que eu corria quando “aprontava” e estava com medo de falar pros meus pais. E a Lúcia Azevedo, minha “Lulu”, quem sempre se espanta ao notar o tamanho que aquele bebê de “dedos transparentes” ficou. Sempre cuidadosa, amiga. Para vocês três, o título de “tios” nunca será suficiente. Muito obrigado por tudo.

Em seguida, não há como falar do desenvolver desta pesquisa e dos últimos anos de minha vida sem afastar a imagem de meu orientador, professor e amigo, Prof. Dr. Jean Carlos Dias. Desde o primeiro dia de orientação e de aulas no PPGD, foi um amigo e conselheiro, o qual caminhou junto comigo. Conquistou minha total confiança no decorrer da caminhada, o que é ilustrado pelas minhas constantes indagações em nossas orientações. O brilhantismo profissional, capacidade intelectual e seu extenso lattes todos conhecem. Para além disso, tive o privilégio de conhecer alguém justo, extremamente humano, que se preocupa grandemente com seus alunos e incentiva-os a superarem seus limites. Bom, posso afirmar com veemência que tive um orientador, no verdadeiro sentido da palavra, alguém que me corrigiu, mas sempre me mostrando os caminhos para ser melhor. Alguém que me emprestou livros, mas, para além, me mostrou ideias, e do mesmo modo ouviu as minhas, alguém que efetivamente caminhou lado a lado comigo em dois anos de construção deste trabalho e me engrandeceu, não só profissionalmente, mas humanamente também. Admiração é uma palavra que não parece suficiente para ilustrar minha gratidão, mas saiba que o senhor poderá contar sempre comigo.

Pois bem. Não há como pensar na minha história recente e não afastar algumas figuras. Dentre as que preciso aqui mencionar, preciso começar por meus sócios-irmãos, Matheus, Felipe e Gabriel. Sempre me emociono ao recordar do início da nossa caminhada profissional juntos, o início do AEGG, este filho que criamos juntos. Não somente, sempre que reflito sobre a relação existente entre nós quatro, não consigo pensar que não é obra divina. Começando meio sem ter noção do que estávamos começando e, principalmente, conseguindo manter nossos vínculos de amizade e irmandade intactos mesmo com as discordâncias do dia-a-dia. Somente consigo pensar que tudo nos torna mais unidos e amigos (e assim quero que seja), ao ponto de que nosso sonho coletivo nos faz hoje sonhar com os sonhos individuais de cada um. Vejo o esforço de vocês, vejo o cuidado e sinto que a felicidade também transborda os seus corações neste momento. Meu muito obrigado, não somente pelo apoio diário, mas pela amizade e companheirismo. Meus sócios irmãos, eu amo vocês.

Devo agradecer aos amigos do PPGD, que dividiram comigo este caminhar, partilhando do cansaço das diversas madrugadas em claro em vésperas de seminários, palestras, apresentações, entregas de artigos. Em especial à minha querida amiga Carla Peixoto, nossa representante discente e amiga que ouviu meus desesperos e lamentações, e depois da felicidade e alívio de mais um passo dado dentro do programa, se tornando uma das mais próximas pessoas da minha esfera pessoal. Não somente, preciso mencionar meus amigos e colegas das turmas MD16, MD17 e MD18 do PPGD/Cesupa: Alberto, Alex, Astolfo, Ana, André, Andreza, Arnaldo, Carolina, Camyla, Carlos Márcio, Carlos Valcácio, Carolina, Elinay, Emeline, Geraldo, Heloísa, João Gabriel, Lucas, Mauro, Nagila, Nelma, Northon, Otávio, Rachel, Ricardo, Ridivan, Rosaly, Saulo, Shirley, Silvia, Stephenson, Vanilson e Yasmin. Vocês tornaram esse caminho mais bonito.

Não somente aos colegas, os professores e verdadeiros mestres que me brindaram com convívio, conhecimento, paciência, cuidado e amizade nos últimos anos. Prof. José Cláudio, Prof. Dennis Verbicaro, Prof. Ana Darwich, Prof. Patrícia Blagitz, Prof. Luciana Fonseca, meu muito obrigado. Não somente, jamais me furtaria de agradecer de forma especial, dentro deste grupo, a duas professoras que se tornaram inexplicáveis, Prof. Beth Reymão e Prof. Suzy Koury, as quais partilharam comigo de diversos momentos de angústia e sempre estiveram comigo, ao ponto de ouvir diversas vezes dos colegas diversas brincadeiras com minhas "mães

acadêmicas”. Também faço um adendo especial aos Professores Dennis e Suzy, os quais compuseram a banca de qualificação desta pesquisa, de forma a abrihantar e acrescentar de forma inenarrável.

Outras pessoas que não podem ser deixadas de lado são os professores que tive na graduação dentro do CESUPA, minha segunda casa. Porém, devo fazer especial menção a duas pessoas que se encaixam neste mesmo grupo e não há como afastar mais de minha história profissional e até mesmo pessoal. Bruno Brasil e Karen Rocha se tornaram pra mim amigos, parceiros, companheiros. Minha paixão, Direito civil, não seria se não fossem por vocês. Não somente, eu não teria chegado até aqui desta forma sem a contribuição de vocês, seja como monitor ou professor assistente, mas, mais ainda, como meus amigos, eu lhes agradeço e agradecerei sempre. Meu muito obrigado, amigos.

Em falar da graduação, não há como não lembrar de meus amigos da famigerada “OABola”, companheiros e amigos que a faculdade me deu. São objeto de saudade diária pós o curso. Um grupo de amigos que não consigo afastar de minha história e nem quero fazê-lo. Queridos amigos, Carlos, Daniel, Felipe Esteves, Felipe Pinho, Felipe Miralha, Fernando, Gabriel Souza, Gabriel Graim, Gustavo Noronha, Hian, Igor, João Addario, João Garcia, Marcus, Matheus e Yuri. Meus amigos, uma das maiores honras da minha vida é ser membro da OABola. Obrigado por tudo.

Aos amigos do colégio, já se tornaram constantes em minha vida, meu profundo carinho e agradecimentos por todo o apoio de sempre. A amizade é constante e assim busquemos manter. Que não mude nunca. Meu muito obrigado, amigos Caio Augusto, Caio César, Claudia Chiari, Camille, Danilo, Felipe, Gabriel, Lorena, Mateus Rafael e Vítor. Obrigado por tudo.

Devo agradecer ao grupo de pesquisa sobre Análise Econômica do Direito, por todo o debate profícuo realizado nos nossos encontros, os quais foram essenciais para a escrita e desenrolar do presente estudo.

Agradeço aos funcionários do PPGD e da graduação do CESUPA, por todo auxílio, aqui representados por Jaqueline, Erik, Diana, Isabel, Adailson e Aureliano. Agradeço especialmente à secretária do PPGD, Lilian, que sempre esteve pronta para resolver todos os problemas, sendo nas horas vagas uma espécie de psicóloga dos mestrandos.

Por fim, agradeço a todos que me ajudaram direta e indiretamente, ainda que aqui não estejam explicitamente mencionados.

“Este sonho eu o guardo dentro de mim com um anseio, com uma paixão pela Justiça. Eu o conservo no meu coração, intacto, como um diamante queimando. Vivi humilhações sem me humilhar, amores sem me doar, necessidades sem reclamar, sofrimentos sem chorar, tudo protegida por essa paixão que guardo tão fundo de mim mesma, e que me toma toda e que me acompanhará até o fim da minha vida.”

(SANTOS, Maria Lúcia Gomes Marcos dos.

2006).

RESUMO

O presente estudo se propõe a fazer uma análise crítica acerca dos princípios doutrinários do direito contratual brasileiro, a partir das bases estabelecidas pela Análise Econômica do Direito - AED e das premissas colocadas pela AED Contratual, objetivando desvendar se os princípios e, por consequência, o próprio ramo são economicamente eficientes no que se refere à proteção ambiental. Entende-se que o direito contratual, quando revestido de grande eficiência, pode ser visto como um instrumento adicional de proteção para o meio ambiente. Ou seja, o eixo central da presente pesquisa é a externalidade negativa gerada pelos contratos, o que diminui o excedente econômico da troca, tornando-a economicamente ineficiente. Para responder ao questionamento proposto, o presente estudo se divide em três capítulos. Em um primeiro momento, se estabelecem as bases e conceitos fundamentais da AED, segundo Richard Posner, quais sejam: racionalidade, eficiência e valor, finalizando com o esclarecimento acerca das concepções positiva e normativa da AED. No segundo capítulo, busca-se entender de que forma os conceitos apresentados no primeiro capítulo se aplicam ao Direito Contratual, consolidando a chamada Análise Econômica do Direito Contratual, e estabelecendo, assim, as falhas de mercado, que são fatores que afastam o mercado de uma máxima eficiência econômica. Analisa-se também de que forma o Direito pode mitigar estas falhas sendo, ele mesmo, um fator de eficiência econômica. Neste segundo capítulo, ainda, expõe-se o entendimento sobre quando as trocas são economicamente eficientes, isto é, quando geram um excedente econômico, e também são demonstradas a conceituação das externalidades negativas e como elas afetam esse excedente econômico. Por fim, no terceiro e último capítulo, se faz um estudo acerca dos princípios contratuais estabelecidos pela doutrina civilista no Brasil, para, assim, poder analisar suas respectivas funções econômicas e concluir pela eficiência ou não do ramo em estudo, no que se refere às externalidades. Trata-se, portanto, de um estudo que visa analisar até que ponto o direito contratual brasileiro é economicamente eficiente, por meio de uma investigação de seus princípios doutrinários e a relação dos mesmos com as falhas de mercado, em especial quando se falam das externalidades. A metodologia utilizada é eminentemente teórico-doutrinária, utilizando de levantamento bibliográfico nacional e internacional, com a finalidade de concluir pela eficiência ou ineficiência econômica do direito contratual brasileiro, com o eixo nas externalidades contratuais.

Palavras-chave: Eficiência Econômica. Direito Contratual. Princípios contratuais. Análise Econômica do Direito Contratual.

ABSTRACT

The present study proposes to make a critical analysis about the doctrinal principles of Brazilian contractual law through the bases established by the Economic Analysis of Law - AED and the premises set forth by the AED Contractual, in order to discover if the principles and, consequently, the branch itself is economically efficient with regard to environmental protection. It is understood that the contractual right when coated with great efficiency can be seen as an instrument of more protection for the environment. That is, the central axis of the present research is the negative externality generated by the contracts, which reduces the economic surplus of the exchange, making it economically inefficient. To answer the questioning, the present study is divided into three chapters. At the outset, the basic foundations and concepts of AED, according to Richard Posner, are established: rationality, efficiency and value. Finishing with the clarification about the positive and normative conceptions of AED. The second chapter seeks to understand how the concepts presented in the first chapter apply to Contractual Law, being the so-called Economic Analysis of Contractual Law. Thus establishing market failures, which are factors that push the market away from maximum economic efficiency and in what way the Law can mitigate them, being itself a factor of economic efficiency. In this second chapter the understanding is exposed when the exchanges are economically efficient, that is, when they generate an economic surplus. It also demonstrates the conceptualization of negative externalities and how they affect this economic surplus. Finally, in the third and last chapter, a study is made of the contractual principles established by civilian doctrine in Brazil, so as to be able to analyze their respective economic functions and to conclude whether or not the branch under study with regard to externalities is efficient. It is, therefore, a study that aims to analyze the extent to which Brazilian contractual law is economically efficient through an investigation of its doctrinal principles and their relationship with market failures, especially when speaking of externalities. The methodology used is eminently theoretical and doctrinal using a national and international bibliographical survey, with the purpose of concluding the economic efficiency or inefficiency of the Brazilian contractual law with the axis in the contractual externalities.

Keywords: Economic Efficiency. Contract Law. Contractual principles. Economic Analysis of Contractual Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ABREVIATURA/SIGLA

AED
amp.
Art.
Coord.
CC
CF
CDC
ed.
Min.
org.
p.
Rel.
rev.
s.
STF
STJ
TER

SIGNIFICADO

Análise Econômica do Direito
Ampliada
Artigo
Coordenador
Código Civil
Constituição Federal
Código de Defesa do Consumidor
Edição
Ministro
Organizador
Página
Relator
Revista
Seguintes
Supremo Tribunal Federal
Superior Tribunal de Justiça
Teoria da Escolha Racional

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	19
2.1	CONCEITOS FUNDAMENTAIS	21
2.1.1	Racionalidade	26
2.1.2	Eficiência	28
2.1.3	Valor	31
2.2	CONCEPÇÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	32
2.3	ELEMENTOS TEÓRICOS PARA AED CONTRATUAL	34
3	ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO CONTRATUAL	36
3.1	OS CONTRATOS ENQUANTO MEIOS DE VIABILIZAÇÃO DE TROCAS – O VALOR SUBJETIVO DOS BENS	37
3.2	A REGULAÇÃO ESTATAL SOBRE AS TROCAS – O DIREITO CONTRATUAL	39
3.3	FUNÇÕES ECONÔMICAS ESSENCIAIS DO DIREITO CONTRATUAL	42
3.3.1	Prevenir comportamentos oportunistas	43
3.3.2	Assimetria de informações	45
3.3.3	Redução dos custos de transação	47
3.3.4	Busca pela completude dos contratos	48
3.3.5	Externalidades do contrato	53
3.4	OS FUNDAMENTOS CONTRATUAIS REVISITADOS	55
4	A INSUFICIÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO CONTRATUAL BRASILEIRO	56
4.1	A TEORIA GERAL DOS CONTRATOS NO DIREITO BRASILEIRO – PRINCÍPIOS DOUTRINÁRIOS CONTRATUAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	58
4.2	REDESENHANDO A ESTRUTURA PRINCIPOLÓGICA DOS CONTRATOS À LUZ DA AED	73
4.2.1	Autonomia privada – Liberdade Contratual	74
4.2.2	<i>Pacta Sunt Servanda</i>	77
4.2.3	Relatividade dos contratos	79
4.2.4	Boa-fé objetiva	80
4.2.5	Função Social-Econômica do Contrato	81
4.3	A ANÁLISE ECONÔMICA ACERCA DO DIREITO CONTRATUAL: OS IMPACTOS SOBRE AS FUNÇÕES ECONÔMICAS DO CONTRATO	83
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	89
	REFERÊNCIAS	94

1 INTRODUÇÃO

A relação entre o Direito e a Economia é marcada por profundos debates, de forma que aliar as duas ciências exige uma reflexão teórica multidisciplinar para a qual muitos estudiosos do Direito não estão preparados. A harmonização do estudo é feita pela Análise Econômica do Direito – AED, a qual parte da presunção de que a segunda é uma poderosa ferramenta para a solução dos problemas do primeiro.

Adianta-se, assim, desde logo, que o eixo de problematização que o presente estudo visa analisar e desvendar é: através dos ditames da AED, até que ponto é o Direito contratual brasileiro, por meio de seus princípios, economicamente eficiente, em especial no tocante às externalidades contratuais? Ou seja, esse trabalho se propõe a, justamente, estabelecer um debate entre a Economia e o Direito, mais especificamente a partir do Direito Contratual. Propõe-se, para tal fim, uma leitura sistemática com base na AED.

Acerca da AED, em si, é possível inicialmente esclarecer que se trata de um movimento de análise do Direito mediante as lentes da economia. Ela se torna inovadora justamente quando propõe uma releitura do Direito, o qual até então possuía um cunho, uma base, eminentemente na moral, o que não é propriamente a metodologia da AED, a qual por sua vez não faz uma análise moral do objeto que vislumbra, mas sim, como o próprio nome anuncia, uma análise econômica.

Também é válido ressaltar que a mesma não se apresenta como uma Teoria do Direito, mas sim como um verdadeiro instrumento de análise que visa reforçar o papel do jurista dentro de um sistema normativo, aplicando os ditames basilares da Ciência Econômica, quais sejam: racionalidade do agente, a ideia de que as pessoas reagem a incentivos, eficiência, dentre outros.

O avanço do movimento faz com que a sistemática surja nos mais diversos ramos do Direito. Seja no Direito Penal, nos estudos de responsabilização civil, no processo civil, e também no Direito Contratual, objeto de estudo do presente trabalho.

Fato é que ao aplicar os ditames da economia nos problemas jurídicos, a AED parte de certas premissas econômicas que são conceitos fundamentais: as pessoas são racionais e reagem a incentivos, eficiência, valor. Esses ditames são perceptíveis na análise de quaisquer dos ramos do Direito.

Ao determinar que as pessoas são racionais, se esclarece que seria possível prever os comportamentos que seriam realizados frente aos incentivos dados. As

peças escolhem racionalmente quais decisões tomar diante das opções do seu cotidiano. Fazendo tal presunção, a AED entende que é possível utilizar o Direito como um desses meios de incentivo para que, assim, se possa prever quais comportamentos as pessoas mais realizariam.

A título de exemplo, uma lei determinante de que as pessoas devem utilizar o cinto de segurança ao transitar em veículos automotivos poderá ser mais cumprida quando acompanhada por uma multa, esta que funcionará como um incentivo de cunho sancionatório, de forma que puniria quem não cumprisse a lei, motivando assim o seu cumprimento. Uma lei nestes moldes consegue projetar que um incentivo sancionatório poderia funcionar como um método efetivo que geraria um maior cumprimento da própria lei.

Neste sentido, as pessoas, racionalmente, não desejarão ser multadas e, assim, passarão a transitar utilizando o cinto de segurança, tornando a determinação legal mais efetiva. Seria este, portanto, um caminho eficiente para o alcance de um objetivo determinado em lei. Uma investigação desses conceitos fundamentais e das bases iniciais da AED, assim, é o primeiro objetivo da presente pesquisa. Salienta-se que as bases aqui colocadas são fruto de um recorte metodológico tido dentro da concepção de Richard Posner em *Economic Analysis of Law* (1973).

Uma vez estabelecidas tais bases, parte-se para um estudo da AED aplicada ao Direito contratual. Quando se fala da Análise Econômica do Direito Contratual (AED Contratual), aplicam-se a ela os conceitos fundamentais no ramo do Direito em comento. Explica-se. Em princípio, o contrato nada mais é do que um instrumento de formalização das trocas realizadas em sociedade. São eles que legitimam as trocas que serão reguladas pelo Direito.

É necessário esclarecer que, ao fazer uma análise dos contratos, se percebe que as pessoas valoram os bens que possuem e decidem por realizar uma determinada troca que julguem vantajosa para si. Assim, em um cenário teórico, as partes realizariam suas trocas até um ponto chamado de Ótimo Social, em que, economicamente falando, todas as trocas eficientes já teriam ocorrido, ou seja, todas as trocas que gerem este excedente econômico já teriam sido realizadas. Nesta senda, uma troca é eficiente quando gera excedente econômico, gera riqueza.

Ocorre que no plano prático o mercado não consegue agir de forma tão eficiente sozinho. Ele possui falhas, que são fatores que o afastam desse ponto Ótimo, fatores que fazem com que a geração de riqueza não seja tão eficiente quanto poderia

ser. São exemplos de falhas: comportamentos oportunistas por uma das partes do contrato, a geração de externalidades negativas, dentre outras.

É inconteste que as falhas de mercado diminuem a riqueza gerada pela troca e, assim, afetam diretamente a eficiência da mesma. Desta forma, a AED Contratual entende que o Direito é a forma de regulação jurídico-estatal que age sobre as trocas e deve buscar garantir a maior eficiência possível, ou seja, deve tentar afastar ou mitigar as falhas de mercado.

Portanto, uma vez entendidas as bases explanadas, parte-se para o terceiro objetivo do presente estudo: analisar os princípios do Direito Contratual Brasileiro para que se possa desvendar como a AED pode ser aplicada a este e, por meio dela, determinar se o ramo em estudo é eficiente economicamente, ou não. Salienta-se que não se trata de uma análise moral do objeto proposto, mas sim de uma análise econômica, pelos ditames da AED.

Desta feita, é possível observar aqui novamente o já mencionado eixo de problematização que o presente estudo se propõe a analisar, qual seja: **através dos ditames da AED, até que ponto é o Direito contratual brasileiro, por meio de seus princípios, economicamente eficiente?**

Desta forma, inclusive, surgem alguns questionamentos específicos, que devem ser entendidos como questões norteadoras do presente estudo: quais são as bases fundantes da AED? Como elas se aplicam no Direito Contratual? Como se daria uma aplicação desses entendimentos da AED em geral, e da AED Contratual no Direito Contratual Brasileiro? Possuem os princípios desta alguma função econômica?

A AED, conforme já mencionado, preverá certas funções que o direito contratual deverá seguir para que se torne economicamente eficiente, assim, analisar-se-á os princípios do direito contratual brasileiro para avaliar se os mesmos atendem a estas funções e, portanto, são economicamente eficientes.

Desde logo entende-se que há certa eficiência econômica em partes dos princípios do ramo em estudo, porém não há sua total eficiência. Explica-se: quando se trata da diminuição de externalidades negativas, que são efeitos prejudiciais que afetam terceiros externos à relação contratual, já se entende que se a troca afetar negativamente outras pessoas, ela será ineficiente.

Não somente, ao norte explicou-se o chamado excedente econômico, porém uma análise que se limite a isso se tornaria superficial, pois esse excedente pode ser maximizado se afetar positivamente terceiros (externalidades positivas), ou ser

minimizado quando afetar negativamente terceiros (externalidades negativas). Desta feita, uma função econômica importantíssima é a diminuição de externalidades negativas.

O Direito contratual, assim, de certa forma, pode funcionar como um poderoso instrumento que auxilia na proteção ambiental, por exemplo, quando mitigar as externalidades negativas desta relação. Não por uma visão moral do meio ambiente, mas por uma visão econômica que valora este meio ambiente da forma devida.

Logo, em que pese haver, de fato, certos princípios com importantes funções econômicas, tais como o chamado *pacta sunt servanda*, que garante a força executória do contrato e, assim, afasta comportamentos oportunistas de uma das partes, não há uma total eficiência destes por não haver qualquer tipo de previsão de mitigação de externalidades negativas por intermédio do Direito contratual.

Todavia, se salienta que uma análise da mitigação de externalidades negativas por meio dos ditames do Direito Ambiental não é objeto do presente estudo, o qual se limita a uma análise crítica pela concepção normativa da AED, para concluir se o ramo do Direito contratual é economicamente eficiente em sua totalidade, ou não.

Portanto, em linhas gerais, o raciocínio desenvolvido neste trabalho pode ser explicado da seguinte forma: as pessoas racionalmente realizam as trocas que consideram eficientes para si, de acordo com os bens que possuem e que desejam. Elas valoram os objetos da negociação para, assim, concretizarem ou não o negócio. Esses valores subjetivos são atribuídos e geram um excedente econômico, pois as pessoas trocam bens que dão menor valor por bens que dão maior valor, o que será explicado no segundo capítulo. Já que há essa diferença na valoração dos bens, a troca gerará um excedente econômico e, portanto, será economicamente eficiente.

Ocorre que as falhas de mercado afastam essa eficiência da troca. Elas diminuem o excedente econômico gerado pela troca e podem afetar diretamente a leitura acerca desta. Uma dessas falhas de mercado são as externalidades negativas, que podem ser exemplificadas pelos danos ambientais. Isto é, um dano ambiental gerado por uma troca implica dizer que a mesma tem sua eficiência econômica diminuída. O presente estudo, assim, se perfaz por uma análise sobre se os princípios doutrinários do Direito contratual brasileiro abarcam esse ideal econômico e, assim, podem ser tidos como economicamente eficientes.

Para estudar tal questão, se realizou vasta pesquisa bibliográfica acerca do tema, justificando-se essa investigação pela necessidade cada vez maior de uma

proteção ambiental, o que pode ocorrer de forma economicamente eficiente pelos ditames da AED.

Em relação aos objetivos, a presente pesquisa tem como objetivo geral analisar se os princípios do Direito contratual são economicamente eficientes de acordo com os ditames de Posner, fazendo, portanto, uma análise econômica positiva dos princípios do Direito contratual, e concluindo desde já que o ramo não é totalmente eficiente, economicamente falando.

Dentre os objetivos específicos, buscar-se-á desvendar os conceitos fundamentais da AED para, posteriormente, analisar de que forma estes se aplicam ao Direito Contratual e, por fim, fazer um estudo dos princípios do Direito Contratual Brasileiro, concluindo com o alcance de uma resposta para o problema proposto.

Para o desenvolvimento da presente investigação, a metodologia eleita, conforme mencionado, é sedimentada na pesquisa bibliográfica, com teor eminentemente teórico-doutrinário, com base no referencial selecionado para tal. Assim, se faz primordial um estudo acerca de uma das obras basilares da AED, a saber, a chamada *Economic Analysis of Law*, produzida por um dos maiores expoentes do tema, Richard Posner. Tal obra é de extrema importância por ser pioneira na aplicação da AED nos mais diversos ramos do Direito. Nesta oportunidade, o autor realiza uma análise dos mais diversos ramos, como Direito penal, das famílias, empresarial, e não somente contratual. Sendo tal obra o principal recorte teórico do estudo realizado quando se trata de *Law and Economics*.

Utilizando essa obra como referencial teórico base para o estudo, percebe-se que se fará necessário o uso de referenciais específicos que facilitem o entendimento acerca do tema em cada etapa do presente estudo. Nesse sentido, serão de suma importância autores internacionais como Steven Shavell, Robert Cooter e Thomas Ullen. Tais autores conseguem, de forma clara, sintetizar os ditames econômicos e suas aplicações no Direito.

Não somente, a nível nacional é possível também mencionar o uso de autores como Luciano Timm, Jean Carlos Dias e Rachel Sztajn. Tais autores possuem relevância por enfrentarem não somente os temas da AED de forma geral, como também dentro de suas especificidades, da AED Contratual. Para o desenvolvimento do estudo acerca dos princípios do Direito Contratual, pode-se citar autores de renome como Flávio Tartuce e Carlos Roberto Gonçalves, haja vista a natureza do tema estudado.

Enfim, resta salientar que o objetivo deste trabalho é realizar uma pesquisa de caráter eminentemente científico, teórico e analítico. Trata-se, conforme já mencionado, de uma análise afastada da moral e aplicadora da ciência econômica como eixo para o alcance das respostas aqui perquiridas.

Com fulcro no alcance de tais respostas, no primeiro capítulo se faz um estudo da AED de forma geral, com suas bases e seus conceitos fundamentais, e o estabelecimento de suas concepções positiva e normativa.

Firmados os seus conceitos fundamentais, como tarefa do segundo capítulo resta o estudo da forma pela qual eles são aplicados ao Direito contratual, bem como o estabelecimento das falhas de mercado e a forma como cada uma delas diminui a eficiência econômica.

No terceiro e último capítulo é feito um estudo dos princípios do Direito contratual brasileiro, mais consagrados pela doutrina civilista, para que, então, aplicando os estudos e conclusões alcançadas até o momento, se possa concluir pela eficiência ou não do ramo jurídico em questão, principalmente em se tratando das externalidades negativas.

Por fim, serão apresentadas as conclusões que o presente estudo pôde alcançar, a partir das perspectivas e bases estabelecidas no seu transcorrer, com a finalidade de proporcionar uma análise eminentemente econômica dos princípios do Direito Contratual Brasileiro.

2 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O Direito é, de forma objetiva, um regulamentador do comportamento humano. Ele determina os comportamentos a serem punidos ou recompensados. Uma lei, assim, quando promulgada, possui uma finalidade tida em mente pelo legislador originário, seja esta afastar um comportamento desviante e prejudicial à sociedade, seja outra finalidade qualquer.

Ora, como regulador de comportamentos, o Direito precisa ser obedecido, essa é a sua finalidade. Desta feita, uma lei que ainda que válida não possua eficácia, não atinge a sua finalidade por completo, carecendo de obediência por parte da sociedade. Essa não obediência é por vezes usual no Direito, e este carece de mecanismos que garantam a real eficiência das leis.

A bem da verdade, se as pessoas obedecessem automaticamente a uma determinada norma pelo simples fato de ela ter sido promulgada e ser válida, ou seja, se a validade de uma norma implicasse em sua automática e completa eficácia, a tarefa inicial do Direito acima mencionada seria de profunda simplicidade. Fato é que, no plano real, a validade de uma lei não implica dizer em sua eficácia, conforme mencionado acima. Uma lei, pelo simples fato de estar posta, não significa a obediência total por parte de seus destinatários.

Por outro lado, a Economia enquanto ciência visa analisar como as pessoas tomam suas decisões em um mundo marcado por escassez de recursos, bem como as consequências dessas decisões. Assim, a Análise Econômica do Direito – AED visa aplicar a Economia ao Direito, buscando auxílio daquela para a solução de problemas jurídicos, e visando otimizar a prestação jurisdicional, bem como tentando explicar como as pessoas decidirão pela obediência a uma lei.

Desta feita é possível perceber que a AED, vez que não é uma teoria do Direito, é um instrumento de avaliação das leis e decisões judiciais, que aplica os ditames da Economia nessa investigação. Possui, assim, um viés consequencialista, pois estuda a consequência da lei ou decisão no seio social, a sua aplicabilidade. Assim ensina Ivo Gico (2016, p. 17) que:

Nesse sentido, a AED é um movimento que se filia ao consequencialismo, isto é, seus praticantes acreditam que as regras às quais nossa sociedade se submete, portanto, o Direito, devem ser elaboradas, aplicadas e alteradas de acordo com suas consequências

no mundo real, e não por julgamentos de valor desprovidos de fundamentos empíricos (deontologismo).

Ou seja, a AED possui um objeto de estudo próprio, e desenvolve uma investigação acerca dele, trazendo as consequências e resultados deste objeto estudado dentro da sociedade, sendo esse objeto a norma jurídica.

O grande expoente da AED na atualidade é Richard Posner, professor da Universidade de Chicago e juiz aposentado da Corte de Apelação da Sétima Região dos Estados Unidos da América. É o autor de uma das maiores obras acerca do assunto, intitulada *Economic Analysis of Law*, publicada em 1973, sendo este o principal referencial do presente estudo.

Entretanto, ainda que seja este o maior expoente do movimento, diversos outros estudiosos, como Ronald Coase, Guido Calabresi e Steven Shavell, também contribuíram grandemente para o estudo do tema na atualidade. O primeiro, inclusive, foi de suma importância para o desenvolvimento do pensamento atual tido em Posner.

Coase, com sua obra *The problem of social cost* (publicada em 1960), elevou a relação entre Direito e Economia. No estudo, o autor analisa casos de responsabilidade civil e sua relação com a alocação de recursos, tendo, assim, sua própria visão sobre a Economia, vez que entendia ser ela o estudo do funcionamento do sistema econômico (KLEIN, 2016, p. 176).

Ocorre que, conforme já mencionado, em 1973 Richard Posner publica sua obra *Economic Analysis of Law* e, com ela, ressignifica a relação entre Direito e Economia, aplicando tal relação nos mais diversos ramos do Direito, Klein (2016, p. 176) ensina a este respeito que:

Um novo marco surgiria em 1973, com a obra *Economic Analysis of Law*, de Richard Posner. Anteriormente, Posner havia produzido trabalhos típicos da *Law and Economics*. Mas, no livro acima referido houve uma ampliação da Análise econômica para todos os ramos do Direito, desde o Direito empresarial até o Direito de família ou Direito penal. Essa ampliação deu-se a partir da utilização de uma metodologia específica, que define a economia, em linhas gerais, como uso do método da escolha racional para uma alocação eficiente de recursos escassos, sejam essas decisões ligadas ao sistema econômico ou não. Essa, por exemplo, é a definição de economia adotada por Richard Posner na sua obra *Economic Analysis of Law*.

Assim, o estudo da AED se desenvolveu a partir dos mais diversos centros de pesquisa e universidades, porém manteve como seu grande polo e expoente a Universidade de Chicago, com Richard Posner.

2.1 CONCEITOS FUNDAMENTAIS

A AED propõe um estudo do Direito por meio da ciência econômica e, com isso, traz inovação. Ela tem como um dos seus ideais, *a priori*, analisar as consequências das decisões judiciais e atos legislativos, e, para tal, estabelece uma profunda relação entre o Direito e a Economia. Utiliza, assim, os ditames da Economia para alcançar a resolução dos problemas jurídicos.

Ante isto, a AED se pauta em certos conceitos fundantes da própria Economia, como os de racionalidade, de eficiência, dos custos de transação e das externalidades, dentre outros. Ivo Gico Jr (2012, p. 1) explica que:

O Direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A Análise Econômica do Direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do Direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.

O objetivo atual da AED é analisar os mais diversos ramos do Direito, ou o próprio Direito em si, a partir da visão da Economia, em razão de ser esta uma ciência capaz de trazer diversas respostas para problemas sociais e jurídicos de forma pragmática.

Explica-se: se vive em um mundo em que os recursos são finitos, o que é agravado no contexto globalizado, pois o sistema capitalista explora esses recursos da forma que melhor lhe aprouver. A Economia é a ciência, nesse sentido, que consegue lidar com essa escassez (finitude) e buscar novas soluções, visando a melhor forma de utilização dos escassos recursos disponíveis.

Para lidar com a escassez, a sociedade cria diversas instituições, que podem vir a garantir um melhor uso e, conseqüentemente, a maior durabilidade desses recursos. Sobre a escassez, Mackaay e Rosseau (2015, p. 29) explicam que:

Uma coisa se torna escassa quando não há mais quantidade suficiente para todos os que a desejam possam obtê-la à vontade: é preciso escolher entre diferentes usos, ou, o que dá na mesma regular o uso. (...) Quando a escassez se manifesta, não há como evitar a formulação de regras para determinar quais usos concorrentes devem ser aceitos. Isso ou anarquia.

Nesta senda, acredita-se que a Economia é de grande valia para a racionalização desses escassos recursos e, por isso, pode ser amplamente utilizada, inclusive, para resolver os problemas jurídicos. Entre os renomados estudiosos da AED há um consenso de que a Economia é uma poderosa aliada na análise de uma série de problemas jurídicos. As obras partem dessa premissa. Richard Posner (2011, p. 3), por exemplo, introduz o tema da seguinte forma:

Este livro é escrito com a convicção de que a economia é uma poderosa ferramenta para analisar um vasto leque de questões jurídicas, mas muitos advogados e acadêmicos de Direito (até mesmo aqueles brilhantes) têm uma profunda dificuldade de conectar princípios econômicos com problemas jurídicos concretos. (tradução livre)¹.

A economia, portanto, presume-se uma ciência capaz de ser aplicada de responder aos mais diversos questionamentos jurídicos. Atualmente, inclusive, é possível observar que a AED poderia ser aplicada a problemas de Direito contratual, Direito das famílias, Direito penal, dentre os mais diversos ramos, na medida em que proporciona uma gestão para a própria escassez de bens e recursos no seio social, o que Mackaay e Rosseau (2015, p. 30) explicam:

O estabelecimento de Direitos é uma resposta à escassez que permite a criação de uma sociedade baseada em outra coisa além da posse material de objetos e a violência para defendê-la (a posse). (...) Chama a atenção a relação entre a forma desses Direitos e o notável sucesso das sociedades ocidentais em dominar a escassez.

A AED vem, assim, emprestar conceitos da Economia ao Direito, objetivando, nitidamente, reformulá-lo, e trazendo mais segurança e previsibilidade à sociedade, na medida em que usa o Direito como um “preço” a ser levado em consideração na análise de custo x benefício que o agente realiza quando toma suas decisões, o que

¹ This book is written in the conviction that economics is a powerful tool for analyzing a vast range of legal questions but that most lawyers and law students – even very bright ones – have difficulty connecting economic principles to concrete legal problems.

torna possível essa previsibilidade. Nada mais é do que uma análise racional dos princípios legais por meio de uma visão específica, própria da ciência econômica.

Entende-se, a partir disso, que as pessoas reagem às imposições legais. Elas têm seus planos e desejos e reagem a uma determinada norma quando promulgada, decidindo se as cumprirão ou não.

Não há na Análise Econômica do Direito uma análise propriamente moral do problema jurídico, como o da obediência à lei, mas sim, por óbvio, uma análise econômica dele, visando o alcance de uma solução eficiente para a contenda. Jean Carlos Dias (2009, p. 21) explica que:

É fácil perceber, assim, que a Análise Econômica do Direito, pelo menos na versão dominante, não está preocupada em conceber os parâmetros morais que uma norma jurídica deve adotar, mas, em primeiro plano, demonstrar como esse valor pode se tornar eficiente ao alcançar o nível da positividade.

Nesse contexto, a AED é um dos movimentos que mais ganha espaço e vem contribuindo para o estudo do Direito e do pensamento jurídico contemporâneo.

O uso da economia na solução de problemas jurídicos torna-se válido a partir do momento em que busca garantir maior eficiência ao sistema jurídico. A tarefa da economia, segundo Posner (2011, p. 3), é “explorar as implicações de assumir que as pessoas são maximizadores racionais dos seus objetivos, das suas satisfações – o que chamaremos de auto interesse” (tradução livre)².

Explica-se: a AED partirá da premissa de que os sujeitos são racionais e, assim, naturalmente maximizadores de seus desejos e anseios. O sujeito racional faz uma análise e pondera resultados para os seus cursos de ações. Desta feita, o Direito passa a ser um “peso” a ser levado em conta nesse sopesamento que o agente realiza, uma vez que o uso desenfreado dos recursos naturais por parte desse sujeito pode causar o fim destes de forma acelerada.

Ademais, se as pessoas de uma dita sociedade realizassem apenas ações que favorecessem a sociedade em si, e não tivessem um comportamento socialmente indesejável, o Direito teria uma tarefa relativamente fácil. Se pensássemos que a obediência devesse ser automática diante do simples comando legal, o papel e a

² The task of economics, so defined, is to explore implications of assuming that man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions – what we shall call “self – interest”.

finalidade do Direito seriam facilmente alcançados. As normatizações jurídicas seriam simples, porém suficientes para regular o comportamento humano.

Ocorre que as pessoas não se comportam dessa forma. Por vezes terão um comportamento que desvie do “socialmente desejado”, do que é tido como “certo” (que é o que o legislador tem como objetivo quando da promulgação de uma lei), quando outra ação diferente da lei lhes trouxer mais benefícios. Isso ocorre justamente por serem sujeitos racionais e naturais “maximizadores” de sua utilidade e sua autossatisfação.

Partindo dessa premissa, de que as pessoas não cumpririam sempre o que é “certo” ou “socialmente desejado”, a AED busca utilizar o Direito e as normas jurídicas no alcance de uma margem de desvio cada vez menor, de forma que as leis se tornem “bônus” ou “preços” a serem pagos ou recebidos de acordo com as condutas tomadas pelo agente.

Infere-se, então, que uma vez que as leis (ou comandos legais) são anunciados, as pessoas reagirão a esses comandos legais, obedecendo-os ou não, conforme já mencionado acima. Entretanto, as pessoas tendem a não obedecer a comandos legais quando estes não estão em consonância com o seu interesse pessoal. Ou seja, há uma reflexão, um sopesamento entre o comando legal e o interesse pessoal do agente, e, uma vez que haja esse embate, o interesse pessoal possui uma chance consideravelmente maior de ser escolhido.

Nota-se que em situações de possibilidade de uma escolha entre o egocentrismo e o altruísmo, o primeiro tende a ser escolhido mais frequentemente. Agentes que têm a possibilidade dessa escolha, frequentemente, escolherão buscar seu interesse pessoal em detrimento do comportamento socialmente desejado.

A AED entende que é possível aproveitar essa motivação “egocêntrica” e utilizá-la para o bem social comum, por meio de melhores incentivos aos agentes, de tal modo que, uma vez melhorando esses incentivos, os agentes tenderiam a praticar a conduta socialmente desejada.

Esse entendimento decorre da presunção de que as pessoas são racionais e, uma vez tendo seus objetivos claros e definidos, buscam com a máxima eficiência e efetividade alcançá-los. Desta feita, pode-se presumir também que, uma vez sendo racionais, os indivíduos tomam atitudes que consideram que irão lhes beneficiar de maneira melhor do que outra atitude diferente.

Mais especificamente, entende-se que, quando se fala em Direito, os indivíduos buscam conceber como este influenciará suas vidas, e como as regras criadas por este podem causar um avanço social. Por consequência, percebe-se que as pessoas podem alterar o seu comportamento de acordo com os ditames legais promulgados, o que revela uma íntima ligação entre o Direito e o comportamento humano.

Então, observa-se que os ensinamentos da Economia podem ser de grande valia para uma análise do Direito, já que esta concede ao indivíduo a ideia de liberdade de escolha, e uma série de incentivos para que o mesmo venha a escolher o que for socialmente desejado pelo legislador, por exemplo.

A AED, assim, claramente, busca nada menos do que maximizar o bem-estar social, trazendo para a sociedade uma maior previsibilidade jurídica e garantindo uma maior eficiência das normas e das políticas públicas.

Ademais, de forma curiosa, não busca ser, propriamente, uma teoria do Direito, mas sim proporcionar um fortalecimento do papel do jurista como criador de políticas públicas, avaliador do sistema normativo e planejador de relações sociais e jurídicas, conforme explica Jean Carlos Dias (2009, p. 15).

Nesse sentido, a AED não busca ser uma teoria do Direito justamente por possui uma formação e um conjunto de princípios basilares de ordem econômica, distintos da teoria jurídica filosófica. Conforme já mencionado, e será melhor explicado no restante do capítulo, ela utiliza de certos princípios econômicos, tais como a racionalidade do agente e a eficiência.

Por isso, conforme leciona Jean Carlos Dias (2009), a AED buscará fazer com que o papel do jurista seja fortalecido como criador de políticas públicas, avaliador do sistema normativo e planejador de relações sociais e jurídicas. Isso ocorre porque as pessoas reagem ao Direito posto, obedecendo-o ou não, de acordo com os incentivos que recebem, os quais são, também, frutos do próprio Direito.

Na medida em que a AED é aplicada ao Direito, ela, no mínimo, concede ao legislador uma ideia consequencial das normas jurídicas, ao passo que trará as consequências da promulgação de determinada lei ou atuação jurisdicional de modos X ou Y, com base nos ditames econômicos e nos conceitos fundamentais que serão estudados posteriormente. Ou seja, com base na racionalidade e eficiência é possível minimamente prever os comportamentos e atitudes que serão tomados pelas pessoas diante da lei.

Na sequência serão explicados os conceitos fundamentais dos quais a AED se vale em sua metodologia econômica sobre o Direito.

2.1.1 Racionalidade

A racionalidade, como primeiro conceito fundamental do estudo da análise econômica, deve inicialmente ser distinguida de cálculo consciente. A Economia não é, nesse sentido, um estudo baseado na consciência.

Segundo Posner (2011, p. 3), um comportamento é racional quando está em conformidade com um sistema de racionalidade de escolhas, independente do estado mental do agente. A racionalidade não é onisciência. Assim, presumir a racionalidade é presumir que em um mundo de recursos limitados, as pessoas buscarão atingir a sua máxima utilidade, buscarão alcançar cada vez mais seus objetivos nos mais diversos campos de suas vidas. Posner (2011, p. 4) explica:

Ideia central nesta obra é a premissa de que as pessoas são maximizadoras racionais de sua utilidade em todos os campos da vida, não somente no econômico, isto é, não somente quando se deparam com compras e vendas propriamente no mercado. Essa ideia, que é basilar na análise econômica do Direito, já que uma boa parte do Direito se refere a um comportamento não relacionado ao mercado (tais como crime, casamentos e divórcios, acidentes e legados) se faz presente desde Jeremy Bentham nos anos 80-90 do séc. XX, porém recebe mais atenção com o trabalho de Gary Becker, nos anos 1950-1960.

A ideia por trás da eficiência e da racionalidade vem da noção econômica de que as pessoas reagem a incentivos, e da própria escassez de recursos disponíveis. Nesse sentido, o agente racional é aquele que traça seu objetivo e, analisando os incentivos que recebe (que podem ser negativos ou positivos), trilhará seu caminho em busca desse objetivo.

Segundo esse modelo de escolha racional, as pessoas vão avaliar as possíveis ações e os resultados das mesmas e, de acordo com o objetivo almejado, tomar uma decisão. Em outras palavras, as pessoas mantêm um objetivo em mente e, quando precisam tomar uma decisão, avaliam os custos, os benefícios e como os resultados dessas escolhas podem influenciar no alcance desse objetivo.

Para a AED, o Direito age como esse incentivo, de forma que ele é levado em consideração quando o agente busca fazer uma escolha racional em direção ao seu

objetivo final, como se a regras funcionassem, em realidade, como verdadeiros “preços” que são levados em consideração na tomada de decisão.

A racionalidade, assim, quer dizer que quando há um objetivo final em vista, é possível projetar quais ações serão tomadas pelas pessoas e, assim, o Direito pode agir em busca dos “moldes ideais” de comportamento, concedendo incentivos positivos e negativos para as escolhas com as quais as pessoas se depararão no curso da vida. Essa racionalidade, que é ponto basilar da AED, é um grande exemplo de como as ciências do Direito e da Economia se aproximam. Mackaay e Rosseau (2015, p. 31) explicam que:

O modelo de escolha racional permite generalizações quando ao comportamento humano. Atribui aos humanos uma linha de conduta previsível; supõe que os humanos escolherão, sempre, entre as escolhas disponíveis, aquela que lhes ofereça maior satisfação. Isso implica, por exemplo, que se o custo de uma opção (preço de um bem que se quer adquirir, sacrifício para empreender uma ação) aumenta, as pessoas afetadas escolherão menos frequentemente essa opção (lei da demanda).

Rachel Sztajn (2005, p. 75), ainda, afirma:

Tomando a Economia como poderosa ferramenta para analisar normas jurídicas, em face da premissa de que as pessoas agem racionalmente, conclui-se que elas responderão melhor a incentivos externos que induzam a certos comportamentos mediante sistema de prêmios e punições. Ora, se a legislação é um desses estímulos externos, quanto mais as forem as normas positivas aderentes às instituições sociais, mais eficiente será o sistema.

Ainda, conforme explicou-se anteriormente, Posner (2011, p. 4) ensina que essa racionalidade do agente econômico é intuitiva. Não se relaciona propriamente com a consciência, mas sim com uma intuição de que “qualquer pessoa racional, com aquele objetivo, escolheria aquele curso de ação”.

Não se presume que as pessoas saibam todas as variáveis, pois até mesmo a aquisição de informações e conhecimento possui custos, os quais podem não ser arcados pelos sujeitos. Trata-se de uma análise de intuição, e não propriamente de conhecimento. Tal ponto, inclusive, é de grande debate dentro da AED. Ainda que Richard Posner entenda pela racionalidade do agente, por outro lado os adeptos ao neoinstitucionalismo adotam a chamada racionalidade limitada, que traz a ideia de

que o agente, realmente, persegue a maximização dos seus próprios interesses, mas o faz de maneira limitada.

Entretanto, há um certo ponto de interseção entre o colocado por Posner e o Neoinstitucionalismo: os agentes são racionais e as informações possuem custo, de forma que há um reconhecimento de limitações de conhecimento. Nesse sentido, Bertran (2008, p. 59) ensina que:

A assunção de agentes racionais de Posner não se conforma como uma necessária afronta à consideração Neo-Institucionalista de que os indivíduos têm, em verdade, racionalidade limitada. O reconhecimento do processamento humano das informações como incompleto é por alguns teóricos visto como sinônimo da ação executada em um ambiente de assimetria informacional. Posner rejeitou a concepção de racionalidade limitada, mas plenamente acata os custos de aquisição e processamento de informações.

Desse modo, pode-se perceber que claramente uma das maiores premissas da AED é a racionalidade do agente, este que sopesará os incentivos recebidos a partir da legislação e, presumidamente, tomará a decisão mais eficiente. Essa ideia concede certa estabilidade das escolhas, de forma a ser possível incentivar um comportamento socialmente mais ou menos desejado.

2.1.2 Eficiência

A interação entre Direito e Economia tem como uma de suas bases o conhecimento de que vivemos em um mundo onde os recursos são finitos. Sendo eles finitos, a AED busca a utilização mais eficiente destes, no sentido de garantia do maior bem-estar social possível em um dado contexto. A isso se alia o fato de que agem racionalmente as pessoas quando escolhem um curso de ação X ou Y para alcançarem um objetivo final.

Nos mesmos moldes, o Direito, como forma de incentivo, busca também a máxima eficiência das leis em si, com o fito de garantir uma maior eficácia de sua aplicabilidade. Cooter y Ullen (1998, p. 14) explicam que:

Además de una teoría científica del comportamiento, la economía ofrece un criterio normativo útil para la evaluación del derecho y de las políticas públicas. Las leyes no son sólo argumentos arcanos técnicos: son instrumentos para lograr importantes metas sociales. A fin de conocer los efectos de las leyes em esas metas, los jueces y los otros

legisladores deben poseer un método para evaluar los efectos de las leyes sobre importantes valores sociales. La economía pronostica los efectos de las políticas sobre la eficiencia, la cual es siempre relevante para la elaboración de las mismas, ya que siempre es mejor el logro de cualquier política a un costo menor. Los funcionarios públicos nunca defienden el dispendio del dinero

A eficiência não necessariamente, por si só, deve ser considerada como um núcleo moral na análise das normas jurídicas. A bem da verdade, se refere a uma reflexão posterior do alcance ou não da concretização de uma norma no meio social. A AED se mostra importante nesse sentido por, justamente, possibilitar a projeção de operação dessas normas na sociedade.

Os estudiosos da Análise Econômica do Direito adotam diversos “conceitos” de eficiência. Há estudiosos que adotam o modelo de Kaldor – Hicks, outros que utilizam o modelo de Pareto e, ainda, os que, como Richard Posner, adotam o modelo de maximização da riqueza.

O modelo de Pareto, que é o modelo mais utilizado por economistas quando se trata de modelo de definição de eficiência na alocação de recursos, aparece quando se atinge uma circunstância em que não há como melhorar a situação de alguém sem piorar a situação de outrem. Esse é o momento de alcance do chamado Ótimo de Pareto, em que há um total equilíbrio dos recursos, por isso, nesse exato momento há configurada a eficiência. Nesse ponto todos os recursos estão alocados, de forma que qualquer alteração causaria prejuízos a alguma das partes (DOMINGUES, 2016).

Como exemplo é possível mencionar uma situação hipotética em que há um determinado recurso a ser dividido entre duas pessoas. Essa divisão será eficiente se ao menos uma das duas, após a alocação do recurso, melhorar de situação e a outra não piorar, isto é, se os recursos de uma das partes aumentarem e a da outra não diminuir. Nesse mesmo sentido, Cooter y Ullen (1998, p. 26) explicam:

Una situación particular es eficiente em el sentido de Pareto se es imposible cambiarla para que por lo menos una persona mejore su situación (según su propia estimación) sin empeorar la situación de otra persona³.

Outro modelo a ser mencionado é o modelo Kaldor – Hicks que, por sua vez, funciona como uma resposta ao modelo de Pareto, pois considera a necessidade de

³ Uma particular situação é eficiente no sentido de Pareto quando é impossível alterá-la para que pelo menos uma pessoa melhore sua situação (em sua própria perspectiva) sem piorar a situação de outra pessoa.

tratar de todos os agentes envolvidos. Ele busca que haja um equilíbrio no sentido de que os mais favorecidos possam beneficiar, de certa forma, os menos favorecidos. Ainda, busca que a mudança seja “eficiente” para os menos favorecidos. Nesse sentido, Leite (2018, p. 36) leciona:

Para Kaldor-Hicks, a eficiência de uma mudança alocativa de recursos se dá quando preenche cumulativamente as seguintes características:

- a) Os mais favorecidos sejam capazes de compensar os menos favorecidos e ainda resguardar para si algum benefício da mudança (critério de Kaldor); e
- b) Os menos favorecidos não possam oferecer aos mais favorecidos oferta que lhes demova o interesse ou lhes torne indiferente à mudança (critério de Hicks).

Conjugando os critérios, tem-se que uma alteração na alocação de recursos será eficiente, segundo o modelo de Kaldor-Hicks, se o aumento no valor decorrente das transações for suficiente para compensar plenamente os menos favorecidos.

Já para Posner (2007), o comportamento humano é baseado no sistema de racionalidade prática, sendo assim, cada indivíduo buscará maximizar a sua própria utilidade em suas escolhas diárias.

Esse modelo de racionalidade prática se conecta com o modelo de racionalidade proposto pelos ideais econômicos já explicados no presente estudo, na medida em que se considera eficiente uma melhor alocação dos recursos, objetivando o melhor uso dos bens na medida em que, conforme já mencionado, estes saem das mãos de quem lhes dá menos valor para as mãos de quem lhes dá mais valor. Geraldo Leite (2018, p. 39) explica:

Este é o padrão normativo da Análise Econômica do Direito. Neste contexto, a maximização da riqueza tem um viés não apenas econômico, mas também ético e jurídico, a partir das seguintes premissas: a) os indivíduos são maximizadores racionais de suas satisfações em comportamentos dentro e fora do mercado; b) os indivíduos respondem a incentivos; c) as regras e decisões judiciais podem ser avaliadas com base na eficiência, ao ponto de que as decisões judiciais devem promovê-la.

Os indivíduos, assim, dotados de tal racionalidade, se tornam aptos para a maximização da riqueza na medida em que fazem com que os bens circulem de acordo com a vontade das partes. Luciano Timm (2015, p. 200) afirma que:

Dessa forma, ao se seguir o paradigma do Direito e Economia, os bens e serviços deverão circular de acordo com a vontade das partes,

expressa nos contratos, sendo direcionados à parte que mais os valorize. Uma vez que os indivíduos possuem interesses distintos e sejam suficientemente racionais (no âmbito dos contratos empresariais, pelo menos) para estabelecer uma escala de preferências, estarão, assim, aptos a maximizar a sua utilidade no processo de transação.

Maximizar a riqueza significa, nesse sentido, gerar um excedente econômico (que será melhor estudado posteriormente), pois ambas as partes, após a celebração da troca, restarão com maior poder aquisitivo do que se encontravam antes.

Por assim ser, contratos eficientes, na visão de Richard Posner, são aqueles nos quais há uma maximização da riqueza na medida em que as partes buscam aumentar sua utilidade, barganhando a partir de sua racionalidade até atingir um ponto de equilíbrio liberal de eficiência total.

2.1.3 Valor

O conceito de valor tem como base a ideia de que os bens e serviços possuem um determinado valor subjetivo a ser aplicado a eles nos momentos em que as trocas forem realizadas. São valores subjetivos, pois, partindo da premissa de que os bens saem da propriedade de pessoas que lhes dão menor valor para a propriedade de pessoas que lhes dão maior valor, por óbvio, os valores que cada um desses sujeitos confere ao mesmo bem são diferentes.

Nesse sentido, utilizando-se também do conceito da racionalidade, cada pessoa possui bens que dá maior ou menor valor, e as trocas que se realizarão na sociedade possibilitarão que os bens troquem de propriedade. Posner (2011, p. 15) explica sobre isto que “o valor econômico de um bem ou serviço é quanto a pessoa está disposta a pagar por ele ou, se já o possuir, quanto dinheiro ele demanda para se desfazer dele” (tradução livre)⁴.

Ainda, a teoria explicada utiliza o valor econômico dos bens como a própria medida de riqueza. É pelo valor que se calcula a riqueza do agente. Salienta-se, inclusive, que neste ponto se difere da teoria do utilitarismo, esta que considera como medida da riqueza a felicidade e não o valor econômico.

Sobre o valor econômico, Geraldo Leite (2018, p. 41) explica:

⁴ The economic value of a good or service is how much someone is willing to pay for it, if he has already, how much money he demands for parting with it.

Trata-se de quanto um indivíduo racional está disposto a pagar por algo; ou se o indivíduo já é dono desse “algo”, quanto precisaria receber para dele, voluntariamente, desfazer-se (SALAMA, 2012, p. 11). O valor econômico seria, então, a soma de todos os bens e serviços, tangíveis e intangíveis, ponderados por dois tipos de preços: os preços de procura (quanto o indivíduo estaria disposto a pagar por bens que ainda não possui) e os preços de oferta (quanto o indivíduo precisaria receber para vender bens que já possui). Como se observa, o valor não necessariamente se trata de um valor de mercado dos bens produzidos ou detidos pelas pessoas.

Resta claro, então, que o valor econômico considerado como medida de riqueza é um valor subjetivo que cada indivíduo atribui para cada bem e serviço disponível no mercado.

Todavia, o conceito de valor aqui mencionado é diferente do preço de mercado de um determinado bem. Um exemplo que torna essa diferenciação evidente é o do meio ambiente, vez que de forma clara pode-se afirmar que o preço de uma árvore, por exemplo, é diferente do valor que a mesma possui.

O meio ambiente, de forma geral, possui seu valor e possui ativos ambientais. Sobre o tema, explica Squeff (2016, p. 120) que:

Proteger o meio ambiente de forma efetiva requer mais da própria economia em considerar o meio ambiente não só como insumo, mas como ativos (ambientais) essenciais para a maximização da riqueza e para a sociedade.

Embora esses ativos ambientais sejam valoráveis, é importante salientar que os mesmos não são mercadorias, de forma que, mais uma vez, resta clara a diferenciação no presente exemplo entre valor e preço.

No Brasil, inclusive, é possível observar que ainda há legislação que consagre a valoração do meio ambiente, encontrada no anexo à Política Nacional da Biodiversidade (Decreto nº 4.339, de 22 de agosto de 2002).

Fato é que o meio ambiente possui valor econômico, o que inclusive é previsto na legislação pátria, e é informação de grande valia para a presente análise. Todavia, não é este o objetivo do presente estudo, a não ser tratar da existência inequívoca de um valor a ser atribuído ao meio ambiente, como a qualquer outro objeto de análise.

2.2 CONCEPÇÕES POSITIVA E NORMATIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Nesse contexto, a Análise Econômica mostra duas diferentes concepções de investigação acerca do Direito: uma concepção positiva e uma normativa. A análise positiva faz um estudo do panorama geral, observando como as normas jurídicas influenciaram o comportamento humano. Já a normativa, além de fazer essa análise, emite opiniões sobre a efetividade da norma jurídica diante da sociedade. Ivo Gico Jr (2016, p. 20) afirma:

De forma geral os juristas estão preocupados em tentar responder duas perguntas básicas: (i) quais as consequências de um dado arcabouço jurídico, isto é, de uma dada regra, e (ii) que regra jurídica deveria ser adotada. A maioria de nós concordaria que a resposta à primeira indagação independe da resposta à segunda, mas que o inverso não é verdadeiro, isto é, para sabermos como seria a regra ideal, precisamos saber quais as consequências dela decorrentes. A primeira parte da investigação refere-se a AED positiva (o que é) enquanto a segunda à AED normativa (o que deve ser).

Nesse sentido, Leonardo Fadul Pereira (2015, p. 280) explica:

Essa análise ou relação entre economia e Direito pode ser compreendida sob duas óticas: positivo (ou descritivo) e normativo. Na primeira, há uma tendência em estudar esse relacionamento, preocupando-se com as repercussões do Direito em face do quadro real fático, isto é, trata-se de investigação científica que procura um critério de verdade; já na segunda, o enfoque se liga as considerações sobre o conceito de justiça e como se comunicam com a ideia de eficiência, maximização da possibilidade de ganhos ou “riqueza” que deve ser entendida não estritamente como uma função do Direito, mas sim como a soma de todos os objetos aos quais uma sociedade atribui valor, tanto os tangíveis quanto os intangíveis.

Essas concepções se tornam importantes à medida que auxiliam a lidar com diversas questões jurídicas, bem como a cumprir com o que propõe a própria AED. Richard Posner (2011, p. 8) assim define tais concepções:

A análise econômica do Direito possui tanto aspectos positivos (isto é, descritivos) quanto aspectos normativos. Seu objetivo é tentar explicar e prever o comportamento dos grupos que participam do sistema jurídico, além de explicar a estrutura doutrinal, procedimental e institucional do sistema. Mas também busca aperfeiçoar o Direito, ao assinalar as consequências involuntárias ou indesejáveis das leis vigentes ou dos projetos de lei e propor reformas práticas.

Nota-se que estas concepções são a distinção entre analisar o que o Direito é (positiva) e o que ele deveria ser (normativa). Na primeira se faz apenas uma análise

e na segunda, além de analisar, emite-se opinião, emite-se valor. Ou seja, pode o jurista fazer uma análise econômica do Direito positiva (por exemplo, avaliar se lei X ou Y é eficiente ou eficaz), ou pode fazer uma análise normativa (por exemplo, afirmar que política X deve ser utilizada em detrimento da política Y).

Assim, Ivo Gico Jr (2012, p. 17) explica que quando um praticante da AED realiza uma análise positiva, pode-se afirmar que ele está praticando a ciência econômica ao Direito. Nesse contexto ele não oferece sugestões sobre decisão X ou Y, ele apenas pode identificar possíveis alternativas e investigar prováveis consequências, aplicando a própria AED, bem como comparar a eficiência de decisão X ou Y, ou ainda fazer toda e qualquer análise econômica do contexto estudado.

Ademais, explica o autor que quando o praticante da AED realiza, por sua vez, uma análise normativa, ele se torna apto a fazer, enquanto jurista, sugestões. Fará isso se, e somente se, o critério normativo que embasa as referidas alternativas que devem ser ponderadas for estabelecido previamente.

Essas concepções da AED se tornam úteis na medida em que, de forma geral, ela busca a maior eficiência das relações e, propriamente, uma maior eficiência para o Direito. Tais concepções são a forma de busca por um maior encaixe da ciência jurídica à ciência econômica.

Salienta-se, enfim, que neste estudo será realizada uma análise positiva, de forma que se realiza um estudo acerca do Direito contratual, em específico de seus princípios, para concluir pela sua eficiência econômica ou não.

2.3 ELEMENTOS TEÓRICOS PARA A AED CONTRATUAL

No presente capítulo buscou-se estabelecer as bases iniciais do estudo da AED, bem como demonstrar seus conceitos fundamentais e de que forma eles se relacionam com o Direito e com o estudo jurídico.

Tendo por base o objetivo do presente trabalho, qual seja fazer uma análise do Direito Contratual Brasileiro através das lentes da AED, é de salutar importância o estabelecimento de bases iniciais para a contextualização do estudo.

Assim, se iniciou a investigação com os conceitos fundamentais da AED segundo Richard Posner, quais sejam: racionalidade, eficiência e valor. Segundo tais conceitos, as pessoas possuem objetivos pessoais e buscam de forma racional o

alcance dos mesmos, trilhando seus caminhos como julgam mais eficiente para esse fim, e valorando suas escolhas de acordo com as opções que possuem.

O mesmo ocorre com os agentes do Direito: o legislador possui um objetivo socialmente desejado para regulação da sociedade e busca legislar de forma mais eficiente para atingir este fim em si. A racionalidade não deve ser analisada apenas sob a ótica do cidadão da sociedade, mas o próprio legislador tem um objetivo em mente quando legisla. Objetiva que as pessoas se comportem de uma tal forma, como por exemplo, que as pessoas cumpram com seus contratos. Estabelece, assim, o comportamento socialmente desejado.

Por fim, buscou-se explicar acerca das concepções positiva e normativa. Tendo em mente que a AED é um instrumento de avaliação e que seu objeto de estudo é a norma jurídica, concebem-se duas vertentes: a positiva e a normativa. A primeira faz uma análise do objeto em questão, definindo se o mesmo é eficiente, se alcança sua finalidade ou não. A segunda vai além, não se limitando a análise, mas também emite opiniões com a conclusão dos estudos.

Uma vez alcançada tal meta inicial, parte-se para uma análise da AED Contratual e de seus objetivos frente às falhas de mercado. Oportunamente se explicará que a AED Contratual visa tornar mais eficiente o mercado de trocas, diminuindo as falhas do mesmo, as quais também serão explicadas.

Posteriormente será feita uma análise dos princípios do Direito Contratual Brasileiro, tendo em vista sua irradiação por todo o ramo do Direito em comento para, assim, mais uma vez tendo por base os conceitos aqui mencionados, determinar se o mesmo é eficiente ou não.

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO CONTRATUAL

Partindo dos conceitos fundamentais estabelecidos nos subtópicos do tópico 2.1, observou-se que a racionalidade do agente, a eficiência e o valor caminham lado a lado na análise econômica de um objeto.

Assim, também tendo como premissa o fato de que as pessoas não são autossuficientes, pode-se presumir que elas realizarão trocas entre si, da forma que melhor lhes aprouver. Essas trocas são fruto, justamente, dos conceitos fundamentais já apresentados.

Desse modo, as pessoas celebrarão seus contratos, e ante isto se faz imprescindível uma Análise Econômica do Contrato e do Direito Contratual, o que é o objeto do presente estudo. Partir-se-á, então, do ponto inicial das trocas realizadas pelas pessoas que, além de demonstrarem racionalidade e maximização da riqueza social, são fatos independentes da regulação estatal e ocorrem livremente, antes mesmo da existência do Direito como hoje é conhecido.

Mostrar-se-á como, em um plano teórico, as trocas atingirão o chamado Ótimo de Pareto, e os motivos de não o atingirem no plano fático. Ao final do capítulo enfrentar-se-á como o Direito contratual pode agir em defesa dos interesses sociais e trazer maior segurança e previsibilidade para os contratos.

Já foi demonstrado que a AED em Posner parte de certos pontos basilares da Ciência Econômica, tais como: racionalidade do agente, eficiência e valor, e que, com base nos ditames da economia, busca resolver problemas jurídicos.

Esses conceitos basilares são vistos no cotidiano das mais diversas formas. Por exemplo, a racionalidade é vista quando um agente tem um objetivo final em mente, ele traça suas ações de forma a maximizar a possibilidade de alcance desse objetivo final. Tendo um objetivo, o agente racional visa alcançá-lo da forma mais rápida e eficiente que conhecer.

Nesse contexto, as trocas que as pessoas realizam são, também, puras demonstrações de sua racionalidade. As pessoas trocam por necessidade, por vontade, pelos mais diversos motivos pessoais de cada agente, este que pondera e, racionalmente, efetua uma troca.

Fato é que as pessoas não são autossuficientes e, portanto, se utilizam das mais diversas formas de negociação para alcançarem bens que querem ou precisam.

Isso ocorre desde as economias de subsistência, até os mais refinados sistemas de transação monetária. Qualquer troca é demonstração de racionalidade.

Ocorre que a mesma racionalidade que ocasiona as trocas, revela também o auto interesse. As pessoas são auto interessadas, são “egocêntricas” a ponto de, por vezes, optarem por deixar de cumprir com um pacto ou contrato por entenderem que, no caso concreto, o descumprimento lhes será mais vantajoso.

Dessa forma, as trocas de tradição imediata ocorrem sem problemas, pois a contraprestação é imediata, não há tempo para um comportamento oportunista de alguma das partes. Por outro lado, trocas que demandem o transcorrer de certo período estão mais sujeitas às falhas de mercado, como, por exemplo, um comportamento oportunista de uma das partes que, com isso, busca obter maior vantagem para si.

Assim, faz-se necessária a atuação do Estado, por meio do Direito contratual como sistema de regulação jurídico-estatal, sobre os contratos firmados na sociedade, de forma que ele possa garantir maior segurança, previsibilidade e eficiência para as trocas realizadas.

Por assim ser, o Direito contratual é essa regulação jurídica-estatal das trocas realizadas entre as pessoas, e a sua análise econômica é o objeto de estudo do presente capítulo.

3.1 AS TROCAS COMO DEMONSTRAÇÃO DE RACIONALIDADE E DE CRIAÇÃO DE RIQUEZA – O VALOR SUBJETIVO DOS CONTRATOS

Conforme já analisado, as pessoas enquanto sujeitos racionais determinam seus objetivos finais e tomam atitudes que lhe aproximem deles. Essa racionalidade se mostra nos mais diversos contextos, sendo as trocas um excelente exemplo.

Ainda, viu-se que vivemos em um mundo de recursos e bens escassos. Em razão disso, as pessoas buscam a sua maior satisfação com os bens e recursos disponíveis, o que instrumentaliza as trocas.

O que ocorre é que as pessoas dão um determinado valor para os bens que possuem e para os bens que desejam. O que vale X para uma pessoa A, pode valer muito mais ou muito menos para a pessoa B. Nesse cenário de disparidade de valores as trocas ocorrem. As pessoas trocam os bens que possuem pelos bens que desejam.

As trocas ocorrem desde o início do sistema capitalista. São inerentes às pessoas e, portanto, são anteriores ao próprio Direito. Os seres humanos sempre realizaram as trocas que lhes eram vantajosas, seja por subsistência ou por puro desejo, e isso nunca dependeu de regulação jurídica.

Porém, ainda que naturais na sociedade, essas trocas necessitam de uma regulação. O Direito contratual, então, nada mais é do que a regulamentação jurídico-estatal das trocas. É o que traz, por exemplo, a força executiva do contrato.

Evidentemente isso não quer dizer que apenas sejam contratos os que o Direito reconhece. Existem diversos contratos que o Direito não reconhece, mas que não deixam de ser instrumentos de troca na sociedade, apenas não possuem os “benefícios” de serem juridicamente regulados, como se verá ao longo do trabalho.

Fato é que as trocas ocorrem independentemente da vontade estatal. São fenômenos que o Estado não consegue controlar, apenas busca regular da melhor forma para a própria sociedade. Por exemplo, a venda de drogas ilícitas é um contrato de compra e venda puro e simples, onde há um produto que sai da propriedade do vendedor para a do comprador em troca de uma contraprestação em dinheiro, via de regra. Não é possível, entretanto, a execução judicial pautada no *pacta sunt servanda* por, justamente, não ser este contrato recepcionado pelo Direito, já que se trata de negociação de um objeto ilícito⁵.

Desse modo, pode-se afirmar que os contratos nada mais são do que formalidades que o Direito previu para determinadas trocas que ocorrem no seio da sociedade. Por serem anteriores ao Direito, são o ponto inicial do presente estudo.

As pessoas avaliam os bens de forma diferente e, por isso, eles saem da propriedade de quem lhes dá menor valor para quem lhes dá maior valor. Por exemplo, se A possui um bem X que valora em 100 unidades monetárias, mas B avalia esse mesmo bem como tendo o valor de 200 unidades, muito provavelmente as partes realizarão uma negociação e ocorrerá a troca do bem por um valor entre o intervalo de 100 a 200 unidades monetárias. O ponto exato dentro desse intervalo dependerá do poder de barganha de cada parte e das condições factuais de cada negociação.

⁵ Código Civil: Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Uma vez alcançado o valor dessa troca, e se as partes concordarem a realizá-la, ela se concretiza e, conseqüentemente, gera a maximização da riqueza entre o sujeitos – o que, de certa forma, aumenta a riqueza na sociedade, pois gera, assim, um excedente econômico, na medida em que as partes terminam com um acréscimo de valor em sua propriedade.

Entende-se como excedente econômico o valor que é aumentado na propriedade das pessoas quando realizam a troca. Este valor será dividido entre as partes (o quanto será direcionado para cada uma depende da negociação, conforme já mencionado). Utilizando o exemplo acima no qual as partes trocarão o bem pelas unidades monetárias dentro de um intervalo entre 100 e 200. Digamos que após as negociações, concordam com o valor de 150. Antes da troca, o vendedor (até então proprietário do bem) possuía 100 unidades, que correspondem ao valor que o bem tem para ele. Após a troca, ele passa a possuir 150, que é o valor acordado para a concretização da troca. Já o comprador, por sua vez, antes da troca possuía 150 unidades (valor acordado como pagamento) e, após, possui 200 unidades, que é o valor que o bem tinha para ele desde o início.

É justamente em virtude dessa diferença de valor que as trocas ocorrem. Pode-se, assim, afirmar com clareza que os valores são subjetivos. Quanto vale cada bem para cada pessoa é decisão sua. Existem pessoas dispostas a pagar um elevado valor por um determinado bem, e pessoas que não se dispõem a pagar aquele valor pelo mesmo bem, mas pagariam mais por outro que para elas seja mais valioso.

3.2 A REGULAÇÃO ESTATAL SOBRE AS TROCAS – O DIREITO CONTRATUAL

Uma vez que as trocas gerem esse excedente econômico, ele será dividido entre as partes. Quanto mais trocas eficientes ocorrerem, maior será o excedente econômico gerado na sociedade e, assim, a tendência é que elas ocorram até o alcance de um ponto Ótimo, no qual todas as trocas eficientes ocorrem.

Esse ponto Ótimo se dá quando todas as trocas gerem excedente econômico e todas que o gerem já ocorreram, de forma que uma troca a mais já não resultaria em excedente e, portanto, não seria mais eficiente.

O ponto Ótimo se caracteriza pela máxima eficiência. É ocasionado pelas Melhoras de Pareto, que se demonstram quando a alocação de recursos ou bens se dá de forma que, ao menos, a situação de uma das partes melhore e a da outra não

piores. Por ser nesse plano ideal, as trocas ocorreriam até que o Ótimo de Pareto fosse alcançado. Ocorre que no plano fático, diversos fatores afastam as trocas desse ponto ótimo e de máxima eficiência.

Esses fatores são as chamadas falhas de mercado. São pontos em que o mercado mostra não ser perfeito e precisa de regulação estatal para o seu devido funcionamento.

Na Análise Econômica não se protege o Estado mínimo. Não se busca simplesmente o livre mercado por si só. Busca-se um Estado eficiente, uma regulação jurídica estatal eficiente, com fulcro em uma maior segurança e previsibilidade para o Direito e as decisões judiciais, auxiliando no bem-estar social.

Essa regulação, então, que é o Direito contratual, é uma resposta às falhas de mercado que se apresentam. Sobre elas, podem-se citar: comportamento oportunista, assimetria de informações, custos de transação, racionalidade limitada, entre outras, as quais serão estudadas posteriormente.

Nesse sentido, pode-se concluir que o mercado sozinho não é suficiente para garantir a ocorrência das trocas econômicas, sendo necessárias uma série de providências para que o mercado possa ser maximizado e alcançado o ponto mais próximo possível da máxima eficiência.

Torna-se possível concluir desde logo que a regulação jurídica sobre os contratos exerce importante função econômica. Enquanto o contrato se trata de um meio de viabilização de uma troca, o Direito contratual enquanto resposta às falhas de mercado terá o condão de garantir uma maior eficiência econômica ao mercado, gerando mais riqueza para a sociedade, vez que potencializa a criação dos excedentes econômicos gerados pelas trocas.

Sendo assim, resta mais uma vez claro que não se trata de uma ideia em desfavor de uma regulação, mas sim o oposto: levanta-se a bandeira de uma regulação jurídico-estatal eficiente, que torne as trocas em si mais eficientes.

Luciano Timm (2015, p. 197) ensina o tema com interessante metáfora que pode se aplicar à presente explicação. Leciona que um contrato isolado se trata de uma árvore, enquanto que o mercado (formado pelo conjunto das trocas realizadas) é a floresta em que a hipotética árvore se situa.

Isso se aplica ao caso por se entender que uma maior eficiência de cada vez mais trocas gera, conseqüentemente, uma maior eficiência do mercado em si. Ou seja, enquanto um contrato for ineficiente, o próprio mercado se torna um pouco

ineficiente. Na mesma medida, mas ao contrário, quanto mais eficientes forem os contratos, mais eficiente será o mercado. Assim, se observa que o Direito Contratual possui uma importantíssima função econômica, vez que combaterá as falhas de mercado e gerará maior eficiência aos contratos.

Ou seja, uma visão econômica acerca dos contratos e do próprio Direito contratual implica em grandes vantagens para a sociedade como um todo, principalmente quando se fala em maximização da riqueza gerada pelos contratos legalmente celebrados. As trocas são instrumentalizadas pelos contratos que, por sua vez, possuem sua eficiência econômica garantida pelo Direito contratual.

Para melhor entendimento acerca das falhas de mercado, é interessante recordar que, conforme já mencionado, a racionalidade das pessoas faz com que o Direito seja, por vezes, usado como um incentivo positivo ou negativo a ser considerado quando da tomada de decisões. Esse comportamento auto interessado que advém da racionalidade pode, por vezes, fazer com que o agente não se comporte da maneira socialmente desejada e em razão disso o Direito incentiva determinado comportamento.

Dessa forma, se as pessoas cumprissem regras pelo simples motivo de cumpri-las, uma norma jurídica que determinasse, por exemplo, pura e simplesmente o cumprimento dos contratos seria obedecida, e a tarefa jurídica bem mais simplória do que realmente é.

Ocorre que as pessoas não se comportam dessa forma, mas buscando se aproximarem cada vez mais de seus objetivos pessoais e subjetivos. Afinal, ainda que haja regras jurídicas que determinem o cumprimento dos contratos, por vezes eles não são cumpridos. Para explicar esse fenômeno, podem-se citar, a título exemplificativo, três motivos: o comportamento oportunista das partes, a incompletude dos contratos e o otimismo excessivo das partes.

Sendo assim, o Direito contratual busca normatizar condutas que tragam maior eficiência às trocas e diminuir o risco desses fatores acontecerem para que, assim, mais contratos sejam devidamente cumpridos. Busca afastar o comportamento oportunista das partes, busca “completar” os contratos (que são, naturalmente, incompletos) e diminuir o otimismo excessivo das partes. Irineu Junior (2016, p. 139), sobre o assunto, explica que o Direito deve regular os contratos, porque, o fazendo, vem a normatizar e corrigir o contrato, suprimindo a deficiência natural decorrente das falhas de mercado.

Fato é, existem diversos fatores que afastam as trocas desse ponto ótimo de maximização da riqueza. Esses fatores são as falhas de mercado, e o Direito contratual atuará em resposta a elas, dadas as suas particularidades. Por exemplo, buscará diminuir assimetrias de informações que existam, por ventura, entre as partes, buscará impedir que as partes ajam de forma oportunista, dentre outros.

Contudo não basta simplesmente a presença de uma falha de mercado para a automática intervenção estatal. São necessários dois requisitos: 1) a presença de uma falha de mercado; e 2) que a intervenção estatal seja mais eficiente do que a sua omissão. Ejan Mackaay (2015, p. 408) aduz que:

Convém lembrar a crítica feita ao conceito: a presença de um desses fatores considerados como imperfeição do mercado não justifica por si a intervenção corretiva; é preciso ainda garantir que tal intervenção não gerará custos superiores aos que tenta prevenir.

Portanto, explica-se: as falhas de mercado (ou imperfeições do mercado) ocorrerão e, sobre elas, o Direito contratual precisa agir, mas apenas quando a sua atuação for menos custosa, ou seja, for vantajosa.

3.3 FUNÇÕES ECONÔMICAS DO DIREITO CONTRATUAL – PREVENÇÃO DAS FALHAS DE MERCADO

As trocas podem não alcançar o ponto ótimo de maximização da riqueza por conta de diversos fatores sociais, comportamentos das pessoas, circunstâncias em que os sujeitos se encontram no momento da troca, e que precisam de regulação.

Sendo assim, o Estado atua em face desses fatores que afastam as trocas da sua máxima eficiência, isto é, em face das falhas de mercado, dentre as quais é possível citar o comportamento oportunista de uma das partes, a assimetria de informações, as externalidades, os custos de transação etc.

Portanto, há uma necessidade de iminente regulação, não para garantir cegamente o cumprimento dos contratos celebrados, mas para trazer maior eficiência às relações, de forma a afastar contratos irregulares e ilegais e fazer cumprir os que foram celebrados em consonância com os ditames legais.

Ou seja, o legislador buscará promulgar normas jurídicas para incentivar as partes contratantes a se comportarem de determinada forma em detrimento de outra menos eficiente e menos desejada pelo meio social.

3.3.1 Prevenir comportamentos oportunistas

Um comportamento oportunista se configura quando, em um dito trato entre dois participantes, um deles se veja em determinada posição em que agir oportunamente em detrimento do que fora estabelecido previamente lhe é mais vantajoso, e assim ele o faça. É agir de forma oportunista para garantir para si maior vantagem. Agindo de tal forma, a eficiência da troca é diminuída. Camina e Lima (2014, p. 174) explicam:

Tal comportamento está associado ao ato de agir com malícia, egoísmo, não cooperação e reprovabilidade, a partir do qual o agente econômico ajusta as circunstâncias para atingir o benefício pessoal.

Para uma melhor elucidação do tema, Richard Posner (2011, p. 115) exemplifica:

A contrata B para construir uma casa, pagamento na entrega. Enquanto a casa está sendo construída e antes que qualquer pagamento seja realizado, B está à mercê de A, pois ele teria grande dificuldade (principalmente se A é o proprietário do terreno em que a casa está sendo construída) de vender a casa para qualquer outra pessoa se A decidisse não pagar. Então, na ausência da força executiva dos contratos, A poderia forçar B a diminuir seu preço depois de começar a construção. Depois que a casa for construída e A paga B, os papéis se invertem. A agora está à mercê de B. A entrega da casa não representa o fim do trabalho de B, mas na realidade o começo. A está contando com a possibilidade de uso da casa por muitos anos. Se B construiu a casa sem qualidade, as expectativas de A restam frustradas. (tradução livre)⁶

O exemplo trazido por Posner se encaixa perfeitamente em um comportamento oportunista. As regras contratuais evitam que, após as tratativas de negociação do contrato, durante a prestação de B, A force B a alterar suas disposições e sua vontade para tirar maior proveito da situação. Este é um clássico exemplo de comportamento oportunista que o Direito contratual visa afastar das relações econômicas.

⁶ A hires B to build a house, payment due on completion. While the house is being built and before any payment has been made, B is at A's mercy, for he would find it difficult (especially if A owns the land that the house is being built on!) to sell the house to anyone else if A decided not to pay for it. So, in the absence of a legally enforceable contract, A could force B to reduce his price after the construction was under way. After the house is constructed and A pays B, their roles are reversed. A is now at B's mercy. For the construction of the house is not really the end of B's performance but the beginning. A is counting on receiving a stream of services from the house for many years. If B has built the house shoddily, A's expectation will be disappointed.

Ainda, quando se analisa um comportamento oportunista em um cenário de assimetria de informações, observa-se que o contratante que age de tal forma assim o faz por perceber que possui informação privilegiada a que a outra parte não terá acesso ou, ainda, pela simples impossibilidade de acesso desta à informação que o oportunista possui.

A fim de fazer com que as partes não ajam oportunamente, o Direito contratual visa que elas ajam de forma cooperativa. Isto é, de forma pautada na boa fé objetiva, de modo que o cumprimento do contrato se dê da melhor forma para a sociedade. Um comportamento cooperativo é economicamente mais eficiente do que um comportamento oportunista.

Luciano Timm (2015, p. 193) ensina que, na linguagem da teoria dos jogos, uma relação comercial pode ser enquadrada como um dilema do prisioneiro, onde cada jogador só possui duas estratégias: cooperar ou agir de forma oportunista. Tal ideal pode ser melhor observado com a análise da tabela abaixo:

		Contratante B	
		Cooperação	Oportunismo
Contratante A	Cooperação	A – 10/ B – 10	A – 0/ B – 15
	Oportunismo	A – 15/ B – 0	A – 5/ B – 5

As partes racionais e auto interessadas tenderão a aumentar o seu próprio ganho, porém, para tal, incorrem em um comportamento oportunista que não é eficiente para a sociedade como um todo. Ambos os contratantes terão resultados mais eficientes se agirem de forma cooperativa, conforme exemplificado acima. Com a tabela buscou-se elucidar que quando uma das partes (ou ambas) agem de forma oportunista, o valor da troca de forma geral é diminuído, o que significa dizer uma diminuição do excedente econômico.

O Direito contratual, age, assim, de forma a alterar o equilíbrio entre as partes, para que ambas cooperem. Luciano Timm (2015, p. 194) ensina:

O Direito contratual pode então interferir na relação das partes, de forma a alterar o equilíbrio para a situação em que ambos cooperem. Isso é realizado, geralmente, através de sanções à parte que não coopera.

Economicamente falando, é mais eficiente que as partes ajam de forma cooperativa, de maneira que ambas terão bons resultados (situações em que as duas ganham), e com isso a sociedade também ganha. Ao passo que se uma das partes age de forma oportunista, ela pode até (sozinha) ter um retorno maior, mas o ótimo de Pareto não é alcançado.

É justamente nesse contexto que nasce o princípio basilar do Direito contratual *pacta sunt servanda*, previsto no Direito brasileiro, que garante o cumprimento dos contratos legitimamente firmados.

3.3.2 Assimetria de informações

Um contrato é celebrado quando duas ou mais partes possuem um desejo comum de realizar uma troca. Seja o mais simplório dos contratos ou a mais refinada transação econômica. O objetivo é a realização da troca e, com base nos ideais da AED, a maximização de seus objetivos racionais.

Sendo assim, em uma sociedade com escassez de recursos monetários, uma melhor utilização dos mesmos é do agrado do agente racional. Essa melhor utilização se mostra, por exemplo, nas negociações realizadas entre as partes quando das tratativas do contrato.

Há um objeto, que é o motor da troca, o que motiva a realização da mesma, e as partes negociam em virtude de suas vontades perante o objeto em si e perante a contraprestação oferecida.

Ocorre que, um dos fatores que influencia a negociação e, por óbvio, a eficiência da mesma é a informação. O conhecimento acerca do objeto e dos fatores que podem influenciar a troca. Um cenário ideal traduz que as partes possuem o mesmo nível de conhecimento e, assim, podem realizar uma troca não somente eficiente, mas também justa.

Ocorre que na sociedade isso não ocorre: há a chamada assimetria de informações, quando uma das partes possui maior conhecimento do que a outra e, em virtude disso, tenta se aproveitar da condição de alguma maneira. Trata-se, claramente, de um exemplo de comportamento oportunista.

Essa assimetria de informações, conforme explica Rebouças (2017, p. 120), é tratada tanto pela ciência jurídica quanto pela econômica. No que se refere à primeira, busca-se alinhar as informações em virtude de princípios como a boa-fé objetiva,

buscando paridade entre as partes. No que se refere à segunda, de forma clara buscase uma maior equiparação entre as partes, com objetivo de uma maior segurança jurídica e, conseqüente, a diminuição dos custos de transação.

Um exemplo clássico de busca pela equiparação no Direito Brasileiro se mostra no Código de Defesa do Consumidor, quando prevê que há uma desigualdade entre fornecedor e consumidor, e garante, como Direito básico do consumidor, por exemplo, a informação devida acerca do produto e a inversão do ônus probante, em seu art. 6º.

De forma clara, quando se busca conceituar a assimetria de informações, se recai na ideia de desigualdade de informações entre as partes, quando um lado possui maior conhecimento que o outro. Sobre o assunto, Luciano Timm (2015, p. 188) explica:

Outro efeito que pode tornar o mercado ineficiente é a assimetria de informações, que ocorre quando uma das partes de uma transação possui mais informações do que a outra. Há dois problemas específicos que podem ser causados pela assimetria de informações: (i) seleção adversa; (ii) risco moral.

Conforme elucidado por Timm, essa assimetria traz dois riscos: seleção adversa e risco moral. A primeira se mostra quando uma das partes não possui informações adequadas sobre o produto específico em negociação, mas detém um conhecimento médio acerca dessa espécie de produtos no mercado. Esse cenário pode afastar bons fornecedores do mercado, por exemplo. Acerca do assunto, Rebouças (2017, p. 123) ensina:

A seleção adversa foi primitivamente identificada por George Akerlof e, como visto acima, é verificada nas situações em que pelo menos uma das partes desconhece a realidade de determinado mercado e/ou do produto ou serviço, especificamente quando à qualidade desejável. Há apenas um conhecimento sofrível (informação) sobre o que seria aceitável no que se refere à média da qualidade e do preço dos serviços ou produtos. Nesta situação, geralmente a parte mal informada tenderá a barganhar pelo menor preço em detrimento da qualidade.

O risco moral, por sua vez, ocorre quando a parte mais informada possui condições de prejudicar a outra parte (alterar seu comportamento, agir de forma oportunista) sem que esta saiba ou possa impedir a alteração comportamental.

Sendo assim, a assimetria de informações se mostra como uma clara falha de mercado, de forma que uma das partes possui mais informações que a outra e pode,

então, agir de forma oportunista, prejudicando o excedente econômico, a parte em desvantagem e, até mesmo, a sociedade em si.

3.3.3 Redução de custos de transação

O ponto inicial acerca dos custos de transação é a sua necessidade. São, a bem da verdade, necessários para a realização das trocas. Luciano Timm (2015, p. 189) explica, inclusive, que são necessários para a efetivação da transação comercial, sendo inicialmente estudados por Ronald Coase em 1960, em um artigo intitulado *The problem of social cost*.

Nesse sentido, os custos de transação são dinheiro que é gasto para a realização, a instrumentalização da troca. De forma que um valor elevado se mostra puramente ineficiente. Sobre o tema, Caminha e Lima (2014, p. 161):

Ainda sobre o tema, deve-se mencionar que os custos de transação não dependem apenas das características do acordo firmado, pois, também são resultantes das condutas das partes, em especial quando se comportam com racionalidade limitada e oportunismo, bem como condições objetivas, como as incertezas das transações decorrentes das mudanças sociais, a duração e os investimentos específicos do contrato, fatores inerentes às relações contratuais de longo prazo. Consoante a teoria econômica do contrato, o conceito de custos de transação está relacionado aos custos de redação do clausulado, aos custos de disciplina contratual e às contingências imprevistas, estando, ainda, condicionado as assimetrias e insuficiências advindas da ignorância racional, as diferenças de poder negocial ou de mercado. Os custos de transação condicionam as escolhas das partes. Por existirem, os contratos que se prolongam no tempo não podem ser completos, pois, além de ser muito oneroso estipular todas as contingências futuras, existem fatores de elevação dos custos de difícil estipulação.

E, ainda, as mesmas (2014, p. 188):

Em verdade, os custos de transação condicionam as escolhas das partes, delimitam as suas alternativas. Dessa forma, os contratantes firmarão determinado acordo, a depender dos recursos necessários para negociá-lo, executá-lo e controlá-lo.

Os custos, assim, são inerentes e não há como evitá-lo, sendo este um ponto relevante no que se trata da celebração de contratos. Nesse íterim, Luciano Timm (2015, p. 189) explica que, na verdade, eles podem ser divididos em três tipos: a)

custos de procura e obtenção de informações; b) custos de negociação; e c) custos para garantir a execução dos contratos.

E, ainda, o mesmo autor (2015, p. 190) explica:

Provavelmente, o maior custo esperado são aqueles necessários para a própria redação das cláusulas. As partes precisam ventilar hipóteses, calcular probabilidades, imaginar possíveis benefícios e custos, negociar alterações, redigir o contrato, submetê-lo ao escrutínio de advogados etc., portanto, o custo de redação de cláusulas sempre será superior a zero, de forma que os contratos *nunca serão completos*. Somente algumas cláusulas serão escritas – justamente aquelas cujo benefício esperado seja superior a seu custo esperado.

Dessa forma, percebe-se que, como já dito, os custos de transação sempre existirão. Porém, uma regulação jurídico-estatal sobre o Direito dos contratos visará diminuí-los, pois estes são (a partir de certo ponto) puras ineficiências.

3.3.4 Busca pela completude dos contratos

Uma das funções inerentes ao Direito contratual é buscar completar contratos que, naturalmente, são incompletos, segundo a teoria da incompletude contratual. Essa incompletude é um dos possíveis fatores que levam ao descumprimento das determinações contratuais.

A teoria da incompletude contratual é uma das maiores contribuições da Análise Econômica para o Direito. Ela atesta que os contratos não são completos e não preveem todos os contextos fáticos possíveis, nem os diversos fatores que levam a esse resultado.

Explica-se: a incompletude dos contratos é um fato inerente a ele. Os contratos são realizados por seres humanos e, assim, não é possível que se preveja toda e qualquer situação que possa afetar o seu devido cumprimento com eficiência. Nesse sentido, já explicaram Caminha e Lima (2014, p. 157): “É que especificar todas as possíveis contingências futuras seria uma atividade custosa e, mesmo assim, sujeita a condições de incerteza”.

O Direito, nesse sentido, busca utilizar de suas fontes para “completar” esse contrato e decidir da melhor forma. Bertran (2008, p. 62) afirma:

O papel do magistrado imbuído das premissas da Escola de Chicago para determinação de suas sentenças deve ser o de suprir lacunas contratuais com um conteúdo que determine a solução mais eficiente ao problema. O exercício do juiz é o de estabelecer a solução que as próprias partes teriam estabelecido, caso tivessem estipulado um tratamento expresso para a contingência não especificada no contrato. Tem-se como pressuposto que a troca econômica feita pelos contratantes traria eficiência a ambos, de modo que o conteúdo da decisão deve colaborar para a manutenção de tal lógica. Imaginando-se o contrato como um sistema de troca eficiente, o juiz deve ser apenas o promotor de uma interpolação que supra uma cláusula faltante do contrato, de resto, mantenedor do equilíbrio que levou as partes a contratarem.

Por óbvio, os contratos buscam prever o máximo de situações possíveis, ainda que haja essa impossibilidade. Quanto mais completo for, mais eficiente será, por consequência. Afinal, por meio dele as partes manifestam livremente sua vontade, de forma racional, e, justamente por conta de a própria racionalidade humana ser limitada, o contrato por consequência também será. Assim, o Judiciário acaba recebendo esta tarefa de completar o contrato quando há um litígio entre as partes. Ainda, Cateb (2010, p. 3) aduz que:

A teoria da incompletude dos contratos enseja, portanto, a aplicação de preceitos da economia ao Direito, sendo mister o estudo dos custos de transação e a análise das características dos diversos tipos de relacionamento entre os agentes econômicos. Quaisquer que sejam as transações, as partes envolvidas não sabem ao certo se os termos acordados serão efetivados. A razão é que os indivíduos possuem racionalidade limitada e comportamento oportunista, acarretando o surgimento de custos de transação, que poderiam ser minimizados pela cooperação entre as partes contratantes no momento da execução do objeto contratual. Também, a assimetria informacional se junta ao oportunismo dos agentes para restringir a elaboração de contratos completos, causando custos de transações. Tais custos associam-se a coletas de informações, à elaboração e negociação dos contratos, além dos custos pós-contratuais, decorrentes da inexecução das obrigações. Pode-se concluir que os contratos definidos entre os agentes econômicos são incompletos, uma vez que não existe a possibilidade de antecipar todas as contingências futuras.

Os contratos servem para formalizar determinada troca realizada e, com isso, diminuir conflitos que podem ocorrer, por isso é correto afirmar que quanto mais completo for, mais eficiente será, entretanto, não de maneira completa, conforme se vem explicando.

Ocorre que no momento das tratativas é gerado um custo, o chamado custo de transação, que é, inclusive, uma falha de mercado, pois que precisa ser sempre

diminuído. Adianta-se: é um dinheiro que sai do bolso de uma das partes e não entra no da outra. É gasto para instrumentalizar a celebração.

Pois bem, para realizar essas tratativas, é gerado um custo. Então, por mais que fazer o contrato mais completo seja mais eficiente em um momento pós-contratual, haja vista que um leque maior de situações restará previsto nas cláusulas contratuais, por outro lado é ineficiente buscar preencher todas as possíveis lacunas existentes, já que a partir disso se gerará um custo de transação maior para a realização da impossível tarefa de prever todas as situações que podem ocorrer durante a execução contratual.

Ou seja, é impossível que um contrato firmado entre duas partes preveja toda e qualquer situação que possa ocorrer durante a troca. O Direito, conforme já dito, buscará preencher essa lacuna no caso de conflito, no caso concreto, de forma a diminuir os custos de transação das tratativas e solucionar eventuais divergências que surjam durante o contrato.

Até o momento foi dito que os contratos serão incompletos pela impossibilidade de previsão de todas as contingências contratuais fáticas que podem ocorrer. Porém existem outros fatores que podem causar a incompletude contratual e geram, inclusive, diferentes espécies de incompletude, segundo a doutrina estrangeira. São elas: as incompletudes súbita e deliberada, as incompletudes inicial e sucessiva e, ainda, incompletude jurídica e incompletude econômica.

As incompletudes súbita e deliberada são incompletudes contratuais que se definem pela vontade das partes. Se as partes, deliberadamente, decidiram deixar tal lacuna em aberto, ou se não o fizeram e, mesmo assim, ela surgiu.

Quando decidem manter uma lacuna por entenderem que o preenchimento dela depende de condições posteriores ao momento das tratativas, trata-se de uma incompletude deliberada. É, assim, uma técnica contratual que visa alcançar uma eficiência maior, na visão das partes contratantes. Camina e Lima (2014, p. 165) explicam:

Nesse sentido, há, portanto, um desejo das partes em deixar em aberto determinadas cláusulas, por entenderem que suposta necessidade de complemento poderá ser suprida por meio de deliberação sucessiva (mediante uma maior cooperação entre as partes, visando a atingir um nível ótimo de completamento), a depender da estratégia contratual oportunamente adotada por elas.

Já, por outro lado, a incompletude súbita ocorre quando esta não foi fruto de um planejamento prévio das partes. Divide-se em duas formas: a aparente e a real. A primeira se diferencia por ser a espécie que o ordenamento jurídico soluciona através de interpretação. A segunda, por sua vez, é solucionada com integração, pois é uma incompletude gerada, em linhas gerais, por ambiguidade ou vagueza da linguagem utilizada no texto contratual.

Ou seja, quando as partes escolhem de forma consciente manter uma lacuna contratual, elas estão deixando uma incompletude deliberada. Quando, por outro lado, não o fazem de maneira consciente, criam uma incompletude súbita, que será solucionada ou pela integração ou pela interpretação, dependendo da espécie.

Sobre as incompletudes inicial e sucessiva, estas são derivadas da incompletude deliberada. Ou seja, são subdivisões de uma incompletude gerada conscientemente pelas partes.

A incompletude inicial, por óbvio, se mostra nos primeiros momentos da execução contratual. É o caso, por exemplo, de quando em um contrato de compra e venda fica estipulado que no momento da entrega o comprador fará a escolha da forma de pagamento que melhor lhe aprouver.

Por sua vez, a incompletude sucessiva é quando as partes, deliberadamente, decidem pela revisão sazonal do contrato. Ditam que ele pode ser revisto após passado determinado lapso temporal, ou atingido certo termo ou condição posterior à celebração do próprio contrato. Camina e Lima (2014, p. 168) explicam:

A incompletude sucessiva, ou também denominada superveniente, é a que mais ocorre concretamente, produzindo uma modificação no conteúdo preexistente do contrato e demonstrando que a determinação do objeto contratual não é uma atividade estática, mas sim dinâmica.

Assim, a presente classificação se dá a depender do momento em que a incompletude deliberada se mostrará: se no início da prestação contratual ou no decorrer da mesma.

Por sua vez, sobre as incompletudes jurídica e econômica, pode-se afirmar que a presente distinção é clara quando se analisa como o Direito e a Economia conceituam uma incompletude contratual. Para o Direito, uma incompletude contratual é uma lacuna existente no texto, que pode gerar um conflito e precisa ser solucionada pelo Judiciário.

A Economia, por sua vez, observa o mesmo que o Direito, mas também a possibilidade de incompletude deliberada pelas próprias partes, de forma que não gerará conflito, mas é mais eficiente na visão das mesmas no momento da celebração. Rebouças (2017, p. 130) ensina:

Os contratos incompletos, sob a ótica da análise econômica do Direito com reflexos sobre a autonomia privada e a força vinculante do contrato, têm basicamente duas razões de ser. A primeira é o próprio custo de transação que poderá tornar o negócio impossível de ser formulado, uma vez que o seu custo de transação (custo de elaboração contratual e/ou os custos decorrentes dos cuidados almejados – Direitos e obrigações previstos contratualmente) podem não compensar os benefícios finais esperados com a contratação e a segunda razão é decorrente dos contratos de longa duração e/ou contratos que envolvam tecnologia, uma vez que, em ambas as situações (longa duração ou novas tecnologias) será oportuno que as partes mantenham aberturas ao sistema contratual para a sua adequação e aos necessários ajustes durante a dinâmica do processo obrigacional, ou seja, a adequação ao longo da execução de um contrato de longa duração ou da adequação às novas tecnologias.

Insta ressaltar que os ditames de Rebouças acima estampados, inclusive, mostram claramente exemplos de incompletudes deliberadas e supervenientes. Camina e Lima (2014, p. 169) explicam também que conhecer a distinção jurídica e econômica da incompletude contratual é importante para uma melhor compreensão da teoria dos contratos incompletos.

Assim mencionam:

Conhecer a distinção jurídica e econômica da incompletude contratual é de suma importância para uma melhor compreensão da teoria dos contratos incompletos, já que possuem conotações distintas, pois, para o Direito, a incompletude é associada à ideia de insuficiência, no sentido de que os integrantes da relação contratual não estipularam adequadamente todas as obrigações dela oriundas, favorecendo o nascimento de litígios. De outro lado, como já analisado, a Economia, apesar de reconhecer esse sentido jurídico, também faz referência à incompletude deliberada, atrelada a vontade das partes, em preservar inacabado o acordo é a incompletude estrutural.

Isto é, pode-se afirmar que as incompletudes contratuais são um fato natural que ocorre quando se celebram contratos. Tais incompletudes podem ser das mais diversas espécies, mas, de forma correta, pode-se afirmar que são, por vezes, motivos que geram o descumprimento contratual.

3.3.5 Externalidades do contrato

O trabalho vem explanando como os contratos geram riqueza, tanto entre as partes, quanto para a sociedade como um todo. As partes atribuem diferentes valores para um mesmo bem, favorecendo uma situação em que eles saiam da propriedade de quem lhes dá menor para quem lhes dá maior valor, gerando, assim, o excedente econômico, que é o valor aumentado na propriedade das partes.

Ocorre que a análise acima realizada se limita ao raciocínio *inter partes*, de forma que não analisa os efeitos gerados perante terceiros, alheios à relação contratual.

Esses efeitos podem tanto beneficiar terceiros como prejudicá-los. Se beneficiar, estar-se-á diante de uma externalidade positiva, porém, por outro lado, se prejudicar terceiros, será uma externalidade negativa.

Ponto é que as externalidades afetarão o excedente econômico gerado pela troca, de forma que podem aumentá-lo ou diminuí-lo, a depender das consequências por elas geradas. Uma externalidade positiva aumenta o excedente econômico, enquanto uma negativa o diminui.

Um clássico exemplo da positiva utilizado pela doutrina (Timm, 2015, p. 187) é a compra de vacinas pelo Ente Público. Quando o Estado compra vacinas de determinado laboratório, ele está realizando um contrato de compra e venda que, em uma análise *inter partes*, gerará um excedente econômico.

Ocorre que quando essas vacinas são disponibilizadas para a população, que faz o seu uso, todas as pessoas que utilizaram do produto são beneficiadas, de forma que há uma externalidade positiva no exemplo. Assim, o excedente econômico gerado pela troca é maximizado, tornando a troca muito mais eficiente.

Se, por outro lado, o contrato gera uma externalidade negativa, esse excedente econômico será minimizado ou, até mesmo, pode tornar a troca ineficiente, a depender da extensão do dano causado.

Um exemplo de externalidade negativa é o dano ambiental. Esse dano pode se dar de forma mínima ou de forma grande, a variar das condições fáticas. Por exemplo: ao comprar um carro, uma pessoa compra gasolina e seu carro, por consequência, causa poluição do ar (Timm, 2015, p. 187).

Outro exemplo possível ocorre em um arrendamento de propriedade rural, em um contrato entre empresas onde a má execução do mesmo ou o produto do mesmo gerem algum tipo de dano ambiental.

De tal modo, quando ocorre algum tipo de dano ambiental, o excedente econômico gerado pela troca é diminuído na medida em que as pessoas e as futuras gerações podem ser prejudicadas pelo dano em questão. Esse excedente econômico, pode, inclusive, se igualar ao excedente ou até mesmo superá-lo, tornando a troca totalmente ineficiente, a depender da extensão do dano causado.

As externalidades, assim, são os efeitos gerados perante terceiros. Sobre elas, Timm (2015, p. 187-188) afirma:

O que ocorre nas externalidades é que o excedente econômico dos contratos precisa, para refletir de forma fiel o bem-estar social causado, incluir também a variação na situação perante terceiros. Assim, o excedente econômico de contratos que geram externalidades positivas é maior do que as partes normalmente levam em conta. (...) Já o contrário ocorre no caso de contratos com externalidades negativas, visto que o mercado livre tende a produzir mais do que a quantidade ótima desses contratos. Ou seja, nem todas as transações efetuadas terão excedente econômico positivo. Nesses casos, o Direito pode exercer um importante papel de internalizar a externalidade, fazendo com que as partes arquem com os custos – no caso das externalidades negativas – ou se beneficiem – nas externalidades positivas – dos efeitos que causam em terceiros.

Ainda, em que pese as impensadas críticas que a AED sofre, em momento nenhum prega-se, por exemplo, pela cega manutenção dos contratos sem análise de certos pressupostos. A análise se alinha, por vezes, de forma profunda com os próprios ideais sociais, objetivando um estudo dos seus efeitos perante a sociedade. Nesse sentido, Rebouças (2017, p.104) esclarece:

Não mais se admite uma análise individualista. Na elaboração de um contrato ou na sua interpretação, devem ser observados não apenas os interesses individuais das partes diretamente relacionadas nos respectivos polos de interesse, mas também os efeitos que serão gerados e produzidos em relação ao todo, em relação a sociedade ou ao círculo de pessoas potencialmente afetadas de forma direta e indireta por um negócio jurídico.

Ao analisar não somente o cenário entre as partes, mas buscar dar maior eficiência ao contexto social, se está, claramente, buscando diminuir externalidades negativas e incentivar as positivas.

3.5 OS FUNDAMENTOS CONTRATUAIS REVISITADOS

Até o presente momento buscou-se esclarecer não somente as bases da AED, como também as bases da AED Contratual, e como as duas se relacionam. Demonstraram-se, para tal, os conceitos de racionalidade, eficiência e valor e aplicaram-se os mesmos em um cenário de trocas entre as pessoas.

Fato inconteste é, nesse sentido, que as trocas ocorrem na sociedade de forma independente do Direito e da atuação estatal. Trata-se de um fenômeno independente e não relacionado.

Explicou-se, ainda, que em um cenário ideal as pessoas maximizariam a riqueza da sociedade ao efetuar as trocas, que geram um excedente econômico e, assim, a riqueza da sociedade como um todo aumentaria.

As trocas ocorreriam até um ponto de máxima eficiência, em que todas as trocas economicamente eficientes já teriam ocorrido.

Ocorre que no plano fático isso não acontece desta forma, devendo haver uma atuação estatal para auxiliar no alcance deste ponto. A bem da verdade, existem falhas de mercado que são circunstâncias em que o mercado mostra não ser perfeito. Essas falhas se apresentam como comportamentos oportunistas de uma das partes contratantes, como uma assimetria de informações, como um custo de transação elevado, como uma externalidade negativa. Diversos são os exemplos.

Ou seja, há a necessidade de uma atuação estatal para diminuir a incidência dessas falhas: diminuir comportamentos oportunistas, diminuir custos de transação, diminuir externalidades negativas.

Explicou-se que as partes geram um excedente econômico quando realizam as suas trocas, porém há de se notar que ele pode ser afetado diretamente por uma externalidade, seja ela positiva (ocasião em que o excedente é maximizado), seja ela negativa (ocasião em que há um prejuízo do excedente econômico).

Em suma, para a AED, o Direito contratual deve agir perante essas falhas de mercado, buscando seu afastamento ou, no mínimo, sua mitigação. Deve preservar ao máximo o excedente econômico gerado pela troca. Devendo, assim, de forma clara, buscar a diminuição das externalidades negativas, o que pode ocorrer com políticas de diminuição de impactos ambientais gerados por contratos.

4 A INSUFICIÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO CONTRATUAL BRASILEIRO

No primeiro capítulo do presente estudo se buscou traçar os pontos e conceitos fundamentais da Análise Econômica do Direito e sua colocação com relação ao raciocínio jurídico contemporâneo.

Estabelecidas tais bases, o objetivo passou a ser, mais profundamente, uma investigação da Análise Econômica do Direito contratual, a qual se mostra de grande valia para a continuidade do estudo.

Uma vez estabelecidas as bases tanto da AED como da AED Contratual, buscar-se-á analisar através de ambas o Direito contratual brasileiro nos seus moldes atuais e avaliar se ele consegue estabelecer bases suficientes que estejam em consonância com os ditames de proteção ambiental e desenvolvimento sustentável.

Fato é que o diálogo entre o Direito e outras ciências nem sempre foi tido como algo simples. Porém, a premissa inicial da AED é a de que a Economia pode ser uma poderosa ferramenta de auxílio ao Direito, conforme já explicado em tópico próprio.

No que se refere mais especificamente ao diálogo entre proteção ambiental e economia, isso é agravado até a criação de um conceito de desenvolvimento sustentável que pregue uma maior harmonia entre o desenvolvimento econômico e a proteção ambiental.

Sendo assim, observa-se que a AED Contratual pode ser de grande valia para o meio ambiente, principalmente quando ela prevê a diminuição de externalidades negativas que podem ser exemplificadas com danos ambientais e, mais ainda, quando trata de contratos, os quais se fazem presentes cada vez mais na sociedade.

Conforme Schreiber (2018, p. 400), pode-se afirmar que os contratos representam uma parcela extremamente intrínseca da vida social. Assim, ao se debruçar sobre o estudo dos contratos em conjunto com a proteção ambiental, a AED acaba se tornando grande aliada na conservação ambiental.

O Direito contratual brasileiro, por sua vez, regula as relações contratuais que se realizam dentro da sociedade brasileira. Traz majoritariamente regras de comportamento entre as partes, estabelecendo normas e princípios que visam otimizar e direcionar as relações contratuais, dentre os quais se podem citar: a liberdade de contratar, a obrigatoriedade do contrato e a relatividade do mesmo. Não

somente, se pode lembrar também dos princípios da boa fé objetiva, da função social dos contratos e do equilíbrio contratual.

Nota-se que o estudo, assim, se torna bastante voltado para a regulação das partes contratantes entre si e pouco se fala em efeitos perante terceiros, por exemplo. Fato é que os mais profundos estudos acerca da matéria não esgotam os possíveis efeitos que esses contratos podem ter perante a sociedade.

Ademais, tem-se notório que a interpretação dos princípios do Direito contratual sofreu suas alterações com o transcorrer do tempo e as transições paradigmáticas das legislações civilistas.

No Código Civil de 1916 era perceptível uma visão mais patrimonialista e individual, pautada em um ideal da época. Essas visões já não são mais consagradas na legislação atual. O CC/02 é notavelmente influenciado pela chamada constitucionalização do Direito civil.

Explica-se: a Constituição Federal de 1988 irradia seus efeitos por todo o ordenamento jurídico brasileiro. Os ramos, as legislações infraconstitucionais devem obediência aos ditames constitucionais, que consagram diversos ideais sociais e morais. Assim, a atual interpretação dos princípios do Direito contratual (de forma correta, adianta-se) leva em consideração os ditames constitucionais e, por consequência, consagra diversos direitos sociais.

Ocorre que, adianta-se, uma visão unicamente moral do direito pode não ser tão eficiente e segura quanto se propõe. Ao se debruçar sobre a matéria é possível observar que a AED pode contribuir para o estudo dos contratos quando prevê justamente o combate às falhas de mercado e, por consequência, a diminuição das externalidades negativas, conforme já mencionado.

Defende-se, assim, a ideia de que o paradigma do Direito positivo não se torna suficiente, pois, por vezes, a simples promulgação de uma lei não é suficiente. E, mais ainda, o Direito Contratual tido atualmente não se mostra suficiente diante da nova realidade social e iminente necessidade de proteção ao meio ambiente.

Não somente, quando se tem como base inicial o fato de que os contratos são meios de viabilização das trocas, se percebe que uma visão econômica se mostra profundamente mais eficiente para a solução de eventuais litígios, vez que conseguirá prover bases mais precisas e práticas do que uma visão mais abstrata baseada na moral, esta que por vezes pode, inclusive, causar certa insegurança jurídica.

Sendo assim, parte-se para uma análise dos princípios doutrinários do Direito contratual brasileiro. Tratam-se dos princípios comuns em todos os entendimentos doutrinários acerca do assunto. Adianta-se que é possível observar que alguns, por vezes, ainda possuem certo viés econômico, porém de forma insuficiente.

A abordagem que os mesmos imprimem, conforme se observará, por vezes é eminentemente moral, o que implica em uma aplicação e interpretação mais abstratas, já que são princípios banhados pela moral, o que por si só se os torna variantes de acordo com o intérprete ou aplicador.

Por sua vez, o que a AED propõe, já que ela se afasta da moral para propor uma visão mais econômica acerca do objeto, é que uma visão econômica pode ser de grande valia para a análise do Direito Contratual, pois a Economia é uma ciência mais aplicada e mais previsível. Esse, precisamente, é o ponto que se advogou no decorrer do estudo: uma visão econômica pode garantir uma maior eficiência ao Direito por, justamente, ser possível projetar os comportamentos que os agentes terão diante dos incentivos que são concedidos.

Uma visão mais econômica, nesse sentido, implica em uma visão mais previsível e, conseqüentemente, um maior alcance da norma jurídica.

4.1 A TEORIA GERAL DOS CONTRATOS NO DIREITO BRASILEIRO – PRINCÍPIOS CONTRATUAIS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Para se alcançar as respostas das perguntas postas no primórdio deste trabalho, inicialmente se faz necessária uma análise dos principais instrumentos do Direito contratual brasileiro, para, assim, poder estabelecer as bases para o alcance de tais respostas.

O Direito contratual brasileiro é regulado pelo Código Civil de 2002 – CC/2002 em conjunto com outras leis esparsas pelo ordenamento jurídico. A lei civilista, em sua toada, deve ser interpretada seguindo os ditames da Constituição Federal de 1988.

Quando promulgado o CC/2002, ele causa grande transição paradigmática quando altera ideais consagrados no *Codex* anterior, de 1916, até mesmo por, conforme já mencionado, precisar se adequar aos ditames constitucionais. Nesse sentido de transformação, Miguel Reale apresenta o CC (2002, *online*):

Quando entrar em vigor o novo Código Civil, [...] perceber-se-á logo a diferença entre o código atual, elaborado para um País predominantemente rural, e o que foi projetado para uma sociedade, na qual prevalece o sentido da vida urbana. Haverá uma passagem do individualismo e do formalismo do primeiro para o sentido socializante do segundo, mais atento às mutações sociais, numa composição equitativa de liberdade e igualdade. Além disso, é superado o apego a soluções estritamente jurídicas, reconhecendo-se o papel que na sociedade contemporânea voltam a desempenhar os valores éticos, a fim de que possa haver real concreção jurídica. Socialidade e eticidade condicionam os preceitos do novo Código Civil, atendendo-se às exigências de boa-fé e probidade em um ordenamento constituído por normas abertas, suscetíveis de permanente atualização.

Em sendo assim, o Direito Civil recebe, conforme ressaltado por Miguel Reale, três princípios de grande importância que acabam tendo seus efeitos irradiados em todos os ramos do Direito civil, quais sejam: eticidade, solidariedade e operabilidade.

Desta feita, o Direito civil se mostra como um Direito que supera o individualismo consagrado na legislação anterior, por força do princípio da solidariedade. Busca a implantação de uma legislação que não foque sua interpretação no indivíduo, mas na sociedade. Inclusive o próprio CC tem em seu art. 2035, parágrafo único, o seguinte texto estampado:

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos

A relação desse princípio da solidariedade com o Direito contratual, então, fica evidenciada quando os preceitos de ordem pública restam resguardados em detrimento de convenção contrária, visando justamente a segurança da função social dos contratos, a qual será estudada posteriormente.

Por sua vez, a eticidade é muito bem elucidada nas palavras de Amaral (2008, p. 68) *apud* Rebouças (2017, p. 54), que ensina que o princípio “privilegia critérios ético-jurídicos em detrimento de critérios lógico-formais no processo de realização do Direito, a chamada concreção jurídica”. Nesse sentido, esse princípio fundamenta a boa-fé objetiva, a qual será posteriormente analisada, prevendo um comportamento mais ético dentro dos contratos.

Por fim, em breve análise do princípio da operabilidade (ou concretude), ele se mostra quando determina a aplicação da norma jurídica, bem como sua adequação, ao caso concreto em análise do Direito.

Esses três princípios, ainda que brevemente explicados, possuem grande representação na transição paradigmática do CC/02 e acabam se irradiando pelo Direito Civil em si, se tornando base na interpretação legal atualmente.

Em suma, o Direito civil, com o advento da legislação atual, não mais se adapta a uma visão individualista, mas sim se pauta em socialidade, tem sua aplicação voltada para o social, porém se adaptando ao caso concreto. Nesse momento já é possível perceber o cunho eminentemente moral que o Direito civil possui, o que, conforme já dito, implica em uma interpretação e aplicação mais abstratas do que se possuísse um cunho mais econômico.

O Direito contratual, portanto, precisa que seus ditames se subordinem e se adequem aos princípios gerais do Direito civil supramencionados, bem como aos constitucionais. Em si, ele tem como função regular os acordos firmados entre as pessoas na sociedade. Formalizando os mesmos, ditando regras e princípios que devem ser observados para que se garanta a sua executoriedade judicial, que é consequência de, justamente, ser regulado pelo Direito.

Estabelece, assim, diversos princípios e regras a serem cumpridos e observados quando da celebração de contratos, tendo efeitos durante as tratativas negociais e, não somente, até na fase pós-contratual, com os cumprimentos das obrigações estabelecidas.

O título V do Código Civil de 2002 traz parte das regras dos contratos que, em conjunto com outras leis extravagantes pelo ordenamento jurídico, regulam certas espécies de contratações.

A grande parte das regras gerais e, mais especificamente, os conceitos e princípios mais relevantes do Direito contratual são previstos pela legislação civil e são inafastáveis das relações contratuais, sendo esse o foco do presente estudo. Uma vez estabelecidas tais premissas, passar-se-á a uma investigação mais profunda do Direito contratual brasileiro em seus moldes atuais.

Assim sendo, a tarefa de conceituação do contrato não é fácil, porém, o que se pode afirmar é que o Direito brasileiro tem o contrato como um acordo de vontades, que tem como objetivo a criação, modificação ou extinção de obrigações, conforme Schreiber (2018, p. 393). Tem, assim, uma profunda ligação com o ramo do Direito das obrigações.

Os contratos criam essas obrigações entre as partes contratantes que, deliberadamente, decidem por essa celebração e, portanto, escolhem obrigar-se

mutuamente. Por isso se trata de um acordo de vontades e, portanto, são atos jurídicos bilaterais. Consagra a liberdade individual, a livre circulação e a geração de riqueza, conforme também já explicado nos capítulos anteriores. Nesse sentido, é válido lembrar os ditames de Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior (2016, p. 34-37):

O contrato é o instituto emblemático de liberdade privada, voltado para a finalidade de fazer circular riquezas. Bem por isso, a Constituição Federal e o Código Civil garantem às partes o Direito de contratar com liberdade, apenas impondo como limites a disposição privada a ordem pública e a função social do contrato. [...] O contrato, bem por isso, é expressão de liberdade operosa e de realização efetiva dessa liberdade, para o bem particular e em respeito ao interesse público, com o qual essa vontade livre sempre deve buscar se harmonizar, sendo essa a sua função social. [...] Assim, circular riquezas, observada a função social desse especial acordo de vontades, com força normativa, com observância da boa-fé objetiva, da função social e ambiental da propriedade [...], desenha a funcionalidade moderna do instituto, que nem por isso deixa de ser expressão extraordinária de autonomia privada, de liberdade individual e de forte presença da sociedade civil no comando da circulação social de riquezas.

Os contratos, portanto, são formas que o Direito coloca nos negócios jurídicos realizados na sociedade e, assim, podem ser classificados de diversas formas, conforme o próprio legislador se vale no texto legal. Podem ser:

- a) Bilaterais ou unilaterais;
- b) Onerosos ou gratuitos;
- c) Cumutativos ou aleatórios;
- d) Formais ou informais;
- e) Consensuais ou reais;
- f) Típicos ou atípicos;
- g) De execução instantânea (ou diferida) ou continuada;
- h) De adesão ou paritários;
- i) Principais ou acessórios.

A doutrina contratual traz diversas classificações para os contratos, buscando aproximar mais o Direito da realidade fática dos mesmos. Salienta-se, todavia, que o desenvolvimento de um estudo classificatório dos contratos não é o objetivo do presente trabalho. Fato é que independentemente da classificação que o contrato

receba, ele precisa se submeter a algumas regras e princípios gerais os quais são inafastáveis.

Também de grande importância é a validade do contrato. Para alcançá-la, o contrato precisa sempre cumprir requisitos subjetivos (ou intrínsecos) e objetivos (extrínsecos). Os primeiros são: a existência de uma pluralidade de pessoas, livre consentimento, capacidade e legitimidade das partes. Por sua vez, os objetivos são: objeto lícito, possível e determinável.⁷

Nesse sentido, válido lembrar que, segundo a legislação civil, o contrato realizado por agente absolutamente incapaz é nulo. Já o agente relativamente capaz necessita, para a validade de seu ato, ser assistido.

Ou seja, um contrato para ser válido precisa ser celebrado entre duas ou mais pessoas capazes e legítimas, que manifestem sua vontade pura e simples (sendo qualquer tipo de vício afastado) de contratar acerca de um objeto lícito, possível e determinável.

Assim sendo, para regular as relações contratuais, são previstos pe doutrina civilista diversos princípios contratuais (ou, por vezes, diversas nomenclaturas para um mesmo princípio). Entretanto, é possível alcançar um denominador comum dos princípios basilares dentro da doutrina.

Tais princípios objetivam melhor regular as relações contratuais que se estabelecem dentro da sociedade, dando diretrizes para a solução de eventuais litígios que possam nascer diante da incompletude dos contratos. São eles: liberdade de contratar, obrigatoriedade dos contratos, relatividade dos contratos, boa-fé objetiva, função social do contrato e equilíbrio contratual.

Outrossim, há de serem observados tais princípios com base na leitura de justiça social trazida pela Constituição Federal de 1988, ou seja, com base na constitucionalização do Direito civil. Os princípios não devem ser observados apenas com os ditames patrimoniais, mas sim levando-se em consideração primados sociais e constitucionais.

⁷ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

A constitucionalização do Direito civil é a necessidade de uma leitura sistemática das normas civilistas, demonstrando consonância com os ditames constitucionais. A norma civil deve seguir os valores, regras e princípios consagrados na Magna Carta. Essa leitura já é aceita pela doutrina e aplicada na jurisprudência, é um fenômeno de “despatrimonialização” do Direito Privado, uma leitura e aplicação de normas constitucionais dentro das relações privadas, objetivando o resguardo de Direitos sociais consagrados.

Necessária uma análise individual de cada um dos princípios acima mencionados para alcançar uma visão do que está sempre presente dentro das especificidades do Direito contratual brasileiro.

a) Autonomia privada – liberdade de contratar – consensualismo

O primeiro ponto a ser ilustrado é a necessária diferenciação entre a autonomia privada e a autonomia da vontade. Esta, quando em voga, demonstra a clara importância da vontade das partes, tendo o contrato como livre manifestação de tal. É a demonstração de que a vontade de contratar foi livre e consciente. Ela teve seu auge com base no Código Civil de 1916, em um contexto individualista que consagrava a manifestação da vontade das partes na dita contratação.

Por outro lado, a autonomia privada, que é derivada da autonomia da vontade, tem suas peculiaridades. Por sua vez, ela é investigada com base nos ditames da Constituição Federal. A sua função precípua será o incentivo da atividade econômica, de forma que conviva harmonicamente com outras normas do ordenamento que venham a limitá-la, como faz o próprio Código de Defesa do Consumidor, por exemplo.

Em suma, uma visão puramente individualista da autonomia resta superada, devendo esta agora ser interpretada com base nos ditames constitucionais.

Sendo assim, é possível observar que a liberdade de contratar tem diversos vieses, por ser o princípio que consagra a autonomia privada. Isso implica dizer que tal liberdade precisa ser observada quando se fala na tomada de decisão sobre contratar ou não, sobre a escolha de com quem contratar e sobre o conteúdo do contrato a ser celebrado.

O princípio da legalidade, consagrado como direito fundamental na Constituição Federal, define que ninguém será obrigado a nada senão em virtude de

lei⁸. Não somente, a liberdade também se consagra como direito fundamental na CF/1988, a qual se desenrola na própria liberdade contratual e no princípio da autonomia da vontade, aqui mencionados.

Ou seja, as pessoas são livres. Essa liberdade deve ser mantida e somente é mitigada quando por força do princípio da obrigatoriedade dos contratos, que será estudado *a posteriori*. Outrossim, somente é mitigada nesse momento por haver a necessidade de que as partes queiram contratar e, portanto, queiram estabelecer as obrigações avençadas no dito acordo, conforme ensina Flávio Tartuce (2018, p. 55):

O contrato, como é cediço, está situado no âmbito dos Direitos pessoais, sendo inafastável a grande importância da vontade sobre eles. [...] Percebe-se que o negócio jurídico constitui verdadeiro instrumento da liberdade humana, tendo sua raiz na vontade.

Um contrato, como já afirmado, nada mais é do que a formalização de um negócio jurídico, que somente é válido e juridicamente vinculante se for uma expressão perfeita da vontade dos contratantes, portanto, livre de quaisquer vícios. O que pauta a liberdade contratual no Direito brasileiro é a ideia do consentimento, da união de vontades contratuais.

Por óbvio, a legislação prevê certas limitações para essa liberdade, como é o caso, por exemplo, do previsto no art. 497 do CC/02, que determina a proibição da compra e venda de bens confiados à Administração Pública em algumas situações. Ainda que tenha como seu pressuposto principal a liberdade das partes, não haverá de atuar de forma absoluta, devendo existir de forma harmônica e sistemática com outros princípios e regramentos jurídicos.

Porém, fato é: a autonomia privada é garantida às pessoas na medida em que as mesmas possuem liberdade de regular seus próprios interesses, seu próprio patrimônio, por exemplo. Como já dito, sem a vontade das partes não há contrato. Resguardando sempre os comandos constitucionais quando invocada na análise.

Decerto os contratos devem cumprir com a sua função social, sendo ela um denominador comum na análise dos contratos, e sendo mandatório sempre ser mantida em voga. Porém, mesmo que seja a máxima contratual, ela não se desvincula

⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do Direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

do fato de que os contratos são demonstrações de vontade. Ainda, adianta-se que a função social do contrato (prevista na legislação civil em seu art. 421⁹) é uma demonstração do profundo uso da moral no Direito contratual, uma vez que, conforme se observará oportunamente, a doutrina civilista demonstra um caráter puramente moral para a função social do contrato. É uma demonstração pura da constitucionalização do Direito civil.

Essa constitucionalização do Direito civil é o que demanda o desenrolar de uma necessidade de uniformização da leitura do Direito brasileiro, tendo em voga a Constituição Federal, ou seja, os ramos do Direito devem seguir os ditames constitucionais, estes se inserindo na leitura e aplicação do que fizer parte do Direito contratual. Portanto, o Direito civil como um todo não caminha sozinho, mas sim em conjunto com os ditames constitucionais. É por isso que ocorre a relativização de certos princípios em prol da coletividade.

Ainda assim, é cediço que os contratos devem seguir sua função social, mas, mais importante ainda, deve-se ressaltar que sem a vontade das partes não há contrato para seguir a função social.

Ponto é: as pessoas são livres para decidir se contratarão ou não, sobre o que contratarão, bem como com quem contratarão. A vontade é elemento *sine qua non* quando se trata de contratos. Conforme, mais uma vez, Stolze (2018, p. 422): “Contrato sem vontade não é contrato. Pode ser tudo. Até tirania. Menos contrato”.

Desta feita, a fonte de compromisso que o contrato consagra é a vontade expressa em contratar, consagrando a liberdade contratual e, por consequência, o *pacta sunt servanda*, que será estudado a seguir.

O vício de consentimento, ou seja, a falha em algum momento de expressão da vontade das partes é motivo suficiente para a anulabilidade do negócio jurídico, tamanha a força e necessidade do princípio do consensualismo.

Esse princípio possui grande valor para a AED Contratual, pois se parte da premissa de que as pessoas são racionais e buscam maximizar seus objetivos e, como também já dito, a troca é uma grande exemplificação de racionalidade. Sem expressão de vontade não há que se falar em troca eficiente e, portanto, não se fala em geração de riqueza. Ou seja, a vontade em contratar é uma grande demonstração

⁹ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

de racionalidade. Salienta-se que uma leitura econômica do princípio será feita oportunamente.

b) Obrigatoriedade dos contratos – *Pacta sunt servanda*

As pessoas são livres para contratar, com a exceção de algumas limitações impostas por lei. Uma vez contratando, conforme já explicado em capítulos anteriores, é necessário evitar um comportamento oportunista, não somente por ser economicamente mais eficiente, mas também por uma própria questão de segurança jurídica e social. É para o afastamento dos comportamentos oportunistas que o *pacta sunt servanda* se consolida como um dos princípios, economicamente falando, mais importantes para os contratos.

Como decorrência da autonomia privada, nasce a força obrigatória dos contratos, que determina a máxima “o contrato faz lei entre as partes”. As partes, uma vez voluntariamente contratando, se obrigam de forma recíproca. Quando respeitados os requisitos legais de validação dos contratos, determina-se que o que foi acordado não só pode, como deve ser cumprido.

Além disso, em que pese não haver a codificação expressa do princípio do Código Civil, a doutrina civilista é uníssona quanto a sua existência, validade e necessidade. Há, contudo, em virtude da necessária leitura do Direito civil com base nos ditames constitucionais, uma mitigação desse princípio quando ele afronta ideais sociais, e uma releitura do mesmo quando se fala, por exemplo, das relações consumeristas. Porém, sobre o assunto, Paulo Nalin (2014, p. 116) afirma:

Similar metodologia foi empregada pelo CC/02. Com efeito, atual Código civil brasileiro não versa sobre a força obrigatória dos contratos de modo expresso, porque se espera que o contrato cumpra o seu papel sócio-econômico de circulação atributiva de riquezas em exercício de liberdade contratual. Portanto, o contrato (*rectius*, seu efeito) continua sendo obrigatório no Brasil, a despeito dos novos valores e princípios sociais que o submetem, com os quais se estabelece o diálogo entre o velho e o novo Direito contratual.

Ou seja, o contrato possui força obrigatória, a qual já é garantia desde as legislações mais antigas, tais como o CC/1916. Ocorre que o CC/02 é marcado pela constitucionalização do Direito civil, vez que sua interpretação é subordinada aos ditames constitucionais estampados na CF/88.

Inclusive, quando se utiliza da AED na investigação, percebe-se que na realidade o cumprimento das obrigações conforme pactuado gera a maximização da riqueza na sociedade e, portanto, é socialmente mais desejado.

Por óbvio, não deve ser a obrigatoriedade do contrato uma motivação para causar um desequilíbrio contratual, forçando um cumprimento oneroso demais para uma das partes, por exemplo. A obrigatoriedade dos contratos, de forma evidente, não busca se opor às partes contratantes ou até mesmo desequilibrar a relação, mas sim atuar como um aporte de segurança para a relação, por isso a dita releitura com base na CF. Utilizando-se, portanto, da máxima da AED, ela busca diminuir comportamentos oportunistas.

Por isso este princípio, assim como a autonomia privada, também sofre limitações frente a outros princípios e regras do ordenamento., o que, inclusive, já é praticado nos Tribunais pátrios.

Ainda, sobre essa mesma convivência harmônica entre os princípios e consequente limitação da força obrigatória do contrato, Daniel Sica (2006, p. 244), explica que:

O contrato possui, ainda, força obrigatória! O contrato vincula porque se insere na concreção da ordem pública econômica e permite a circulação de bens. É útil, pois. Mas, funcionalizado aos objetivos da República, vincula na medida em que é justo. Jacques Ghestin afirmou que “o contrato é obrigatório somente porque é útil e na condição de ser justo, ou seja, conforme a justiça contratual. (“tradução livre de “lê contrat n’est obligatoire que parce qu’il est utile et à la condition d’êtere juste, c’est-à-dire conforme à la justice contractuelle” (Jacques Chestin, L’utile...ct., 1981, p. 50) E o justo e útil é definido ora pela lei ora pelo juiz, ora pelas partes, ao contrário do que se pensava quanto ao contrato clássico.(...) A força obrigatória do contrato significa, como dito, vinculação para o cumprimento de seu conteúdo. As partes estão vinculadas pelo conteúdo contratual, e este é definido pela vontade das mesmas, pela lei e pelo juiz. Se o conteúdo do contrato contemporâneo é definido por fontes plúrimas, se é o conteúdo justo e útil que vincula e reveste-se da força obrigatória, também esta é definida, em última análise, pelas mesmas fontes.

Fato é, ante isto, que uma vez firmado e, portanto, vinculado à vontade das partes, o contrato passa a ter força obrigatória. Conforme já afirmado, essa é a grande consequência de celebração de um contrato válido juridicamente: a sua executoriedade por força judicial, que é justamente o que garante segurança às partes.

Isso se mostra como um contrapeso à liberdade contratual: a parte é livre para contratar, mas ela será obrigada a cumprir com o pactuado, garantindo, assim, um mínimo de segurança jurídica para os negócios realizados, afastando o chamado comportamento oportunista.

Também, esse princípio se garante de grande importância vez que traz essa mencionada segurança legítima para os contratos, potencializando o comércio. Tem, portanto, profunda importância econômica. Observa-se que ele se torna um dos princípios mais importantes do Direito contratual, economicamente falando. Garante um afastamento real dos comportamentos oportunistas e, assim, uma gama de trocas legitimamente acordadas se mantém.

O Direito Contratual, assim, visa dar maior eficiência e previsibilidade ao mercado, sendo o *pacta sunt servanda* de suma importância para o ambiente de mercado econômico. Porém, a função econômica do princípio será estudada mais a fundo posteriormente.

c) Princípio da relatividade dos contratos

Uma vez que o contrato é uma manifestação da vontade das partes, inclusive garantindo o uso da força executiva do Estado para o cumprimento do que foi pactuado, é imperioso que apenas estejam vinculados ao disposto no pacto as partes contratantes. O princípio da relatividade contratual garante, assim, que o disposto no contrato cause efeito apenas em relação às partes.

Sendo a manifestação de vontade condição *sine qua non* do contrato, é importante impedir que quem não demonstre claro consentimento não arque com os ônus da relação contratual.

Assim, o princípio garante algo importantíssimo para a AED, pois, como regra geral, os contratos apenas devem gerar efeitos entre as partes contratantes, possuindo o chamado efeito *inter partes* e não *erga omnes*.

Como demonstração racional da vontade somente das partes, não deve projetar seus efeitos obrigacionais perante terceiros, não vincular terceiros. Não podem os contratantes exprimir vontades que não sejam as suas. Ou seja, ele gera efeitos vinculantes somente entre as partes.

O direito de contratar é um direito pessoal e não um direito real e, assim, é uma demonstração da vontade pessoal das partes, não sendo oponível a todos.

Por força deste princípio, o contrato vinculará somente às partes contratantes. Aqui, ainda, é possível recordar-se do brocardo “o contrato faz lei entre as partes”, ele somente será relativo a estas. Neste sentido, Luciano Timm (2015, p. 194) oportunamente ensina que:

Em seguida, também decorrente do princípio da liberdade de contratar, temos o subprincípio do efeito relativo dos contratos, que determina que o contrato cria obrigações apenas para aqueles que com ele concordarem. A lógica por trás desse princípio é impedir que as partes estabeleçam externalidades, prejudicando terceiros.

Ademais, o princípio, da mesma forma que vincula somente as partes, também limita a ação de terceiros sobre o pacto, de forma que a própria revisão contratual não se dará de qualquer forma, devendo obedecer ao ordenamento jurídico.

Em suma, trata-se de um princípio que determina apenas a vinculação das partes que estão manifestando livremente a sua vontade. Não há, aqui, que se falar em vinculação contratual de quem não manifestou de forma inequívoca a vontade de contratar.

d) Princípio da boa-fé objetiva

Uma das grandes inovações do CC/02 foi a expressa menção a boa-fé objetiva, o que foi muito bem recebido pela doutrina. Esse princípio tem sua origem no Direito Romano, mas recebeu sua grande conotação a partir do Direito Alemão.

Quando se fala no Direito brasileiro, entretanto, é importante lembrar a base de eticidade e solidariedade que fundam os ideais do Código Civil. Assim, de forma compacta, é possível conceituar a boa-fé objetiva como o dever de comportamento ético imposto a todos, de forma puramente objetiva.

O Código Civil de 2002 apenas faz menção ao dever de boa-fé em seu art. 422¹⁰, em que pese o CDC, em 1990 já ter dado os primeiros passos na consagração do princípio. Percebe-se a presença de duas concepções, assim, e também se faz importante distinguir neste momento a boa-fé subjetiva da boa-fé objetiva.

A primeira é um estado pessoal de um determinado agente, que age em desconhecimento de algum vício ou circunstância específica sobre determinada

¹⁰ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

situação. É o caso, por exemplo, do possuidor de boa-fé, que detém a posse de um bem com desconhecimento de vício que macule sua posse. Também se faz presente no caso de casamentos putativos, em que os nubentes casaram sem o conhecimento prévio de causa impeditiva do matrimônio.

Por sua vez, a boa-fé objetiva consiste em uma regra, uma determinação de comportamento imposto ao agente. Ensina Stolze (2018, p. 437) que “(...) da boa-fé objetiva, a qual, tendo natureza de princípio jurídico – delineado em um conceito jurídico indeterminado -, consiste em uma verdadeira regra de comportamento, de fundo ético e exigibilidade jurídica”.

O termo “boa-fé objetiva” surge, inclusive, com o advento do Código de Defesa do Consumidor – CDC. Até então era utilizada a acepção subjetiva do princípio. Assim, a concepção objetiva encontra sua guarida na legislação consumerista¹¹. Inclusive, quando se analisa o texto estampado no CDC é possível perceber a imposição de condutas de caráter objetivo ao fornecedor, não condutas específicas ao sujeito contratante dado um caso. Nesse sentido, Tepedino (2005, p. 32) ensina:

Como se pode depreender, a referência dessas normas não é a boa-fé subjetiva, como estado de consciência do fornecedor ou do consumidor, mas uma nova concepção de boa-fé, que, desvinculada das intenções íntimas do sujeito, vem exigir comportamentos objetivamente adequados aos parâmetros de lealdade, honestidade e colaboração no alcance dos fins perseguidos em cada relação obrigacional.

Essa boa-fé se apresenta de forma muito evidente nas fases pré e pós contratuais, de forma que dita os deveres das partes, tais como informar, sigilo, dentre outros.

Uma vez, então, diferenciados os dois conceitos, pode-se partir para a análise própria das funções da boa-fé objetiva, consagradas pela doutrina jurídica.

¹¹ Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995). (...) III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; (...) Art. 51. São nulas de pleno Direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

Decerto que as relações jurídicas se mostram cada vez mais complexas e são demonstradas por uma profunda riqueza de deveres e condicionantes acessórias, bem como deveres acessórios, que seguem os deveres principais estabelecidos pela realização de um pacto.

Em uma relação contratual, assim, é possível definir que não há apenas uma prestação principal que deve ser cumprida, mas, pela consagração do princípio doutrinário da boa-fé, há a necessidade do cumprimento de diversos deveres acessórios.

São exemplos destes deveres secundários a informação, proteção e cuidado, lealdade e, em certos casos, até mesmo o sigilo profissional. A obediência a estes deveres se dá em virtude da consagração dos deveres de boa-fé, que são estritamente conectados com os outros princípios civis contratuais.

Nalin (2014) ensina, inclusive, que este se trata de um princípio de cunho eminentemente social que visa a igualdade na fase pré-contratual, no fechamento do contrato e no seu cumprimento. Essa seria a grande diretiva do princípio em questão. A boa-fé atua de forma harmônica e conjunta com o cumprimento contratual, não há antagonismo.

Em que pese haver uma necessidade, em especial na seara civil, de uma melhor delimitação do alcance do princípio, quando se fala na concepção trazida pelo CDC é notável que o pano de fundo que norteia a interpretação é a equiparação de duas partes desiguais, vez que a caracterização dessa relação é a hipossuficiência do consumidor.

Ocorre que quando este mesmo pensamento de equiparação na interpretação do princípio é invocado quando se está em uma análise de uma relação civil (não consumerista), não há a presunção de desigualdade entre as partes, o que significa deixar a cargo do operador do Direito a incumbência de preenchimento desta interpretação e, conseqüentemente, há um risco da efetividade do princípio. Nesse sentido, Tepedino (2005, p. 34):

Não há dúvida de que a noção de boa-fé objetiva, prevista pelo novo Código Civil, é a mesma que, em 1990, se pretendeu incorporar ao Código de Defesa do Consumidor – qual seja, a de uma cláusula geral de lealdade e colaboração para o alcance dos fins contratuais -, mas difere profundamente daquela versão protetiva da boa-fé que os tribunais brasileiros as aplicaram e continuam aplicando às relações de consumo. De fato, a noção de boa-fé não tem ontologicamente este

caráter protetivo. E em relações paritárias, como as que são tuteladas pelo Código Civil, não faz sentido atribuir uma função reequilibradora à boa-fé, pela simples razão de que, a princípio, não há, nestas relações, desequilíbrio a corrigir.

De toda feita, este princípio impõe um modelo de conduta a ser tomado pelas partes contratantes. Um comportamento que leve em conta uma cooperação mútua e o interesse do outro, estabelecendo deveres secundários que preservem a saúde da relação contratual.

e) Princípio da função social do contrato

Quando tratávamos da autonomia privada, pôde-se perceber uma transição paradigmática no sentido de que uma interpretação mais individual e voltada precipuamente para a expressão da vontade resta superada, dando lugar para uma interpretação mais sistemática, em consonância com os ditames constitucionais. É a chamada constitucionalização do Direito civil.

Nessa mesma toada de superação de uma visão eminentemente individual e passagem para uma visão mais social, se observa o crescimento da importância do princípio da função social e a sua necessária observância.

De posse de tais considerações, acerca propriamente do princípio em questão, é necessário salientar o texto legal que o consagra. O CC de 2002, em seu art. 421, assim ensina: “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Importante ressaltar que esse dispositivo legal é o que inaugura o dito princípio na atual codificação. Nas palavras de Antônio Junqueira de Azevedo (1998, p.116), quem já tratava do assunto durante a vigência do CC/16, assim ensinou:

Numa ordem social harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas. A ideia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa. Impõe ao jurista, a proibição de ver o contrato um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade.

A função social do contrato, assim, possui um viés voltado para a dignidade da pessoa humana, para a manutenção de um bem-estar e não, conforme já afirmado,

um viés individualista. Mais uma vez, Tartuce (2018, p. 61), elucida: “Na realidade, à luz da personalização e constitucionalização do Direito Civil, pode-se afirmar que a real função social do contrato não é a segurança jurídica, mas sim atender aos interesses da pessoa humana”.

A própria leitura do texto legal demonstra certa abertura do ideal da função social. Deixando a cargo do aplicador o seu entendimento, permite uma atuação construtiva do operador do Direito. Essa atuação será pautada na constitucionalização do Direito Civil.

A leitura dos princípios civis com base nos primados constitucionais torna a constitucionalização do Direito civil visível e soberana quando comparada com ideais passados. Nesse sentido, entende-se que não cumprirá com sua função social o contrato que atentar contra a dignidade do contratante (NALIN, 2006, p. 226).

A função social do contrato não mais se pauta em uma visão patrimonial e individualista da coisa, mas sim em uma visão mais social e coletiva, como reflexo dos ideais constitucionais. O Código Civil, conforme já mencionado, é lido em consonância com os ditames constitucionais e sociais.

Sob a égide do CC de 1916 era visível um ideal eminentemente patrimonial e não social, individual e não coletivo. Esse ideal se transforma e há uma “repersonalização” do Direito civil. Tal se dá pela recolocação do indivíduo como eixo central, consequência da supremacia dos ditames constitucionais na leitura das normas civis e contratuais.

Ocorre que através desta leitura e, justamente em virtude do teor aberto do texto legal (art. 421, CC), a interpretação resta aberta para o operador. Deixando um livre espaço para a resolução de uma demanda contratual.

De toda feita, é possível concluir que a função social do contrato é um princípio de proteção coletiva e, até mesmo, individual, por impedir a desigualdade contratual e permitir uma equiparação entre as partes contratantes. É um princípio social e reflexo de uma leitura constitucional.

4.2 REDESENHANDO A ESTRUTURA PRINCIPIOLÓGICA DOS CONTRATOS À LUZ DA AED

Até o presente momento se fez uma explanação acerca dos princípios doutrinários do Direito civil contratual brasileiro. A partir disso é possível perceber que

a leitura dos mesmos é marcada pela influência da moral, e pouco se observa acerca da função econômica.

Salienta-se que eles possuem, sim, função econômica, a qual, por vezes, ainda surge de maneira secundária, e de forma rasa e superficial. Ao debruçar-se sobre os ditos princípios, e colocando os mesmos na análise de um caso concreto, é possível observar essa função econômica.

Todavia, a AED se propõe a realizar uma releitura desses mesmos princípios, de forma que o eixo de análise seja a Economia, e não propriamente a moral.

Inclusive, tal análise se torna extremamente válida, principalmente, quando se tem em mente que os contratos são instrumentos puramente econômicos, são meios de instrumentalização de trocas de bens e serviços, de valores.

Assim, eles possuem valor econômico de grande importância para a sociedade, de forma que uma leitura econômica se torna vantajosa.

Entende-se que o contrato é a instrumentalização de uma troca, a qual é a manifestação livre e inequívoca de uma pessoa em realizar o negócio por entender que o mesmo lhe é vantajoso. É uma transação econômica e não uma transação moral.

Sendo assim, quando o Direito contratual, que é a regulação jurídico-estatal atuante sobre os contratos, se pauta em moral, ele acaba se aproximando de uma interpretação mais abstrata e, conseqüentemente, sua aplicabilidade até certo ponto resulta ineficiente.

É importante salientar que se busca um viés econômico destes princípios, de modo que, em que pese eles por vezes alcançarem finalidades parecidas com as finalidades morais, acabem por se afastarem destas concepções.

Busca-se demonstrar que uma visão social e econômica dos princípios é possível para, ao final, concluir pela sua eficiência ou não.

Desta feita, uma releitura dos princípios tendo por base as suas funções econômicas se torna imperiosa, sendo este o objetivo atual. Quando se fala dos princípios doutrinários do Direito contratual, lembra-se imediatamente dos já mencionados acima, os quais podem ser objeto desta releitura.

4.2.1 Autonomia privada – Liberdade Contratual

Em se tratando de princípios contratuais a partir de uma visão econômica, a base inicial é a liberdade contratual. O contrato precisa necessariamente ser a manifestação inequívoca das partes que, utilizando de sua capacidade e racionalidade, avaliam as condições do negócio e decidem pela sua celebração ou não.

Uma vez que a liberdade seja cerceada, seja pela ausência da vontade, seja por algum eventual vício de consentimento, o negócio como um todo resta prejudicado. Recordar-se: as partes fazem uma análise do objeto e o valoram de forma diferente, o que gera a possibilidade de negociação e troca.

Se as partes não estiverem livremente decidindo desta forma, uma troca poderia facilmente ser economicamente ineficiente, pois o valor que a pessoa daria ao objeto não necessariamente faria da troca eficiente.

Assim, caso a parte não opte pela realização da troca, o faz por entender racionalmente que a troca lhe é ineficiente, não lhe é vantajosa. Se ainda assim essa troca for realizada, de forma inequívoca ela não será eficiente.

Ou seja, a função econômica do princípio em comento é a necessidade de expressar a vontade de contratar. Sem a vontade inequívoca, a troca (se é que poderá ainda ser considerada troca) será economicamente ineficiente, ela não gerará riqueza e, portanto, será afastada.

A ideia por trás deste raciocínio se dá pela preservação de trocas eficientes no sentido de que a intervenção estatal, por meio do direito contratual, se dê em ocasiões em que a troca perderá níveis de eficiência quando as partes agirem de forma autônoma. A liberdade contratual, partindo-se da premissa de um contrato feito sob a égide das normas jurídicas, sem nenhum tipo de vício de consentimento, deve ser preservada. A ideia é somente ocorrer uma intervenção para melhorar a situação do contrato.

Segundo Wittman (2006, p. 194 *apud* TIMM, 2018, p. 175), a tarefa do direito contratual seria a de minimizar os chamados custos de transação, que se mostram como: a) custo de redação dos contratos pelas partes; b) o custo de redação dos contratos pelos tribunais (interpretação); e c) o custo de condutas ineficientes decorrentes de contratos mal redigidos ou incompletos.

A ideia econômica, conforme já explicado, é a de que as pessoas racionalmente realizarão suas trocas de forma que melhor lhes aprouver. Agindo de forma racional, mas, principalmente, de forma livre, alcançariam um ponto de máxima eficiência

econômica. O Estado, desta feita, age quando ocorrem as falhas de mercado e, conseqüentemente, a sua atuação é mais eficiente que a sua inércia. Timm (2018, p. 171) explica este raciocínio da seguinte forma:

A liberdade de contratar igualmente implica autonomia da vontade, segundo o qual cada pessoa escolhe como e quando irá se obrigar. A ideia subjacente é a de que já que os contratos criarão riqueza, atingindo situações de ótimo de Pareto, o direito contratual deve deixar as partes livres para buscarem o que é melhor para si. O ganho social defluirá por decorrência. Como todo valor é subjetivo, somente as partes sabem quando uma transação irá melhorar sua situação. Os próprios atores estão normalmente em melhor posição do que qualquer outra pessoa para decidir o que lhes gerará satisfação ou inconveniências.

Ou seja, a liberdade contratual perceptivelmente é um dos princípios de maior importância econômica. A liberdade é o ponto inicial de qualquer troca. Então, presume-se que um contrato somente deve ser influenciado pela atuação externa do Estado quando ele for marcado por ineficiência, de forma que a regulação estatal o torne economicamente eficiente.

Não somente, quando se fala no viés econômico da liberdade contratual, é possível perceber diversos desdobramentos que seguem o raciocínio. Quando, por exemplo, o Código Civil prevê a liberdade de forma para certos contratos¹², isto é, quando lhes dá a característica de não-solenes, ela também age de forma econômica.

Explica-se: quando se analisa o contexto de mercado capitalista, de altas quantidades de troca a todo momento, com elevada intensidade, um formalismo exacerbado causaria um *déficit* por dificultar as trocas. De forma que uma livre formalidade facilita e, conseqüentemente, auxilia na realização das trocas.

O viés econômico que este princípio guarda consigo é perceptível nos mais diversos desdobramentos que o mesmo desencadeia. As partes de um contrato devem, deliberadamente, escolher pactuar entre si. A escolha, que é consequência da liberdade, é condição *sine qua non* para o regular andamento da troca e, principalmente, pela eficiência econômica da mesma.

As partes escolhendo pactuar, haverá um consensualismo, o qual se faz necessário, haja vista que é de onde se iniciará a criação do excedente econômico, que aumentará a riqueza da sociedade. Assim, uma vez que haja a consensualidade,

¹² Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.

a troca gerará excedente econômico e, assim, se tornará economicamente eficiente. Haverá um desenrolar econômico derivado da vontade de pactuar.

Assim, percebe-se que o viés do atual paradigma que consagra a liberdade contratual chega em um denominador harmônico com o paradigma estabelecido pela análise econômica do princípio, que é a necessidade de consentimento das partes para a concretização da troca, bem como o seu desenrolar dentro da seara contratual, como é o caso da liberdade de formas, explicada acima.

4.2.2 *Pacta Sunt Servanda*

Outro princípio que decorre desta liberdade contratual é a força obrigatória dos contratos. O chamado *pacta sunt servanda*, que advém do brocardo “o contrato faz lei entre as partes”.

Ora, quando se tratou das falhas de mercado, explicou-se que um dos fatores que ocorre e que prejudica o cumprimento dos contratos é o comportamento oportunista de uma das partes. Tanto é que, na ausência dessa força obrigatória dos contratos, muitos deles deixariam de ser celebrados, pois o fato que traz segurança na negociação é, justamente, a certeza de uma contraprestação que seja considerada mais vantajosa.

Um contrato de compra e venda só é celebrado por ter o vendedor a certeza de que o comprador irá realizar o pagamento que for acordado. Essa certeza de cumprimento é fruto, justamente, do princípio da força obrigatória dos contratos. Inclusive, nesse sentido, é de grande valia a própria regulação jurídica, haja vista que é o Direito quem dá essa força executória aos contratos.

Um contrato que não seja regulado, por qualquer motivo – por exemplo, por tratar de objeto ilícito – não recebe a guarida do Direito e, portanto, não tem o condão de implicar em cumprimento obrigatório, forçado pelo Estado.

Fato é: sem essa certeza de cumprimento, diversos contratos deixariam de ser celebrados, pois as partes não teriam muitas vezes a confiança no cumprimento das obrigações ali avençadas. Eis, então, um primeiro ponto economicamente importante do *pacta sunt servanda*: uma vez que as trocas geram riqueza e que ele garante a celebração de mais trocas, ele garante a geração de mais riqueza para a sociedade. Este é um primeiro ponto empírico e doutrinário salientado.

Na ausência de uma certeza de cumprimento das obrigações avançadas, os contratos cujo objeto versem sobre obrigações mais complexas não seriam celebrados. Por exemplo, um contrato de qualquer obrigação que se protraia no tempo tenderia a ser menos celebrado, haja vista que não haveria garantia nenhuma de que a parte cumpriria com o avançado após o transcorrer de um período de tempo. Haveria, assim, a celebração majoritária de contratos de tradição imediata, que não são de tamanha complexidade, em que pese também terem importância econômica, por óbvio. Timm (2018, p. 170) exemplifica tal raciocínio da seguinte forma:

Surge, assim, a figura jurídica do contrato, como acordo reconhecido pelo Estado que pode ser executado judicialmente. É fácil compreender por que esse é o princípio mais importante do direito contratual. Se um agente econômico não tiver garantias de que a outra parte cumprirá com suas obrigações, o contrato terá pouca valia para ele. Por exemplo, um supermercado precisa ter certeza de que os fornecedores entregarão, no dia e local especificado, as mercadorias na quantidade e qualidade certa ou perderá controle sobre seu estoque. Se não fosse este princípio da força coativa do contrato, provavelmente apenas subsistiriam transações pouco sofisticadas no mercado, isto é, aquelas com execução imediata (*spot Market transactions*)

Outrossim, este princípio também afasta os comportamentos oportunistas mencionados ao norte, os quais ocorrem, em sua maioria, durante a prestação do contrato. Ocorrem quando uma das partes percebe que lhe será mais vantajoso não cumprir com a sua parte do acordo, agindo em desfavor da parte contrária e, com oportunismo, prejudicando-a.

Ou seja, quando afasta esse comportamento, este princípio combate uma grande falha do mercado e, conseqüentemente, recebe grande importância econômica. Garante a geração de excedente econômico e, assim, de mais riqueza para a sociedade, sendo esse o motivo de sua tamanha importância econômica. Luciano Timm (2015, p. 194) explica:

Na ausência de um contrato judicialmente executável, as partes podem permanecer relutantes em confiar umas nas outras, de forma que transações valiosas nunca saiam do papel. Nesse caso, é preciso de uma estrutura jurídica para, no mínimo, garantir que as partes cumprirão suas promessas. Nasce assim o Direito contratual e seu principal pilar, o brocardo *pacta sunt servanda*.

A visão do atual paradigma do Direito contratual e a visão proposta por meio da AED podem ser levadas em análise de forma conjunta, desta feita. Ambas são diferentes, mas garantem e buscam a força executiva do contrato de forma harmônica.

4.2.3 Relatividade dos contratos

Outro princípio aqui debatido que demonstra importância econômica é o da relatividade dos contratos. Explicou-se que tal princípio é o que determina que somente as partes contratantes estão vinculadas ao acordado no contrato. Não é possível a vinculação de terceiro não participante do trato.

O contrato, sendo uma manifestação inequívoca de vontade, se torna economicamente eficiente. As partes trocarão os bens que possuem pelos que desejam e, assim, há uma geração de riqueza na sociedade. Essa riqueza é gerada em virtude da vontade das partes de transacionarem, uma vez que valoram o bem a ser negociado de forma diferente, o que as leva a realizar o pacto.

Assim, a função econômica do dito princípio encontra-se na impossibilidade de que as partes estabeleçam efeitos perante terceiros, as chamadas externalidades. Evita desta forma, também, que haja alguma imputação de obrigação advinda do contrato para um terceiro, inclusive em respeito à própria liberdade de contratar, a qual tem íntima relação com o princípio em comento.

A relatividade contratual é um desdobramento da liberdade de contratar. Timm (2018, p. 172) elucida:

Em seguida, também como decorrência do princípio da liberdade de contratar, temos o subprincípio do efeito relativo dos contratos, que determina que o contrato cria obrigações apenas para aqueles que com ele concordarem. A lógica por trás desse princípio é impedir que as partes estabeleçam externalidades, prejudicando terceiros.

Uma imputação de dever a terceiro seria economicamente ineficiente, haja vista não existir a manifestação de vontade de contratar e transacionar. A imputação de prestação de qualquer gênero a outrem que não consentiu não é contratação, mas sim imposição, o que não é economicamente eficiente.

A sua função econômica também gira em torno do fato de que se fosse possível a vinculação de um terceiro, haveria um verdadeiro incentivo de imputação de ônus

às custas de outrem, de forma que a própria eficiência econômica do contrato restaria comprometida.

Portanto, quando o direito exige que haja o consentimento de todas as partes envolvidas, ele garante que a transação servirá para a sociedade como um todo, gerando riqueza, e não somente para o benefício de uma pessoa.

Ou seja, é possível observar que a função econômica do princípio em comento é harmônica com a visão social. Elas não são conflitantes, não são díspares e, portanto, podem ser levadas em análise de forma conjunta.

4.2.4 Boa-fé objetiva

Outro princípio, nesse mesmo sentido, que possui função econômica a ser levada em consideração é o da boa-fé objetiva. Ela possui, em sua toada, uma vinculação com o combate à incompletude dos contratos.

Foi explicado que a boa-fé objetiva se demonstra como o princípio que determina o cumprimento de diversos deveres secundários, como o caso da informação e da fidelidade. Esses deveres vão ser de suma importância na esfera econômica.

Explicou-se também que uma das principais funções do Direito contratual é o afastamento de comportamentos oportunistas, os quais diminuem a eficiência econômica do contrato. Um comportamento oportunista pode ser configurado quando se esconde uma informação importante para a troca ou quando se age de forma contraditória, que tire proveito às custas da outra parte contratante.

O cumprimento do dever de informação e de lealdade afastariam estas duas situações, ou seja, é possível fazer uma análise e redesenhar este princípio pelo viés econômico sem se afastar dos atuais ditames.

Na atual conjuntura interpretativa, conforme demonstrado, o princípio em questão é caracterizado pela sua ligação com a moral. Remete à necessidade de um comportamento fiel, justo, leal entre as partes contratantes. Esse fato demonstra, mais uma vez, que a vinculação unicamente à moral implica dizer que as normas contratuais passam a ter uma aplicabilidade e interpretação mais abstrata ou, no mínimo, pouco eficiente. Desse modo, quando se fala em função econômica do princípio da boa-fé objetiva, não se desvincula totalmente da ideia de um comportamento leal.

Ao se interpretar o princípio tendo como pano de fundo a incompletude dos contratos, é possível observar que o uso de tal princípio pode auxiliar na completude de uma lacuna eventualmente deixada pelo contrato. Não somente, pode-se dizer que se trata de uma premissa da relação contratual. Posner (2011, p. 171) assim explica:

Good faith performance – which means in this context refraining from taking advantage of the vulnerabilities created by the sequential character of contractual performance – is an implied term of every contract. No one would voluntarily place himself at the mercy of the other party, so it is reasonable to assume that had the parties thought about the possibility of bad faith they would have forbidden it expressly.¹³

A boa fé, assim, de forma econômica, é uma presunção da relação contratual, de sorte que a sua ausência causa a perda de valores e consequente ineficiência econômica.

Desta feita, uma demanda judicial acerca de um litígio contratual, por exemplo, pode vir a ser economicamente prejudicial às partes, contudo se estas observarem seus deveres secundários consagrados pelo princípio da boa-fé objetiva, agirão em conjunto e evitarão o gasto ineficiente de recursos.

Isso ocorre por se entender que as partes podem poupar recursos que seriam gastos litigando ao se valerem de um comportamento leal e preencherem a lacuna contratual de forma conjunta, mais uma vez, transacionando.

Ou seja, pode-se concluir que a boa-fé objetiva possui um viés econômico que pode ser levado em consideração em concomitância com os atuais ideais da análise contratual.

4.2.5 Função Social-Econômica do Contrato

Por fim, um princípio que merece especial atenção e possui função econômica é a função social do contrato. Aqui, inclusive, há de se fazer uma crítica a à ideia solidarista da função social do contrato tida por parte da doutrina civilista.

Tal crítica se faz necessária pois, por vezes, sob o argumento de manutenção e preservação da função social do contrato em um eventual litígio, a parte mais fraca

¹³ A performance de boa-fé – que significa, nesse contexto, se abster de tomar vantagem das vulnerabilidades criadas pelo sequencialismo da atuação contratual – é implícita em qualquer contrato. Ninguém se colocaria à mercê da outra parte, então é razoável presumir que se as partes tivessem pensado sobre a possibilidade de má fé, a teriam proibido de forma expressa (tradução livre).

da relação é beneficiada. Há nisto uma leitura economicamente ineficiente, que coloca em desfavor a parte mais forte quando se entende como proteção da coletividade a proteção do mais fraco.

Faz-se necessário, então, entender que os contratos são instrumentos de troca, os quais são utilizados pelas partes para que se possa ter uma maior segurança pelo resguardo das normas jurídicas que regulam a matéria.

Partindo da premissa de que o contrato é válido e legítimo, de que as partes livremente pactuaram da forma ali avençada, pode-se falar na chamada função econômica do contrato, que é um viés diferente da chamada função social do contrato.

A função do contrato, conforme já mencionado, é instrumentalizar uma troca. A sua função social, então, não pode ser dissociada de uma visão econômica, sob pena de desvirtuamento do próprio instrumento.

Luciano Timm (2012) exemplifica afirmando que, metaforicamente, um contrato individualizado é a árvore e o espaço público do mercado (bem como o conjunto de interações sociais) é a floresta. Assim, a coletividade de um contrato é representada pela união de todos os contratos individualizados. É o caso, por exemplo, de um contrato de financiamento habitacional, em que a coletividade é representada pela união de todos os contratos. Assim, se houver a quebra na cadeia contratual, a coletividade perderá como um todo, pois os efeitos de um inadimplemento contratual serão sentidos pelas outras pessoas que tenham contratado e sejam regularmente adimplentes.

Portanto, aqui já é possível vislumbrar uma possível conclusão: sim, é necessário se observar a função econômica dos contratos também como forma de proteção da própria coletividade, e até mesmo para a geração de riqueza no âmbito geral, em virtude do excedente econômico gerado pelas trocas.

Ocorre que esta análise parte de um pressuposto: os contratos realizados seriam inequivocamente com demonstrações de vontade das partes. Não haveria nenhum tipo de vício de consentimento ou comportamento oportunista de uma das partes. Trata-se aqui de uma coletividade de contratos regularmente celebrados, gerando excedentes econômicos e, portanto, economicamente eficientes.

Por exemplo, um contrato com um consumidor hipossuficiente, que não foi pautado em transparência, e acaba prejudicando o consumidor com cláusulas leoninas das quais este sequer sabia que contratava. Esse contrato não será economicamente eficiente em virtude da inobservância da inequívoca vontade de

transacionar, bem como próprio desrespeito às funções sociais e econômicas dos princípios contratuais.

Assim, por óbvio que a análise se faz em contratos entre partes plenamente capazes, que possam livremente manifestar sua vontade e o façam de forma consciente. Trata-se de uma análise de contratos sem qualquer tipo de vício de consentimento.

Em sendo assim, percebe-se que os princípios possuem, ainda, uma função econômica, mesmo que de forma incipiente. Uma visão exclusivamente moral, então, tenderá a prejudicar o próprio contrato enquanto viabilizador de troca, ou seja, instrumento de criação de riqueza. Não se advogando ora, portanto, pela tese de que a moral deva ser afastada, mas sim, pela ideia de que o viés econômico do contrato não pode ser ignorado quando da sua análise.

4.3 A ANÁLISE ECONÔMICA ACERCA DO DIREITO CONTRATUAL: OS IMPACTOS SOBRE AS FUNÇÕES ECONÔMICAS DO CONTRATO

Até o presente momento do estudo buscou-se demonstrar os conceitos fundantes e basilares da AED e sua aplicação ao Direito Contratual para, posteriormente, utilizando de tais preceitos expostos e analisando o Direito Contratual brasileiro, poder concluir se este ramo se mostra economicamente eficiente ou não, aplicando o raciocínio à proteção ambiental como forma de exemplificação de externalidades ineficientes a serem evitadas.

O que se observa é que os princípios contratuais, os quais refletirão nas normas jurídicas que regulam, em conjunto com eles, e compõem o Direito contratual não possuem propriamente ligação com a AED.

O Direito positivo, a lei posta, buscando regulamentar o comportamento humano dita sanções, diretrizes, permissões para o melhor funcionamento social, de forma que as pessoas, respeitando as leis, as cumpram e, assim, o objetivo do legislador seja alcançado.

Ocorre que, conforme já mencionado, a AED comunga da ideia de que as pessoas, quando analisando a lei e o Direito, reagem ao que está sendo posto e, assim, tomam a decisão de cumprir ou não a norma. Ou seja, o Direito é a forma de incentivo do comportamento socialmente desejado, mas a simples promulgação da lei não garante o seu cumprimento e sua eficácia na sociedade.

A AED busca de forma clara a maximização do que o legislador objetiva com a promulgação de uma lei, ou o juiz com determinada decisão. E busca atingir esse resultado se pautando em eficiência. Assim, a ideia basilar é: há um objetivo final mentalizado, por exemplo, pelo legislador, e a AED enquanto um instrumento de avaliação, pode – quando positiva – fazer uma análise do objeto legal, e – quando normativa – além de uma análise, fazer uma sugestão final, com fulcro em uma maior eficiência na busca pelo objetivo traçado.

Parte-se da premissa de que o cumprimento ou não da lei é uma escolha do agente, de forma que quando ele a cumpre o faz por entender ser este caminho mais eficiente para o alcance de seus objetivos finais. Essas são aplicações da escolha racional, da eficiência do valor, apresentadas no início do presente estudo.

Estabelecida a premissa de que as pessoas reagem ao Direito e decidem por obedecê-lo ou não (ainda que dotado de força obrigatória), a AED entende que as determinações legais devem agir como incentivos, como um fator a ser sopesado pelo agente em sua escolha.

O Direito, então, tem uma finalidade, tem um objetivo que é tido em mente quando promulgadas leis ou proferidas decisões. O Direito contratual, por exemplo, conforme explicado, tem como base e objetivo a diminuição das falhas de mercado.

Ao mitigar as falhas de mercado o Direito contratual garantiria máxima eficiência, vez que o excedente econômico gerado pelas trocas seria maximizado, portanto, gerando mais riqueza para a sociedade.

Foi explicado que, em um cenário ideal, tendo em vista que o valor das coisas é subjetivo entre os agentes, resta proporcionado um ambiente favorável às trocas, pois as pessoas poderiam trocar os bens que possuem por outros que lhes sejam mais valiosos, conforme sua racionalidade lhes informar sobre o assunto. As trocas ocorreriam de forma que as pessoas trocariam até o mercado alcançar um ponto de máxima eficiência.

Ocorre que o mercado por si só não consegue alcançar esse ponto de máxima eficiência, por possuir falhas. Algumas dessas falhas são a assimetria de informações, o comportamento oportunista de uma das partes, custos de transação, e outros.

Uma das falhas de mercado explanadas é a externalidade negativa, que pode ser exemplificada pelos danos ambientais. Ou seja, pode-se concluir que o Direito contratual deveria fazer com que as partes contratantes internalizassem as externalidades negativas, se pautando em prevenção e precaução de danos

ambientais para que, assim, os contratos gerassem menos danos ambientais, maximizando a riqueza.

A AED, portanto, se aplica da seguinte forma, partindo-se da premissa de que as pessoas são racionais: as partes contratantes, além de resolverem contratar por entenderem racionalmente por tal opção, levam em consideração os ditames legais quando da celebração e execução do acordado. Entende-se que as pessoas escolhem o que, para elas, é racionalmente mais eficiente. Essa é a chamada TER – Teoria da Escolha Racional.

Tanto é que uma das funções do Direito contratual, segundo a AED, é a prevenção de comportamentos oportunistas, que ocorrem em sua maioria quando da execução do trato, conforme já ensinado.

Ou seja, por meio da TER, apresentada pela AED, as partes sopesariam os ditames legais para incidirem no comportamento X ou Y. Ou seja, uma norma que direcione para a internalização de externalidades negativas (seja por meio de sanções ou prêmios) pode ser economicamente mais eficiente.

Porém, somente seria essa ideia eficiente quando o legislador (por exemplo) levasse em conta o valor que as coisas possuem, valorando-os da forma que melhor convém para a sociedade e, assim, determinando o que é socialmente desejado. Aplicando-se essa ideia valorativa, o legislador poderia imprimir incentivos mais efetivos para os comportamentos que almeja que sejam realizados.

Por exemplo, quando tratar-se de proteção ambiental, tendo em vista que o meio ambiente possui grande valor social, é possível uma política pública de incentivos a diminuição de externalidades negativas e, conseqüentemente, maior proteção ambiental. Nesse sentido, interessante salientar os ditames de Squeff (2016, p. 127):

A Teoria da Escolha Racional ('TER') está relacionada à economia comportamental não mercadológica que explora as circunstâncias que condicionam o comportamento humano, incorporando limites racionais às preferências, motivações e escolhas dos indivíduos, de modo a tornar suas ações previsíveis. A TER é composta por três elementos: (a) a percepção do mundo pelo agente social, interpretando e valorando as diferentes circunstâncias; (b) a emergência de opções, as quais são sempre mensuráveis e estáveis, possibilitando a sua classificação; (c) a escolha racional feita pelos agentes (indivíduo) com base nas suas intenções, mesmo que variáveis, aumentando a sua utilidade. Assim, ao agir racionalmente, elege-se um determinado ato por ser mais benéfico a um indivíduo do

que a outro, sendo a opção escolhida a melhor dentre aquelas disponíveis.

Nessa concepção, inclusive, é visível a já mencionada separação da AED com a ideia de moral. O pensamento na TER é uma utilização de escolhas entre custos e benefícios, um sopesamento entre as opções disponíveis.

Primeiramente, conforme já mencionado, o legislador quando irá promulgar uma determinada lei deverá ter um objetivo final em mente, por exemplo, a diminuição de externalidades negativas.

Fato é que ele valora e assim promulga a lei, estabelecendo o que vai ser o chamado comportamento socialmente desejado. Ao valorar o meio ambiente ele poderá, então, utilizar de incentivos (que dentro da análise sejam vantajosos) para aumentar a manutenção do meio ambiente através da diminuição das externalidades negativas.

Porém, o raciocínio não se limita ao legislador, mas também às partes contratantes, que receberão o incentivo estabelecido pela lei para incorrer no comportamento em questão, *in casu*, a diminuição de externalidades negativas.

Assim, aplicando-se ao presente estudo: imaginando-se duas sociedades empresariais que realizem um dito contrato que tenha possibilidade de um potencial dano ambiental. Ora, o primeiro ponto é que ambas as sociedades empresárias exercem atividade econômica, ou seja, possuem como finalidade o lucro, até mesmo dentro dos ditames do Código Civil, para constituição de atividade empresária.¹⁴

O lucro é o objetivo das empresas, ou seja, uma determinada legislação específica aplicada deve manter isso em mente para fazer com que os ditames legais sejam suficientes para serem levados em consideração quando da tomada de decisões.

Não somente, quando se explicou o excedente econômico gerado pelas trocas, explicitou-se que as pessoas valoram os bens de duas formas diferentes. Por exemplo, um determinado bem X é valorado pelo seu atual proprietário (vendedor) como tendo o valor de 100 unidades monetárias. O comprador o valora em 200 unidades monetárias. Esse negócio jurídico será celebrado se as partes acordarem em um valor que provavelmente será entre 100 e 200. Com fins exemplificativos, digamos que o acordo seja de 150 unidades pelo bem X em questão.

¹⁴ Código Civil: Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Antes da troca o vendedor possuía 100 unidades (valor que X tinha para ele) e o comprador possuía 150 (valor pago pelo bem X). Após a troca, há uma maximização da riqueza, vez que o vendedor passa a ter 150 unidades (valor pago pelo bem) e o comprador passa a ter 200 (valor que atribuiu ao bem desde o princípio)

Neste sentido, percebe-se que ambas as partes possuem um aumento de riqueza em 50 unidades para cada, ou seja, há um excedente econômico de 100 que é partilhado entre os dois, gerando 50 a mais para cada.

Porém, conforme se explicou no decorrer do presente estudo, essa análise do excedente econômico quando se limita apenas às partes não condiz com o real excedente gerado pela troca. Ele é afetado diretamente pela existência de externalidades geradas por esta troca em questão.

Em se tratando de uma externalidade positiva, há uma potencialização do mesmo e, conseqüentemente, a riqueza aumentada não se limita somente aos 100 valores que as partes diretamente auferiram, mas também os ativos gerados diretamente perante terceiros, resultando em uma riqueza maior do que os 100 divididos pelas partes do contrato.

Por outro lado, em se tratando de uma externalidade negativa, o excedente econômico é prejudicado. As vidas de terceiros em relação à troca são afetadas negativamente, pois eles recebem algum tipo de prejuízo gerado pela relação. Um exemplo bastante utilizado é o de impactos ambientais gerados pelo contrato.

Assim, é possível concluir que um contrato que gere danos ambientais não é economicamente eficiente, pois afeta negativamente a vida de terceiros, diminuindo o excedente econômico gerado pela troca.

Sendo assim, conclui-se com o seguinte raciocínio: é possível utilizar dos ditames da AED Contratual para que haja uma maior proteção ambiental, protegendo os ativos ambientais não somente pela legislação específica, mas também pelas leis contratuais aqui explanadas.

A AED, ou seja, uma visão mais econômica acerca do contrato pode ser de grande valia para a proteção ambiental, em especial quando se valora o meio ambiente para o uso de um incentivo mais eficiente. Uma releitura através dos ditames econômicos somará ao Direito diversos fatores importantes, como por exemplo a prevenção de danos ambientais potencialmente gerados pelos contratos ou a de comportamentos oportunistas entre as partes contratantes.

Se houver um esforço pela diminuição de externalidades negativas dentro de um contrato, haverá uma maior proteção ambiental. Conforme explicado, o Direito é usado com um incentivo para o efetivo cumprimento de um comportamento socialmente desejado, ou seja, é possível que o Direito contratual seja um instrumento de proteção ao meio ambiente quando visa a diminuição de externalidades negativas através da diminuição dos impactos ambientais causados pelos contratos celebrados.

Não somente, o próprio mercado se torna mais eficiente, pois gera mais riqueza uma vez que leva em consideração os ativos ambientais, o valor ambiental, que já foi demonstrado existir. Além dos diversos outros benefícios que uma visão econômica do Direito pode trazer para o dia a dia, através, principalmente, da diminuição das falhas de mercado apresentadas no decorrer do trabalho.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se com o presente estudo fazer uma análise crítico-normativa do Direito contratual, tendo como instrumento de análise a AED, para se chegar a conclusão acerca da real eficiência ou não do Direito contratual brasileiro, tomando por base os ditames da própria AED.

Recorda-se que o objetivo geral do presente estudo era analisar a eficiência ou não do Direito contratual brasileiro por meio dos ditames da Análise Econômica, objetivando o alcance de uma resposta acerca do tema.

Inicialmente se buscou traçar os pontos basilares da AED de forma geral, quais os seus conceitos fundamentais e suas raízes. Utilizando como base a obra de Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, elencou-se como conceitos fundamentais a racionalidade, a eficiência e o conceito de valor.

A racionalidade, também se baseando no pensamento do autor, se demonstra quando se parte da premissa de que as pessoas possuem seus próprios objetivos pessoais e que traçam seus caminhos, tomam suas decisões da forma que entenderem mais proveitosa para o alcance desse objetivo. Elas agem racionalmente de forma a maximizar o alcance desse objetivo final.

A eficiência se mostra, nesse mesmo contexto, a partir da ideia de que quando se traça esse objetivo racional, busca-se de forma mais eficiente o alcance do mesmo, sejam as pessoas com seus objetivos pessoais, seja o legislador, por exemplo, com a promulgação de uma determinada lei.

O valor, por sua vez, conforme explicado, demonstra que os objetos possuem valores diferentes para as pessoas. Esse valor não é transformado em dinheiro, em valor monetário, mas sim propriamente no valor que aquele objeto tem para o agente que o analisa. Conclui-se que um determinado bem pode ter dois valores diferentes para duas pessoas diferentes, por exemplo.

Por fim, no primeiro capítulo, buscou-se demonstrar as concepções da AED: positiva e normativa, explicando as mesmas, para concluir que o presente estudo realizará a chamada análise positiva, a fim de alcançar o seu objetivo final de investigação acerca do Direito contratual brasileiro.

Uma vez estabelecidas tais bases gerais, passou-se para um estudo da AED Contratual, a qual é um grande exemplo dos conceitos acima mencionados. Explica-se: um contrato nada mais é do que a formalização de uma troca. Uma troca é um

negócio realizado entre as partes, as quais deliberam racionalmente pela sua realização por entenderem que seja mais eficiente para determinado objetivo do que a sua não realização. As pessoas trocam bens que possuem por bens que desejam ou necessitam, entendendo que essa realização é revestida de maior eficiência.

Ainda, justamente por terem essa concepção, é possível concluir que o mesmo bem que é negociado possui valoração diferente para cada um dos agentes. O bem sai da propriedade de quem lhe dá menor valor para a propriedade de quem lhe dá maior valor.

Ocorre que a Análise Econômica faz uma leitura mais profunda do Direito Contratual, tendo bases que se entende serem importantes para a regulação jurídico-estatal dos contratos. Entende que em um ambiente de mercado, onde as pessoas realizem livremente as suas trocas, idealmente, as trocas seriam realizadas até o alcance de um chamado Ótimo de Pareto.

As trocas criam Melhorias de Pareto, que são formas de mensuração de eficiência, onde uma das partes sai mais rica da negociação e a outra, pelo menos, não teve sua situação piorada. Ponto é: as trocas seriam realizadas de forma livre e as pessoas alcançariam naturalmente esse ponto ideal de máxima eficiência.

Entretanto, a realidade fática é outra: o mercado possui falhas, as quais afastam esse ponto máximo de eficiência da realidade. São fatores sociais que impedem a máxima eficiência das trocas realizadas na sociedade. Alguns exemplos estudados foram: comportamentos oportunistas, assimetria de informações, custos de transação, incompletude dos contratos e as externalidades negativas.

Para o objetivo final do estudo, salientou-se a questão das externalidades negativas. Explicou-se que as trocas ocorrem quando as pessoas valoram um mesmo bem de forma diferente e que essas trocas livres de vícios de consentimento geram um excedente econômico, na medida em que as partes saem com mais dinheiro do que entraram na transação.

Ocorre que a análise quando se limita a isso, torna-se rasa. É necessário avaliar que as trocas, por mais que pelo princípio da relatividade dos contratos se restrinjam obrigatoriamente apenas às partes, geram efeitos para terceiros. Terceiros podem ser afetados positiva ou negativamente pelos contratos realizados.

Quando afetados positivamente, o excedente econômico é maximizado, mas quando afetados negativamente, o excedente econômico é minimizado, tornando a

troca menos eficiente ou, até mesmo, ineficiente, ao se analisar o contexto da sociedade como um todo.

Um exemplo de externalidade negativa é o dano ambiental. Quando um contrato, seja em sua execução, seja em qualquer outra de suas fases, gera um passivo ambiental, ele está sendo economicamente ineficiente. Não apenas moralmente, mas, como concluído neste trabalho, economicamente ineficiente, haja vista que ao meio ambiente é possível atribuir valor econômico, conforme estudado em tópico próprio.

Não somente, é possível concluir que o Direito contratual quando interpretado apenas por meio da moral não se torna de todo eficiente, o direito contratual como tido na atual interpretação majoritária da doutrina, apresentada neste estudo, não se mostra de todo eficiente.

O contrato, conforme largamente mencionado no presente estudo, é um meio de instrumentalização e viabilização de uma troca. É, portanto, um instrumento eminentemente econômico, não um instrumento puramente moral. Sendo assim, é possível concluir que o uso da AED, ainda que de forma conjunta com uma interpretação moral, tende a somar e auxiliar o Direito no alcance de uma máxima eficiência.

Uma visão unicamente moral é prejudicial ao contrato, pois põe em segundo plano a característica principal do contrato, que é econômica. Faz-se necessária uma análise sistemática que abarque o viés econômico do contrato, o que a AED oferece ao estudo do Direito.

Não se advoga aqui pela tese de que a moral deve ser excluída da leitura dos princípios contratuais, até mesmo por ser perceptível que a constitucionalização do Direito civil é um marco na história deste ramo. Não se propõe, igualmente, um retorno a uma visão patrimonialista ou uma dissonância com os ditames constitucionais.

Advoga-se pela tese de que é possível a utilização da AED para o alcance de uma maior efetividade do Direito, uma maior efetividade do alcance dos objetivos do legislador. Não por um viés moral, mas por um viés econômico.

Entende-se que o contrato precisa ser analisado tanto por um viés moral como por um econômico. A visão pode ser conjunta e harmônica entre os dois ideais, pois, no caso em análise, o instrumento contratual carrega consigo elementos morais e econômicos, necessitando, portanto, deste conjunto.

Explica-se: por um lado econômico, o contrato não deixa de ser uma transação de mercado, portanto, financeira. Ele, por si só, não é um elo solidário entre as partes, de forma que é uma demonstração do interesse das partes. Entretanto, não é possível desconsiderar um aspecto social da análise dos contratos. Não se pode excluir o aspecto social do instrumento em comento. Portanto, conforme já mencionado, é possível concluir pela necessidade do uso da AED em consonância com os ditames do atual ordenamento jurídico brasileiro.

Ponto é: a AED prevê diversas funções que o direito contratual deve cumprir e, a bem da verdade, em que pese não levarem em conta o aspecto econômico, diversos princípios conseguem conviver em harmonia com estes ditames, dando certa eficiência para o ramo em estudo. Ocorre que o mesmo não é completo dentro dos ditames econômicos.

Assim, se pode concluir que a AED pode ser um instrumento válido e importante para o Direito contratual quando avalia a eficiência do mesmo e, como principal conclusão que o presente estudo pôde alcançar, ainda se percebem certas funções econômicas sendo exercidas por alguns dos princípios do Direito contratual, como o afastamento de comportamentos oportunistas, por exemplo.

Não há neste, porém, uma total eficiência, pois a aplicabilidade e interpretação de tais princípios se dá de forma mergulhada em moral, e não leva em conta de forma satisfatória a função econômica do instrumento regulado, a saber, o contrato – o que gera uma ineficiência econômica, visto que não cumpre com todos os deveres que a Economia prevê para a regularização dos contratos, em busca de uma máxima eficiência.

É possível concluir que o a Economia não deve ser descartada do caminhar jurídico. Não somente não deve ser descartada como é possível observar que a interpretação dos princípios aqui demonstrados a partir dela pode ser, por vezes, analisada de forma harmônica.

Não há um antagonismo entre os aspectos social e econômico da análise. Eles podem conviver harmonicamente em prol de uma melhor prestação jurisdicional. Essa é, inclusive, a ideia principal da AED: o uso da Economia para solução de problemas jurídicos.

Uma vez observando que os princípios aqui demonstrados podem ser analisados de forma moral e econômica, é possível observar também que a Economia

impõe mais outros deveres ao Direito contratual, o que não é demonstrado de forma constante e basilar na doutrina civilista atual.

Ou seja, uma visão econômica auxiliaria na completude do Direito contratual, tornando o mesmo mais eficiente no viés econômico. Ele acaba não sendo eficiente quando não prevê a necessidade de diminuição de externalidades negativas via contratos. Assim, é possível afirmar que existem pontos de ineficiência.

Quando uma troca que é regulada pelo Direito causa uma grande externalidade negativa, se está diante de uma situação que poderia ter sido, no mínimo, mitigada por meio do Direito contratual, que é o ramo regulatório das trocas que ocorrem na sociedade.

Por exemplo, um dano ambiental gerado por um contrato é respondido via Direito ambiental, mediante os instrumentos de responsabilização civil do agente. Entretanto, uma visão econômica permitiria uma visão mais ampla de proteção, por meio do Direito contratual, buscando uma maior eficiência econômica com a diminuição das externalidades (passivos ambientais) gerados pela troca e, conseqüentemente, a manutenção de um bom excedente econômico.

Assim, é inconteste que a AED, se utilizada, pode ser de grande valia para o ordenamento jurídico e, em especial, que o Direito contratual brasileiro não é completamente eficiente economicamente. Principalmente por não prever em seus princípios a necessidade de diminuição de externalidades negativas, o que tem como consequência, de forma exemplificativa, uma maior proteção ambiental. A diminuição destas externalidades negativas implica em uma proteção aos ativos ambientais, que significa uma maior eficiência econômica.

A AED propõe que o direito contratual deva cumprir com certas funções, as quais buscam diminuir as falhas de mercado. Diversas foram demonstradas neste estudo, de forma que os princípios doutrinários clássicos do direito contratual brasileiro cumprem com diversas delas. Ocorre que não há uma visão no que se refere à necessidade de diminuição das externalidades negativas do contrato. Quando há a ausência de tal observação, existe aí uma ineficiência econômica, a qual é, portanto, a conclusão do presente estudo.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise Econômica do Direito no Brasil: Uma leitura à luz da Teoria dos Sistemas**. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado** – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, n. 750, p. 113 – 120.

BERTRAN, Maria Paula Costa. **A interpretação contratual e a análise econômica do Direito: o caso da revisão dos contratos de *leasing***. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. Princípio da Eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é análise econômica do Direito: uma introdução**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 27-36.

BRASIL. **Código Civil – Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em 25 de fevereiro de 2019.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 25 de fevereiro de 2019.

BRASIL. **Código de Processo Civil – Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 03 de maio de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp: 1163283 RS2009/0206657-6**, Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão, Data de Julgamento: 07/04/2015, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/05/2015. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/185363819/recurso-especial-resp-1163283-rs-2009-0206657-6>. Acesso em: 03 de maio de 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp: 1409849 PR 2013/0342057-0**, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Julgamento: 26/04/2016, T3 – Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 05/05/2016. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340115910/recurso-especial-resp-1409849-pr-2013-0342057-0/relatorio-e-voto-340115953?ref=juris-tabs>. Acesso em: 03 de maio de 2018.

BRUNO, Flávio M.R.; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **Análise econômica do Direito aplicada as medidas de intervenção. *Veredas do Direito***, v. 22, p. 255-270, 2014.

CARVALHO, Cristiano. É possível uma “ciência” do Direito? Situação e perspectivas para a dogmática jurídica brasileira. In: PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia (org.). **Direito e Economia em Dois mundos**. São Paulo: FGV, 2014.

CATEB, A. B.; GALLO, J. A. A. Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos. **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, v. 1, p. 1-11, 2009.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

CUNHA, Daniel Sica da. A nova força obrigatória dos contratos. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **A nova Crise do Contrato Estudos sobre a nova teoria contratual**. São Paulo: RT, 2007, p. 281-282.

DERANI, Cristiane; SOUZA, Kelly Schaper Soriano de. Instrumentos econômicos na política nacional do meio ambiente: Por uma economia ecológica. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte. Vol. 10. n.19, p. 247 – 272, 2013.

DIAS, Jean Carlos. **Análise Econômica do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

DIAS, Jean Carlos. A violação ao Direito fundamental ao meio ambiente: análise dos problemas a respeito da responsabilidade civil por danos acidentais. In: DIAS, Jean Carlos; FONSECA, Luciana Costa da. (org). **Sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Ed. Método, 2010.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é análise econômica do Direito: uma introdução**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 37-44.

ESPOLADOR, Rita de Cássia Resquetti; SIQUEIRA, Patrícia. Boa fé objetiva como condição autorizadora da aplicação da teoria do adimplemento substancial. In: Direito civil [Recurso eletrônico on-line]. **Anais do XXII CONPEDI**. Organização: CONPEDI/UNICURITIBA; coordenadores: Elcio Nacur Rezende, Francisco Cardozo Oliveira, Luciana Costa Poli. – Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 350-367. Disponível em: <http://www.publicaDireito.com.br/artigos/?cod=380a2d63cef1d5d7>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Manual de Direito civil: volume único**. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GICO JR, Ivo. Introdução ao Direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org). **Direito e Economia no Brasil**. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

GICO JR, Ivo. Introdução à análise econômica do Direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é análise econômica do Direito: uma introdução**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 17-25.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Maria Estela Leite. **Contratos empresarias: princípios, função social e análise econômica do Direito**. Curitiba: Juruá, 2015.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. **Função social do contrato e contrato social: análise da crise econômica**. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HUMBERTO, Teodoro Junior. **O contrato e sua função social**. 4 ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

IRINEU, Galeski Junior. Economia dos contratos. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é análise econômica do Direito: uma introdução**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 135 - 144.

KLEIN, Vinicius. Posner é a única opção? In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é análise econômica do Direito: uma introdução**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 145-151.

LEITE, Geraldo Neves. **A eficiência como fundamento jurídico da decisão judicial e o estado de coisas inconstitucional: Uma abordagem crítica à luz do debate de Ronald Dworkin e Richard Posner**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MAMED, Danielle de Ouro. LIMA, Cyntia Costa de. Crise ecológica e valoração das águas: pensando a intervenção econômica nas políticas de preservação do recurso. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 7, n. 13/14, p. 141-156, 2010.

MACKAAY, Ejan. **Análise Econômica do Direito**. Tradução: Rachel Sztajn. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MONTEIRO, Renato Leite. Análise econômica do Direito: uma visão didática. **Anais do XVIII CONPEDI**. 2009. Disponível em: http://www.publicaDireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2425.pdf. Acesso em: 10 de maio de 2017.

NALIN, Paulo. A autonomia privada na legalidade constitucional. In: NALIN, Paulo (Org.). **Contrato & Sociedade**. A autonomia privada na legalidade constitucional. Curitiba: Juruá, 2006. 2 v.

NALIN, Paulo. A força obrigatória dos contratos no Brasil: uma visão contemporânea e aplicada à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça em vista dos princípios sociais dos contratos. **Revista Brasileira de Direito Civil**, Volume 1. Jul/Set, 2014, p. 111-134.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de Direito civil: contratos**. V. III, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PEREIRA, Leonardo Fadul. Análise econômica do Direito e pragmatismo jurídico: Algumas noções sobre a teoria de Richard A. Posner. In: DIAS, Jean Carlos (coord.).

O pensamento jurídico contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. **Análise econômica do Direito e sua relação com o Direito civil.** 2011. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/analise_economica_do_Direito_e_sua_relacao_com_o_Direito_civil.pdf. Acesso em: 08 de maio de 2017.

POMPEU, Ivan Guimarães; GONÇALVES, Lucas Fulanete; POMPEU, Renata Guimarães (coord). **Estudos sobre negócios e contratos: uma perspectiva internacional a partir da análise econômica do Direito.** São Paulo: Almedina. 2017.

POSNER, Eric. **Análise econômica do Direito contractual: sucesso ou fracasso?** Tradução de Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law.** 8 ed. Aspen Publishers, 2011.

REALE, Miguel. **Sentido do Novo Código Civil.** 2002. Disponível em: <http://www.miguelreale.com.br/artigos/sentncc.htm>. Acesso em: 16 de setembro de 2018.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia privada e a análise econômica do contrato.** 1 ed. São Paulo: Almedina, 2017.

RIBEIRO, Maria Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. (org). **O que é análise econômica do Direito: uma introdução.** 2 ed. Belo Horizonte, 2016.

RIBEIRO, Maria Carla Pereira; KLEIN, Vinícius; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria geral dos contratos: Contratos empresariais e análise econômica.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula; PATROCÍNIO, Daniel Moreira do. **O Dano Eficiente e Análise Econômica do Direito: uma visão Consumerista.** 2013. Disponível em: http://www.editoramagister.com/doutrina_24551030_O_DANO_EFICIENTE_E_ANALISE_ECONOMICA_DO_DIREITO_UMA_VISAO_CONSUMERISTA.aspx. Acesso em: 11 de maio de 2017.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis.** Campinas: Bookseller, 2000.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível Nº 70068965417**, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Otávio Augusto de Freitas Barcellos, Julgado em 10/08/2016. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/373562162/apelacao-civel-ac-70068965417-rs>. Acesso em: 11 de maio de 2017.

SAMPAIO, Romulo Silveira da Rocha. **Fundamentos da responsabilidade civil ambiental das instituições financeiras.** 1 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

SANCHES, Renata Poloni. A função social do contrato no sistema do Código Civil: uma nova visão do Direito civil contratual. In: Relações privadas e democracia [Recurso eletrônico on-line]. **Anais do XXII CONPEDI**. organização: CONPEDI/ UNICURITIBA; coordenadores: Ilton Garcia da Costa. – Florianópolis: FUNJAB, 2013, P. 23-42. Disponível em: <http://www.publicaDireito.com.br/artigos/?cod=a822554e5403b1d3>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2019

SANTOS JUNIOR, Antônio. **Meio Ambiente como Direito Fundamental**. Dissertação de Mestrado. Curso de Pós-Graduação em Direito Econômico e Social. Curitiba: PUCPR, fev. 2007, 129p.

SIMÕES, Tainah Sales. O Direito fundamental à liberdade contratual e o princípio da Autonomia da vontade à luz da constitucionalização das Relações privadas. In: Relações privadas e democracia [Recurso eletrônico on-line]. **Anais do XXII CONPEDI**. organização: CONPEDI/ UNICURITIBA; coordenadores: Ilton Garcia da Costa. – Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 389-404.

SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Harvard: Harvard College, 2004.

SCHREIBER, Anderson. **Manual de Direito civil contemporâneo**. São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2018.

SQUEFF, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso. **Análise econômica do Direito ambiental**: perspectivas interna e internacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SALGADO, Giselle Mascarelli. **Sanção na Teoria do Direito de Norberto Bobbio**. Curitiba: Juruá, 2010.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil v.3**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 13 ed. rev., atual., e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **A parte geral do novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (org). **Direito e Economia no Brasil**. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2018.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia e função social do contrato. In: TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). **Função Social do Direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo Direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do Direito civil e a privatização do Direito público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. Função social do Direito contratual no código civil brasileiro: justiça distributiva vs. Eficiência econômica. **Revista dos Tribunais**, v. 876, ano 97, p. 11 – 43, out. 2008.

WITTMAN, Donald. **Economic foundations of law organization**. Cambridge University Press, 2006.

ZATINELLI, Leandro Martins. Lesão contratual e necessidade: considerações acerca da análise econômica dos contratos lesivos. **Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB**, V. 8, p. 117-145, 2011.