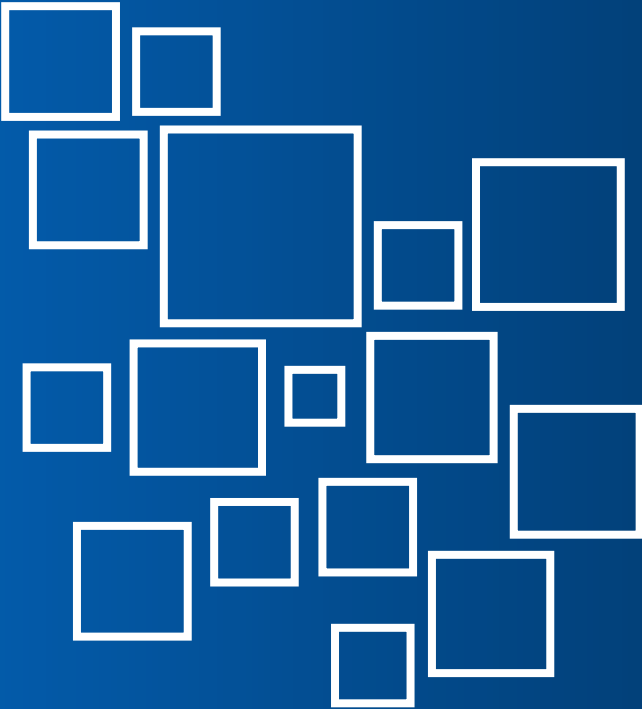


ISSN 1022-4057

Português

English

Español



ECONOMIC ANALYSIS OF LAW REVIEW

abde
Associação Brasileira
de Direito e Economia

 Universidade
Católica de Brasília


EDITORA
universa

www.ealr.com.br

Economic Analysis of Law Review

Custos e Benefícios de um Sistema Jurídico baseado em *Standards*: uma análise econômica da boa-fé objetiva¹

Costs and Benefits of a Legal System based on Standards: an economic analysis of objective good faith

Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega²
UFPE

RESUMO

O artigo desenvolve uma análise dos custos e benefícios decorrentes da opção por um sistema jurídico baseado preferencialmente em *standards*, identificando e sistematizando as potenciais consequências dessa escolha. Para esta finalidade, foi investigada a contribuição da Análise Econômica do Direito em torno da dicotomia regras (*rules*) versus padrões (*standards*). Observou-se que a opção por um sistema jurídico baseado em *standards* revela a preferência por um modelo mais descentralizado, que prioriza o juiz e não o legislador como produtor das normas jurídicas. Sobre a aplicação judicial dos *standards*, a alocação eficiente do capital humano em países de baixa renda e alta renda importa. A experiência alemã com boa-fé objetiva é explorada como teste do caso concreto para contextualização dos custos e benefícios da escolha por um sistema com normas mais abertas. Ao final, são identificados desafios e custos da aplicação eficiente do *standard* no sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Regras; Padrões; Cláusula Geral da Boa-Fé; Análise Custo-Benefício; Aplicação judicial.

JEL: K12, K40.

ABSTRACT

This paper develops a cost-benefit analysis of opting for a legal system based mainly on standards, identifying and systematizing the potential consequences of that choice. For this purpose, it is investigated the contribution of Law and Economics framework concerning the dichotomy of rules versus standards. It was observed that the choice of a legal system based on standards reveals a preference for a more decentralized model, which prioritizes the judge and not the legislature as law producer. Regarding the standard adjudication, the efficient allocation of human capital in low-income and high income matters. The German experience with the objective good faith was used as a test case to comprehend the costs and benefits concerning the choice of a standard-based system. Finally, we identify the challenge and costs of the efficient adjudication of the standard in the Brazilian legal system.

Keywords: Rules; Standards; Good Faith General Clause; Cost-benefit analysis; Judicial adjudication.

R: 16/9/12 **A:** 8/12/12 **P:** 27/1/13

¹ Artigo premiado no VI Congresso de Direito e Economia do Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul – IDERS.

² E-mail: flavianne@gmail.com.

1. Entre a Vagueza e a Precisão das Normas Jurídicas: a alternativa da análise econômica do direito

Este artigo propõe uma investigação não essencialista do problema da vagueza e precisão das normas jurídicas, a partir da consideração de seus efeitos. Envolve, portanto, uma abordagem pragmatista sobre as consequências da escolha entre normas mais precisas ou normas mais abertas. Nesse sentido, objetiva-se pensar a norma jurídica também a partir do significado que adquire no complexo processo de elaboração e aplicação. Para tanto, a análise econômica do direito é apresentada como um caminho para a ponderação dos custos e benefícios, inerente a toda atividade de tomada de decisão.

Para este objetivo, primeiro é realizada a revisão de literatura dos debates elaborados por autores da análise econômica do direito em torno da dicotomia *rules vs standards*, com a apresentação do estado da arte (tópicos 1, 2 e 3). Em um segundo momento, a experiência alemã com o *standard* da boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) é explorado como teste do caso concreto para contextualização dos custos e benefícios, decorrentes da escolha por um sistema baseado predominante em normas mais precisas ou normas mais abertas (tópico 4 e seguintes). Ao final, questões em aberto são lançadas como incentivo para pesquisas futuras em realidades distintas, como o caso brasileiro.

A relação entre o grau de especificidade e a eficiência do comando normativo foi estudada inicialmente por Richard Posner e Isaac Ehrlich em 1974. Os autores exploram o *continuum* da especificidade à generalidade a partir de uma abordagem neopragmatista³, que faz uso do método da análise econômica do direito. Naquele trabalho, trouxeram a discussão sobre as condições em que a escolha por um comando normativo mais preciso ou geral é mais eficiente em termos de custo e benefício para a sociedade.

Nesse tema, a proposta neopragmatista de Richard Posner se desenvolve no ramo do conhecimento que se denomina por *Law and Economics* (Cooter e Ulen, 2004, p.3), melhor traduzido por “Análise Econômica do Direito”. O objeto de estudo é o Direito, enquanto a Economia é tomada um dos métodos de análise possível, emprestando sua sofisticada metodologia para investigação das consequências (efeitos) da criação e aplicação da norma jurídica.

Nesse primeiro estudo, Posner e Ehrlich (1974) inauguram a dicotomia entre as expressões *rules* (regras) e *standards* (padrão, parâmetro⁴) nas pesquisas de *Law and Economics* sobre a vagueza e precisão das normas jurídicas. Para o autor, a distinção entre regras e *standards* é

³ O Pragmatismo Filosófico americano de Peirce, Dewey, James, Mead inspirou trabalhos de juristas como Holmes, John Grey e Cardozo, além dos que, à época, se auto intitularam realistas jurídicos como Jerome Frank, William Douglas, Karl Llewellyn, Felix Cohen e Max Radin. Os ensaios de Dewey sobre o Direito também podem ser inseridos nesse grupo. Após a segunda guerra mundial, os trabalhos no Pragmatismo Filosófico e no realismo jurídico expiraram, sendo sucedidos pelo positivismo lógico e a filosofia analítica. Só em 1960, com o declínio do positivismo lógico, o Pragmatismo tem lugar novamente, através dos trabalhos de Richard Rorty na Filosofia e em 1970 no Direito com as propostas do *Critical Legal Studies* (filho radical do Realismo Jurídico). Em 1980 é que, segundo Posner, as ideias do Pragmatismo voltam a ser aplicadas com mais consistência metodológica para o Direito, através do que ele denomina do neopragmatismo jurídico, no qual além de se incluir, aponta outros como Martha Minow, Thomas Grey, Daniel Farber, Philip Frickey (Posner, 1991, p. 30).

⁴ Traduções recentes para o português da literatura *Law and Economics* têm optado pela expressão parâmetro no lugar de padrão. Todavia, em razão da falta de uniformidade dos tradutores sobre a melhor correspondência da expressão *standard* no português, este trabalho optará pelo uso da terminologia inglesa.

primeiramente uma distinção de grau de precisão, que traz implicações complexas quando analisada a gama de custos e benefícios associados como o movimento no eixo especificidade-generalidade. Imagina-se uma linha (eixo) e as consequências das escolhas num *continuum* que vai desde o extremo de normas mais precisas a outro de normas mais vagas e abertas (*open-ended*).

A dicotomia regra-*standard* da análise econômica do direito de Posner não se confunde com duas outras dicotomias bastante familiares na literatura jurídica, como a regra-discrecionalidade (Davis, 1969) e a regra-princípio (Dworkin, 1967).

O professor Kenneth Culp Davis, autor de grande influência no Direito Administrativo e Regulação do *Common Law*, explorou o contraste entre regra e discrecionalidade para demonstrar o benefício social decorrente da opção por normas jurídicas mais precisas. Sua preocupação central era a questão da falta de um controle social efetivo sobre os oficiais subordinados, como os policiais e oficiais de imigração. Davis (1969) acreditava que esse problema poderia ser mais bem resolvido a partir da definição dos deveres dos oficiais em regras bem detalhadas.

No entanto, essa relação de que regras precisas produzem substancialmente uma melhor regulação não é tão óbvia para análise econômica. Nem sempre uma norma mais precisa conduz estabilidade ou segurança jurídica. Os argumentos da estabilidade tradicionalmente associados a regras podem ser até plausíveis, mas não formam uma relação necessária (Schauer, 2002, p. 155). A riqueza e a singularidade da experiência imediata a envolver o processo de tomada de decisão na prática revelam que a fórmula romântica (regra=estabilidade) não sobrevive ao teste empírico. Além das questões inerentes à interpretação, há problemas decorrentes da sobreinclusão e subinclusão da regra que tornam o processo de aplicação muito mais complexo (Kaplow, 1992, p. 594), conforme será mais bem aprofundado no tópico 2.

Dworkin (1967), no seu um ataque geral ao positivismo, faz uso da expressão “princípios, política e outros tipos de *standards*” para se referir ao termo geral princípio⁵. Apesar de elaborar a distinção específica entre princípio e política, o autor engloba no conceito de princípio todo o conjunto de *standards* que não sejam regras. Para ele, a regra é aplicável à maneira do tudo-ou-nada (*all or nothing*). Dado um fato que preenche a hipótese de incidência da regra, esta pode ser: (i) válida, devendo ser aceita e aplicada, ou (ii) inválida, em nada contribuindo para a decisão. Os princípios, por sua vez, trazem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso e importância (*dimension of weight*). Desse modo, o princípio com peso relativo maior pode se sobrepor a outro, sem que este perca sua validade, porque os princípios têm pesos diferentes para cada caso concreto. Enfim, a metodologia de Dworkin tem por base o pensamento kantiano⁶ consistente em acreditar que as práticas sociais têm um critério racional em si, que permite avaliar boas e más ações dentro de um contexto de prática social.

Importa notar que a diferenciação entre regra e princípio elaborada por Dworkin (1967) não consiste em uma distinção de grau, mas uma diferença quanto à estrutura lógica (Ávila, 2007, p. 37). Segundo as lentes do Pragmatismo, a abordagem de Dworkin neste ponto seria apriorística⁷. Em oposição, a abordagem de Posner e Ehrlich, a partir da diferença de graus com implicações

⁵ “I just spoke of ‘principles, policies, and other sorts of standards.’ Most often I shall use the term ‘principle’ generically, to refer to the whole set of these standards other than rules; occasionally, however, I shall be more precise, and distinguish between principles and Policies.” (Dworkin, 1967, p. 23).

⁶ Dworkin constrói uma meta-narrativa sobre a realidade, tentando subordinar esta ao um conjunto de diretrizes normativas de certo e errado (Morison, 2006, p. 501).

⁷ O referencial do Pragmatismo Filosófico ou Pragmaticismo de Charles Sanders Peirce (1934) possibilita enquadrar a diferenciação de Dworkin como resultado da aplicação do método *a priori*, já que este concebe a definição como

práticas é fundamentalmente pragmatista. A análise econômica do direito não trabalha com o referencial metafísico, a sua preocupação maior é com os efeitos das escolhas entre *rules* e *standards*, uma vez que o ser humano é capaz de valorar as consequências das opções normativas adotadas.

Nesse primeiro trabalho, Posner e Ehrlich (1974) enfatizam que seu objetivo não é sugerir que o conteúdo da regra ou *standard* sejam dominados exclusivamente por considerações de eficiência. Percebe-se, assim, que sua análise econômica não pretende resumir a norma ao valor eficiência. Este é apenas um critério de avaliação, que será usado indutivamente para verificação. Nesse sentido, coaduna-se com modo de investigação pragmatista (Peirce, 1934) que analisa os efeitos e abomina qualquer relação determinista ou apriorística⁸. As considerações teóricas são, assim, hipóteses falíveis (raciocínio abdutivo na expressão desenvolvida por Peirce), que devem ser submetidas ao teste (indução). Nesse sentido, este estudo de Posner e Ehrlich (1974) sobre a precisão ou generalidade na elaboração das normas jurídicas propõe fornecer um vasto número de hipóteses testáveis sobre processo de elaboração e aplicação das regras e *standards* e a alocação de responsabilidades.

Os trabalho iniciais de Posner e Ehrlich de 1974 são resgatados por Kaplow em 1992, que elabora um amplo programa de pesquisa voltado à análise econômica das regras e *standards*. Sem deixar de reconhecer algumas propriedades das regras e *standards*, desenvolvida pela Teoria Geral do Direito e pela Hermenêutica Jurídica, Kaplow (1992, p. 594) explora e se dedica a uma característica específica da distinção entre regra e *standard*: a definição do conteúdo *ex ante* e *ex post*. Essa diferenciação concebe um aspecto prático do esforço (custo-benefício) relacionado ao grau especificação do conteúdo em momentos distintos. Para ele, a regra é aquela que prevê antecipadamente (*ex ante*) a conduta regulada de modo preciso, deixando apenas a questão factual para o aplicador (e.g. é proibido dirigir acima de 55 milhas por hora nas vias expressas). O *standard*, em contrapartida, posterga tanto a especificação da conduta regulada como a questão factual para o aplicador do direito. (e.g. é proibido dirigir em velocidade excessiva nas vias expressas). Em resumo, a distinção entre a regra e *standard* é elaborada em termos do esforço para que o conteúdo da norma jurídica seja dado antes ou depois que os indivíduos agem.

A escolha entre a determinação do conteúdo *ex ante*, através de regra, e a determinação *ex post*, através do *standard*, envolve sempre um *trade-off*, cuja principal consequência é a avaliação de custos e benefícios de sua criação e aplicação. Observa-se, assim, que o estudo da análise econômica explora dois momentos distintos – os custos de elaboração da norma jurídica e os custos de aplicação da norma jurídica. Essa consideração repercute na divisão de trabalho entre o legislador, de um lado, e o judiciário e a burocracia administrativa, de outro. Para Schäfer (2006, p. 128), o grau de especificidade da norma jurídica influencia a preferência por um sistema jurídico, cuja produção de regras e *standards* é, ora mais centralizado na esfera legislativa (*centralized upper level*), ora mais descentralizado e pulverizado na vasta esfera judicial (*descentralized lower level*). Por esta razão, a disponibilidade de capital humano e o contexto histórico-cultural é uma variável relevante para a análise.

fruto da razão lógica, sem considerar as consequências práticas concebíveis. “*The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction*” (Dworkin, 1967, p. 25).

⁸ Para o Pragmatismo Filosófico de Peirce (Pragmaticismo) não há sentido em distinguir algo no plano ideal se este não se diferencia no modo de expressão, na prática. O Pragmaticismo é um método da Teoria da Ciência que procura eliminar falsos (ilusórios) problemas criados na abstração e superar a obscuridade e confusão que distinções operadas unicamente em termos abstratos ocasionam. “*Consider what effects, that might conceivably have practical bearings, we conceive the object of our conception to have*” (Peirce, 1955, p.31)

EALR, V. 3, nº 2, p. 170-188, Jul-Dez, 2012

173

A consciência acerca dos custos e benefícios que envolve a decisão por normas mais precisas ou mais vagas é fundamental para análise econômica, que tem primeiramente a função instrumental de informar um aspecto da norma jurídica relacionado a seus efeitos. A abordagem econômica não exaure a realidade, mas tenta se aproximar dela relevando características, através da consideração das consequências que não são tradicionalmente exploradas pela Filosofia do Direito, mas que podem iluminar e enriquecer o debate filosófico e ajudar na compreensão da prática jurídica.

2. Os Custos e Benefícios das Regras e dos *Standards*

Em seu recente estudo, Richard Posner (1998, p. 1-11) identifica três diferentes custos associados à norma jurídica: i. custos de especificação pelo legislador, ii. custos de aplicação judicial e iii. custos de adesão à norma jurídica, em específico, os custos relacionados à incerteza. Retomando o exemplo de distinção entre regras e *standards* mencionado no item anterior, tem-se que promulgar um *standard* do tipo “deve-se dirigir cuidadosamente” é extremamente fácil e não gera nenhum custo de especificação. Todavia, aplicar tal *standard* torna-se bastante complexo na prática, pois gera custos significantes tanto para os juízes que precisam determinar seu conteúdo *ex post* e dizer se o réu cumpriu o *standard* (custos de aplicação judicial), como para o próprio réu em potencial, que desconhece o nível de precaução necessário para não ser responsabilizado. No caso de regras precisas, o custo é exatamente o oposto. Assim, uma regra específica do tipo “a velocidade máxima é 100 km/h” apresenta custo de aplicação baixo, pois seu conteúdo é determinado *ex ante*.

As virtudes e os vícios das regras e *standards* trabalhados na Teoria Geral do Direito podem ser explorados em termos de análise de custo-benefício. Sem a pretensão de elaborar uma lista exaustiva, tem-se o diagrama, explorado criticamente por Schlag (1985, p. 7):

<u>Regras</u>	
<i>Virtudes</i>	<i>Vícios</i>
Certeza	Intransigência
Uniformidade	Arregimentação
Estabilidade	Rigidez
Segurança	Encerramento

<u>Standards</u>	
<i>Virtudes</i>	<i>Vícios</i>
Flexibilidade	Manipulação
Individualização	Desintegração
<i>Open-endedness</i>	Indeterminação
Dinamismo	Aventureirismo

Adaptando a ideia de virtude de Schlag (1985) para o referencial da análise econômica é possível associá-la aos benefícios, enquanto os vícios estariam relacionados aos custos. Pode-se ainda incluir custos de monitoramento das Regras e *Standards*, especialmente quando o espaço para decisões discricionárias pode criar um ambiente propício para corrupção no judiciário ou na burocracia administrativa. Diversas normas administrativas de segurança alimentar, de controle de drogas, medicamentos, produtos tóxicos, de restrição de importação e exportação, de regulação de bancos e mercados de capitais são elaboradas em termos precisos como regras, com a especificação *ex ante* para inibir a corrupção e o desvio/manipulação que pode ocorrer na especificação *ex post*. Para esses casos uma regra precisa com a lista das substâncias tóxicas, por exemplo, produz uma informação socialmente relevante aos destinatários da norma jurídica (Schäfer, 2002, p. 3), com menor custo de monitoramento do que um *standard* vago que menciona toxidade e delega para o oficial da administração e para o juiz a especificação *ex post*.

Ademais, normas jurídicas precisas que deixam pouca discricionariedade para as agências estatais (administração e judiciário) protegem melhor as liberdades individuais e os direitos políticos, uma vez que a violação a tais direitos podem ser mais facilmente observada⁹. Todavia, importa notar que essa relação nem sempre é necessária, mas apenas provável. Assim, é possível que normas jurídicas detalhadas em excesso gerem contradições, inexatidão, elevando consideravelmente os custos de monitoramento e transformando-se numa porta aberta à discricionariedade do aplicador.

Tradicionalmente, argumenta-se que quantos mais as normas jurídicas forem precisas, mais previsível é o resultado. Assim, a certeza jurídica e a resolução jurídica rápida são apontadas como benefício de um sistema baseado em regras. Para alcançar essa certeza e simplificar o trabalho do julgador, o legislador precisa traçar e desenhar regras para cobrir todas as circunstâncias relevantes que devem ser especificadas de antemão. Essa atividade de criar a regra implica, todavia, altos custos *ex ante* e está sujeita a falhas, pois está baseada na premissa de que o sistema legal é consistente e completo.

A maior especificidade das regras cria também custos relacionados à alocação não eficiente, uma vez que regras não abarcam perfeitamente todas as circunstâncias da conduta sob regulação. Regras podem catalogar excessivamente circunstâncias não relevantes e não prever exatamente todas as circunstâncias prováveis. Geram, portanto, problemas de super e subinclusão (Kaplow, 1992). Desse modo, regras podem produzir perdas sociais, considerando que previsões legais precisas *ex ante* não são capazes de se ajustar adequadamente a circunstâncias não previstas que só são conhecidas *ex post* (Parisi e Fon, 2007, p.4). Soma-se, ainda, o problema de se criar normas jurídicas complexas e desnecessariamente detalhadas. Podem surgir normas contraditórias e antinomias. Nesse contexto, regras não necessariamente colaboram para um sistema jurídico mais claro e consistente. Nesse contexto, *standards* são preferíveis.

Regras precisas representam também custo adicional uma vez que ficam obsoletas com o tempo e estão sujeitas à mudança. Assim, uma regra muito detalhada pode levar à incerteza em função de sua precisão imperfeita (Posner e Ehrlich, 1974, p. 278). As consequências jurídicas não são indefinidamente as mesmas, uma vez que as normas precisam ser modificadas pelos legisladores para acompanhar as mudanças na sociedade, economia e tecnologia. Quando os custos adicionais são muito altos, os *standards* (parâmetros) são preferíveis.

Percebe-se, assim, que a relação entre regra e maior certeza e segurança jurídica é meramente provável e depende de diversos fatores a serem analisados no caso concreto. Um fator a ser observado é o que Schlag (1985) denominou de técnicas de má interpretação¹⁰ a colaborar para a subversão da regra ou *standards*. O exemplo seguinte permite desmitificar estereótipo da certeza e segurança sempre associadas a regras: imagina-se uma agência federal com a obrigação de aplicar uma Regra “A”. Vista num primeiro momento abstratamente, há um consenso de que a Regra “A” é muito clara e rapidamente compreensível. Todavia, quando precisa ser interpretada e aplicada a Regra torna-se incerta, instável e insegura. Para Schlag, a primeira razão pode estar na hostilidade do julgador, que pode ser inspirada em convicções morais, preconceito, interesse político, dentre outras motivações. A segunda razão pode estar relacionada com a incapacidade do

⁹ Para maior aprofundamento conferir a doutrina “*void of vagueness*” explorada em Cass R. Sunstein, Problemas with Rules, *California Law Review*, Vol. 83, No. 4 (Jul., 1995), pp. 953-1026.

¹⁰ As técnicas de má interpretação trabalhadas por Schlag são “1. *Factual Distortion*; 2. *Procedural Machinations*; 3. *Doctrinal Manipulation*; 4. *Creation of Subdirectives*; 5. *Circumvention by Appeal to Ultimate Directives*; 6. *Insubordination*” (Schlag, 1985, p. 14).

tomador da decisão de compreender a regra e administrá-la eficientemente. A regra “A” pode ser tão precisa a ponto de demandar ora um conhecimento especializado que o julgador não possui ora uma evidência que está indisponível.

Por outro lado, há normas jurídicas que podem ser intencionalmente elaboradas de forma mais vaga e aberta como um *standard* para tornar o processo de elaboração do direito mais eficiente, transferindo-o dos legisladores para os juízes, a exemplo das normas constitucionais (Parisi e Fon, 2007, p. 1). Temas que são muito controversos na arena política e que requerem uma custosa negociação podem ser regulados por *standards* por um menor preço. Ademais, os Tribunais, em tese, estão melhores informados e especializados para julgar eficientemente a questão. O processo de aprendizagem descentralizada é percebido como vantajoso enquanto *standards* podem ser progressivamente especificados e concretizados ao longo do tempo. Todavia, o custo do processo de criação do precedente é extremamente elevado. Por esta razão, a opção por *standards* e normas mais vagas e abertas é recomendável especialmente em casos de heterogeneidade (ambiguidade relativa à conduta a ser regulada) e quando o ambiente é frequentemente sujeito à mudança.

Assim, *standards* demandam uma particularização e especificação judicial que pode conduzir à insegurança jurídica. Abrir a porta para especificação judicial significa também ter de considerar os custos do erro judicial¹¹. Repercute também no tempo para a solução da disputa judicial, retardando a prestação jurisdicional. Como mencionado, *standards* e normas jurídicas vagas e abertas representam um custo adicional no monitoramento e fiscalização das atividades do Tribunais, uma vez que tornam o controle social contra a corrupção mais difícil; em oposição as regras que usualmente são apontadas como uma alternativa para coibir usurpação e equívocos judiciais (Posner e Ehrlich, 1974, p. 266).

3. A Escolha pelo *Standard* e o Problema do Escasso Capital Humano

Como analisado no tópico anterior, as regras aumentam os custos de elaboração da norma jurídica *ex ante*, mas minimizam os custos de aplicação judicial e administração da justiça *ex post*. Por outro lado, os parâmetros – *standards* – economizam os custos de especificação *ex ante*, uma vez que não requerem uma precisa particularização do conteúdo antecipadamente; enquanto aumentam os custos de especificação da aplicação judicial que é *ex post*. Nesse sentido, a escolha eficiente entre regras e parâmetros envolve a escolha entre um sistema legal que privilegia ou legislador ou o juiz como produtor das normas jurídicas – *judge-made law*.

A atividade de criação das normas jurídicas na esfera de competência do legislador (*upper level*) e a aplicação na esfera de competência do judiciário (*lower level*) está relacionada pela literatura de *Law and Economics* com maturidade institucional do país envolvido. Como a performance institucional reflete competências individuais de legisladores, assessores jurídicos, advogados, juízes etc., a existência de profissionais especializados é uma variável importante a ser analisada. Ademais, a disponibilidade e a qualidade do serviço oferecido variaram em países pobres e ricos.

Schäfer (2006, p. 119) inova o debate da análise econômica das regras e *standards* ao teorizar que a disponibilidade de capital humano influencia diretamente na eficiência da aplicação de *standards* e normas jurídicas de natureza mais aberta. Segundo o autor, países com escasso

¹¹ O conceito de erro judicial será desenvolvido no tópico 5. Adiante-se que erro aqui é entendido como aquela decisão que foge de um parâmetro de eficiência.

capital humano, deveriam optar pelo modelo jurídico baseado preferencialmente em regras mais precisas. Essas aparecem como mais eficientes por terem um menor custo de administração e aplicação comparativamente aos *standards* – normas jurídicas mais vagas e abertas. É preferível concentrar o pouco de capital humano qualificado para assessorar o legislador no processo de elaboração de regras do que deslocá-lo para um sistema descentralizado de Tribunais não especializados. O processo de decisão judicial na aplicação de cláusulas gerais cria uma demanda elevada de muitos profissionais bem treinados na base para atuar junto aos juízes de primeira instância e Tribunais, ainda insuficientes em países pobres.

Posner (1998, p.4) já elaborara a hipótese teórica no mesmo sentido, argumentando ser a favor das regras mais precisas em países de baixa renda, cujas instituições jurídicas ainda são fracas. É mais exequível para um país em desenvolvimento investir modestamente na criação de melhores regras do que fazer um grande investimento para se construir um judiciário de excelência e altamente especializado. O autor ainda reconhece que mesmo países pobres podem atrair juízes qualificados desde que o Estado garanta bons salários e prerrogativas como inamovibilidade e vitaliciedade. Mesmo sendo possível recrutar juízes competentes em alguma medida, o problema persiste. A regra é percebida por Posner como a primeira estratégia de curto prazo para aprimorar o sistema jurídico de países pobres e populosos. A criação de regras mais precisas implica pequenos custos fixos, enquanto que um judiciário eficiente capaz de aplicar adequadamente cláusulas gerais, *standards* e normas abertas demanda um alto investimento e um elevado número de juízes com qualificação especial. A opção por regras em um primeiro momento se mostra menos custosa, pois como são mais específicas facilitam o processo de aplicação e não demandam processos complexos de interpretação como *standards*.

É importante enfatizar que a opção por regras envolve algumas limitações e perdas do ponto de vistas da análise econômica. Por se distanciarem do problema a ser resolvido, regras precisas não favorecem a flexibilidade, engessando a aplicação judicial. Desse modo, um sistema baseado preferencialmente em *standards*, cláusulas gerais e normas jurídicas mais vagas e abertas é vantajoso quando há grande quantidade de juízes bem treinados e com qualificação especializada, pois estando mais próximo do problema e com melhores informações sobre as circunstâncias do caso, os juízes poderão aplicar o direito eficientemente.

Schäfer (2006) aprofundou o debate inicial de Posner (1998) para investigar as consequências da escolha por regra e *standards* na divisão de trabalho entre o legislativo e o judiciário nos seguintes pontos: i. a eficiente distribuição do capital humano entre o setor que elabora regras (*centralized upper-level*) e o setor de interpretação e aplicação das normas vagas (*descentralized lower-level*) do sistema jurídico influencia na escolha ótima entre a vagueza e a precisão das normas jurídicas; ii. O processo de elaboração de regras, centralizado na atividade política do legislador, envolve a geração de um bem público; iii. Decisões tomadas no topo (*upper-level*) são menos flexíveis e se distanciam dos problemas; iv. O investimento de capital humano no topo (*upper-level*) é realizado para tornar as normas jurídicas mais precisas. Todos esses elementos em conjunto permitem concluir que, havendo um ambiente com vasta disponibilidade de capital humano altamente qualificado e especializado, a mudança do sistema baseado em regras para um baseado preferencialmente em *standards* e normas jurídicas mais vagas é eficiente e recomendável.

Nesse sentido, Schäfer (2002, p. 7) utiliza como teste de sua hipótese o caso concreto a história recente alguns Estados Europeus experimentaram a mudança do sistema baseado preferencialmente em regras como as codificações do século XVIII e XIX para um sistema mais

baseado em parâmetros, *standards*, cláusulas gerais, normas jurídicas mais vagas e abertas no século XX (e.g. Depois de 1900, a cláusula geral da boa-fé objetiva, aprovado em 1879, inundou a jurisdição do direito contratual alemão). Destaca também que o desenvolvimento de outros ramos do direito inicialmente não explorados pelo legislador, como o direito do trabalho, antitruste e corporativo, deu-se em função da atividade dos juízes em particularizar e concretizar normas jurídicas vagas.

Assim, o estado da arte da análise econômica aponta que um sistema baseado em *standards* é mais vantajoso em países industrializados e desenvolvidos que podem se beneficiar da grande oferta de juízes altamente treinados para criar o Direito a partir do caso. Podem ainda ganhar com o processo de aprendizagem que tem lugar com a atividade de interpretação e aplicação do direito realizada de forma descentralizada da base para o topo, aprimorando, assim, o sistema jurídico. Em oposição, a escassez ou falta de capital humano em países de baixa renda justificam a escolha inicial em favor das regras. Para este referencial teórico, a aplicação e administração de cláusulas gerais em países em desenvolvimento com baixo capital humano é problemática, uma vez que a eficiência é difícil de ser alcançada.

Observe-se, todavia, que as consequências de ineficiência decorrente da relação entre a opção pelo *standard* e a escassez de capital humano é de natureza probabilística. Apenas o teste no caso concreto, considerando a realidade concreta do país, tornará possível confirmar ou não a relação de causalidade apresentada pela análise econômica acima. Importa perceber, ademais, que a construção de hipóteses elaboradas pela doutrina estrangeira, assume uma natureza paternalista com o apelo para que os riscos da subversão dos *standards* não tenham lugar em países pobres, cujo sistema jurídico não está consolidado ou maduro suficientemente.

Como proposta de análise concreta, será investigada a experiência alemã com a aplicação de normas jurídicas abertas, com enfoque específico no *standard* da boa-fé objetiva.

4. A Experiência Alemã nas Cláusulas Gerais

4.1. Breve histórico

O grande debate alemão sobre a função das Cláusulas Gerais nos contratos surge com o art. 242 do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), o Código Civil Alemão de 1896. O referido artigo traz a previsão da boa-fé objetiva – *Treu und Glauben* – como uma Cláusula Geral a ser observada no Direito Contratual. Assim, a boa-fé é compreendida como uma norma aberta que compreende um padrão (*standard*) de conduta a que as partes estão sujeitas. Interessa destacar que a boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) não se confunde com a boa-fé subjetiva (*guter Glauben*). Somente a primeira tem natureza de norma aberta e Cláusula Geral (Zimmermann e Whittaker, 2000, p. 23).

A novidade na Alemanha foi percebida tanto com otimismo quanto com pessimismo. A lubrificação do direito como o óleo social¹² foi o *slogan* daqueles que defendiam os benefícios da aplicação das Cláusulas Gerais. De fato, o ambiente de industrialização do séc. XX demandava uma pressão por questões sociais. O episódio concreto reportado pela literatura como uma aplicação eficiente da Cláusula Geral da boa-fé objetiva diz respeito à revisão dos contratos que sofreram aumentos desproporcionais em função da inflação no período entre guerras (Ebke e Steinhauer, 1995, p. 183). Além deste exemplo, o período posterior à Segunda Guerra Mundial e

¹² A expressão inglesa que remete ao slogan da época é “*a drop of social oil*”.

a recente unificação alemã criaram um ambiente favorável para a aplicação da Cláusula Geral da boa-fé objetiva.

O risco e o medo de subversão na aplicação da Cláusula Geral também estiveram presentes na doutrina Alemã. Hedemann expressa esse sentimento ao escrever em 1933 *Die Flucht in die Generalklauseln – eine Gefahr für Recht und Staat*. Em português, “Voo para as cláusulas gerais – um perigo para o Direito e Estado”. Hedemann alertou sobre o voo suicida que as Cláusulas Gerais possibilitariam. Ele destacou o problema do ativismo judicial decorrente da aplicação da Cláusula Geral e as possíveis injustiças e arbitrariedades que poderiam ser cometidas em consequência. As Cláusulas Gerais seriam também uma porta aberta para pressão política e uso ideológico do Direito (Wieacker, 1997, p. 29). A história alemã revela que essa preocupação se mostrou plausível, especialmente no período nazista quando juízes e Tribunais aplicaram a boa-fé objetiva ideologicamente para prejudicar os judeus nas relações contratuais e com o Estado.

4.2.O *Trade-off* entre o Mergulho no Óleo Social e o Voo Suicida para as Cláusulas Gerais.

O título deste tópico é trazido intencionalmente para evidenciar o *trade-off* decorrente da decisão do órgão julgador em aplicar as Cláusulas Gerais. As terminologias são inspiradas em duas abordagens opostas pesquisadas na realidade alemã. Como mencionado anteriormente, a Alemanha, berço da doutrina sobre cláusulas gerais, vivenciou experiências positivas e negativas relacionadas ao uso das Cláusulas Gerais.

Nesse sentido, este trabalho entende que a boa-fé objetiva aprovada no art. 242 do Código Civil Alemão (BGB) de 1986, suscita o debate sobre duas questões fundamentais: i. a lubrificação do sistema jurídico pelo óleo social e ii. o voo suicida para as Cláusulas Gerais. Em razão de sua importância histórica, essas expressões foram dispostas de forma dicotômica para revelar o *trade-off* decorrente da escolha por um ou outro tipo de aplicação da boa-fé objetiva. A primeira expressão está associada a uma visão otimista em relação aos benefícios da aplicação judicial da Cláusula Geral da boa-fé objetiva; enquanto a segunda é associada com a versão pessimista que investiga os seus riscos e custos para a sociedade.

4.2.1. O Otimismo do Mergulho no Óleo Social

Auer (2006, p. 25) menciona a expressão “o pingo do óleo social” como o *slogan* comumente usado na Alemanha para enfatizar o progresso e as vantagens que o uso de Cláusulas Gerais Morais como a boa-fé objetiva representaria para a lubrificação do sistema jurídico. O princípio formal clássico do *pacta sunt servanda*, segundo o qual o termo dos contratos não poderiam ser modificados, poderia ser mitigado com a introdução da Cláusula Geral da boa-fé objetiva. Ela funcionaria como uma válvula através do qual as demandas ético-sociais teriam lugar.

No estudo seminal publicado inicialmente em 1955, Wieacker (1997, p. 29) interpretou o art. 242 do Código Civil Alemão, alertando sobre o exagerado entusiasmo com o princípio da Boa-fé objetiva percebido como então uma ferramenta jurídica hábil a depurar eticamente os contratos e solucionar o problema dos efeitos da crise econômica nos contratos. Wieacker tinha consciência da limitação que boa-fé objetiva em vista desses ambiciosos objetivos.

Por outro lado, o mesmo autor destaca os benefícios dessa cláusula geral para adaptar as obrigações jurídicas às mudanças sociais vivenciadas pelo Estado e pela sociedade. Do ponto de vista metodológico, representaria uma mudança de um modelo formalista positivista para uma abordagem mais contextualizada do Direito que se aproximaria da Jurisprudência dos Interesses *Interessenjurisprudenz*. Essa escola jurídica alemã vem a reforçar a importância da Cláusula Geral da Boa-fé objetiva como o instrumento jurídico mais adequado para resolver o problema de lacunas e superar a rigidez do ordenamento jurídico, preenchendo-o com soluções razoáveis e equitativas (Colombo, 1990, p. 68).

A nova atmosfera da sociedade industrializada do século XX desencadeou uma crescente demanda por questões de natureza social. A ordem jurídica anterior não seria capaz de atender as novas pressões sociais que surgiam nas sociedades modernas do Ocidente. Nesse sentido, a boa-fé objetiva aparece como um remédio jurídico que possibilitaria a nova ordem jurídica receber o pinga do óleo social. Como a Cláusula Geral da boa-fé é possível se pensar na integração do ordenamento jurídico e negar o dogma da completude. Os juízes e tribunais teriam, assim, o poder de ajustar os contratos, com a discricionariedade adequada tendo em consideração as vicissitudes da vida real.

O episódio concreto reportado na literatura como uma aplicação eficiente e benéfica da Cláusula Geral foi no período entre guerras (1920s) quando teve lugar uma hiperinflação¹³ na Alemanha. Após a primeira guerra mundial, esta hiperinflação causou um impacto desproporcional nos contratos de longo prazo, onerando demasiadamente uma das partes do contrato. A partir da aplicação da boa-fé objetiva os contratos deixaram de ser cumpridos em termos literais para serem revisados a fim de incorporar o índice de inflação de modo a ajustar os preços a nova realidade econômica e social não prevista originalmente pelas partes. Nesse contexto, os devedores moveram ações judiciais contra os credores com a finalidade de adaptar as obrigações contratuais às novas circunstâncias. Os Tribunais decidiram pela aplicação da Cláusula Geral da boa-fé objetiva para restaurar o equilíbrio das promessas assumidas pelas partes (Pistor, 2005, p. 15).

Interessa observar que o Judiciário alemão foi muito criterioso na aplicação da Cláusula Geral da boa-fé objetiva, limitando-a para os casos de extrema desproporção, que representavam os eventos que os devedores não poderiam controlar e estavam fora de sua esfera de influência (Ebke e Steinhauer, 1995, p. 183). O perigo que identificamos na pesquisa está em, ao invés de haver a abertura para gota do óleo social lubrificante mencionado pela doutrina alemã, haver o mergulho profundo no óleo social que sufoca e afoga as relações jurídicas contratuais. Nesse sentido, a aplicação da boa-fé naquele episódio se mostrou benéfica e eficiente, pois as externalidades positivas e negativas foram cuidadosamente avaliadas.

O problema da abordagem otimista está em supervalorizar os benefícios da aplicação da Cláusula Geral da boa-fé e negligenciar seus custos sociais. O fascínio pelas Cláusulas Gerais como lubrificantes da ordem jurídica podem ofuscar os prejuízos decorrentes de seu uso inadvertido e inadequado.

4.2.2. O Voo Suicida para as Cláusulas Gerais

Ao mesmo tempo em que a boa-fé objetiva fascinou alguns acadêmicos, ela também preocupou outros. Um dos mais céticos, como mencionado antes, é Hedemann que em 1933

¹³Fenômeno também reportado como *endogenous legal boom* pela literatura estrangeira.

escreveu “Voo para as cláusulas gerais – um perigo para o Direito e Estado”. O medo estava relacionado com a degeneração do Direito a partir da aplicação de normas jurídicas abertas como a Cláusula Geral da boa-fé objetiva. A crítica é dirigida ao uso demagógico das Cláusulas Gerais, pois isso representaria uma porta aberta para a arbitrariedade judicial. Ademais, há uma preocupação sobre a possibilidade de maior influência política e pressão do Estado no processo de tomada de decisão através do uso das Cláusulas Gerais, especialmente em regimes totalitários.

Os exemplos dramáticos da ditadura Nazista e Fascista são evidências históricas de mau uso da Cláusula Geral da boa-fé objetiva (Colombo, 1990, p. 72). Hedemann adverte sobre o perigo para o Direito e para o Estado destacando que a discricionariedade ilimitada, oportunizada pelo uso das Cláusulas Gerais, poderia ruir com os pilares do Estado de Direito e impossibilitar qualquer tipo de controle. O custo de monitoramento na aplicação das Cláusulas Gerais é muito alto. Nesse sentido, o acadêmico se preocupa com as potenciais injustiças decorrentes de um ativismo judicial sem controle.

A própria história da Alemanha revela que essa preocupação teve fundamento, especialmente com a verificação dos casos no período nazista em que os juízes aplicavam a Cláusula Geral da boa-fé objetiva ideologicamente pra prejudicar os judeus. A literatura reporta aplicações perversas da Cláusula Geral da boa-fé objetiva para retirar completamente o direito legítimo de pensão de judeus aposentados (Auer, 2006, p. 30).

Ainda de acordo com Sylvanie Colombo (1990), as doutrinas fascistas e nazistas deformaram o conceito de solidariedade invocando a ideologia do nacional socialismo para construir um sistema jurídico em favor da função social do Direito. Colombo ainda evidencia que as cláusulas gerais abriram, de fato, o caminho para a ascensão e justificação dos regimes totalitários. Uma vez o regime se consolidava, a interpretação flexível era abandonada e o positivismo rígido era restaurado novamente.

Considerando a lógica acima, um instrumento jurídico sozinho não é capaz de sustentar e manter um regime político. A relação causal pode também ser inversa. As evidências históricas sugerem que o contexto político é capaz de moldar o sistema jurídico para atender a seus interesses. Nesse sentido, não se pode acusar a Cláusula Geral da boa-fé objetiva como a responsável pelo período de terror na Alemanha, uma vez que ela pode funcionar tanto no regime totalitário quanto no democrático.

A eficiência e a justiça do resultado dependem do uso que os Tribunais fazem do instituto jurídico da boa-fé objetiva. A independência do Judiciário frente às pressões políticas e o grau de discricionariedade dos juízes são importantes variáveis para melhor entender o risco do voo suicida das Cláusulas Gerais. Nesse sentido, o cuidado com a aplicação de Cláusulas Gerais deve ser redobrado em Estados cujo Judiciário não é independente e é facilmente influenciável pelas pressões políticas. Nessa hipótese, a boa-fé pode acabar por favorecer a arbitrariedade judicial.

Depois do período Nazista havia a grande preocupação na Alemanha em “domesticar o monstro”¹⁴, criada pela Cláusula Geral da boa-fé objetiva. Zimmerman e Whittaker (2000) destacam a introdução de outra Cláusula Geral de natureza constitucional para inibir possíveis abusos que a aplicação da boa-fé objetiva poderia ensejar. Foi introduzida, assim, a Cláusula Geral da dignidade da pessoa humana no texto constitucional. Interessa observar que no Direito Alemão a dignidade da pessoa humana vem como princípio, no sentido de Cláusula Geral, para frear e controlar possíveis excessos no uso de outras Cláusulas Gerais como a boa-fé objetiva. No

¹⁴ Domesticar o monstro é a expressão usada por Zimmermann e Whittaker (2000, p. 22) no estudo comparado sobre a boa-fé objetiva na Europa.

Brasil, inversamente, a dignidade da pessoa humana é alegada para ampliar o vôo suicida das Cláusulas Gerais.

Interessa destacar, ainda, o debate atual presente na Europa diante da necessidade de elaboração de um Código Civil comum para toda Comunidade Europeia. A grande discussão é se devem ou não inserir nesse Código a previsão de Cláusulas Gerais e quais serão seus custos e benefícios. A Inglaterra tem se mostrado bastante cética e preocupada com a possibilidade de introdução de Cláusulas Gerais, como a Boa-fé objetiva, em um Código de validade transnacional. Segundo Teubner (1998, p. 20), os ingleses estão irritados com a possibilidade de introdução de Cláusulas Gerais no Direito Comum Europeu e se posicionam contrários. A Inglaterra entende que a Cláusula Geral da Boa-fé objetiva é um vírus do Direito Continental que pode contaminar e ruir o tradicional direito privado britânico, provocando uma mudança radical de abertura para uma discricionariedade perversa.

5. O Resultado Eficiente depende do Desempenho dos Tribunais.

A dicotomia explorada nos dois itens anteriores foi disposta intencionalmente para destacar alguns argumentos históricos a favor e contra o uso das Cláusulas Gerais. Os adjetivos otimista e pessimista foram utilizados para mostrar que uma e outra abordagem estava cega a contribuição da outra. Na forma de *trade-off*, a escolha da versão otimista excluiria a pessimista e vice-versa. Como cada abordagem foi apresentada em seus extremos, uma enfatizou em demasia os benefícios, enquanto a outra enfatizou os custos.

A aplicação judicial da boa-fé como lubrificante do sistema jurídico seria desejável somente se ela conseguisse contrabalançar e compensar os efeitos perversos do voo suicida para as Cláusulas Gerais. O maior problema é que a dimensão dos custos e benefícios não podem ser antecipadas aprioristicamente. Sua extensão e materialização dependem de uma importante variável que interage determinando o resultado qualquer que seja a abordagem (otimista ou pessimista) – a performance dos Tribunais.

Uma vez que o problema da performance dos Tribunais é colocado, a questão do erro judicial aparece como problema concreto. Erro aqui é entendido como aquela decisão que foge de um parâmetro de eficiência. Desse modo, deve ser questionado se as partes querem enfrentar os custos da decisão errada. Como esses custos variam em diferentes jurisdições, o contexto do país em análise deve ser levado em consideração. Ademais, a *expertise* do juiz irá interferir no resultado. De acordo com Schäfer (2006, p. 113), o contexto dos países pobres e subdesenvolvidos com juízes pouco treinados na análise econômica da decisão indica que normas jurídicas mais precisas são preferíveis em comparação com normas abertas, principiológicas e cláusulas gerais. Por outro lado, normas mais abertas se mostram mais eficientes em países desenvolvidos, onde o erro judicial é minimizado em razão de os juízes serem mais especializados nos temas a serem decididos. A maturidade institucional, elevado capital humano e a independência dos juízes são, assim, fatores que colaboram para minimizar o erro judicial (decisão ineficiente) num sistema de normas jurídicas abertas.

Em relação à performance dos Tribunais, interessa mencionar a crítica de Maria Sepe (2006, p. 28) a alguns doutrinadores da linha *Law and Economics* (Análise Econômica do Direito). Ao tempo em que os analistas econômicos, como Posner e Ehrlich (1974) e Schäfer (2006), focaram nos benefícios da aplicação da Cláusula Geral da boa-fé como remédio jurídico para reduzir os custos de especificação na elaboração dos contratos e impedir o comportamento

oportunista, eles esqueceram de sopesar a alta probabilidade de o Tribunal poder errar na sentença e preencher lacunas do contrato modo ineficiente, gerando externalidades negativas para a sociedade. Sepe (2006), ademais, entende que o teste de eficiência acerca da aplicação mais adequada da Cláusula Geral da boa-fé objetiva passa antes pela discussão hermenêutica sobre qual interpretação é preferível (formalista ou contextualista).

Levando em consideração o último argumento sobre a interpretação dos Tribunais, o resultado negativo apontado pela versão pessimista do “voo suicida para as Cláusulas Gerais” pode ser, por exemplo, evitado e minimizado a partir de uma interpretação mais formal que opte por garantir o cumprimento do contrato nos termos em que ele foi acordado. Por outro lado, a interpretação contextualista pode ser uma escolha mais eficiente para economizar os custos de especificação e fortalecer a cooperação nos contratos de longo-prazo. O resultado, ao final, irá depender da habilidade do Tribunal em analisar eficientemente o caso concreto. Juízes independentes e bem treinados são fundamentais nessa tarefa. Assim, uma interpretação mais formalista pode ser preferível para se lograr eficiência e bem-estar social em alguns casos; enquanto que para outros casos uma interpretação mais contextualizada e flexível é a melhor opção. Com o caso concreto sob análise poderá ser possível avaliar qual a escolha mais adequada.

6. A Função Econômica das Cláusulas Gerais.

A discussão envolvendo a função econômica das Cláusulas Gerais está inserido em um debate mais amplo sobre a eficiência entre normas jurídicas mais abertas e flexíveis e regras jurídicas mais precisas, como visto nos tópicos 1 e 2. Existem argumentos de bem-estar social (*welfare*) tanto a favor e contra a aplicação das normas acima. Ademais, os estudos ainda incipientes sobre a função econômica da boa-fé objetiva são frutíferos em fornecer *insights* sobre a eficiência da Cláusula Geral. Todavia, é importante destacar que a maioria dos estudos de economia sobre a boa-fé nos contratos têm enfatizado, sobretudo, seus efeitos positivos.

Recentemente, alguns doutrinadores da Análise Econômica do Direito têm se interessado pelo tema da função da boa-fé nos contratos. Todavia, como Mackaay e Leblanc (2003, p. 9) destaca, ainda é muito difícil encontrar estudos de análise econômica da boa-fé e maioria dos que existem exploram o tema incidentalmente. Ainda é um tema que está em processo de teorização.

O caminho, então, tem sido investigar a análise econômica das normas jurídicas mais abertas (*standards*) e mais precisas (*rules*). Em termos gerais, o argumento econômico em favor das Cláusulas Gerais é de que normas mais vagas e abertas são mais eficientes do que normas mais precisas e específicas. Assim, Cláusulas Gerais como a boa-fé objetiva seriam capazes de reduzir os custos de transação, possibilitando as partes economizar no momento de elaboração do contrato ao não ter de especificar todos os termos e alocando os riscos para o futuro. Neste caso, assume-se que os custos de especificação na elaboração do contrato são muito altos e a probabilidade de ocorrência de contingência é baixa. Desse modo, um possível evento imprevisível que suscite uma revisão contratual é mais eficiente resolvido se for possível ser aplicada uma Cláusula Geral aberta como a boa-fé objetiva.

Diversamente, os argumentos econômicos contrários à boa-fé objetiva enfatizam a incerteza e não clareza que pode ter lugar a partir da aplicação de Cláusulas Gerais abertas como a boa-fé. A Cláusula Geral é entendida como ineficiente na medida em que abre a porta para um ativismo judicial arbitrário, aumentando a insegurança jurídica. Previsões legais e contratuais menos claras e mais vagas desencorajam o investimento. Ademais, o perigo dos Tribunais

realizarem uma aplicação equivocada de uma Cláusula Geral como a boa-fé objetiva multiplica os custos para a celebração de contratos futuros. Outro efeito pode ser percebido: normas abertas e Cláusulas Gerais podem induzir a uma maior informalidade que destrói o incentivo das partes em celebrar contratos em linguagem formal jurídica (Auer, 2006, p. 61).

Considerando a análise econômica das normas jurídicas do tipo *standards* e *rules*, a riqueza e a pobreza do Estado envolvida importa para avaliação do resultado. Como mencionado, Schäfer provoca novo debate em 2006 ao perceber que a aplicação de *standards* e *rules* difere em países desenvolvidos e subdesenvolvidos. O autor destaca que a disponibilidade de capital humano como variável para a aplicação eficiente de Cláusulas Gerais e normas jurídicas mais abertas. Em contextos culturais e sociais, em que o capital humano é deficiente, é preferível optar por normas jurídicas mais precisas.

7. Reduzindo os Custos de Transação e Inibindo os Comportamentos Oportunistas.

A função econômica da Cláusula Geral nos contratos coincide com o propósito tradicional do Direito Contratual visto pela análise econômica – reduzir os custos de transação. Os estudos recentes em análise econômica apontam que a Cláusula Geral da boa-fé pode ser um eficiente instrumento jurídico para incentivar a cooperação e confiança nas relações jurídicas. Uma norma aberta como a boa-fé objetiva é um importante remédio jurídico para inibir o oportunismo.

A proteção dos contratos a partir da valorização da boa-fé objetiva é também apontado por Schäfer e Ott (2004) como relevante, especialmente em contextos econômicos em que há falha de mercado, como o famoso caso do *Market of Lemons* trabalhado por Akerlof (1970, p.490), no qual o prêmio pelo comportamento oportunista é superior ao prêmio pelo comportamento baseado na boa-fé. De fato, a desconfiança no mercado de carros usados conhecido como *lemons* e o contexto de assimetria de informação cria incentivos para o comportamento oportunista que acaba por excluir os bons carros do mercado. O modelo econômico dos *lemons* é também usado para explicar como comportamento desonestos tem expulsado comportamentos honestos no mercado. Akerlof reconhece esse fenômeno como um problema severo enfrentado pelos países subdesenvolvidos.

O comportamento oportunista é também complicado em contratos de troca diferidas, quando a parte que cumpre primeiro sua obrigação pode sofrer a defecção da outra parte que irá cumprir sua obrigação no futuro. Isso pode acontecer, por exemplo, em um contrato de empréstimo, em que as prestações não são simultâneas. Direito Contratual é assim necessário para mitigar o risco de defecção e induzir a cooperação das partes que integram o contrato (típico dilema do prisioneiro).

De acordo com Trebilcock (1993, p.16), o Direito Contratual deve (i) desempenhar um importante papel na prevenção do comportamento oportunista em acordos de cumprimento não simultâneo; (ii) economizar os custos de transação; (iii) preencher eficientemente as lacunas dos contratos incompletos; (iv) distinguir e garantir o cumprimento eficiente dos contratos.

O Direito Contratual pode reduzir os custos de transação imitando a alocação de risco de um contrato plenamente especificado. Nesse sentido, os Tribunais devem preencher as lacunas do contrato alocando o risco para a parte que tem menos custos para evitá-lo. A boa-fé também pode reduzir o oportunismo na fase pré-contratual ao estabelecer regras de dever de informação que

sejam socialmente produtivas. Os custos de oportunismo pós-contratual pode ser mitigado pela aplicação da boa-fé objetiva para que os Tribunais criem regras para proteger as partes contra a exploração oportunista após uma das partes ter realizado um elevado investimento específico que não pode ser compensado (2004, p. 342).

Observa-se, assim, que um sistema jurídico que cria incentivos para premiar a aplicação eficiente do *standard* da boa-fé objetiva, colabora para uma maior cooperação nas relações contratuais, desestimulando comportamentos oportunistas. Por outro lado, se o modo de aplicar o *standard* da boa-fé objetiva pelos Tribunais desvia-se da eficiência e premia o comportamento oportunista, esta cláusula geral transforma-se em uma porta aberta para a insegurança jurídica, instabilidade e descrença nas instituições jurídicas.

A grande questão está em saber se os Tribunais, na prática, estão premiando os comportamentos oportunistas e, conseqüentemente, desvirtuando a contribuição que o *standard* da boa-fé objetiva pode proporcionar. Essa é uma importante consideração de cunho pragmático que aplicação da teoria da análise econômica na avaliação das regras e *standards* pode ensejar.

8. Os Desafios do Caso Brasileiro: a consciência dos custos de transição para um sistema baseado predominantemente em *standards*.

A experiência verificada no Direito Europeu Continental com a introdução de Cláusulas Gerais como a função social do contrato, a boa-fé objetiva e a dignidade da pessoa humana são fundamentais para que se percebam os efeitos da inversão que vem acontecendo em países em desenvolvimento como o Brasil. Enquanto que os Estados europeus privilegiam uma aplicação criteriosa das Cláusulas Gerais, na maioria das vezes, subsidiária, observando a eficiência e a repercussão social a longo prazo; o que se verifica no Brasil é uma suposta banalização das Cláusulas Gerais que são chamadas para fundamentar (justificar) toda sorte de decisões. Isso acaba por transformar as Cláusulas Gerais num recurso estratégico que alimenta um ativismo judicial, cuja qualidade é questionável¹⁵.

Assim, a expansão do Poder Judiciário, favorecida a partir de 1988 com a redemocratização e a ampliação das Cláusulas Gerais, não coincide necessariamente com a realização dos avanços sociais alegados pelos juízes em suas sentenças, sob a rubrica de Princípios, Cláusulas Gerais, Normas Abertas e Programáticas, dentre outros. Ao contrário, há fortes indícios de terem sido produzidos efeitos adversos negativos que afetaram a própria credibilidade e legitimidade dos Tribunais face o uso indiscriminado e inadvertido de normas abertas, vagas e ambíguas.

Têm lugar, então, questões como as que seguem para pesquisa futura. Como explicar o relativo sucesso institucional da expansão de Judiciário que na Europa favoreceu o fortalecimento das relações jurídicas e garantiu o desenvolvimento? Por outro lado, como explicar os problemas institucionais verificados em boa parte dos países subdesenvolvidos e emergentes, onde o descompasso entre direito formal e o direito real acende a crise de legitimidade e a descrença no Poder Judiciário?

¹⁵ Mencione-se o famoso caso em que o Judiciário fazendo o uso da Cláusula Geral da Função Social do contrato e da boa-fé objetiva modificou as cláusulas do contrato de financiamento de soja no Estado de Goiás para favorecer a parte mais fraca, gerando externalidades negativas tanto para o pequeno produtor como para a sociedade, caracterizando-se como uma intervenção judicial ineficiente (Timm, 2008, p. 66).

Um caminho para responder essas questões é explorar a contribuição da análise econômica do direito das Cláusulas Gerais desenvolvida nesse artigo. A escolha por normas jurídicas mais vagas e abertas, como *standards*, deve vir associada com a consideração de seus custos e benefícios. Antecipadamente *standards* ou regras não são melhores ou piores, mas podem funcionar de modo mais eficiente em determinados contextos. A clareza sobre os custos que a sociedade está a arcar com opção por *standards* é fundamental para se repensar o desenho institucional que o sistema jurídico brasileiro está assumindo. Nesse ponto, o grau de maturidade institucional de cada Estado importa.

Estados que já alcançaram um grau de maturidade elevado, como o caso da Alemanha aqui estudado, e vivenciaram historicamente experiências de transição, podem hoje se beneficiar das externalidades positivas da aplicação das cláusulas gerais. Como destacado nos tópicos anteriores, o custo de administração e controle (monitoramento) de um sistema jurídico baseado preferencialmente em *standards* é extremamente elevado. A introdução de *standards* demanda profissionais com formação altamente especializada, que não é satisfatória em países em desenvolvimento como o Brasil, cujos juízes lidam diariamente com uma quantidade enorme de processos, submetendo-se a metas de produtividade que não avaliam a eficiência¹⁶ de sua decisão, nem a sua repercussão no bem-estar social a longo prazo.

Desse modo, o escasso capital humano em um sistema jurídico que privilegie *standards* e Cláusulas Gerais é extremamente temerário. Ao invés de Cláusulas Gerais reduzirem os custos de transação, o efeito pode ser exatamente o inverso na ausência ou deficiência de capital humano especializado – aumento exagerado dos custos de transação. O Brasil está inserido no contexto daqueles países que mantêm uma ampla e custosa estrutura judiciária¹⁷, mas que ainda não alcançou o nível adequado de capacidade institucional e qualificação especializada para aplicação de *standards*, consoante as hipóteses lançadas pela análise econômica. Esse artigo pretende, assim, lançar o novo olhar da análise econômica para um antigo problema – a ineficiente aplicação judicial das Cláusulas Gerais e das normas jurídicas abertas.

9. Referências

- Akerlof, G. A. (Ago. de 1970). The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, 84 (3), pp. 488-500.
- Auer, M. (17 de Nov. de 2006). *The Structure of Good Faith: A Comparative Study of Good Faith Arguments*. Acesso em 23 de Abr. de 2010, disponível em Social Science Research Network: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=945594
- Ávila, H. B. (2007). *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros.
- CNJ. (2010). *Justiça em Números 2009: indicadores do Poder Judiciário*. Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Pesquisas Jurídicas. Brasília: Conselho Nacional de Justiça.

¹⁶ Destaca-se o trabalho coordenado pelo Professor Luciano Timm que desenvolveu pesquisa empírica sobre problema da morosidade do judiciário brasileiro, aplicando concretamente o referencial teórico da análise econômica do direito e avaliando a eficiência da prestação jurisdicional em unidades da federação no Brasil. Uma das sugestões apresentadas no relatório está na criação de um critério específico para punir o litigante de má-fé (PUCRS, 2011).

¹⁷ Relatórios anuais do Conselho Nacional Justiça indicam um Judiciário caro, mas não eficiente. Alta taxa de congestionamento e incapacidade de atender às demandas em tempo razoável. (Conselho Nacional de Justiça, 2010).

- Colombo, S. (1990). *The Implications of Good Faith in Culpa in Contrahendo*. Yale University, Yale Law School. New Haven, Connecticut: Supervisor: Anthony Kronman.
- Cooter, R. D., & Schäfer, H.-B. (2009). *Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations*. Acesso em 23 de Jul. de 2009, disponível em BerkeleyLaw: http://works.bepress.com/robert_cooter/156/
- Cooter, R. D., & Ulen, T. S. (2004). *Law and Economics* (4th ed.). New York, NY, EUA: Addison Wesley.
- Davis, K. C. (1969). *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. Baton Rouge, Louisiana, EUA: Louisiana State University.
- Dworkin, R. M. (Aut. de 1967). The Model of Rules. *The University of Chicago Law Review*, 35 (1), pp. 14-46.
- Ebke, W. F., & Steinhauer, B. M. (1995). The Doctrine of Good Faith in German Contract Law. In: J. Beatson, & D. Friedman, *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford, Inglaterra: Clarence Press.
- Ehrlich, I., & Posner, R. A. (Janeiro de 1974). An Economic Analysis of Legal Rulemaking. *The Journal of Legal Studies*, 3 (1), pp. 257-286.
- Fon, V., & Parisi, F. (Ago. de 2007). On the optimal specificity of legal rules. *Journal of Institutional Economics*, 3 (2), pp. 147-164.
- Kaplow, L. (Dezembro de 1992). Rules versus Standards: An Economic Analysis. *Duke Law Journal*, 42 (3), pp. 557-629.
- Mackaay, E., & Leblanc, V. (2003). The Law and Economics of Good Faith in the Civil Law of Contract. *Conference of the European Association of Law and Economics* (pp. 1-30). Nancy, France: European Association of Law and Economics.
- Morison, W. (2006). *Filosofia do Direito dos Gregos ao Pós-Modernismo*. São Paulo: Martins Fontes.
- Peirce, C. S. (1934). *Pragmatism and Pragmaticism*. Cambridge: Harvard University Press.
- Peirce, C. S. (1955). How to make our ideas clear. In: J. Buchler, *Philosophical writings of Peirce*. New York: Dover Publication.
- Pistor, K. (2005). *Legal Grounds Rules in Coordinated and Liberal Market Economies*. ECGI - Law Working Paper No. 30/2005.
- Posner, R. A. (1991). What has Pragmatism to offer law? In: M. Brint, & W. Weaver, *Pragmatism in Law and Society* (pp. 36-37). Boulder: Westview Press.
- Posner, R. A. (Mar. de 1998). Creating a Legal Framework for Economic Development. *World Bank Research Observer*, 13 (1), p. 11.
- PUCRS. (2011). *Demandas Judiciais e Morosidade da Justiça Civil - Relatório Final Ajustado*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Porto Alegre: Conselho Nacional de Justiça - CNJ.
- Schäfer, H.-B. (2002). Legal Rules and Standards. *German Working Papers in Law and Economics*, 2002 (2), pp. 1-8.
- Schäfer, H.-B. (2006). Rules versus Standards in Rich and Poor Countries: Precise Legal Norms as Substitutes for Human Capital in Low-Income Countries. *Supreme Court Economic Review*, 14, pp. 113-134.
- Schäfer, H.-B., & Ott, C. (2004). *The Economic Analysis of Civil Law*. Cheltenham: Edward Elgar.

- Schauer, F. (2002). *Playing by the rules: a Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life*. Oxford: Clarendon Press.
- Schlag, P. J. (Dez. de 1985). Rules and Standards. *University of California Law Review*, 33, p. 379.
- Sepe, S. M. (2006). Good faith and Contract Interpretation: A law and economic perspective. *Siena Memos and Papers in Law & Economics - SIMPLE*, 42.
- Teubner, G. (Jan. de 1998). Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends up in New Divergences. *The Modern Law Review*, 61 (1), pp. 11-32.
- Timm, L. B. (2008). Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. In: L. B. Timm, *Direito & Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Trebilcock, M. J. (1993). *The Limits of Contract*. Cambridge: Harvard University Press.
- Wieacker, F. (1997). *El Principio General de la Buena Fe (Zur rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB)*. (J. Carro, Trad.) Madrid: Civitas.
- Zimmermann, R., & Whittaker, S. (2000). Good faith in European Contract Law: surveying the legal landscape. In: R. Zimmermann, & S. Whittaker, *Good Faith in European Contract Law* (pp. 7-62). Cambridge: Cambridge Press.