

ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO E EFICIÊNCIA CONTRATUAL*
CONTRACTUAL ECONOMIC ANALYSIS AND CONTRACTUAL EFFICIENCY

Leonardo Galvani**

RESUMO: O ensaio presente trabalha o instituto do Contrato, a partir da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann para concluir que no contrato se encontra o vértice, ou ponto de contato entre os subsistemas econômico, jurídico e político. Após essa abertura, passa a analisar a complexidade do contrato pelo viés da escola da Análise Econômica do Direito para tratar da sua eficiência como instrumento econômico, jurídico e político.

Palavras-chave: Contrato. Eficiência contratual. Economia.

ABSTRACT: The present text works the institute of the Contract, based on the Niklas Luhmann theory of social systems, to conclude that the contract is the vertex, or the point of contact between the economic, legal and political subsystems. After this opening, it begins to analyze the complexity of the contract through the Law & Economics to deal with its efficiency as an economic, legal and political instrument.

Keywords: Contract. Contractual efficiency. Economy.

* Artigo recebido em: 08.04.2017
Artigo aceito em 10.12.2017

** Doutor (2014) e Mestre (2009) em Direito Privado pela PUC-Minas. Especialista em Direito de Empresa pela Universidade Gama Filho (2001), graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos (1996). Professor de Direito Civil no Curso de Direito da Faculdade Pitágoras de Belo Horizonte e de Betim. <http://lattes.cnpq.br/6167427817497209>. **Belo Horizonte - MG. E-mail: leogalvani@gmail.com.**

INTRODUÇÃO

A realidade do mercado e das relações comerciais que negociam bens e serviços não depende apenas do sistema econômico de preços, mas também do sistema legal, porque, como ressalta Freitas¹, o ambiente legal causa impacto nos custos de transação influencia significativamente o comportamento dos agentes econômicos.

A disciplina jurídica contratual advém de matérias que tem por núcleo um misturado de normas que se situam topograficamente na Constituição Federal e no Código Civil. Ao redor destes, orbitam diversos microssistemas que a partir daí se desenvolvem, como é o caso do consumidor.

Nos dizeres de Zylbersztajn e Sztajn² o diálogo entre economia e direito colabora na associação de eficácia e eficiência como aptidão para atingir o melhor desempenho com o mínimo de erros ou perdas, obter ou visar ao melhor rendimento e alcançar a função prevista de maneira mais produtiva. Essa função, mais além do material, pode verter-se na dignificação da pessoa humana pela promoção de seus valores essenciais e na tutela de seu modo de vida.

A introdução, nessa discussão, dos assuntos de ordem política, pertine na medida em que esse sistema é o responsável pela positivação de padrões de comportamento e/ou valores que determinam a disciplina jurídica dos contratos.

Em Luhmann pode-se buscar uma concepção para o instituto do contrato de forma mais abrangente porque abarca sistemas³ além do Direito. Investiga-se, por conseguinte, como o contrato acontece, simultaneamente, nos universos jurídico, econômico e político. Essa abordagem abre espaço para uma releitura da moderna

¹ FREITAS, N. 'Law and economics' (análise econômica do direito). Disponível em <<http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=262>>. Acesso em 30/01/2008.

² ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

³ Na obra *Sociologia do direito*, vol. I, Niklas Luhmann descreve sua teoria dos sistemas a partir do entendimento de que a teoria da sociedade como a totalidade abrangente do convívio social teria desmoronado. Assim propõe “a sociedade como um sistema social que, em um ambiente altamente complexo e contingente, é capaz de manter relações constantes entre as ações, (produzindo, para tanto, e organizando) uma seletividade de tal forma que ela capte a alta complexidade e seja capaz de reduzi-la a bases de ação, passíveis de decisão.” (LUHMANN, 1983, p. 168). A sociedade é aquele sistema social cuja estrutura regula as últimas reduções básicas, às quais outros sistemas sociais podem referir-se. Ela transforma o indeterminado no determinado, ou pelo menos em uma complexidade determinável por outros sistemas (v.g., famílias, empresas, conventos, associações, festas, conferências, economia, política, processo). “A sociedade garante aos outros sistemas um ambiente por assim dizer domesticado, de menor complexidade, um ambiente no qual já está excluída a aleatoriedade das possibilidades, fazendo assim com que ele apresente menos exigências à estrutura do sistema.” (LUHMANN, 1983, p. 168). Nesse ínterim, o direito é o sistema que estrutura o ambiente social, o que muitas vezes implica na criação de sistemas parciais, como o direito penal, ou do consumidor. “Todo sistema parcial constitui um estilo próprio de seleção no qual, ao lado das descon siderações valorativas reconhecidas genericamente e transcendent es, são incorporados critérios específicos ao sistema parcial, valores defensivos, técnicas de trabalho, etc.” (LUHMANN, 1985, p. 78).



teoria contratual sob o prisma da Análise Econômica do Direito.

Parte-se de três idéias essenciais que levam ao entendimento do contrato enquanto (a) operação econômica, instrumento, pois, da ciência (do sistema) econômica; (b) do contrato enquanto instrumento jurídico e autônomo da operação econômica, portanto encarregado de lhe dar validade e legitimidade; e (c) do contrato enquanto instrumento político e de políticas públicas, realizador da ordem econômica constitucional, porquanto instrumento de edificação dos fins materiais e extrapatrimoniais perseguidos pelo Estado democrático de Direito.

Considerando-se que as normas jurídicas criam custos implícitos para tipos diferentes de conduta, e as respostas a esses respectivos custos podem ser examinados da mesma maneira em que os economistas examinam as respostas dos consumidores aos preços explícitos de qualquer bem ou serviço⁴, no sentido de evidenciar que a Lei “*puede ser utilizada como um instrumento para incrementar el tamaño del pastel económico.*”⁵, o texto se propõe a introduzir uma análise econômica positiva⁶, portanto, da disciplina jurídica dos contratos.

Tem por escopo compreender e explicar o instituto sob comento enquanto comportamento regulado pelo sistema legal, bem como sua própria estrutura, no sentido de verificar se realmente há promoção de eficiência, que reflete em incremento do mercado.

1 O CONTRATO-CONCEITO ECONÔMICO E CONTRATO-CONCEITO JURÍDICO

Nem sempre o contrato foi entendido e recepcionado pela sociedade como um conceito jurídico, ou seja, como “uma construção da ciência jurídica elaborada com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito”.⁷

Ainda no período romano clássico não existia, como hodiernamente concebido, uma figura geral de contrato como invólucro jurídico que permita espelhar a pluralidade e variedade das operações econômicas.

O formalismo estabelecido pela *stipulatio*⁸, mesmo que indispensável

⁴ Nas palavras do autor: “*Las normas jurídicas crean precios implícitos para tipos deferentes de conducta, y las respuestas a esos precios implícitos pueden examinarse de la misma manera en que los economistas examinan la respuesta de los consumidores a los precios explícitos de cualquier bien o servicio.*” (ROEMER, 1998, p. 14).

⁵ ROEMER, A. Introducción al análisis económico del derecho. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 15.

⁶ Richard Posner (1998) propõe uma distinção da matéria em análise positiva e normativa econômica do direito. Na primeira modalidade busca-se explicar o que é, o que foi, ou mesmo busca-se prever o que será, investigando a estrutura do sistema de um lado, e do outro o comportamento das pessoas regulado pelo sistema legal. Já a análise normativa preocupa-se em argumentar sobre o que *deve ser*.

⁷ ROPPO, E. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988.

⁸ Consoante Gilessen, (2001) a *stipulatio* trava-se de um contrato formal, no sentido de que era exigida, sob



para conclusão do acordo de vontades era, de tão elementar, quase (em face das concepções atuais) lúdico, a ponto de ser interpretado apenas como uma “cerimônia revestida de uma espécie de valor mágico ou até religioso”⁹ que impulsionava existência e validade da obrigação assumida. A operação econômica¹⁰, dessa forma, sobrepunha-se ao contrato (conceito jurídico), absorvendo-o. Com o passar do tempo, surgiram e solidificaram-se nos costumes as mais importantes figuras contratuais da época, baseadas naquelas operações econômicas mais importantes, portanto reiteradas, da sociedade romana, v.g. compra e venda, locação, depósito, mútuo.

Em momento posterior, o mais importante legado do direito romano, a compilação de Justiniano, criou a figura do contrato inominado, ou seja, um molde no qual caberiam todas as possíveis formas de operações econômicas, dando-lhes validade legal. Nesse instante o contrato desprega-se da operação econômica que o impulsiona e passa a ter existência jurídica autônoma, tornando-se a “veste legal típica das operações econômicas”¹¹.

Os elementos da área econômica atingiram, então, a relação jurídica que espelhava a troca ou a circulação de riquezas¹². O sistema econômico, com seus caracteres, institutos, conceitos, linguagem, regras próprias, encarnado na operação econômica, influiu o conteúdo das regras do sistema jurídico atinentes ao contrato.

Inerentemente, a partir do momento em que se iniciou a tipificação de varias modalidades (as mais usuais) de operações econômicas, redundando-as em contratos típicos, a influência do sistema do Direito começou a se fazer presente, pois deu à operação econômica validade e legitimidade jurídica a ponto de conferir tutela da relação estabelecida e possibilidade de apreço pelo judiciário de interesses lesados ou obrigações não cumpridas.

Infere-se que desde o crescente nível de complexidade e multiplicação das operações econômicas (o que foi permitido, inclusive pela figura do contrato inominado, por sua vez determinado pela crescente expansão das atividades de produção, de troca, de distribuição de serviços) passou-se a disciplinar legalmente os contratos, textificando as regras impostas pela natureza (força maior, caso fortuito) ou ditadas pela razão (experiência humana). Essa intervenção legislativa, advinda das “forças políticas que exprimem o poder legislativo”¹³ destinou-se a satisfazer, promovendo-os, determinados interesses (em sacrifício de outros), de acordo com o momento histórico (feudalismo, absolutismo, constitucionalismo; Estado liberal, social

pena de nulidade, a troca de certas palavras solenes entre o credor e o devedor. Tais palavras eram simples, por exemplo, *Spondere?* (Prometes?). *Spondeo!* (Prometo!). Pactos e convenções das mais diversas naturezas, ministra Roppo (1998), se enquadravam nesse esquema solene.

⁹ ROPPO, E. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988, p. 16.

¹⁰ Roppo (1988), no que concerne à operação econômica, entende-lhas como “as situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato”. (ROPPO, 1998, p. 8).

¹¹ ROPPO, E. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988., p. 17.

¹² Roppo (1988) coloca *riqueza* como não só o dinheiro e outros bens materiais, mas tal qual todas as utilidades susceptíveis de avaliação econômica, ainda que não sejam *coisas* no sentido próprio.

¹³ Ibidem, p. 22.



ou democrático) vivenciado.

Nas codificações oitocentistas o contrato recebe tratamento jurídico destinado a perenizar e planificar determinadas e reiteradas práticas mercantis de caráter e com finalidades econômicas. O princípio do consensualismo e o respeito à palavra dada (*pacta sunt servanda*) desenvolvidos, segundo Gilissen¹⁴ por força da evolução direito canônico, já impregnavam os tantos artigos do código napoleônico destinados à regulação das obrigações. O mesmo se pode dizer do individualismo, fruto marcante do iluminismo, traço fundamental no Estado burguês. No domínio dos contratos, como anota Gilissen, “o individualismo traduz-se, sobretudo pela autonomia da vontade. Cada indivíduo, enquanto sujeito de direito, goza de liberdade de se obrigar ou não, sendo pela sua vontade consciente que ele se obriga.”¹⁵

É a idade de ouro da liberdade absoluta das convenções entre vendedores e compradores, entre patrões e operários, entre senhores e inquilinos, etc., com a consequência da obrigação de as executar, mesmo se elas se revelassem injustas ou socialmente graves ou perigosas. Pois então estava-se convencido de que todo o compromisso livremente querido era justo.¹⁶

Seguindo mesmo trilho, Roppo assevera que todos os princípios ideológicos que informavam a teoria geral dos contratos redundavam numa única idéia: a da liberdade de contratar.

Com base nesta, afirmava-se que a conclusão dos contratos devia ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados: deviam ser estes, na sua soberania individual (expressão máxima do racionalismo e individualismo) de juízo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular em certo contrato, a estabelecer se concluí-lo com esta ou com aquela contraparte, a determinar com plena autonomia seu conteúdo, inserindo-lhe estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço. [...] (de forma que) não se admitia, por princípio, que a liberdade contratual fosse submetida a vínculos positivos, a prescrições tais que impusessem aos sujeitos, contra a sua vontade, a estipulação de um certo contrato, ou a estipulação com um sujeito determinado, ou por um certo preço ou em certas condições. Os poderes públicos – legislador e tribunais – deviam abster-se de interferir, a que título fosse, na livre escolha dos contraentes privados.¹⁷

¹⁴ GILISSEN, J. Introdução histórica ao direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

¹⁵ Ibidem., p. 737.

¹⁶ GILISSEN, J. Introdução histórica ao direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 738-739.

¹⁷ ROPPO, E. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988, p. 32-33.



Não se pode deixar de mencionar, nesse ponto da narrativa, que mesmo já considerado um instrumento jurídico, o contrato, ainda desfrutava de uma posição “não autônoma, mas subordinada, servil, relativamente à propriedade que se apresentava como instituto-base, em torno do qual e em função do qual são ordenados todos os outros.”¹⁸. Aqueles legisladores consideraram o contrato apenas em seu papel instrumental de transferência sobre as coisas vez que, na concepção liberal, “o contrato não criava riqueza, antes se limitava a transferi-la.”¹⁹.

O código civil alemão de 1896 avança ao modelo francês fundando a disciplina dos contratos baseada na teoria do negócio jurídico. A releitura dos textos do digesto justinianeu permitiu aos germanos criar um conceito capaz de enlaçar em si uma “série de fenômenos reais muito mais ampla do que a expressa pelo conceito de contrato”²⁰. O entendimento da manifestação de vontade como “força criadora de direitos e obrigações, como motor primeiro de toda a dinâmica jurídica”²¹, evolui-se em disciplina completa a ponto de tutelar sua espontaneidade e liberdade, criando regras e princípios próprios.

A produção em larga escala, dentre outras melhoras tecnológicas nos fatores de produção, a partir da revolução industrial, conduziram à massificação das relações de trocas, dinamizando-as, porém, despersonalizando-as.

Contudo, desde a segunda metade do séc. XIX²², reações contra o consensualismo e individualismo exacerbados começaram a forçar os Estados a cada vez mais intervir na autonomia da vontade como forma de buscar um equilíbrio social em face dos interesses conflitantes dos contratantes, que acabaram por moldar o jurídico disciplinar dos contratos, ao mesmo tempo em que conciliou a manutenção das vantagens (políticas, econômicas, sociais) adquiridas pelas classes dominantes.

O contrato passa a ser abordado em face da concepção preceptivista (ou normativa). Antunes Varela²³ descreve o contrato nesse contexto como “o mais genuíno expoente da autonomia privada, precisamente porque através do instrumento contratual criam as partes, por sua livre iniciativa, as normas reguladoras dos seus conflitos de

¹⁸ Ibidem, p. 42.

¹⁹ Ibidem, p. 64.

²⁰ Ibidem, p. 48.

²¹ Ibidem, p. 49.

²² “Os abusos de liberdade contratual são denunciados e evidenciados por pensadores socialistas, como Comte, Sanit-Simon e Karl Marx, que se insurgem contra a ausência total de proteção aos fracos; o proletariado operário encontrava-se na situação de dever aceitar um contrato imposto, de facto, pelo patrão.” (GILISSEN, 2001, p. 739)

²³ VARELA, A. Das obrigações em geral. 10. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2000.



interesses.”²⁴²⁵

Então, a disciplina jurídica dos contratos estrutura o sistema econômico de trocas visando à “generalização congruente de expectativas comportamentais normativas”²⁶ que atua sobre o agir dos agentes econômicos.

Delineado resta, assim, o contrato como conceito jurídico, instrumento apto a limitar o comportamento das partes com o objetivo motivá-las economicamente na busca de uma situação coletiva superior. “Somente a busca do interesse individual resulta uma situação indesejável para todos”²⁷.

2 O CONTRATO-INSTRUMENTO POLÍTICO

Entender o contrato (mais precisamente, a operação econômica) como fenômeno econômico não traz qualquer dificuldade. O texto contratual é a forma que o mundo ocidentalizado consagrou para representar as relações de troca próprias da sociedade atual e complexa²⁸. O contrato instrumento jurídico será o corpo normativo que disciplina o uso da autonomia privada. Contudo, essa visão apresenta-se individualizada, de forma que o contrato deve ser encarado também por seu viés político, posto que instrumento de efetivação do Estado democrático de Direito.

É através do processo legislativo ou, como testifica Luhmann²⁹, por meio do sistema político³⁰, que o Estado positiva o direito vigente. A estruturação do mercado por meio de políticas econômicas, com suas metas e diretrizes, que se dão por meio de normatizações, faz do contrato, como leciona Milagres, “objeto e instrumento da ação estatal no domínio econômico, que almeja resgatar a sua funcionabilidade, qual seja, de circulação, alocação eficiente de recursos e não-concentração de riquezas.”³¹

²⁴ Segundo a teoria preceptivista, como anota Figueiredo, “as obrigações oriundas dos contratos valem não apenas porque as partes as assumiram, mas porque interessa à sociedade a tutela de situações objetivamente gerada, por suas conseqüências econômicas e sociais.” (FIGUEIREDO, 2007, p. xi).

²⁵ Ibidem, p. 218.

²⁶ LUHMANN, N. Sociologia do direito I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 121.

²⁷ FREITAS, N. 'Law and economics' (análise econômica do direito). Disponível em <<http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=262>>. Acesso em 30/01/2008.

²⁸ Complexidade deve ser entendida como “a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permita o estabelecimento de uma relação de sentido.” (LUHMANN, 1983, p. 12). Introduz o autor a visão de que o Direito será a estrutura de um sistema social que tem por finalidade regular sua complexidade.

²⁹ LUHMANN, N. Sociologia do direito I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

³⁰ Luhmann leciona que o desenvolvimento do sistema político impõe processos de criação e aplicação do direito, erigindo a “condição necessária para a realização da convivência entre as pessoas livres de uma forma juridicamente sustentável” (LUHMANN, 1983, p. 204). A instauração de processos legislativos, salienta, verifica-se como “componente institucional da vida político-estatal, (tornando-se) condição imprescindível para a reorientação global do direito em termos de positividade” (LUHMANN, 1983, p. 235).

³¹ MILAGRES, M. O. Direito econômico dos contratos. Niterói: Impetus, 2006, p. 34.



Por corolário, o dirigismo contratual³² dirá respeito, nessa esteira, não só ao sistema do Direito, mas também ao sistema político, além, é claro, do econômico. Assim, o contrato, enquanto instrumento jurídico regulador de atividade econômica, efervesce do sistema político, por meio das regras do sistema do Direito, com finalidade de proporcionar de forma eficiente a circulação de riquezas e promoção de dignidade humana entre os contratantes e também ao alter.

O Estado Liberal não se interessou em regular prontamente o fenômeno econômico. Constata Eros Grau³³ que a atividade econômica coube ao particular. Esse deflagrou, destarte, poder econômico. O cenário não intervencionista consagrou por decorrência a divisão entre Estado e sociedade civil. Coube àquele, fundamentalmente, estabelecer seu conteúdo político, produzindo seu direito, além de garantir a segurança interna e externa. “Não se admitia qualquer interferência na ordem “natural” da economia.”³⁴.

A concentração capitalista, a formação do grande capital privado e as injustiças socioeconômicas que o modelo da igualdade formal das partes contratantes acarretava tanto ao mercado quanto aos contraentes³⁵ intimaram os Estados a, como dito alhures, intervir na economia, assumindo mais uma (inovadora) função.

“No desempenho de seu novo papel, o Estado, ao atuar como agente de implementação de políticas públicas, enriquece suas funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista.”³⁶. A partir da programada intervenção sobre os abusivos regimes trabalhistas³⁷, os Estados articularam-se em preservar e promover a restrita e individualizada acumulação de capital, enquanto socializaram os meios de produção, vez que a força de trabalho era o único “bem”, ou “mercadoria”, que constituía propriedade de largas parcelas da população.

A estatização da economia, nos interesses do capitalismo, garantiu a renovação do próprio Estado, quando evoluindo da concepção de Estado liberal para a de Estado social ou de bem-estar.

A pessoa contratante reconheceu-se como detentora de poder

³² César Fiúza (2006) traduz por *dirigismo contratual* a intervenção do Estado no domínio econômico com o fito de preservar e promover os bons costumes (moralidade social) e a ordem pública (conjunto de normas que erigem a estrutura social, política e econômica da nação). Tal intervenção se desdobra em algumas esferas principais, sendo elas: a) normas que estipulam contratos necessários, como no caso do seguro obrigatório; b) imposição ou proibição de determinadas cláusulas, como se freqüentemente verifica nos instrumentos de seguro, locação, no contrato de trabalho; c) possibilidade de revisão judicial ou resolução dos contratos.

³³ GRAU, E. R. A ordem econômica na Constituição de 1988. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

³⁴ Ibidem, p. 14.

³⁵ Na visão de Grau as imperfeições do liberalismo podem ser resumidas, v.g. “surgimento dos monopólios, no advento de cíclicas crises econômicas e no exacerbamento do conflito capital x trabalho” (GRAU, 2003, p. 15).

³⁶ Ibidem, p. 28.

³⁷ Conforme Eros Grau, “[...] surgem, na França, em 1810, a lei sobre estabelecimentos incômodos, insalubres e perigosos; na Inglaterra, em 1819, a regulamentação sobre emprego de crianças na indústria algodoeira; ainda na França, em 1814, sobre o trabalho infantil.” (GRAU, 2003, p. 20).



econômico³⁸ e, usando-o, atuou no mercado como sujeito de atividade ou ato econômico, como agente econômico. Souza complementa:

[...] a exaltação do indivíduo se faria por meio de sua vontade como expressão máxima do seu interesse. A autonomia da vontade figuraria, pois, como o elemento essencial do relacionamento entre os indivíduos. O contrato nela baseado figuraria como instrumento fundamental da objetivação do próprio Direito.³⁹

Assim, cada agente econômico usa de seu poder econômico, seja a pessoa física quando busca adquirir os bens relativos às suas necessidades e vontades; seja a pessoa jurídica, a empresa, quando, por exemplo, nefastamente busca alijar a concorrência com práticas desleais⁴⁰.

O Sec. XX assistiu à crescente intromissão do sistema político no sistema econômico, como ocorrido logo após a primeira guerra mundial, a quebra da bolsa norte-americana em 1929, segunda guerra mundial, crise do petróleo na década dos 1970, dentre outras várias contingências⁴¹ que levaram os Estados a planejar suas economias⁴², agora voltadas para a realização de princípios estatuídos desde as Constituições nacionais em face das mais diversas incertezas.

Nesse ponto do constitucionalismo social, a liberdade contratual, como expõe Bastos⁴³, tal como a liberdade de iniciativa, será uma expressão ou ainda uma manifestação, no campo econômico, da liberdade constitucionalmente assegurada de exercer poder econômico.

Essa livre iniciativa, fincada a partir da garantia constitucional de

³⁸ Souza (2003) define poder econômico como aquela capacidade de agir, de atuar, mesmo antes de se apresentar como forma de dominação, que tem a ação, a atividade, como seu elemento fundamental, referindo-se tanto à ação praticada como à ação potencial, pois quaisquer delas estão intimamente ligadas à capacidade do sujeito em efetivá-la.

³⁹ SOUZA, W. P. A. Primeiras linhas de direito econômico. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2003, p. 238.

⁴⁰ Note-se que na era liberal tais práticas levaram a uma disputa acirrada entre os agentes econômicos que proporcionou a seleção “natural” dos mais fortes. No atual momento do Estado democrático de Direito, tem-se microssistemas jurídicos que tanto disciplinam como vedam situações de uso abusivo do poder econômico.

⁴¹ Quando se fala em contingência quer-se dizer, como Luhmann, que as “possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das apontadas.” (LUHMANN, 1983, p. 45). Destarte, “em termos práticos, complexidade significa seleção forçada e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.” (LUHMANN, 1983, p. 46).

⁴² Nesse ponto surge o direito econômico que teve por objetivo a regulação da realidade econômica em termos de política econômica, cujas normas “abandonaram a perspectiva abstrata e formal própria do voluntarismo jurídico, buscando a efetivação das reais necessidades humanas, como fim das políticas econômicas.” (MILAGRES, 2006, p. 22). A política econômica pode ser entendida como “um conjunto de ações adequadas e dirigidas racionalmente para a obtenção de determinados resultados de natureza econômica em uma comunidade.” (MILAGRES, 2006, p. 24).

⁴³ BASTOS, C. R. Curso de direito econômico. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2003.



liberdade, conduz necessariamente a uma visão plural de preferências e necessidades dos agentes econômicos, o que não poderia deixar de refletir em políticas plurais.

Conduz, ainda, a uma bipartição da matéria entre direito de contatar e direito de empreender. Quanto ao primeiro caso, cediço é que “o compromisso firmado entre agentes econômicos normalmente é realizado por contratos”⁴⁴.

A garantida livre iniciativa, no outro vértice, leva à formação de associação de indivíduos (pessoas) com fins a desenvolver uma “atividade econômica organizada com vista à produção ou à troca de bens ou mais serviços.”^{45 46}, ou seja, uma empresa.

Depreende-se, pois, que o contrato “muda sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido”⁴⁷. Atualmente, é o “mecanismo objectivamente essencial ao funcionamento de todo o sistema econômico.”⁴⁸.

Vale ressaltar que o contrato, instrumento da autonomia privada, se sujeita, dentro da esteira do direito civil-constitucional, aos princípios e regras constitucionais politicamente estabelecidas, dada a necessidade de se “assegurar ao indivíduo possibilidades abstratamente calculáveis, cuja previsibilidade se mantenha também em um ambiente social de crescente complexificação”.⁴⁹

O sistema político, representado pela ação legislativa, é o responsável pela positivação do direito, através do qual se encontra positivada a atual disciplina jurídica dos contratos.

O art. 170 da Constituição Federal, em conjunto com seu art. 3º, estrutura a Ordem Econômica interna, e traz em seu bojo um conjunto de regras e princípios ordenadores da economia. Grau define ordem econômica como a:

expressão que designa o conjunto de todas as normas, qualquer que seja sua natureza (jurídica, religiosa, moral, etc.), que respeitam a regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica.⁵⁰

⁴⁴ Ibidem, p. 124.

⁴⁵ Roppo analisa a empresa concluindo que no presente é ela quem determina o processo econômico, não mais a propriedade privada, em face do perfil dinâmico da sociedade atual, que organiza os fatores produtivos para empregá-los em operações de produção e de troca no mercado. Freitas (2006) anota que a empresa deve ser analisada, ainda, como um nexo ou feixe de contratos.

⁴⁶ ROPPO, E. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988, p. 67.

⁴⁷ Ibidem, p. 24.

⁴⁸ Ibidem, p. 25.

⁴⁹ LUHMANN, N. Sociologia do direito I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 28.

⁵⁰ GRAU, E. R. A ordem econômica na Constituição de 1988. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 56.



Destarte, enunciando os princípios que norteiam a atuação tanto do Estado quanto do particular enquanto agente econômico, no mercado, tem-se, conforme apontado por Grau⁵¹: 1) a dignidade da pessoa humana tanto como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) quanto fim da ordem econômica (mundo do ser); 2) os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) e valorização do trabalho humano e livre iniciativa como fundamentos da ordem econômica (mundo do ser) (art. 170, *caput*); 3) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o garantir o desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, I, II e III), este último também como princípio da ordem econômica (art. 170, VII); 4) a liberdade de associação profissional ou sindical (art. 8º); 5) a garantia do direito de greve (art. 9º); 6) sujeição da ordem econômica (mundo do ser) aos ditames da justiça social (art. 170); 7) a soberania nacional, a propriedade e a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte, todos princípios enumerados no art.170; 8) a integração do mercado interno ao patrimônio nacional (art. 219).

Freitas observa, nesse íterim, que:

o funcionamento dos mercados dependem do ambiente legal para garantir o cumprimento dos contratos, ou seja, para dar certeza às trocas ou às transações (negócios) com vistas a promover a circulação de riquezas. Os princípios políticos da liberdade e igualdade correspondem, nos mercados, à regra da liberdade e da igualdade (para além da mera igualdade formal da concepção liberal) entre as partes contratantes.⁵²

Determinados, então, os parâmetros e pilares que o legislador constitucional impôs à ordem econômica, ou seja, os limites que a interferência do sistema político estabeleceu na disciplina dos contratos e nas operações econômicas, passa-se a análise econômica do direito dos contratos.

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA À DISCIPLINA DOS CONTRATOS

⁵¹ Idem.

⁵² FREITAS, N. 'Law and economics' (análise econômica do direito). Disponível em <<http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=262>>. Acesso em 30/01/2008.



O sistema econômico é um complexo de relações entre pessoas físicas e jurídicas e seu desempenho depende, em sua essência, do modo como essas relações ocorrem. Reside aqui a importância dos contratos para a análise econômica. Contratos estabelecem o padrão de comportamento, expresso na forma de um conjunto de deveres, que as partes definem por interesse mútuo. É, portanto, por meio de contratos que as pessoas buscam coordenar as suas ações, realizando ganhos coletivos. Como as transações apresentam custos diversos, um contrato que atenuar esses custos resulta em melhora de desempenho econômico das firmas e mercados, com implicações diretas ao desenvolvimento econômico e social.⁵³

O agente econômico empresário ou contratante é, sob o viés da *Análise Econômica do Direito*⁵⁴, a pessoa maximizadora racional de seus interesses⁵⁵. Os instrumentos de que se serve – explica João Bosco Leopoldino da Fonseca – a pessoa para tal, são as “noções de preço, custo, custo das oportunidades, de gravitação dos recursos em direção a um uso mais vantajoso.”⁵⁶. Ela buscará ser eficiente na medida em que utilizará “dos recursos econômicos de modo que o valor, ou seja, a satisfação humana, em confronto com a vontade de pagar por produtos ou serviços, alcance o nível máximo através da maximização da diferença entre os custos e as vantagens.”⁵⁷

⁵⁸

Considerando então que todas as pessoas físicas e jurídicas agem como maximizadoras de seus interesses e que a quantidade de bens e serviços disponíveis

⁵³ ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 132.

⁵⁴ O movimento da Análise Econômica do Direito, inovado na década de 1960 pela Escola de Chicago, busca “ocuparse de la ley tal como funciona en la práctica haciendo uso de las ciencias sociales, y que la economía era una de las ciencias sociales a la que podían recurrirlos abogados académicos [...] El movimiento del derecho y la economía (busca aplicar) los conceptos económicos para explicar y esclarecer los asuntos legales” (ROEMER, 1994, P. 10-11). Guido Alpa (1997), outro grande expoente da doutrina, coloca que “aqueles que se dedicam a examinar economicamente o direito tem o desígnio comum quer de assegurar a correspondência entre exigências econômicas e instrumentos jurídicos, entre a atuação do mercado livre e atuação do mercado regulado, quer o de garantir o custo dos instrumentos jurídicos, os seus efeitos induzidos, a alteração que eles produzem na situação de mercado, os caracteres que imprimem ao próprio mercado, os fatos contextuais de que eles se tornam intermediários para poder determinar um específico jogo do mercado” [...] (a ponto de promover) “um confronto entre a situação concreta e aquela em abstrato determinável com a correção do sistema, indagando o custo privado e o custo social da atuação de novos e velhos instrumentos jurídicos” em busca de um uso mais eficiente e racional tanto das riquezas, quanto das regras jurídicas. (ALPA, 1997, p. 7-15).

⁵⁵ Na linguagem de Roemer “las personas son maximizadoras racionales de sus satisfacciones” entendimento que se pode aplicar a todos os campos da atividade humana, “em vez que de quedar confinado a los mercados explícitos de la economía.” (ROEMER, 1994, p. 7).

⁵⁶ FONSECA, J. B. L. Direito econômico. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 37.

⁵⁷ Esta é a definição de eficiência para Richard Posner, mentor da escola da Análise Econômica do Direito, citado por Fonseca.

⁵⁸ Ibidem, p. 37.



sempre será escassa, pois não se pode atender a todos os anseios simultaneamente, resta ao Direito regular essa maximização dos interesses, garantindo melhores condições de acesso aos bens e serviços além da melhor distribuição da riqueza gerada, em prol da realização dos valores políticos positivados na ordem jurídico-econômica.

Na visão de Raquel Sztajn,

[...] ao escolher o que é melhor para si, cada parte pode tentar impor perdas às contrapartes, o que pode acarretar em resultado pior para todos. Há ganhos, portanto, ao limitar o comportamento das partes com o objetivo de alcançar uma situação coletiva superior.⁵⁹

O contrato, nesse prisma, será o ambiente para a alocação eficiente de recursos, para a distribuição de riscos e para a tomada de decisões. Portanto deve-se procurar, como anotam Zylbersztajn e Sztajn⁶⁰, uma negociação que se dê em termos paretianos⁶¹, quando os agentes puderem negociar direitos de propriedade que levem a uma melhoria das partes que negociaram, ou se uma parte puder melhorar compensando a posição da outra parte, colocam ainda os autores que o objetivo central passa ser o de motivar os agentes a cooperar transformando situações sem solução não-cooperativa em soluções factíveis. Nesse diapasão, ao garantir o cumprimento das promessas, as cortes criam os incentivos para a cooperação eficiente.

Lewis Kornhauser⁶² aponta que o Estado deve elaborar “*una teoría sobre la formación del contrato que identifique las contingencias contempladas en el contrato y cómo éste protege a las partes frente a dichas contingencias*”⁶³ salientando que cada cláusula deve ser racionalmente estipulada para ambas partes. Segundo o autor, dessa maneira se efetiva a eficiência requerida para a realização satisfatória das operações econômicas no complexo mundo contemporâneo, em face da principiologia constitucionalmente adotada.

Por outro lado, há se considerar que:

O comportamento do outro não pode ser tomado como fato

⁵⁹ ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 116.

⁶⁰ Idem.

⁶¹ Roemer (1988) explica que eficiência em Pareto implica movimento de um Estado de coisas a outro sem que se produzam perdedores.

⁶² KORNHAUSER, L. A. Derecho de los contratos. In: SPECTOR, H. Elementos de análisis económico del derecho. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 109-165.

⁶³ Ibidem, p. 114.



determinado, ele tem que ser expectável em sua seletividade, como seleção entre outras possibilidades do outro. Essa seletividade, porém, é comandada pelas estruturas de expectativas do outro. Para encontrar soluções bem integráveis, confiáveis, é necessário que se possa ter expectativas não só sobre o comportamento, mas sobre as próprias expectativas do outro.⁶⁴

Sob o ângulo da análise econômica do direito, o ato de contratar implica, então, na alocação (eficiente) de recursos e riscos, coordenando-se, pois, as transações a permitir planejamento e economia nos custos de transação⁶⁵.

O Estado democrático de Direito, através do dirigismo contratual, deve então proporcionar tanto uma teoria geral dos contratos, quanto os precisos contornos jurídicos que se fizerem necessários e que permitam aos contratantes aperfeiçoarem seus recursos, reduzirem seus custos e terem mais eficiência na busca de seus objetivos, além de manter expectáveis as ações das partes.

Disposições legais atinentes aos contratos que na verdade venham criar um abismo entre o universo econômico e o jurídico estará esvaziando o mercado, deixando inoperante certos institutos e favorecendo outros. Muitos deles podem cair em desuso, posto que outros mecanismos mais modernos e eficientes se agregam à praxe mercantil e/ou acabam derradeiramente positivados e assim recepcionados pelo Direito. Outros, ao revés, acabam banidos. Veja-se o exemplo da enfiteuse, esquecida da práxis contratual brasileira, nem sequer recepcionada foi pelo código civil de 2002. Outros mecanismos mais eficazes de promoção de eficiência na transferência da posse ou da propriedade relegaram tal instituto ao relento.

Seguindo esse raciocínio, pode-se concluir que a perenização de tipos contratuais interessa em pequena escala ao direito contratual contemporâneo. O homem já se conscientizou que vive num turbulento mundo onde a velocidade da informação e das revoluções e descobertas científicas e tecnológicas⁶⁶ criam um novo mundo a cada dia, com novas portas, novas possibilidades que se transformam nas expectativas das pessoas.

⁶⁴ LUHMANN, N. Sociologia do direito I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 47.

⁶⁵ Custos de transação compreendem muito além de investimentos diretos. A busca de uma informação que seja essencial para a formação válida do contrato pode custar muito a uma das partes, em face da outra, que sonega tais informações. O Código de Defesa do Consumidor, nesse assunto, determina que se o fornecedor não informa, ele garante. Ilustra Posner: “*si el consumidor no puede determinar a bajo costo las características de un producto, como ocurre cuando el producto no se compra frecuentemente y sus características no se pueden descubrir mediante una revisión en el momento de la compra; o bien, aunque el producto se compre frecuentemente, es muy caro, como ocurre con un automóvil; o las características no se pueden descubrir ni siquiera mediante un uso repetido o prolongado, como ocurre con la calidad del consejo de un libro sobre cómo ganar un millón de dólares en el negocio inmobiliario.*” (Posner, 1998, p. 111).

⁶⁶ Entenda-se tecnologia e evolução tecnológica em todos os campos do ambiente social. Desde o religioso, passando pelo econômico, genético, espacial, astronômico, químico, fisco... jurídico.



Sob tais premissas o uso das cláusulas gerais⁶⁷ promove a eficiência na disciplina das relações contratuais em detrimento do modelo clássico de tipologia contratual, onde o legislador se preocupava em ditar pormenorizadamente todas as facetas de um determinado tipo de contrato.

Com o uso da técnica legislativa em tela, permite-se que as próprias partes estipulem conteúdos próprios dos inominados contratos, ressaltando-se, destarte, um mínimo legalmente estipulado tanto para validade quanto para a legitimidade e justeza das relações contratuais, como ocorre com as limitações impostas à autonomia privada.

De acordo com os doutrinadores da Análise Econômica do Direito (*Law and Economics*), algumas funções precípuas são atribuídas tanto ao ato contratual quanto a uma moderna disciplina jurídica dos contratos.

Alan Schwartz⁶⁸ expõe que o Estado deverá equipar os contratantes com regras legais que complementam ou mesmo informam o conteúdo dos contratos.

Nesta esteira, o Código Civil brasileiro estipula na sua parte geral, entre os arts. 104 e 184, em Título próprio destinado ao negócio jurídico, os inexoráveis e onipresentes princípios gerais que regem a relação contratual, instrumento típico do direito privado, que move a autonomia privada.

⁶⁷ As normas jurídicas podem buscar uma “perfeita especificação ou determinação dos elementos que compõe a *fattispecie*” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 297), definindo-se esta, como o faz Perlingieri (2002) por uma “situação fática abstrata prevista numa norma e a cuja verificação concreta se segue ao produto dos efeitos jurídicos previstos nessa norma.” (PERLINGIERI, 2002, p. 313). Quando “o legislador cria um repertório de figuras e disciplinas típicas [...] ao qual o juiz pouco ou nada pode aduzir para o disciplinamento do fato concreto” (MARTINS-COSTA, 2000, p. 298), pereniza-se a tipologia do valor ou da conduta, acarretando na aplicação subsuntiva do dispositivo legal que descreve a estática e respectivo elemento fático. Todavia, como expõe Luhmann, “podemos partir da constatação de que as sociedades mais complexas necessitam constantemente de premissas mais abstratas das expectativas, para poderem permitir e legitimar estruturalmente mais amplas possibilidades em termos de expectativas e comportamentos.” (LUHMANN, 1983, p. 106). Nesse vértice, as normas que encerram cláusulas gerais se mostram dotadas de (maior) mobilidade, dada a vagueza e imprecisão dos termos da *fattispecie* que retratam. Por essa razão são mais eficazes, dada sua abertura semântica, a permitir a resolução, pelo Tribunal ou Juiz, dos problemas da realidade pós-moderna. “Na verdade, por nada regular em modo completo e exaustivo, atuam tecnicamente como *metanormas*, cujo objetivo é o de enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis ou em outros espaços do sistema”. (itálico da autora) (MARTINS-COSTA, 2000, p. 299). Adaptando o conceito de Gustavo Tepedino sobre a cláusula geral, pode-se dizer que “cuidam-se de normas que não prescrevem uma conduta certa, mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos.” (TEPEDINO, 2002, p. XIX). São normas de formatação, cujo especificismo de conteúdo só se dá quando incorporada à experiência prática, em face, ainda, do restante do ordenamento jurídico, notadamente a Constituição e seus direitos, garantias fundamentais e princípios informadores. Nelson Rosendal (2005) assevera que a abertura e vagueza da cláusula geral permitem a penetração dos valores agregados no princípio constitucional (da dignidade), conferindo uma tutela ilimitada à pessoa. Destarte a cláusula geral será uma norma jurídica de conteúdo vago que ganhará precisão no momento que complementada tanto pelas pautas de deliberação do caso concreto quanto pelo envio e reenvio dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, tudo fundado nos processos da argumentação.

⁶⁸ SCHWARTZ, A. The law and the economics approach to contract theory. In Wittman, D. A. (org.) - Economic analysis of the law: selected readings. Malden: Blackwell Publishing, 2003, Cap. 15, p. 141-149.



Já os arts. compreendidos entre os de nº 421 a 480 tratam dos contratos em geral, e estabelecem as regras globais para essa modalidade de negócio jurídico. Em topografia superior, constitucional, o contrato e os contratantes se sujeitam, *default*, ao sistema dos Direitos e Garantias Fundamentais, sejam eles econômicos, individuais, sociais ou políticos.

Dessa forma se estabelecem os princípios e as regras que regem todas as relações contratuais que se desenvolvem dentro de um sistema jurídico organizado, garantindo o padrão em todas as negociações que compõe o mercado interno, produzindo, de forma eficiente, estabilização social.

Outra função atribuída ao Estado-legislador (nos países de tradição *civil law*), como aponta Schwartz⁶⁹, quando perfaz uma análise econômica dos remédios contratuais, e que deve ser levada em consideração em face do dirigismo contratual, é a juridicização de procedimentos que permitam aos contratantes executar a promessa feita, na tutela da confiança depositada, bem como a expectativa causada pela promessa, criando um mecanismo, como complementa Kornhauser⁷⁰, de responsabilidade contratual que garanta objetivamente a possibilidade de execução forçada dos contratos.

Uma vez alocado seus riscos, cada parte tenderá a atuar eficientemente, tanto na formação quanto na execução do avençado, evitando-se dessa maneira, aumento de custos advindos de multas e cláusulas penais, ou mesmo outras modalidades de garantias, que atuam sobre situações de mora ou inadimplência das obrigações⁷¹.

Ademais, “como as partes desejam que seu acordo resulte em efetivo direcionamento de comportamentos, elas também acórdão sobre aspectos do contrato que têm o papel de forçar o cumprimento de seus deveres fundamentais (e anexos)”.⁷²

Ainda, deverá o legislador se preocupar em prover aos agentes econômicos de uma linguagem jurídica que traduza ou possibilite um vocabulário técnico, porém compreensivo, evitando-se assim, informações assimétricas.⁷³

⁶⁹ Ibidem, p. 141-149.

⁷⁰ KORNHAUSER, L. A. Derecho de los contratos. In: SPECTOR, H. Elementos de análisis económico del derecho. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 109-165.

⁷¹ Além disso, uma vez apurada responsabilidade civil por descumprimento contratual, surgem sistemas para indenizações.

⁷² ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 120.

⁷³ A simples consideração de que uma parte pode deter informações que sua contraparte não possui (informação assimétrica) foi suficiente para que o desenho do contrato passasse a ser um determinante do desempenho econômico. Em síntese a informação assimétrica pode resultar na não efetivação de relações econômicas socialmente desejáveis (seleção adversa) ou em práticas indesejáveis, em desacordo com os termos negociados pelas partes (risco moral). Na linguagem de Zylbersztajn e Sztajn (2005), contratar é uma atividade custosa e, portanto, o modo de proceder é relevante para atenuar esses custos. (.Se a informação é difícil de ser obtida exigindo experimentação ou alguma forma de monitoramento do processo



Poderá também, como faz a experiência brasileira, favorecer ou estipular parâmetros interpretativos gerais que regem a compreensão das partes em face do disposto nas avenças contratuais que buscam o consenso. Interpretam-se todos os negócios jurídicos, porquanto dos contratos, de acordo com a boa-fé⁷⁴, na esteira do que dispõe o art. 113 do Código Civil de 2002.

Uma moderna disciplina dos contratos também deverá ditar oportunidades para que os contratantes renegociem um contrato, mantendo o vínculo, a promessa pactuada, ante ao mecanismo que consagra suas autonomias de vontade, ao invés de se utilizar do arcaico sistema de resolução por onerosidade excessiva, ou submeter a situação ao arbítrio de um juiz.

Zylbersztajn e Sztajn posicionam-se no sentido de que:

Contratos são intrinsecamente incompletos, apresentando lacunas que abrem a possibilidade de ocorrência de custos derivados da dependência econômica. Uma vez que não é possível desenhar um contrato completo, as partes devem criar mecanismos para lidar com as contingências inesperadas, sendo essa, na perspectiva de alguns autores, uma das mais importantes características de um contrato.⁷⁵

Portanto “normas contratuais gerais mais sofisticadas”⁷⁶ devem ser providas pelo Estado, como as já resenhadas cláusulas gerais, bem como a teoria dos contratos incompletos⁷⁷, a qual considera que a estipulação milimétrica de todas as

produtivo, é de se esperar que as partes contratantes não disponham do mesmo conjunto de informações. Se uma parte conhece algo que a outra desconhece – ou seja há alguma informação assimétrica -, dos tipos de problema podem emergir na elaboração de contratos: a seleção adversa (comparação do valor a ser pago com a qualidade esperada do bem ou serviço) e o risco moral (parte que tira proveito de informação privada em prejuízo de sua contra-parte, no momento pós-contratual).

⁷⁴ A função de interpretação é uma das que emanam da boa-fé objetiva, segundo difundida doutrina. Em vários outros pontos do código, apontam-se outros parâmetros interpretativos contratuais, como o estipulado pelo art. 114.

⁷⁵ ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 121

⁷⁶ Ibidem, p. 121.

⁷⁷ O direito civil brasileiro rabiscou no código civil de 2002 a figura do contrato preliminar, que se enquadra, *a priori*, na teoria alavancada. O contrato preliminar se aperfeiçoará desde quando as partes optarem por celebrá-lo, ao invés de um contrato definitivo, justamente porque não podem prever no momento de sua formação, todas as condições que deverão reger o programa contratual na fase de execução. Mesmo raciocínio se emprega durante as tratativas em face de uma necessária busca por informações, o que eleva os custos de contratação. Todavia, fê-lo o legislador de forma nada eficiente, de maneira tal a condenar o instituto ou sua prática ao degredo, pois exige que o contrato preliminar contenha todos os requisitos do definitivo, o que revela um contra-senso. Tão prejudicial ao instituto sob espanco quanto à falha apontada, é a imperfeição que redundo do efeito produzido pela letra do *codex* quando entrega somente ao credor de um contrato preliminar inadimplido, os meios próprios de ação para a resolução da pendência. Mais certo seria, em consonância com sua finalidade, como aponta Pela (2003), já que o contrato tem conteúdo e natureza incompleta, deixar a cargo de ambas as partes a escolha entre o cumprimento e não cumprimento



hipóteses e situações relativas aos interesses das partes elevam os custos de contratação e que, portanto, algumas lacunas podem ser deixadas para que sejam *a posteriori* preenchidas, ou mesmo esvaziadas.

Já a executabilidade da promessa empenhada dependerá do sistema judiciário e seu respectivo processo, constitucionalmente garantido. Mesmo não sendo o foco do presente estudo, cabe apontar alguns dos efeitos nefastos para economia que um Poder Judiciário fragilizado, como o brasileiro, infere ao mercado econômico, na posição denunciada por Newton Freitas:

No Brasil, considerado da família 'civil law', o magistrado age em larga medida como um juiz do 'common law' e sem aceitar a limitação por regras de precedentes ('stare decisis') ou pelas decisões de tribunais superiores ("stare decisis' vertical"), os instrumentos asseguradores da previsibilidade da 'common law', [...] ⁷⁸. O Poder Judiciário é um dos pilares das economias de mercado. Quando o sistema jurídico funciona mal, a economia também tende a ir mal. Num ambiente no qual as leis não são cumpridas, as pessoas e as empresas se retraem e fazem menos negócios, pois têm medo de perder dinheiro, [...] ⁷⁹. ⁸⁰

CONCLUSÕES

Os sistemas político, econômico e jurídico não são completamente independentes um do outro. Contudo a ação provocada no ambiente interno de um

da obrigação de concluir o contrato definitivo, ainda mais que se situa sob a égide de um Estado democrático de Direito.

⁷⁸ A falta de adesão às regras de precedentes ou às decisões de tribunais superiores determina, como denuncia Freitas (2006) uma alta taxa de reforma da decisão da Justiça Estadual: de 46,63% para o 1º grau e de 33,97% para o 2º grau.

⁷⁹ A insegurança jurídica desponta como uma das mais importantes causas para o baixo crescimento da economia brasileira, anuncia Freitas (2006): "[...]. A insegurança jurídica reduz em 20% a taxa anual de crescimento do Brasil, avalia Armando Castelar Pinheiro, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). A Justiça brasileira afugenta negócios ao ser lenta (546 dias é o tempo médio para a recuperação de um bem não-pago, enquanto a média mundial é de 389 dias e nos EUA, 250 dias); parcial (61% dos juízes brasileiros consideram ser mais importante atender às necessidades sociais e somente 7% conferem prioridade ao cumprimento das regras de um contrato); e cara (R\$ 37.500,00 é o custo médio para recuperar um crédito não-pago de R\$ 50.000,00, ou seja, 75% do bem). Em geral, o juiz não tem noção sobre o impacto de suas decisões nas taxas de juro e no nível de investimento, [...]. Alguns avanços já ocorreram na Justiça, mas não são suficientes. A ineficiência da Justiça custa muito caro ao Brasil para ser resolvida de forma tão lenta, [...]. O problema do Judiciário não é falta de pessoal nem carência de recursos. O Brasil tem 14 funcionários de apoio por Vara contra 9 no Chile, 8 na Espanha e 10 de média mundial. As despesas com a Justiça no Brasil correspondem a 3,7% dos gastos públicos contra 1,5% da Itália, 1% do México e 0,6% da Espanha." (FREITAS, 2006).

⁸⁰ FREITAS, N. 'Law and economics' (análise econômica do direito). Disponível em <<http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=262>>. Acesso em 30/01/2008.



sistema pode refletir além de seu plano e vir a tocar outros sistemas, ali produzindo diversos efeitos.

O contrato é um vértice que une esses três planos: o político, o econômico e o do Direito. Isso os tornam consoante Luhmann (1983) reciprocamente dependentes um do outro.

A economia depende das garantias políticas; a política, por sua vez, do sucesso econômico e assim sucessivamente. A ciência depende de financiamentos e da capacidade de planejamento da política; a economia, da pesquisa científica; a família, do resultado econômico dos programas políticos de pleno emprego; a política, da socialização através da família e assim indeterminadamente.

Do ponto de vista econômico, uma contratação será eficiente, em suma, se mantiver os custos de produção menores que os proveitos, logicamente dentro de padrões desejáveis.

O sistema do direito, observando um comando advindo do sistema político, deve prover o ambiente social de um corpo legislativo que estimule a contratação, salve o mercado de abusos de poderio econômico, valorize a livre iniciativa, enfim, que realize todos os anseios constitucionais da ordem econômica e favoreça a operação econômica.

A disciplina legal, por outro ângulo, será o reflexo, a posituação do processado legislativamente, no ambiente do sistema político. Será a armadura jurídica do contrato, que lhe dará legitimidade e validade jurídica, e tal se dará apenas se o contratante observar uma série de preceitos normativos que lhe foram entregues pelo legislador, em face do consenso obtido no processo democrático, em prol da organização e estruturação de toda sociedade.

Portanto o contrato eficiente seria aquele que cumprisse todas suas funções institucionais, simultaneamente, ou seja, que promovesse trocas eficientes; que promovesse e integrasse o sistema político e que se sujeitasse ao sistema jurídico, tudo na tentativa de estabilização de expectativas de comportamentos.

O dirigismo contratual ou a disciplina jurídica dos contratos, enquanto corpo normativo se mostra eficiente porquanto permite distribuir às partes os custos de contratação e alocação de riscos e recursos para que a decisão de contratar ou não seja feita de acordo com a possibilidade de sucesso econômico, quando, ainda, mantém níveis tutelares entre as partes, de acordo com o art. 170 e 3º da Constituição Federal. Além, deve diluir-se no sistema social sem lhe trazer prejuízos ou externalidades negativas.

Tutelando-se a promessa e usando-se das cláusulas gerais, o corpo normativo dos contratos promove eficiência, tanto porque estabiliza as relações sociais interindividuais (*pacta sunt servanda*), quanto constrói uma via direta e aberta de acesso do código Civil para a Constituição, o que dá vida e força aos seus princípios e fundamentos, e entrega ao ambiente social ferramenta de normatização de expectativas



de condutas que ocorrem nos mais diversos sistemas, incluindo o econômico. Ou seja, promove relações de troca, introduz princípios políticos e regula (tutela) a relação pelo código do Direito.

Ademais, a normatização do direito das obrigações traça cláusulas padrões, parâmetros de validade, critérios de responsabilidade que estabilizam expectativas e expectativas sob expectativas, provendo as partes que virão a contratar de um vasto pano de fundo, de cláusulas padrões e inerentes à determinado tipo contratual.

Em tempo, vale relatar que ajuda a promover eficiência, ainda, o estabelecimento de parâmetros interpretativos dos contratos, pois assim as partes podem prever os custos de transação em face das informações necessárias para se realizar um bom negócio (eficiente), pois contam com critérios objetivos para tal mister.

Conclui-se que o Estado democrático de Direito, através do dirigismo contratual que estipula uma teoria geral dos contratos e demais contornos jurídicos, permite que os contratantes aperfeiçoem seus recursos, reduzam seus custos e sejam mais eficientes na busca de seus objetivos socioeconômicos. Permite, ainda, que o Estado possa alcançar seus objetivos políticos, aqui entendidos como aplicação prática e realização no mundo da vida da principiologia constitucional de tutela e promoção da pessoa humana, seja ela, ou não, contratante. Destarte, interesse a todos qualquer relação contratual inter-individualmente realizada, pois esse contratar não poderá ferir interesses difusos e/ou coletivos.

Todavia, peca quando deixa de prover a autonomia privada de remédios contratuais mais eficazes para promoção da rediscussão do conteúdo contratual que tenha *v.g.*, se tornado excessivamente oneroso a uma das partes quando de sua execução, como ocorre em contratos relacionais ou execução continuada. Se o cumprimento do contrato interessa a toda a sociedade, essa também se interessa pela manutenção do pacto, pois instrumento de realização política. Na égide de um Estado democrático de Direito, melhor seria deixar a condução da execução do objeto contratual ao encargo de ambas partes, não apenas de uma delas, e do juiz. Como relatado alhures, o sistema judiciário brasileiro, por si só, está longe de promover a eficiência requerida em face do caráter socioeconômico das atividades por ele desempenhadas. Tal, por certo influi na tomada de decisões que levam ao ato de contratar.

REFERENCIAS

ALPA, G. A análise econômica do direito na perspectiva do jurista. (Trad. de João Bosco Leopoldino da Fonseca). Belo Horizonte: Movimento editorial faculdade de direito da UFMG, 1997.

BASTOS, C. R. Curso de direito econômico. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2003.



BRASIL, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de janeiro de 2002.

FIGUEIREDO, M. T. C. Hermenêutica contratual no Estado democrático de Direito. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FIÚZA, C. Direito civil: curso completo. 9ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FONSECA, J. B. L. Direito econômico. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

FREITAS, N. 'Law and economics' (análise econômica do direito). Disponível em <<http://www.newton.freitas.nom.br/artigos.asp?cod=262>>. Acesso em 30/01/2008.

GILISSEN, J. Introdução histórica ao direito. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

GRAU, E. R. A ordem econômica na Constituição de 1988. 8ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

KORNHAUSER, L. A. Derecho de los contratos. In: SPECTOR, H. Elementos de análisis económico del derecho. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, p. 109-165.

LUHMANN, N. Sociologia do direito I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. Sociologia do direito II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MARTINS-COSTA, J. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MILAGRES, M. O. Direito econômico dos contratos. Niterói: Impetus, 2006.

PELA, S. K. Contrato preliminar. Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro, nº 130, São Paulo: Malheiros, 2003.

PERLINGIERI, P. Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional. (Trad. Maria Cristina de Cicco). 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

POSNER, R. El análisis económico del derecho. (Trad. Eduardo L. Suárez). México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1992.

_____. Usos y abusos de la teoría económica en el derecho. In: ROEMER, Andrés. Derecho y economía: una revisión de la literatura. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 66-89.

ROEMER, A. Introducción al análisis económico del derecho. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998.

ROPPO, E. O contrato. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSENVALD, N. Dignidade humana e boa-fé no código civil. São Paulo: Saraiva, 2005.



SCHWARTZ, A. The law and the economics approach to contract theory. In Wittman, D. A. (org.) - Economic analysis of the law: selected readings. Malden: Blackwell Publising, 2003, Cap. 15, p. 141-149.

SOUZA, W. P. A. Primeiras linhas de direito econômico. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2003.

TEPEDINO, G. (Coord.). A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro. Renovar. 2002.

VARELA, A. Das obrigações em geral. 10. ed. rev. e actual. Coimbra: Almedina, 2000.

ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

