

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

FERNANDO SANTOS ARENHART

**A BOA-FÉ NA RELAÇÃO CONTRATUAL:  
UMA ABORDAGEM DE DIREITO E ECONOMIA**

Porto Alegre

2014

FERNANDO SANTOS ARENHART

**A BOA-FÉ NA RELAÇÃO CONTRATUAL:  
UMA ABORDAGEM DE DIREITO E ECONOMIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim

Porto Alegre

2014

## CIP – Catalogação na Publicação

Arenhart, Fernando Santos

A boa-fé na relação contratual: uma abordagem de direito e economia / Fernando Santos Arenhart. -- 2014.

158 f.

Orientador: Cesar Viterbo Matos Santolim.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2014.

1. Boa-fé. 2. Direito Contratual. 3. Direito e economia. I. Santolim, Cesar Viterbo Matos, orient. II. Título.

FERNANDO SANTOS ARENHART

**A BOA-FÉ NA RELAÇÃO CONTRATUAL:  
UMA ABORDAGEM DE DIREITO E ECONOMIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Data de aprovação: 16/10/2014

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos Branco (UFRGS)

---

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Paula Vaz Freire (Universidade de Lisboa)

---

Prof. Dr. Ricardo Lupion Garcia (PUC/RS)

## **AGRADECIMENTOS**

Meus sinceros agradecimentos...

Aos professores Cesar Viterbo Matos Santolim, orientador que aceitou o desafio de conduzir-me por tão fascinante tema, e Giácomo Balbinotto Neto, este com papel fundamental para que eu pudesse encontrar o caminho que interliga direito e economia.

À Universidade Federal do Rio Grande do Sul, minha casa desde 1999, e em especial aos professores, funcionários e colegas com os quais convivi na Faculdade de Ciências Econômicas e no Programa de Pós-Graduação em Direito.

Ao colega e amigo Gustavo Silveira Borges, doutor em Direito por esta universidade, pelo auxílio, colaboração e incentivo.

Ao colega, sócio e amigo Alex Schmitt, a quem coube a tarefa de preencher os espaços vazios decorrentes da minha ausência.

Aos meus pais, José e Vera, que sempre acreditaram no poder transformador da educação, não medindo esforços para que eu pudesse trilhar o caminho do conhecimento.

À minha esposa Fabíula, pelo amor e suporte incondicionais, e à minha filha Clarissa, que embora não compreendesse ainda a importância deste trabalho, foi e é a luz que guia minhas ações. É a vocês duas que dedico este trabalho.

*“The foundation of justice, moreover, is good faith; - that is, truth and fidelity to promises and agreements.”*  
(Cicero, *De Officiis*, I, 23)

## RESUMO

Este trabalho tem como objetivo principal analisar a cláusula geral da boa-fé contratual sob uma perspectiva interdisciplinar, utilizando-se de uma abordagem de direito e economia. Muito embora tenha havido evidente evolução na conceituação da boa-fé, a ponto de hoje se exigir um comportamento observável (aspecto objetivo), a dogmática jurídica muitas vezes reconduz o problema da boa-fé à análise de critérios subjetivos, utilizando-se de expressões tais como “lealdade”, “retidão”, “honestidade” e “honradez”. Tendo em vista que a cláusula geral da boa-fé só adquire sentido na tarefa jurisdicional, sob uma ótica pragmática, torna-se necessário uma perspectiva que seja efetivamente objetiva, colaborando para tanto a análise econômica. Esta, ao descrever com maior precisão os problemas relacionados à interação estratégica das partes de uma relação contratual, permite a compreensão da boa-fé como uma situação de ausência de oportunismo. A conclusão a que se chega é que a cláusula geral da boa-fé, ao se prestar para a intervenção judicial no âmbito dos contratos, deve ser aplicada com parcimônia, restrita a situações em que os institutos tradicionais do direito privado não são suficientes para combater o comportamento oportunista.

**Palavras-chave:** boa-fé; contratos; direito e economia.

## ABSTRACT

This work aims to study the general clause of good faith under an interdisciplinary perspective, using an law and economics approach. Although there has been progress in the conceptualization of good faith, to the point that today it requires an observable behavior (its objective sense), the legal doctrine often leads back the issue of good faith to the analysis of subjective criteria, using expressions such as “loyalty”, “righteousness”, “honesty” and “integrity”. Given that the general clause of good faith acquires meaning only in the judicial task, under a pragmatic perspective it is necessary a perspective that is actually objective, contributing to this the economic analysis. Describing more precisely the problems related to the strategic interaction between the parties to a contractual relationship, the economic analysis allows the understanding of good faith as a situation of absence of opportunism. The conclusion reached is that the general clause of good faith, to justify judicial intervention under the contracts, should be applied sparingly, restricted to situations in which traditional institutions of private law are not sufficient to combat opportunistic behavior.

**Keywords:** good faith; contracts; law and economics.

## LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Jogo do agente e do principal sem contrato. ....	115
Figura 2 – Jogo do agente e do principal com contrato. ....	116
Figura 3 – Jogo do agente e do principal com confiança variável e sem contrato. ....	127

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED	Análise Econômica do Direito
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Alemão de 1900)
CC/1916	Código Civil de 1916 (L. 3.071/1916)
CC/2002	Código Civil Brasileiro (L. 10.406/2002)
CCom1850	Código Comercial de 1850 (L. 556/1850)
CDC	Código de Defesa do Consumidor (L. 8.078/1990)
CF/1988	Constituição Federal do Brasil de 1988
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CJF	Conselho de Justiça Federal
CPC	Código de Processo Civil (L. 5.869/1973)
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente (L. 8.069/1990)
LSA	Lei das Sociedades por Ações (L. 6.404/1976)
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA BOA-FÉ CONTRATUAL .....	17
1.1 O FENÔMENO DA DESCODIFICAÇÃO E A “CRISE” DO CONTRATO.....	21
1.1.1 A era da ordem e da desordem.....	22
1.1.2 A “crise” do contrato.....	25
1.2 A NOVA TEORIA CONTRATUAL.....	30
1.2.1 Os postulados clássicos do direito contratual .....	32
1.2.2 A função social dos contratos .....	37
1.2.3 A boa-fé objetiva.....	44
1.2.4 O abuso de direito.....	45
1.2.5 A nova concepção de contrato .....	47
1.3 PRINCÍPIOS, REGRAS E AS CLÁUSULAS GERAIS.....	49
1.3.1 Os princípios jurídicos e o juízo de ponderação .....	51
1.3.2 Os conceitos jurídicos indeterminados .....	54
1.3.3 As cláusulas gerais.....	56
1.4 A BOA-FÉ CONTRATUAL.....	60
1.4.1 As funções da boa-fé objetiva .....	64
1.4.1.1 A boa-fé como cânone hermenêutico-integrativo .....	65
1.4.1.2 A boa-fé como fonte autônoma de direitos .....	67
1.4.1.3 A boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos .....	68
1.4.2 As figuras da boa-fé objetiva .....	69
1.4.2.1 <i>Venire contra factum proprium</i> .....	70
1.4.2.2 <i>Tu quoque</i> .....	71
1.4.2.3 <i>Suppressio e surrectio</i> .....	72
1.4.3 <i>Culpa in contrahendo</i> .....	74
1.4.4 Teoria da base do negócio jurídico .....	75
1.5 DECISÃO JUDICIAL E INTERDISCIPLINARIDADE .....	77
1.5.1 A decisão judicial .....	79
1.5.2 A questão dos paradigmas .....	84
1.5.3 Boa-fé, jurisdição e interdisciplinaridade.....	88
2 ANÁLISE ECONÔMICA DA BOA-FÉ CONTRATUAL.....	92
2.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO .....	96
2.1.1 A noção de escassez .....	97

<b>2.1.2 O individualismo metodológico</b> .....	98
<b>2.1.3 A racionalidade maximizadora</b> .....	100
<b>2.1.4 O equilíbrio</b> .....	102
<b>2.1.5 A análise consequencialista</b> .....	103
<b>2.1.6 Eficiência e bem-estar social</b> .....	106
<b>2.2 A TEORIA ECONÔMICA DOS CONTRATOS</b> .....	109
<b>2.2.1 Objetivos do direito contratual</b> .....	110
<b>2.2.2 Trocas voluntárias e cooperação</b> .....	112
<b>2.2.3 O contrato como um compromisso crível</b> .....	114
<b>2.2.4 Contratos perfeitos, lacunas e falhas de mercado</b> .....	118
2.2.4.1 Custos de transação .....	119
2.2.4.2 Assimetrias de informação .....	121
2.2.4.3 Externalidades .....	124
2.2.4.4 Monopólios .....	125
<b>2.2.5 O problema da confiança</b> .....	125
<b>2.3 A QUESTÃO DAS REGRAS E DOS STANDARDS</b> .....	127
<b>2.3.1 Os custos e benefícios das regras e dos <i>standards</i></b> .....	129
<b>2.3.2 A questão da alocação do capital humano</b> .....	130
<b>2.3.3 As cláusulas gerais e o <i>trade-off</i> entre “óleo social” e “voo suicida”</b> .....	130
<b>2.4 BOA-FÉ E COMPORTAMENTO OPORTUNISTA</b> .....	132
<b>2.4.1 A cooperação econômica</b> .....	133
<b>2.4.2 O comportamento oportunista</b> .....	135
<b>2.4.3 O combate ao oportunismo e a boa-fé objetiva</b> .....	138
<b>2.5 A PERSPECTIVA JURÍDICO-ECONÔMICA DA BOA-FÉ</b> .....	139
<b>CONCLUSÕES</b> .....	142
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	147

## INTRODUÇÃO

O direito é um organismo vivo, que se desenvolve com o passar do tempo. Tem relação umbilical com a vida social, buscando regular as relações humanas de modo a permitir a coexistência harmônica entre os indivíduos. Almejando estipular modelos ótimos de conduta (o dever ser), o direito é uma ciência eminentemente dogmática, vinculada a valores que uma determinada comunidade entende que devam ser preservados. O fato é que o tempo das mudanças sociais raramente é o tempo das mudanças legislativas. Não raro, a atividade legislativa anda a reboque das transformações sociais, reservando ao direito (no sentido da aplicação das leis aos fatos) a árdua tarefa de mediador intertemporal.<sup>1</sup>

Assim como as relações sociais, as relações contratuais também possuem uma dinâmica que muitas vezes está dissociada do marco regulatório existente em determinada época. A morosidade da evolução legislativa em relação à intensa velocidade das transformações sociais pode provocar uma lacuna que coloca a atividade jurisdicional em uma posição delicada: o juiz tem a obrigação de decidir uma situação nova com base em um conjunto normativo que não vislumbrou tal situação.

Tais dificuldades são maiores ou menores de acordo com a abertura que o sistema jurídico<sup>2</sup> dá à atividade interpretativa de seus operadores. A grande maioria dos sistemas opera tal abertura mediante princípios, conceitos indeterminados ou remissões a certos padrões de conduta. A boa-fé é um desses instrumentos de abertura que sofre com as dificuldades de determinação precisa do seu conteúdo. Trata-se de uma expressão

---

<sup>1</sup> Busca-se aqui destacar o papel da atividade jurisdicional e doutrinária na mediação entre mudanças sociais (normalmente mais velozes) e mudanças legislativas (que normalmente sucedem as mudanças sociais). Neste sentido, a atividade jurisdicional pode flutuar entre uma posição conservadora (cumprimento do direito positivo estabelecido) e inovadora (modificação do direito positivo estabelecido), ambas cumprindo importantes funções e acarretando certos riscos. O conservadorismo, a princípio, privilegia a segurança jurídica e delimita de forma mais clara a separação das funções legislativa e judiciária. Por outro lado, cria o risco do direito, em determinado momento, não se prestar a solucionar adequadamente os problemas existentes na sociedade, ou tornar-se refém de uma legislação injusta (o exemplo clássico é a chancela do direito positivo alemão ao regime nazista). A atividade jurisdicional inovadora (cujo extremo é a atividade criadora do direito), por seu turno, possibilita uma melhor adaptação da atividade jurisdicional às mudanças sociais, oferecendo uma resposta mais adequada a tais mudanças. No lado oposto, pode-se permitir o que se denomina “ativismo judicial”, transferindo-se para a tarefa jurisdicional posições políticas do intérprete, o que certamente diminui a segurança jurídica do sistema. A posição de equilíbrio depende de inúmeros fatores, sendo que tal assunto será abordado na seção 2.3.

<sup>2</sup> Os sistemas jurídicos fechados são aqueles que comportam ordenamentos (conjunto das normas que regulam a vida jurídica em um determinado espaço territorial) cujas regras provêm de uma única fonte, por excelência a lei. Foram desse tipo, durante um certo tempo, os sistemas da família romano-germânica (tradição da *civil law*). Os sistemas jurídicos abertos são aqueles concebidos como um conjunto de soluções derivadas de variadas fontes, e possuem tradicionalmente tal característica os sistemas da família anglo-saxônica (*common law*).

caracterizada pela subjetividade e que, no âmbito do direito contratual, sofreu um processo necessário de objetivação.

Especificamente no direito brasileiro, a boa-fé, em seu sentido subjetivo, aparece pela primeira vez no art. 131, inciso I, do Código Comercial de 1850 (“Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: I - a inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”), positivando-se posteriormente em diversos dispositivos do Código Civil de 1916.<sup>3</sup> Todavia, apenas a partir da década de 1970 é que foi se inserindo no direito pátrio o conceito da boa-fé objetiva, positivando-se efetivamente apenas com a publicação do Código de Defesa do Consumidor, em 1990.<sup>4</sup> No âmbito do direito civil, a explicitação da boa-fé objetiva como princípio do direito contratual ocorre apenas com a vigência do Código Civil de 2002, que apresenta o art. 422 com a seguinte redação: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Tal inovação, acompanhada especialmente pela introdução da figura da “função social do contrato”,<sup>5</sup> provocou (e ainda provoca) uma série de estudos sobre a nova dimensão do direito contratual, em que se analisava, sob variados aspectos, o princípio da boa-fé objetiva. Não obstante o grande número de artigos e obras publicadas sobre o tema, a maioria dos estudos se utiliza de uma abordagem estritamente jurídica para analisar o objeto em questão e, não raro, reconduz o problema da boa-fé à análise de critérios subjetivos, o que se percebe através das expressões “lealdade”, “retidão”, “honestidade” e “honradez”, utilizadas com frequência para caracterizar a boa-fé obrigacional.

É neste ponto que se insere o presente estudo, que tem como principal objetivo proporcionar ao jurista, através de uma abordagem interdisciplinar, instrumentos para uma adequada aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva nos conflitos decorrentes da relação contratual. Dentre as ciências exteriores ao direito, a economia tem se apresentado como um importante arcabouço teórico para auxiliar em tal tarefa jurisdicional.

<sup>3</sup> Arts. 112, 221, 255, § único, 337, 490, 491, 510, 511, 514, 516, 549, 550, 551, 612, 619, 622, 933, § único, 935, 968, 1.072, 1.272, 1.318, 1.321, 1.382, 1.404, 1.443, 1.477, § único, e 1.507, todos do CC/1916.

<sup>4</sup> O art. 51, IV, do CDC possui a seguinte redação: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”.

<sup>5</sup> Art. 421 do CC/2002: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Ora, o direito tem, como função primordial, ser um instrumento para resolver problemas. Tal colocação, pragmática, torna-se cada vez mais relevante, principalmente quando temos em conta a complexidade da sociedade em que vivemos. Reconhecer a função instrumental do direito nos leva a concebê-lo “como um discurso jurídico que é parte da razão prática”.<sup>6</sup> Neste sentido, tão importante quanto a dogmática da boa-fé é a análise de como se dá a interação entre os indivíduos em uma relação contratual, consistindo este o substrato para a aplicação do art. 422 do CC/2002.

Enzo Roppo, ao afirmar ser o contrato um conceito jurídico, explica que a sua compreensão não pode se restringir apenas a tal dimensão, sendo fundamental, para conhecer verdadeiramente tal conceito, considerar a sua *realidade econômico-social*. Assim, o autor afirma que “[a]s situações, relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de *operação econômica*”.<sup>7</sup> O contrato seria, por sua vez, a veste jurídico-formal de tais operações.

A consequência lógica da adoção desta concepção de contrato é a compreensão da característica multidisciplinar que possui a atividade interpretativa. Não parece ser possível entender a relação contratual sem considerar, por exemplo, o funcionamento de uma economia de mercado, ou seja, o ambiente onde a relação contratual se estabelece. Também não parece ser possível analisar a relação contratual sem vislumbrá-la como uma interação entre os agentes envolvidos, que buscam melhorar suas posições individuais através de uma troca. Nesse sentido, a relação contratual se mostra similar a um jogo, envolvendo comportamentos estratégicos e interesses muitas vezes conflitantes. Enfim, não há como compreender o contrato sem compreender a sua realidade econômica. Naturalmente a ideia de contrato evoca a interdisciplinaridade entre direito e economia.

A importância da análise econômica não se dá somente como *linguagem descritiva* da relação contratual, eis que, sob tal dimensão, caberia à economia tão somente este papel. Ocorre que, como será visto, a tarefa jurisdicional em um sistema aberto de direito privado (como o operado através e princípios, conceitos indeterminados e cláusulas gerais) possibilita inúmeras soluções para um determinado conflito, variando de acordo com o modelo decisório (ou paradigma) adotado. Todavia, tais soluções precisam de um controle, sob pena de enorme insegurança jurídica, o que se dá no plano argumentativo.

---

<sup>6</sup> LORENZETTI, Ricardo L. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 27.

<sup>7</sup> Operações econômicas podem ser entendidas como os “actos materiais de transferência de riqueza” (ROPPO, Enzo. *O contrato*, 2009, p. 15).

Se considerarmos que a atribuição de direitos em uma relação obrigacional (tipicamente bilateral) implica em conceder o direito a uma das partes em detrimento da outra, a argumentação deve, necessariamente, se dar também com base na análise consequencialista, tipicamente econômica.

O diálogo entre direito e economia, apesar de antigo,<sup>8</sup> só recentemente foi capaz de produzir um arcabouço teórico apto a “romper” a barreira que separava as duas ciências. O movimento de Direito e Economia (*law and economics*), surgido nos EUA no final da década de 1950 e consolidado naquele país já na década de 1970, produziu uma vasta literatura que, a despeito de sua diversidade, conduziu a uma metodologia própria, que se denomina *análise econômica do direito*.<sup>9</sup>

Tal abordagem, centrada na preocupação com a eficiência, tanto das regras jurídicas quanto da alocação dos recursos, possui possibilidades descritivas da realidade, formando uma base para a modificação (ou até justificação) dos arranjos normativos existentes. No âmbito dos contratos, problemas relativos à interação racional dos agentes raramente são abordados nos textos jurídicos, eminentemente dogmáticos. Todavia, tais problemas podem causar graves distorções nos contratos, desviando-os de sua verdadeira função social.<sup>10</sup> E, para tornar efetivo o princípio da boa-fé objetiva, este deve ser entendido em sua verdadeira dimensão, considerando-se os tipos de comportamentos oportunistas que pretende evitar que ocorram.

A particularidade da presente dissertação é justamente apresentar o assunto sob um enfoque interdisciplinar. Busca-se introduzir a análise econômica do direito como instrumento útil ao jurista para a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nas questões contratuais. Para tanto, faz-se necessário demonstrar, sob a ótica da ciência jurídica, a existência de um espaço que pode ser preenchido pelo raciocínio econômico. O ponto de toque entre as distintas metodologias é a análise do comportamento humano.

---

<sup>8</sup> Considerado o pai da ciência econômica, Adam Smith já estava preocupado, em pleno século XVIII, com os efeitos econômicos das leis mercantilistas, chamando atenção para os efeitos incentivadores da legislação em um determinado sistema econômico: “For if the legislature should appoint pecuniary rewards for the inventors of new machines, etc., they would hardly ever be so precisely proportioned to the merit of the invention as it is. For here, if the invention be good and such as is profitable to mankind, he will probably make a fortune by it; but if it be of no value he also will reap no benefit” (MACKAAY, Ejan. *History of law and economics*. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. (Eds.) *Encyclopedia of law and economics*, 2000, p. 68).

<sup>9</sup> Não há consenso sobre a expressão que melhor defina tal abordagem. Conforme explicação infra (vide capítulo 2), utilizo a expressão “Direito e Economia” para referir o movimento (escola de pensamento) e “análise econômica do direito” para referir a metodologia (abordagem).

<sup>10</sup> Entende-se a função social dos contratos, no caso, de acordo com a visão exposta em TIMM, Luciano B. (Org.). *Direito & Economia*, 2008, p. 63-96). A discussão será abordada em 1.2.1.

A adoção de tal proposta interdisciplinar implica em assumir uma visão individualista do direito contratual. A análise microeconômica, marco teórico proposto para o presente trabalho, funda-se no autointeresse para elaborar seus modelos analíticos.<sup>11</sup> Além disso, o individualismo é o princípio central do direito privado na tradição ocidental,<sup>12</sup> não parecendo ser o solidarismo (primazia dos deveres para com os outros sobre os próprios interesses) uma alternativa adequada para a análise da relação obrigacional. Por fim, entende-se que a opção pelo individualismo não implica, necessariamente, em uma inexistência de limites ao comportamento das partes ou de deveres recíprocos de cooperação. Isso porque a análise econômica se dá sempre em duas dimensões (micro e macro), sendo uma delas justamente a consideração dos efeitos sociais das ações individuais.

A boa-fé objetiva é instrumento fundamental para preservação da confiança na relação contratual, todavia a operacionalização do princípio exige um entendimento mais funcional das situações que envolvam oportunismo. A hipótese que se coloca é que o tratamento estritamente jurídico do instituto não oferece as melhores ferramentas para os operadores do direito lidarem com a questão. Nesse sentido, a teoria econômica do contrato pode, ao descrever com maior precisão os problemas relacionados à interação estratégica das partes, propor uma interpretação da boa-fé objetiva que possa garantir um incremento na disciplina contratual e na operacionalização do direito.

O conceito chave da análise econômica da boa-fé é entendê-la não como aquilo que ela é, mas como aquilo que não é. Partindo do pressuposto de que a cooperação é inerente à operação econômica, e que são determinadas circunstâncias que impedem tal cooperação, é a má-fé, traduzida pelo equivalente econômico “oportunismo”, que deve ser objeto de atenção do direito. Assim, a perspectiva econômica da boa-fé como ausência de oportunismo é fundamental para a aplicação da cláusula geral da boa-fé objetiva, ao permitir distinguir objetivamente um comportamento oportunista que mereça a interferência do juiz para reequilibrar a relação contratual.

Para este trabalho, são fundamentais alguns autores, que serviram de suporte para o seu desenvolvimento. Os fundamentos jurídicos da boa-fé contratual, ponto de partida da proposta interdisciplinar, têm como referência a obra de Menezes Cordeiro e Judith Martins-

---

<sup>11</sup> Considerado o pai da Economia, Adam Smith, em uma clássica passagem, afirmava que a sociedade só faz avanços porque os indivíduos maximizam os próprios objetivos. “Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro e do padeiro que esperamos o nosso jantar, mas da consideração que ele têm pelos próprios interesses. Apelamos não à humanidade, mas ao amor-próprio, e nunca falamos de nossas necessidades, mas das vantagens que eles podem obter” (SMITH, Adam. *A riqueza das nações*, 1988, p. 23).

<sup>12</sup> AUER, Marietta. *The structure of good faith*, 2006, p. 50.

Costa. A análise econômica da boa-fé, ponto de chegada, baseou-se nos trabalhos de Ejan Mackaay, Hans-Bernd Schäfer e Claus Ott e Fernando Araújo. Por fim, a construção de uma ponte entre o raciocínio jurídico e o econômico sobre a boa-fé teve como fonte o livro “A teoria da decisão judicial”, de Ricardo Lorenzetti, onde foi possível obter os necessários elementos de integração. Tomando por base o caminho traçado, o plano de trabalho é dividido em duas partes, que separam fundamentos jurídicos e econômicos da boa-fé objetiva.

Na primeira parte, aborda-se o tema da “descodificação” do direito privado e a suposta “crise” dos contratos, para demonstrar que a abertura do direito em direção a uma “nova” teoria contratual, baseada em princípios e cláusulas gerais, desenha uma boa-fé cujo sentido só é preenchido através da atividade jurisdicional, e que esta pode ser incrementada através da análise econômica. Encerra-se esta primeira parte alertando para a necessidade de um controle de tal atividade, de modo que a decisão que se apoie na boa-fé não implique em discricionariedade.

Na segunda parte, são apresentadas as linhas gerais da análise econômica do direito e as principais questões desenvolvidas pelo movimento de direito e economia na teoria dos contratos. Como um contraponto importante para a compreensão da boa-fé contratual, aborda-se a discussão econômica travada sobre a existência de sistemas jurídicos baseados em regras *versus* sistemas jurídicos baseados em *standards*, para a partir daí desenvolver a teoria da boa-fé como ausência de oportunismo. Por fim, fundamentos jurídicos e econômicos serão confrontados na busca de uma perspectiva jurídico-econômica da boa-fé contratual.

## 1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS DA BOA-FÉ CONTRATUAL

A busca por uma interpretação jurídico-econômico da boa-fé contratual parte, necessariamente, de seus fundamentos jurídicos. Não há como demonstrar a relevância do raciocínio econômico para a atividade jurisdicional sem entender, primeiramente, como esta se dá em relação à boa-fé contratual. Em tal tarefa, entretanto, impõe-se uma constante escolha sobre aquilo que é e o que não é relevante para o objeto deste trabalho, o que se torna particularmente difícil em razão da vasta bibliografia e da escassez de tempo disponível.<sup>13</sup>

Assim, o que se pretende não é desnudar o instituto da boa-fé,<sup>14</sup> mas tão somente compreendê-lo em seu aspecto mais pragmático, qual seja, como instrumento de solução de conflitos decorrentes da relação obrigacional. A discussão, contemporânea, não se furta de uma abordagem histórica, cuja relevância, para este trabalho, está relacionada à formação da boa-fé e à abertura operada nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica.

A boa-fé é um conceito jurídico que remonta à *bona fides* do direito romano, e que teve posterior desenvolvimento no direito canônico e, modernamente, no direito germânico.<sup>15</sup> É o que se denomina de “tríplice raiz da boa-fé”.<sup>16</sup> Clóvis do Couto e Silva destaca que a atividade criadora dos magistrados romanos

[...] valorizava grandemente o comportamento ético das partes, o que se expressava, sobretudo, nas *actiones ex fide bona*, nas quais o arbítrio do *iudex* se ampliava, para que pudesse considerar, na sentença, a retidão e a lisura do procedimento dos litigantes, quando da celebração do negócio jurídico.<sup>17</sup>

<sup>13</sup> Já aqui se explicita o tipo de problema que será uma constante ao longo do texto, e que, conforme será visto, fundamenta a utilização do raciocínio econômico como instrumento para a análise do direito, especialmente no caso da aplicação do art. 422 do CC/2002, escopo deste trabalho.

<sup>14</sup> Para uma compreensão maior do tema da boa-fé no direito privado, são referências fundamentais as obras de MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, 1984, e MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000. Jorge Cesa Ferreira da Silva cita ainda como fundamentais as obras de WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*, 1986, e COUTO E SILVA, Clóvis. O princípio da boa-fé no direito civil brasileiro e português. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL. *Estudos de direito civil brasileiro e português*, 1980 (SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, 2002, p 36-37).

<sup>15</sup> Sobre a evolução da boa-fé, ver MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, 1984, pp. 53-406.

<sup>16</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 110.

<sup>17</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*, 2006, p. 32. Judith Martins-Costa explica que os *bonae fidei iudicium* consistiam em um procedimento perante o juiz no qual o demandante apresentava uma fórmula (documento em que se apresentavam os termos da controvérsia) especial na qual, não podendo demonstrar sua pretensão (*intentio*) com base na *lex*, o fazia baseado na *fides* (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 120).

Dentre os campos do direito no qual a ideia de *fides* se instaurou, destacam-se o das relações de clientela (onde se originou),<sup>18</sup> o da proteção possessória (direitos reais), e o dos negócios contratuais (direito das obrigações). Especificamente com relação ao campo dos contratos, há de se destacar o primeiro tratado entre Roma e Cartago, no qual cada uma das partes “*prometia sobre a própria fé*” a assistência ao cidadão da outra cidade para a proteção dos interesses nascidos dos negócios privados. Sobre a *bona fides* romana, Paolo Frezza afirma que

[...] é uma *fides* que constringe a quem prometeu a manter sua promessa não segundo a letra, mas segundo o espírito; *não tendo em vista o texto da fórmula* promissória, mas ao *próprio organismo contratual posto em si mesmo*: não seguindo um valor normativo externo ao negócio concretamente posto em si (o contexto verbal da promessa), mas *fazendo do próprio concreto intento negocial a medida da responsabilidade daqueles que a fizeram nascer*.<sup>19</sup>

A *fides*, tanto nas relações de clientela quanto nos contratos, se apresentava como uma garantia formal do respeito à palavra dada (*fit quod dicitur*). O acréscimo do qualitativo *bona* se deve, conforme explicação supra, a uma importante modificação: o respeito à palavra dada não se fundava mais apenas no formalismo, mas na necessidade de tal respeito para a própria existência da relação obrigacional.<sup>20</sup>

Tal concepção, de nítido caráter objetivo, vai se transformando e incorporando um sentido moral, que pode ser observado no campo dos direitos reais na *usucapio*, onde a *bona fides* significa a intenção ou o estado de ignorância (elemento subjetivo) do beneficiário da usucapião.<sup>21</sup> É este o sentido que, mesclado à *aequitas* (equidade), irá integrar a compilação justinianéia que será, posteriormente, objeto do direito canônico.

No direito canônico a boa-fé, também tratada na tutela da usucapião e nos contratos consensuais, passa a ser vista como a “ausência de pecado”, em estado contraposto à má-fé.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> A relação entre o cidadão livre (patrício) e o *cliens* se fundava no dever de lealdade por parte deste para com aquele, em troca de proteção. A *fides* compreendia tanto o poder de direção do patrão quanto o dever de obediência do cliente, ligada por uma promessa de proteção (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 112).

<sup>19</sup> FREZZA, Paolo. *Fides bona*. In: FREZZA, Paolo et al. *Studi sulla buona fides*, 1975. Traduzido por MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 115.

<sup>20</sup> Neste ponto já se pode inferir a conotação econômica da boa-fé, que será abordada na segunda parte deste trabalho: a cooperação é elemento fundamental para a realização das operações econômicas, e por tal razão exsurge do próprio interesse das partes. Cabe ao direito induzi-la nos casos em que certas circunstâncias impossibilitam a natural cooperação.

<sup>21</sup> É neste mesmo sentido que se dá a boa-fé de que trata o art. 1.201 do CC/2002: “É de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa”.

<sup>22</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, 1984, p. 148 e 153.

A Igreja atribuía valor moral à promessa e ao consentimento,<sup>23</sup> e agir em boa-fé (*pledge of faith*), no âmbito obrigacional, significava respeitar fielmente o que havia sido pactuado (palavra dada).<sup>24</sup>

A quebra do consentimento constituía pecado (mentira), tendo força liberatória em determinadas ocasiões. Neste sentido, o simples acordo possuía força vinculatória, sendo supérfluo o formalismo. Tal dimensão ética e axiológica da boa-fé difere do caráter técnico-jurídico com que era tratada originalmente a *fides* pelo direito romano, e remanesce, em certo grau, até os dias de hoje. Enquanto o direito romano promoveu a bipartição da boa-fé, o direito canônico operou sua unificação conceitual, na forma de um princípio geral.

O direito germânico, por sua vez, demarca o universo da boa-fé através da fórmula *Treu und Glauben*, ligada à ideia de lealdade (*Treu*) e crença (*Glauben*).<sup>25</sup> Enquanto no direito romano (em certa acepção) e no direito canônico a boa-fé denotava a ideia de fidelidade ao pactuado em uma perspectiva subjetivista, na cultura germânica a questão ética (garantia da manutenção do cumprimento da palavra dada) se vinculava a uma perspectiva objetiva. Ligando-se às tradições cavaleirescas da Idade Média, a boa-fé condizia com um dado nível de comportamento coletivo, exigindo a confiança uma reciprocidade de deveres. Conforme preceitua Judith Martins-Costa,

Esta perspectiva é de fundamental importância para a compreensão da boa-fé objetiva em matéria obrigacional, uma vez que é daí que surge a adstrição ao comportamento, segundo a boa-fé, como *regra de comportamento social, necessário ao estabelecimento da confiança geral, induzida ao “alter” ou à coletividade pelo comportamento do que jura por honra*. Do substrato cultural geral a fórmula adquirirá, no específico campo das relações comerciais, o conteúdo de *cumprimento exato dos deveres assumidos*, vale dizer, a obrigação de cumprir exatamente os deveres do contrato e a necessidade de se ter em conta, no exercício dos direitos, *os interesses da contraparte*.<sup>26</sup>

Como se pode concluir, a *fides* romana, bipartida, teve contribuições que a levaram a dois caminhos: um tratamento subjetivo, com forte influência do direito canônico, e um tratamento objetivo, decorrente do direito germânico. Com o advento do jusracionalismo e sua busca pela sistematização do direito, para que este fosse válido em absoluto, a boa-fé percorre o caminho da diluição, “a ponto de tornar-se um ineficaz *princípio geral*, esvaziado

<sup>23</sup> Há evidente mudança em relação ao direito romano: neste, a forma era fundamental para o nascimento da ação (*ex nudo pacto actio non nascitur*), enquanto que, no direito canônico, bastava a vontade (consentimento) para o nascimento dos acordos.

<sup>24</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 129-130.

<sup>25</sup> Cumpre ressaltar que o idioma alemão usa expressões diferentes para tratar da boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) e da boa-fé subjetiva (*guter Glaube*).

<sup>26</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 126.

de qualquer conteúdo prático”.<sup>27</sup> Isso porque, na busca da separação entre os campos da moral e do direito, o jusracionalismo reservou aos deveres decorrentes da boa-fé (sentido objetivo) não previstos em lei um caráter ajurídico.<sup>28</sup>

O “resgate” da boa-fé objetiva se dá com o advento do Código Civil alemão (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB), de 1900, que condensou a ideia da boa-fé contratual nos seus §§ 242 e 157: “O devedor está obrigado a realizar a prestação em conformidade com a boa-fé e com os usos do tráfico”; §157: “Os contratos devem ser interpretados em conformidade com a boa-fé e com os usos do tráfico”.<sup>29</sup> Trata-se de um divisor de águas com relação à passagem de uma boa-fé obrigacional subjetiva para uma objetiva, conforme afirma Almiro do Couto e Silva:

[...] o próprio princípio da boa-fé, embora ligado geneticamente ao direito romano, só ganhou expressão moderna e alcançou o significado que tem atualmente após ser incorporado no BGB e submetido à análise exaustiva dos comentaristas do Código Civil alemão, recebendo assim valiosos subsídios da jurisprudência germânica.<sup>30</sup>

Destarte, a evolução da boa-fé culmina em uma delimitação clara entre seu sentido subjetivo e objetivo. Ana Prata explica da seguinte forma as duas acepções do termo:

Fundamentalmente, o termo usa-se em duas acepções. A boa fé é, em primeiro lugar, a consideração razoável e equilibrada dos interesses dos outros, a honestidade e a lealdade nos comportamentos e, designadamente, na celebração e execução dos negócios jurídicos. Neste sentido, a boa fé é um conceito indeterminado (ou uma cláusula geral de direito privado), cabendo ao julgador o seu preenchimento casuístico, de acordo com as circunstâncias do caso e as convicções historicamente dominantes em cada momento na sociedade. [...]

Mas a boa fé pode também ser a convicção errónea e não culposa da existência de um facto ou de um direito ou da validade de um negócio, a ignorância desculpável dos fundamentos de invalidade ou de um vício de um negócio [...].

A doutrina refere-se à boa fé objectiva (ou boa fé em sentido ético) para significar o primeiro dos sentidos anunciados, isto é, a boa fé como regra de conduta, designando por boa fé subjectiva (ou boa fé em sentido psicológico) a convicção em que se encontra o sujeito de que o seu comportamento é conforme o direito.<sup>31</sup>

Este trabalho, ao se ocupar da boa-fé objetiva, irá partir da mudança operada nos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica em direção ao uma maior abertura, para

<sup>27</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 155.

<sup>28</sup> Conforme Pufendorf, “Na vida civil (...) se dizem lícitas ainda assim as ações para as quais não é estabelecida uma pena pelo tribunal humano, ainda que de per se sejam repugnantes à natural honestidade” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 166).

<sup>29</sup> Tradução de acordo com COUTO E SILVA, Almiro. Prefácio. In: COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*, 2006, p. 10.

<sup>30</sup> COUTO E SILVA, Almiro. Prefácio. In: COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*, 2006, p. 14.

<sup>31</sup> PRATA, Ana. *Dicionário jurídico*, 2008, p. 214.

compreender a atual configuração do direito contratual e da relação obrigacional. A abertura do direito obrigacional realizada através das cláusulas gerais implica no estudo da decisão judicial, fundamental para dar sentido concreto à cláusula geral da boa-fé. Traçados os principais fundamentos jurídicos da boa-fé contratual, será possível caminhar em direção à interdisciplinaridade, colhendo os benefícios da análise econômica para a questão proposta.

### 1.1 O FENÔMENO DA DESCODIFICAÇÃO E A “CRISE” DO CONTRATO

A ruptura com o Antigo Regime promovida pela Revolução Francesa – em que o combate aos privilégios era forte bandeira – era expressada, no campo das ideias, pelo slogan da igualdade. Tal igualdade, formal (igualdade perante a lei), exigia que a lei fosse geral, una, a todos igualmente aplicável. A formalização de tal ideal unificante se expressava na figura do código, centro irradiador do direito privado.

O movimento em direção à codificação do direito, do ponto de vista do pensamento jurídico, se embasou especialmente no jusracionalismo, que apoiado no modelo matemático propôs a sistematização do direito. Judith Martins-Costa utiliza-se do pensamento de Leibniz para sintetizar, de forma magistral, como se abordava a questão no plano jurídico:

Do que, especificamente no que concerne à jurisprudência, Leibniz, investindo contra “a imensa multiplicidade das leis” dispersas “em imensos volumes, entre os quais não existe nem ordem nem concordância”, contra o tipo de aplicação que daí decorre, baseada em argumentos retirados da “razão das leis, razão que é por vezes a coisa mais incerta”, propõe a elaboração de um *código*, conjunto de leis “a partir das quais cada um compreenderá facilmente seu dever em todos os negócios e onde não se poderá reclamar de não haver cumprido por ignorância ou de ter sido abusivo pela subtilidade do direito” de modo a evitar processos “recoberto de trevas de tal sorte que raramente uma causa de alguma importância é tratada sem que, mesmo entre os especialistas, nasçam controvérsias extremamente embaraçantes”.<sup>32</sup>

A codificação do direito teve como resultado, na tradição romano-germânica, uma unificação sobre a sua concepção: tratava-se de um sistema formal de coerência lógica apriorística.<sup>33</sup> As bases deste sistema eram a lógica deontológica, a dedução como base do raciocínio fundante, e os princípios de hierarquia, temporalidade e especialidade. Cabia ao legislador conceber o direito e à dogmática reproduzir seu modo de raciocínio.

<sup>32</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 150-151.

<sup>33</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 359.

Se antes dos códigos novecentistas havia compilações que buscavam reproduzir o direito de modo a desenvolvê-lo e melhorá-lo num *continuum* histórico, o código representou uma quebra, pretendendo criar uma nova regulação baseado na racionalidade.<sup>34</sup> Renunciava-se à experiência histórica em favor da razão pura. Abandonava-se o raciocínio tópico pelo jurídico-dedutivo.

Uma das consequências do processo de codificação foi a busca, pela doutrina, do estabelecimento do direito como uma ciência autônoma,<sup>35</sup> ou “pura”. Kant propugna total separação entre o direito e a moral, diferenciando-se a ciência jurídica por seu objeto próprio, que seria a norma. Kelsen, em sua “Teoria pura do direito”, explica que esta “se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”. Sua intenção é “libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos”, tais como a psicologia, sociologia, a ética e a teoria política.<sup>36</sup>

O processo de codificação implicou, assim, em um fechamento do sistema jurídico, agora autossuficiente.<sup>37</sup> A necessária coerência lógica do código tornava todo o conflito de normas apenas aparente, resolvido mediante um processo hermenêutico baseado nos critérios da anterioridade, hierarquia e especialidade. Tal panorama, especialmente no que toca ao direito dos contratos, sofreu grande abalo com o surgimento do consumo de massa, com a forte penetração do direito público nas relações privadas e com o processo de abertura e “descentralização” do direito privado, exigindo um repensar de sua tradicional teoria.

### 1.1.1 A era da ordem e da desordem

Lorenzetti se refere ao período que vai do advento da codificação até a sua crise como a “era da ordem”, na qual havia perfeita separação entre direito público e privado, aquele

<sup>34</sup> LORENZETTI, Ricardo L. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 41.

<sup>35</sup> Posner questiona tal noção, alegando ser impossível haver autonomia deste em face à sociedade e perante outras disciplinas, e que a tese da autonomia estaria fundada em uma preocupação, por parte dos juristas, do monopólio da prática do direito. Afirma ainda que a análise econômica do direito quase que por definição nega a autonomia do direito (POSNER, Richard. A. *Overcoming law*, 1995, p. 18).

<sup>36</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 1998, p. 1.

<sup>37</sup> Conforme Ivo Gico Jr., a tradição kantiana, na tentativa de manter o *status* de conhecimento autônomo para o direito, buscou estabelecer metodologia e objeto próprio (norma), incorporando uma perspectiva formalista segundo a qual o direito seria: “(a) o resultado de uma ação volitiva humana; (b) seu conteúdo independeria da moral ou de outros campos do conhecimento; e, por isso, (c) seria um sistema lógico fechado e coerente de regras da qual a decisão jurídica correta sempre poderia ser inferida lógica e autonomamente do direito posto” (TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*, 2012, p. 5).

tratado na Constituição e este nos Códigos Civil e Comercial.<sup>38</sup> Cada esfera continha pressupostos claros e princípios autônomos, sendo autossuficiente.

A razão para tal separação era a própria natureza do constitucionalismo surgido nos fins do século XVIII, que tinha como objetivo a limitação do poder estatal, antes materializado na figura do Estado Absoluto. Surgem com o constitucionalismo os direitos fundamentais de primeira geração, direitos negativos, que consistiam em garantias dadas aos indivíduos com relação à atuação do Estado. Buscava-se preservar a liberdade individual, especialmente no campo econômico, sendo fundamental para tanto o respeito ao princípio da legalidade e a preservação da segurança jurídica.

Em complemento ao constitucionalismo moderno havia o Código Civil, refletindo a separação entre sociedade civil e Estado e expressando “uma ordem racional que propunha transcender todos os tempos e latitudes”.<sup>39</sup> O Código representava a segurança jurídica, ao buscar prever todas as possibilidades fáticas em determinados enunciados normativos, delineando um sistema do tipo fechado. Marcelo Schenck Duque, ao examinar a relação entre direitos fundamentais e direito privado no Estado Liberal, afirma que “as relações entre particulares eram encaradas como uma relação entre iguais dotados de liberdade, razão pela qual não havia razão para estender direitos fundamentais”, que limitavam o poder do Estado perante os indivíduos, “no tráfego jurídico-privado”.<sup>40</sup>

Todavia, este Estado Liberal, cuja principal característica era justamente a separação completa entre público e privado, modificou-se substancialmente com o advento da Primeira Guerra Mundial e com a Crise de 1929. A guerra devastou a Europa e mostrou ao mundo o flagelo humano. Com a Grande Depressão e suas assustadoras taxas de desemprego, o que entrou em xeque foi a capacidade da economia de, por si só, recuperar-se de tais eventos. A resposta a tais catástrofes foi um aumento da intervenção do Estado na economia e o desenvolvimento de políticas sociais que visavam minimizar os efeitos nefastos do desemprego.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial houve uma expansão de direitos fundamentais e de programas sociais, configurando aquilo que se passou a denominar *Welfare State* (Estado de bem-estar social). A característica deste modelo era justamente uma maior intervenção do

---

<sup>38</sup> LORENZETTI, Ricardo L. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 39.

<sup>39</sup> LORENZETTI, Ricardo L. *Teoria da decisão judicial*, p. 43.

<sup>40</sup> DUQUE, Marcelo Schenk. Direitos Fundamentais e Direito Privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *A Nova Crise do Contrato*, 2007, p. 90.

setor público na vida privada, como forma de prover um padrão mínimo de vida. Conforme afirma Lorenzetti,

Na atualidade existem evidências suficientes de certa desordem na fronteira entre ambos [direito público e direito privado], que se tornou móvel, em alguns casos confusa e, em numerosos temas, permeada por problemas e princípios que estabelecem um novo sistema de comunicação entre o público e o privado.

Tal “era da desordem” (em contraposição à ordem representada pela codificação) se caracteriza ainda por uma pluralidade de fontes, tanto no direito público quanto no direito privado, tirando do Código Civil a primazia sobre a ordenação da vida privada.<sup>41</sup> Nas palavras de Lorenzetti,

O volume atual de leis, decretos, tratados, supera toda a possibilidade de conhecimento do cidadão comum. O Código já não abrange todas as situações, a legislação especial já não é uma mera ratificação de axiomas codificados. Ao contrário, muitas vezes pretende derroga-los. É difícil estabelecer uma ordem, e mais ainda manter princípios irrefutáveis de base racional.<sup>42</sup>

Com o surgimento de inúmeros microssistemas legais,<sup>43</sup> tais como o da proteção ao consumidor, o direito privado tornou-se extremamente complexo e, de certa forma, descaracterizado. Tais microssistemas, possuindo uma principiologia própria e autonomia em relação ao Código Civil (agora não mais um *monossistema*), fragmentaram o direito privado. Em um ambiente de superprodução legislativa, a introdução de uma norma pode afetar todo o sistema, e a ciência jurídica precisa alterar seu método de análise mais tradicional (raciocínio lógico-subsuntivo).<sup>44</sup>

Todas essas transformações, aliadas à proliferação de conceitos jurídicos indeterminados, determinou uma radical modificação do direito civil, em um processo que pode ser sintetizado na alteração da lógica estabelecida pelo processo de codificação do direito. Destarte, a verdadeira modificação que se deu no direito privado (e, em especial, no direito dos contratos) foi justamente a passagem de um sistema fechado (ou sistema de autorreferência absoluta), identificado nas codificações do século XIX e cuja

<sup>41</sup> Segundo Cláudia Lima Marques, “Natalino Irti, desde a primeira edição de 1979 de seu famoso livro *L’età della decodificazione*, perguntava-se ‘como salvar o Código Civil’. Respondia que, na década de 70, em um mundo de insegurança, da fuga do Código Civil através da descodificação em microssistemas, o Código Civil italiano teria apenas uma função residual e de ‘centro’ do direito privado” (MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes*, 2012, p. 26).

<sup>42</sup> LORENZETTI, Ricardo L. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 43.

<sup>43</sup> A expressão microssistema se deve a Natalino Irti (IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*, 1979).

<sup>44</sup> Este é um dos fundamentos do “diálogo das fontes”, teoria que busca a coordenação de diferentes fontes normativas para a solução das antinomias, superando a hermenêutica tradicional, que não se presta para tal coordenação. Como obra referencial no assunto temos MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes*, 2012.

operacionalização se dava através de um raciocínio do tipo lógico-subsumtivo,<sup>45</sup> para um sistema aberto, que demanda o acréscimo de um raciocínio do tipo tópico.<sup>46</sup>

Assim, quando se fala em fenômeno da “descodificação”, o que se está querendo expressar é um movimento de afastamento do fenômeno da “codificação”, representado pela ideia de “sistema” (pretensão de plenitude lógica). A consequência da “descodificação” não é a extinção dos códigos,<sup>47</sup> mas uma constante necessidade de repensar o direito. Neste repensar, as substantivas modificações ocorridas implicaram em um questionamento sobre a própria figura do contrato, este arraigado aos postulados clássicos da “era da ordem”.

### 1.1.2 A “crise” do contrato

Quando se fala em crise do contrato se está buscando identificar elementos que tenham afetado de tal maneira as relações contratuais, que não seja mais possível conceber o contrato da mesma forma como tradicionalmente era concebido. A crise importa sempre em uma situação prévia consolidada que é abalada por novas circunstâncias, passíveis de lhe por em risco. No caso do contrato, a situação consolidada é representada pela teoria contratual clássica e seus postulados do *pacta sunt servanda* e da autonomia da vontade.

Cláudia Lima Marques afirma que a primeira crise do contrato nasceu na Revolução Industrial,<sup>48</sup> com a massificação da produção e da distribuição indireta. A idade moderna trouxe a economia da abundância (em contraposição à economia da escassez medieval), que despersonalizou fortemente as relações com os clientes.<sup>49</sup>

<sup>45</sup> A subsunção é a aplicação direta da norma jurídica a um determinado tipo (*fattispecie*). Configura-se a subsunção quando uma conduta ou fato concreto (norma-fato) se adequa à previsão normativa (norma-tipo), daí decorrendo uma determinada consequência jurídica.

<sup>46</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 21-22.

<sup>47</sup> A expressão “codificação” está sendo utilizada como representação de um determinado modelo, e não quanto à forma de um sistema jurídico. Conforme aponta Judith Martins-Costa, os ordenamentos jurídicos podem se estruturar como um sistema codificado ao modo aberto (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 24).

<sup>48</sup> Enzo Roppo aduz que na época subsequente à revolução industrial do século dezenove, na Europa, “os progressos das técnicas produtivas, a descoberta de novas fontes de energia e mais racional e intensa utilização das já conhecidas, a diferente organização do trabalho no interior das empresas, a crescente dimensão destas (e do volume de capitais nelas empregues) atingem todos os sectores da economia com um impacto sem precedentes”, afetando fortemente as relações contratuais (ROPPO, Enzo. *O contrato*, 2009, p. 312).

<sup>49</sup> MARQUES, Cláudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato*, 2007, p. 22-23.

Tal despersonalização se deu especialmente em razão de um novo fenômeno: os contratos *standard*. Com a multiplicação de produtores e consumidores e o aumento da velocidade das trocas em uma economia de mercado, reduziu-se o espaço para a discussão do conteúdo contratual, que passou a ser padronizado, cumprindo a uma das partes (produtor) elaborá-lo e à outra somente aderir (consumidor). Conforme afirma Roppo, os contratos *standard* “consustanciam, hoje, algumas das mais significativas e graves formas de restrição da liberdade contratual”, descrevendo o fenômeno de forma muito precisa:

[...] quem, pela sua posição e pelas suas atividades económicas, se encontra na necessidade de estabelecer uma série indefinida de relações negociais, homogêneas no seu conteúdo, com uma série, por sua vez indefinida, de contrapartes, predispõe antecipadamente, um esquema contratual, um complexo uniforme de cláusulas aplicáveis indistintamente a todas as relações da série, que são assim, sujeitas a uma mesma regulamentação; aqueles que, por seu lado, desejam entrar em relações negociais com o predisponente para adquirir os bens ou os serviços oferecidos por este, não discutem nem negociam singularmente os termos e as condições de cada operação, e, portanto, as cláusulas do contrato respectivo, mas limitam-se a aceitar em bloco (muitas vezes sem sequer as conhecer completamente) as cláusulas, unilateral e uniformemente, predispostas pela contraparte, assumindo deste modo, um papel de simples aderentes (fala-se, de facto, também de *contratos de adesão*).<sup>50</sup>

Impõe-se advertir que a padronização dos contratos foi, do ponto de vista dos fornecedores, a resposta eficiente a novos tempos de dinamismo econômico.<sup>51</sup> Não há como, por exemplo, uma empresa que venda planos de saúde discutir as cláusulas contratuais com cada um de seus clientes, criando um sem número de contratos personalizados. Isso implicaria em enorme dispêndio, tanto de tempo como de recursos humanos, o que fatalmente afetaria o preço do produto ou serviço. Conforme bem descreve Roppo,

[...] o emprego de contratos *standard* simplifica e acelera de modo radical os processos de conclusão dos negócios, determinando – através da consequente economia de tempo, de meios e de atividade – a redução daqueles “custos de contratação”, que as técnicas de negociação individual (fundadas sobre a discussão de cada uma das cláusulas com cada um dos clientes) contribuiriam, ao invés, para aumentar. Por outro lado, a predisposição de esquemas contratuais uniformes rígidos, destinados a aplicar-se em todas as relações de um certo tipo, funciona (ainda antes de como imposição de regras vinculativas para os clientes da empresa), como limite à iniciativa e ao arbítrio individual dos auxiliares do empresário, encarregados das atividades de contratação, assegurando, assim, à estratégia da empresa, neste sector, aquela necessária homogeneidade, aquela coordenação a nível central, que seriam prejudicadas se a representantes, agentes, caixeiros, fosse deixada plena liberdade de discutir com a contraparte e determinar, concretamente, o conteúdo de cada contrato [...].

<sup>50</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*, 2009, pp. 311-312.

<sup>51</sup> Enzo Roppo afirma que “[...] a verdade é que as técnicas de contratação estandardizada reflectem, de modo quase exclusivo, a organização empresarial e a sua presença no mercado. Isso explica-se, de resto, facilmente, se se considerarem as vantagens que o uso generalizado das condições uniformes de contrato oferece, em termos de importantes *economias de gestão*, aos operadores organizados na forma de empresa” (ROPPO, Enzo. *O contrato*, 2009, p. 313).

Todavia, do ponto de vista do consumidor, inegável representar o contrato de adesão uma restrição à sua liberdade contratual. Nesse sentido, se por um lado “o emprego difundido de contratos *standard* constitui produto ineliminável da moderna organização da produção e dos mercados”, funcionando como um “decisivo *factor de racionalização e de economicidade da actuação empresarial*”, tal situação desejável “só se consegue com um preço muito grave”.<sup>52</sup> Não cabendo a uma das partes discutir as cláusulas contratuais, resta-lhe apenas aderir ao que foi previamente elaborado, o que restringe a sua autonomia. Não há poder de decisão e influência por uma das partes da relação contratual. A situação fica especialmente grave quando os contratos padrão se tornam veículos de condições contratuais desproporcionais, e necessários para o acesso a determinados bens indispensáveis.

Ante tais circunstâncias, o contrato precisou se modificar pra se adequar aos novos tempos, conforme destaca Lorenzetti:

A aceleração econômica e a massividade fizeram surgir as condições gerais de contratação, que são uma adequação da figura contratual ao uso massivo do instituto. A técnica da “adesão”, substitutiva do “consentimento”, se ajusta mais ao uso massivo do instrumento contratual. Essa nova técnica produziu a necessidade de ser desenhada uma nova estrutura de conceitos jurídicos em torno das técnicas gerais de contratação.<sup>53</sup>

Cláudia Lima Marques, por sua vez, afirma que

Com a industrialização e a massificação das relações contratuais, especialmente através da conclusão de contratos de adesão, ficou evidente que o conceito clássico de contrato não mais se adaptava à realidade socioeconômica do séc. XX. Em muitos casos o acordo de vontades era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra, e deixaram claro o desnível entre os contraentes – um autor efetivo as cláusulas, outro, simplesmente aderente – desmentindo a idéia de que assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual. Em outros novos contratos a liberdade de escolha do parceiro ou a própria liberdade de contrair não mais existia (contratos necessários), sendo por vezes a própria manifestação da vontade irrelevante, em face do mandamento imperativo da lei (contratos coativos). A crise na teoria conceitual do direito era incontestável.<sup>54</sup>

A essa primeira “crise” do contrato,<sup>55</sup> a resposta teria se dado especialmente através do direito do consumidor,<sup>56</sup> cujo desenvolvimento buscava reequilibrar a relação contratual

<sup>52</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*, 2009, p. 316.

<sup>53</sup> LORENZETTI, Ricardo L. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 249.

<sup>54</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 2005, p. 163.

<sup>55</sup> Fala-se ainda em um “nova crise do contrato”, relacionada ao trabalho dos autores franceses Christophe Jamin e Denis Mazeaud (JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (Org.). *La nouvelle crise du contrat*, 2003), que utilizaram tal expressão para denominar o atual momento de insegurança por qual passaria a teoria contratual, com grandes dúvidas dogmáticas. Conforme sintetiza Cláudia Lima Marques, esses autores afirmavam que a nova crise dos contratos “teria seu fundamento, na França, justamente na multiplicação criada pelo direito do consumidor de cláusulas gerais no direito privado e no que denominavam hipertrofia da

desequilibrada pelos contratos de adesão e, também, pelos monopólios. Como instrumentos de combate ao potencial desequilíbrio, desenvolveu-se a responsabilidade civil objetiva como forma de, impondo-se aos contratos, aumentar o nível de segurança dos produtos.<sup>57</sup> Tem-se ainda a possibilidade de revisão de contratos que contenham cláusulas consideradas abusivas. Segundo Cláudia Lima Marques, coube ao princípio da boa-fé objetiva a tarefa de repersonalizar o contrato, eis que tal princípio implica em visualizar os direitos e expectativas legítimas da contraparte.<sup>58</sup>

De fato, o direito do consumidor é a intervenção do Estado (Estado-Legislator e Estado-Juiz) nas relações contratuais, impondo direitos e deveres com o preciso objetivo de evitar que tais relações se deem de modo desequilibrado. Todavia, o que é importante referir é que, a despeito de alguns pressagiarem que, ao afetar a autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda*, tal “crise” representaria “a morte do contrato”<sup>59</sup> ou “o declínio do contrato”,<sup>60</sup> o que efetivamente ocorreu foi um aprimoramento da teoria contratual.

Enzo Roppo percebe muito bem o fato de que tais transformações não significam o declínio dos postulados clássicos, mas a sua renovação. O contrato de adesão, ao ser imposto de forma unilateral, afeta a liberdade de valoração e escolha do consumidor, o que, “nos postulados da teoria econômica, constituiria pressuposto necessário para um funcionamento racional dos mecanismos de mercado e da concorrência”.<sup>61</sup> O resultado disto é uma restrição na liberdade contratual de uma das partes da relação que, não sendo plenamente livre, não possui autodeterminação, um dos aspectos fundamentais da autonomia privada. Se os bens e serviços em questão são relativos a necessidades básicas, o contrato de adesão constitui único meio de acesso, tornando a sua aceitação por parte do consumidor obrigatória. Todavia, aqui a

---

cláusula geral da boa-fé em face de decisões contraditórias dos magistrados naquele país no que se refere aos contratos (MARQUES, Cláudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato*, 2007, p. 19).

<sup>56</sup> MARQUES, Cláudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato*, 2007, p. 22.

<sup>57</sup> A importância da responsabilidade civil como forma de incentivo aos fornecedores para que atinjam um nível ótimo em termos de prevenção é o assunto central da denominada “teoria econômica da responsabilidade civil”. Para maiores detalhes, ver BATTESINI, Eugênio. *Direito e economia*, 2011.

<sup>58</sup> MARQUES, Cláudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato*, 2007, p. 23.

<sup>59</sup> GILMORE, Grant. *The death of contract*, 1974.

<sup>60</sup> ATIYAH, Patrick Selim. *The rise and fall of freedom of contract*, 1979.

<sup>61</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*, 2009, p. 317.

restrição de liberdade muitas vezes está umbilicalmente ligada com a existência de monopólios, cujo combate é fundamental para o bom funcionamento dos mercados.<sup>62</sup>

A justificação para uma certa restrição da liberdade contratual nos casos dos contratos de adesão se dá com base na própria liberdade, o que revela que a intervenção, em certos casos, busca, ao contrário do imaginado, privilegiar os postulados clássicos do direito contratual. Não há liberdade quando esta é exercida à custa da liberdade da outra parte na relação contratual. Enzo Roppo percebeu muito bem tal peculiaridade:

*Aqui, a origem das restrições à liberdade contratual radica, ao fim e ao cabo, no próprio princípio da liberdade contratual (que legitima os operadores a enfrentarem-se no mercado – cada um com as suas posições de força, que não são, obviamente, iguais para todos – para negociar e retirar dos seus contratos o máximo de proveito individual, ainda que isso se traduza numa substancial e injusta prevaricação, em prejuízo da contraparte). O paradoxo é apenas aparente: descrevendo a “natural” evolução dos mercados capitalistas do sistema de livre e “perfeita” concorrência, para o sistema das concentrações e dos monopólios – negador do princípio concorrencial mas em definitivo por este gerado – já no século passado os observadores mais atentos faziam notar que “a concorrência destrói-se a si própria”; analogamente pode dizer-se que “a liberdade contratual destrói-se a si própria”, determinado a sua própria negação.<sup>63</sup>*

Carlos Ferreira de Almeida afirma que

[...] há décadas que se fala em crise: crise do negócio jurídico, crise do contrato, crise do direito contratual, declínio do contrato ou da liberdade contratual, desagregação da doutrina do contrato, corrupção do pensamento contratual, aporia da autonomia privada ou tão somente crise da concepção liberal do contrato.<sup>64</sup>

Para o autor, há necessidade de superar a ideia de vontade como critério e como limite do negócio jurídico.<sup>65</sup> Todavia, se de fato a complexidade das relações negociais não comporta mais uma abordagem tradicional da figura contratual, tampouco se pode falar em “crise” ou “morte do contrato”, uma vez que apenas o desuso poderia ocasionar tal fatalidade, o que não se verifica. Fernando Araújo resume bem a questão:

[...] a abordagem clássica à disciplina dos contratos enfatizava as virtualidades da maior liberdade e amplitude de estipulação possíveis, o que significava abstenção do julgador de envolver-se na apreciação do conteúdo substantivo do clausulado, cingindo-se a uma apreciação formalista e objectivista. Isso mudou por várias razões, primeiro por ascendente das orientações realistas e depois por confluência com tendências reguladoras, atentas a questões de bem-estar social e de protecção do

<sup>62</sup> Conforme seção 2.2.4.4, monopólios restringem a autonomia da vontade, eis que limitam a escolha do contratante mediante a imposição de preços.

<sup>63</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*, 2009, p. 318.

<sup>64</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, 1992, p. 11.

<sup>65</sup> FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, 1992, p. 69.

consumidor, atenta a necessidade de reposição da igualdade de poder negocial entre as partes e a necessidade de apuramento subjectivista da intenção das partes.<sup>66</sup>

Para o professor português isso teria conduzido a um declínio tão acentuado das características tradicionais do contrato que houve quem anunciasse a respectiva “morte”. Todavia tal tendência tem sido desmentida, “seja em termos gerais”, “seja pela crescente consagração legal de formas de liberdade contratual, até o limite ‘relacional’”, “seja pelo alastramento do paradigma contratualista, até para fora da Teoria do Contrato”, “seja pelo regresso à interpretação objectivista e formalista (com um ‘toque’ libertário)”.<sup>67</sup> Finaliza o autor afirmando que

[...] hoje a liberdade contratual disputa o seu lugar com muitas visões concorrentes, de certo modo todas elas complementares, para fornecerem a actual compreensão das funções do contrato, uma visão de grande amplitude e inerradicável complexidade.<sup>68</sup>

Destarte, não parece haver uma “crise do contrato”, mas sim uma tal transformação no instituto que não se pode mais explicá-lo sem recorrer a uma nova teoria. Conforme afirma Mariana Ribeiro Santiago, “resta claro que a crise não se processa no contrato em si, mas numa concepção doutrinária tradicional de contrato”.<sup>69</sup>

O fato é que existe grande dúvida com relação à figura do contrato na contemporaneidade, decorrente de uma modificação substancial nas relações sociais e, também, em decorrência de uma abertura do sistema mediante a introdução de determinadas figuras, tais como a boa-fé objetiva e, especialmente, a função social dos contratos. Se tal situação configura uma “nova crise”,<sup>70</sup> parece ser esta efetivamente uma crise de confiança, decorrente de uma divergência fundamental sobre o que seria a nova teoria contratual.

## 1.2 A NOVA TEORIA CONTRATUAL

<sup>66</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*, 2007, p. 714.

<sup>67</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*, 2007, p. 714-715.

<sup>68</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*, 2007, p. 715.

<sup>69</sup> SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *O princípio da função social do contrato*, 2005, p. 67.

<sup>70</sup> Alguns autores referem que o pano de fundo dessa “nova crise” seria o advento da pós-modernidade, que seria, em uma perspectiva linear da história, a superação da modernidade, resumindo-se esta na crença inabalável na razão (e na busca pela segurança e certeza), que é o fundamento central dos códigos oitocentistas. Sobre a questão da pós-modernidade, as referências são HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*, 2006, e BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*, 1999. Sobre a questão das ciências sociais na pós-modernidade ver ROSENAU, Pauline Marie. *Post-modernism and the social sciences*, 1992. Sobre o contrato na pós-modernidade ver XAVIER, José Tadeu Neves. *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*, 2006.

Na introdução do fundamental “A boa-fé no direito privado”, Judith Martins-Costa, após destacar a circunstância apontada pelo relator do Projeto do Código Civil, Josaphat Marinho, do legislador mover-se no espaço que entremeia a prudência e a flexibilidade, lança a questão do sistema de direito privado

[...] abrir-se à possibilidade de recolher os casos que a experiência social contínua e inovadoramente propõe a uma adequada regulação jurídica, de modo a ensejar a formação de modelos jurídicos inovadores, abertos e flexíveis, sem que seja necessário para o progresso do direito, recorrer-se sempre à punctual intervenção legislativa.<sup>71</sup>

A questão, posta há mais de quinze anos, expõe a tensão causada no direito privado pela diferença de velocidade entre atividade legislativa e mudança social. Muito embora a prudência seja um elemento fundamental para o direito,<sup>72</sup> ao juiz não é permitido deixar de julgar<sup>73</sup> os conflitos que lhe são apresentados (vedação ao *non liquet*<sup>74</sup>). O espaço para uma atuação mais flexível é, portanto, um elemento importante para a jurisdição, especialmente em tempos de fortes mudanças nas relações sociais.

A tensão entre prudência e flexibilidade é um importante aspecto das discussões sobre o direito contratual em sua atual concepção, e coloca em confronto o clássico e o contemporâneo, na busca de uma nova teoria contratual. Este confronto se apresenta na forma dialética, onde tese (concepção clássica do direito contratual) e antítese (novos institutos do direito contratual) precisam ser cuidadosamente examinadas para que se chegue à síntese (nova teoria contratual).

O fato é que os postulados clássicos do direito contratual possuem sólida fundamentação teórica e estão arraigados na cultura jurídica, o que dificulta a compreensão de novas figuras como a boa-fé objetiva e a função social dos contratos. Além disso, muito embora tenha a sociedade passado por importantes mudanças, os postulados clássicos ainda refletem grande parcela da realidade objeto do direito contratual, reforçando a recomendação de prudência frente ao novo. Todavia, a atualidade se caracteriza, no mundo jurídico, por um aumento na complexidade das relações sociais, exigindo um repensar do direito privado e, na espécie, do direito contratual.

<sup>71</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 19-20.

<sup>72</sup> Lorenzetti, ao apresentar sua tese sobre a decisão baseada na argumentação, afirma que “a tarefa do juiz é o exercício da prudência e não a especulação” (LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 176).

<sup>73</sup> Há expressa previsão constitucional do princípio da indeclinabilidade da jurisdição, conforme art. 5.º, XXXV, da CF: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>74</sup> Conforme expressa o art. 126 do CPC: “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei”.

No plano legislativo, a teoria clássica do direito contratual – representada pelo Código Civil de 1916 – dá lugar a uma nova teoria, materializada no Código Civil de 2002 e fortemente influenciada pelo advento do Código de Defesa do Consumidor. A nova teoria geral dos contratos se aproxima da axiologia do Código de Defesa do Consumidor, conforme retrata o Enunciado n.º 167 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho de Justiça Federal, idealizado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

167 – Arts. 421 a 424: Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor, no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos.<sup>75</sup>

No centro da mudança está a convivência entre princípios contratuais já estabelecidos (*pacta sunt servanda* e autonomia da vontade) e novas figuras (função social dos contratos, e boa-fé objetiva).<sup>76</sup> Nesta seção se buscará justamente examinar os postulados clássicos do direito contratual e o impacto das inovações introduzidas no pensamento jurídico.

### 1.2.1 Os postulados clássicos do direito contratual

O direito contratual tradicionalmente se estruturou com base em dois princípios clássicos: a autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda*. O marco legislativo da disciplina contratual clássica é o Código Napoleônico de 1804, produto da vitória histórica da burguesia com a Revolução de 1789,<sup>77</sup> esta calcada no lema “Liberdade, igualdade, fraternidade”.

É justamente a primazia da liberdade que ordena a concepção clássica do contrato, sendo este meio de expressão da liberdade pessoal do indivíduo, juntamente com a propriedade.<sup>78</sup> A liberdade implica necessariamente em autonomia, que é a capacidade de governar-se pelos próprios meios, e não por imposição externa. Os limites da autonomia, por

<sup>75</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V*, 2012, p. 38.

<sup>76</sup> Cumpre lembrar que a novidade se dá no plano da técnica legislativa, uma vez que a boa-fé objetiva foi inserida no § 242 do BGB no final do século XIX, enquanto que a funcionalização dos institutos jurídicos remonta ao final do século XIX e meados do século XX.

<sup>77</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*, 2009, p. 41.

<sup>78</sup> A propriedade era, na tradição do pensamento jurídico-político oitocentista, figura indissociável do contrato: “a propriedade (privada) é o fundamento real da liberdade, o seu símbolo e a sua garantia relativamente ao poder público, enquanto, por sua vez, a liberdade constitui a própria substância da propriedade, as condições para poder usá-la conformemente com a sua natureza e com as suas funções; sem propriedade, em suma, não há liberdade, mas inversamente, não pode haver propriedade dissociada da liberdade de gozá-la, de dela dispor, de transferi-la e fazê-la circular sem nenhum limite (e portanto dissociada da liberdade de contratar)” (ROPPO, Enzo. *O contrato*, 2009, pp. 42-43).

sua vez, são definidos pela vontade, que é a “faculdade que tem o homem de querer, de se determinar espontaneamente a uma ação ou omissão, após reflexão”.<sup>79</sup> Assim, a autonomia da vontade significa

[...] a liberdade dos sujeitos de determinar com a sua vontade, eventualmente aliada à vontade de uma contraparte no ‘consenso’ contratual, o conteúdo das obrigações que se pretende assumir, das modificações que se pretende introduzir no seu patrimônio.<sup>80</sup>

Portanto, se os indivíduos são livres, obrigam-se unicamente em decorrência de sua vontade. Tal liberdade se expressa em duas dimensões: a primeira refere-se à liberdade de celebrar um pacto com determinada pessoa; a segunda refere-se à liberdade de, ato contínuo, determinar o conteúdo do negócio jurídico. Trata-se aquela da *liberdade de contratar*, e esta da *liberdade contratual*.

De uma perspectiva histórica, a liberdade de contratar significava a possibilidade da burguesia (Terceiro Estado) adquirir os bens das classes antigas (clero e nobreza, respectivamente Primeiro e Segundo Estado) detentoras da riqueza (esta fundada na propriedade) para frutificá-los através do comércio e da indústria. Por outro lado, a fundação do contrato através do consenso (vontade) representava uma forte garantia para as velhas classes proprietárias de que não teriam seus bens confiscados pela força da nova classe. Galgano sintetiza bem a questão:

A categoria geral do contrato, introduzida pela codificação civil francesa fora fruto da procura de um equilíbrio entre a pretensão da classe mercantil, de apropriação dos recursos do solo, e as exigências da classe fundiária, de defesa da propriedade. O princípio do consenso como produtor, por si só, do vínculo jurídico, favorecia a classe mercantil na sua relação com os proprietários dos recursos e, ao mesmo tempo, protegia os proprietários, impedindo que estes pudessem ser privados de seus bens contra a sua própria vontade.<sup>81</sup>

No Estado Liberal, em que havia nítida separação entre o Estado e a sociedade, a autonomia da vontade representava uma ampla liberdade que, com o tempo, foi sendo limitada.<sup>82</sup> Conforme adverte Clóvis do Couto e Silva, a atividade individual “está sob

<sup>79</sup> NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*, 1994, p. 857.

<sup>80</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*, 2009, p. 128.

<sup>81</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*, 2009, p. 46.

<sup>82</sup> As limitações ocorreram em relação tanto à liberdade de contratar (em menor grau) quanto à liberdade contratual (em maior grau). É exemplo típico de limitação à liberdade de contratar o art. 496 do CC/2002, que reputa anulável a venda de ascendente para descendente havida sem o consentimento dos demais descendentes (e do cônjuge, dependendo do regime de bens). A liberdade de estabelecer o conteúdo do contrato é limitada, por exemplo, pelo art. 424 do CC/2002, que determina a nulidade de cláusulas de contrato de adesão que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio.

vigilância do Estado, ainda que, como emanção da liberdade, a autonomia de vontade se constitua em direito supra-estatal, e não seja, assim, faculdade delegada”.<sup>83</sup>

No Estado moderno, público e privado se conjugam, não havendo mais o poder absoluto dos indivíduos de criar efeitos jurídicos baseados somente na vontade. O ordenamento jurídico restringe a autonomia da vontade, seja pela incidência da lei, de ato administrativo ou ainda por motivo de desproporção entre poder social e o individual.<sup>84</sup> A liberdade contratual e de contratar é restringida, por exemplo, pelo monopólio estatal, pela planificação econômica, por “contratos ditados”,<sup>85</sup> pelo controle de preços,<sup>86</sup> por questões de ordem moral e em razão do desnível do poder econômico e da capacidade cognosciva. Para os fins deste trabalho, são especialmente relevantes as restrições operadas pelos princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva, bem como pela valoração do juiz na atividade interpretativa.

Em razão de tal processo de limitação, alguns autores preferem a expressão “autonomia privada” à expressão “autonomia da vontade”, que designaria, em síntese, a liberdade de contratar e contratual ponderada pela função social do contrato. Cláudia Lima Marques adota a expressão “autonomia racional”, que seria uma autonomia da vontade reconstruída em face de outros princípios contratuais.<sup>87</sup>

Além da autonomia da vontade (ou privada), é postulado clássico do direito contratual o *pacta sunt servanda*,<sup>88</sup> segundo o qual uma vez entabulado o acordo, este deve ser cumprido pelas partes. Tal princípio decorre naturalmente da autonomia da vontade, concedendo força

<sup>83</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigações como processo*, 2006, p. 24.

<sup>84</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigações como processo*, 2006, p. 26.

<sup>85</sup> Contratos ditados, expressão utilizada por Clóvis do Couto e Silva, são aqueles “utilizados em certos tipos de planificação econômica como instrumentos para a melhor distribuição de certos produtos ou de determinados bens, considerados básicos” (COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigações como processo*, 2006, p. 26).

<sup>86</sup> Sobre intervenção estatal e controle de preços, temos o voto do Min. Joaquim Barbosa no RE 422.941-2/DF: “[o controle de preços] é forma de intervenção do Estado na economia e somente pode ser considerado lícito se praticado em caráter de excepcionalidade, uma vez que a atuação do Estado está limitada pelos princípios da liberdade de iniciativa e de concorrência (art. 170, caput e IV, da Constituição de 1988 e art. 157, I e V, da Constituição de 1967/1969). Não pode o governo suprimir integralmente a liberdade de concorrência e de iniciativa dos particulares sem que haja razoabilidade nessa medida, vale dizer, sem que ela decorra de uma situação de anormalidade econômica tal que seja imprescindível impor restrição tão radical e, por fim, desde que os preços fixados não sejam inferiores aos custos de produção” (RE 422941, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 06/12/2005, DJ 24-03-2006 PP-00055 EMENT VOL-02226-04 PP-00654 LEXSTF v. 28, n. 328, 2006, p. 273-302).

<sup>87</sup> MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato*, 2007, p. 182-183.

<sup>88</sup> Conforme já observado, a força obrigatória do contrato tem origem no direito romano, adquirindo forte sentido moral no direito canônico.

de lei ao estipulado pelas partes na avença e constringendo os contratantes ao cumprimento do conteúdo completo do negócio jurídico.

O *pacta sunt servanda* implica também em restrição de liberdade, mas tal restrição se dá com fundamento na própria liberdade (de contratar e de estipular o conteúdo do contrato) e no âmbito desta liberdade (relatividade dos efeitos contratuais às partes contratantes). Por decorrer da autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos não sobrevive aos vícios de vontade, que ora afetam a validade do negócio jurídico, e ora lhe retiram a eficácia.

Também é importante destacar que, decorrendo o contrato da vontade, sua vinculação está limitada às partes e, por tal razão, seus efeitos não podem se projetar para fora da relação, atingindo terceiros. Este é o terceiro princípio clássico do direito contratual, qual seja, o da relatividade dos efeitos contratuais.<sup>89</sup> Conforme Clóvis Bevilacqua,

[...] os direitos obrigacionais consistem exclusivamente em prestações, actos positivos ou negativos, pelo que se fixam apenas no acto ou facto a ser executado, e somente podem ferir a pessoa que se acha vinculada pela obrigação no momento do seu cumprimento.<sup>90</sup>

Se por um lado a força vinculativa do contrato tem o efeito positivo de incentivar as partes a desenharem os seus acordos com a seriedade necessária à estabilidade das relações negociais e à segurança jurídica, o *pacta sunt servanda* não pode ser (e nunca foi) um postulado absoluto. É que existem contingências que atingem o desempenho contratual, implicando em uma mudança tal que torne o cumprimento do ajustado extremamente prejudicial a uma das partes.<sup>91</sup> Este é o fundamento, por exemplo, do efeito liberatório decorrente de força maior previsto no art. 607 do CC/2002:

Art. 607. O contrato de prestação de serviço acaba com a morte de qualquer das partes. Termina, ainda, pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra, pela rescisão do contrato mediante aviso prévio, por inadimplemento de qualquer das partes ou pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior.

<sup>89</sup> Cabe aqui destacar algumas exceções ao princípio da relatividade contratual: a figura da estipulação em favor de terceiros, prevista do art. 136 do CC/2002 e que já era contemplada pelo art. 1.098 do CC/1916; a promessa de fato de terceiro, prevista no art. 439 do CC/2002 e já contemplada no art. 929 do CC/1916; o contrato com pessoa a declarar, previsto no art. 467 do CC/2002; o conceito de consumidor por equiparação, conforme as previsões dos arts. 17 e 19 do CDC.

<sup>90</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*, 1986, p. 16.

<sup>91</sup> Ao abordar o *pacta sunt servanda* e o efeito vinculante dos contratos, o Prof. Luís Renato Ferreira da Silva coloca, com muita propriedade, que “esta concepção [*pacta sunt servanda*] é só parcialmente abrangente da vontade”, pois ela “imobiliza o querer no momento da feitura do contrato, ignorando que a maior parte da relação se desenvolve, a menos nos contratos de trato sucessivo, após a emanação volitiva de ambas as partes. Assim, a menos que estas se ajustem, emanando outra vontade, estarão escravizadas a um momento que já passou” (SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos*, 1999, p. 24).

Desde o direito romano que o *pacta sunt servanda* é relativizado pela fórmula *rebus sic stantibus*, que implica na resolução do contrato em decorrência de uma mudança substancial no estado das coisas. Tal brocado está implícito, por exemplo, no art. 317 do CC/2002,<sup>92</sup> e fundamenta inúmeras regras que possibilitam a alteração do conteúdo contratual em determinadas situações. É este o caso da onerosidade excessiva, expressa no art. 478 do CC/2002: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”. Também é o caso da quebra da base objetiva do negócio jurídico, onde se permite a relativização do *pacta sunt servanda* em razão de fatos supervenientes que afetem significativamente as circunstâncias que são determinantes para a formação do vínculo.<sup>93</sup>

Autonomia da vontade e *pacta sunt servanda*, enquanto corolários da liberdade e da separação entre público e privado, representam uma visão individualista e consensualista da relação contratual, a qual, por princípio, refuta a intervenção externa. Muito embora se advogue um abandono de tal concepção individualista, que se encontraria superada em face de uma concepção social, o fato é que o individualismo não se sustenta na soberania de seus principais postulados, a ponto de a relativização deles implicar em abandono dessa forma de pensar a relação obrigacional.

Assim, entende-se que a alternativa oposta, de primazia do interesse coletivo e funcionalização do direito como corretivo das aspirações individuais, não oferece o melhor modelo de análise do fenômeno contratual. Com isso não se está refutando as figuras da função social do contrato e da boa-fé objetiva, mas tão somente buscando dar a estas (e em

<sup>92</sup> Art. 317 do CC/2002: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

<sup>93</sup> Conforme Larenz, “cada contrato cria ou regula determinadas relações entre as partes, relações que, por sua vez, são, em maior ou menor medida, uma manifestação das circunstâncias sociais existentes e, em certa medida, as pressupõe. Aquele que conclui um contrato pensa e age partindo de uma situação dada, que não é preciso que se represente claramente, que, talvez, nem sequer estava em condições de compreender, porém cujos sedimentos penetram no contrato como pressuposições imanentes. A interpretação de um contrato não depende, pois, exclusivamente das palavras usadas e de sua significação inteligível para as partes, mas também das circunstâncias em que foi celebrado e que foram ajustadas. Se posteriormente ocorre uma transformação fundamental das circunstâncias, possibilidade em que não haviam pensado as partes contratantes e que de nenhum modo haviam levado em consideração ao ponderar seus interesses e ao distribuir os riscos, pode ocorrer que o contrato, executado nas mesmas condições, perca por completo seu sentido originário e tenha conseqüências totalmente distintas das que as partes haviam projetado ou deveriam razoavelmente projetar. É este o velho problema da cláusula *rebus sic stantibus*, da consideração das circunstâncias transformadas, das quais se originam as hipóteses em que uma relação contratual existente é afetada por uma variação imprevista das circunstâncias com tal intensidade que sua ulterior manutenção não está justificada apesar do princípio, tão importante, de fidelidade ao contrato” (LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, 2002, p. 91).

especial à boa-fé) uma conotação adequada, de modo a evitar o intervencionismo que não se sustenta argumentativamente.

A própria abordagem econômica (*law and economics*), fundada no individualismo instrumental, representa uma superação da concepção clássica acima exposta (especialmente quanto ao *pacta sunt servanda*), ao recomendar, em certas situações, a modificação (e até mesmo o descumprimento) do pacto, como medida de preservação da eficiência alocativa e, por conseguinte, do bem-estar coletivo.

### 1.2.2 A função social dos contratos

No direito civil brasileiro, mais do que a boa-fé objetiva (cuja aplicação à relação obrigacional independente de sua positivação já era advogada por Clóvis do Couto e Silva desde a década de 1960), a inovação<sup>94</sup> mais polêmica<sup>95</sup> se deu através do artigo 421 do Código Civil de 2002: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da *função social do contrato*”.<sup>96</sup>

A primeira dúvida que o artigo suscita é quanto à sua precisão gramatical: diferenciando-se a *liberdade de contratar* da *liberdade contratual*, a redação do artigo estaria impondo a função social como limite apenas à primeira, que implica na capacidade do indivíduo de escolher se quer contratar e com quem quer contratar. Todavia, limitar a liberdade de contratar em razão de uma função social não faz muito sentido. Assim, não obstante a imprecisão técnica, a função social de que trata o art. 421 do CC/2002 é limitadora da liberdade contratual, ou seja, da plena capacidade das partes de estabelecerem o conteúdo de suas avenças.<sup>97</sup>

<sup>94</sup> Ocorre que a “novidade” se deu apenas do ponto de vista da técnica legislativa, uma vez que a visão funcional dos modelos jurídicos não é novidade. Com relação ao contrato, a questão da função social tem sido objeto do pensamento jurídico desde o final do século XIX, através de trabalhos de Jhering, León Duguit, Cimbali, Karl Renner e, em meados do século XX, através do trabalho de Emilio Betti (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos*, 2009, pp. 40-41).

<sup>95</sup> Luciano Timm reputa esta como a inovação mais controvertida do CC/2002 (TIMM, Luciano B. (Org.). *Direito & Economia*, 2008, p. 64).

<sup>96</sup> A introdução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro se dá como consequência do princípio da função social da propriedade, insculpido no art. 5.º, inciso XXIII, da Constituição Federal de 1988. Tal norma toma forma primeiramente nos artigos 46, 47 e 51 do CDC, sendo posteriormente positivada no CC/2002.

<sup>97</sup> Vale lembrar que, para Luigi Ferri, autonomia da vontade e autonomia privada são conceitos diferentes. A autonomia da vontade refere-se à vontade interna como motor das relações contratuais. Ao contrário, a autonomia privada seria a faculdade reconhecida aos particulares de criar normas jurídicas (MARIGHETTO, Andrea. O “diálogo das fontes” como forma de passagem da teoria sistemático-moderna à teoria finalística

A segunda questão, fundamental, se relaciona à compreensão do verdadeiro sentido do art. 421 do CC/2002. Esta questão é especialmente importante, pois define a extensão e eficácia que se pode atribuir à funcionalização<sup>98</sup> como condicionante da liberdade contratual. Segundo Menezes Cordeiro, “O tratamento funcional do Direito consubstancia-se em várias tentativas dispersas”, tendo sido praticadas “três linhas distintas de ponderação, em funções, da fenomenologia jurídica: normativas, institucionais e sociológicas”. A funcionalidade normativa “traduz-se na conhecida consideração teleológica das normas ou, de modo mais incisivo, de todo o sistema de princípios e dos conceitos dele formados”. A funcionalidade institucional “implica que os institutos jurídicos sejam definidos não consoante os aspectos genéticos ou descritivos, mas de acordo com a função que desempenham”. Por fim, a funcionalidade sociológica “desenvolve-se em torno da ch. teoria dos papéis – *Rollentheorie*”, sendo o ponto de partida o sujeito atuante na sociedade: “a cada posição jurídica corresponde um papel, um desempenho, no complexo de actuações sociais. O conhecimento dos diversos papéis permite elucidar as figuras de Direito em jogo, precisando os seus contornos”.<sup>99</sup> O professor português afirma que

A funcionalização dos institutos tem relevo, quer para quebrar a tendência natural para conceptualizações descritivas puras, quer para garantir as dimensões teleológicas de base, naquelas situações particulares em que não é possível ligar, de modo directo, os institutos a quaisquer normas.<sup>100</sup>

Segundo Luis Renato Ferreira da Silva, em relação a cada instituto cumpre identificar o direito básico que pretende assegurar, a função que deve desempenhar e o sistema de coação disponível para que exerça efetivamente sua função. No caso da cláusula geral da função social do contrato, o direito básico que almeja assegurar é o da liberdade de contratar e o direito há de ser exercido “em razão e nos limites” da função social do contrato, sem que o legislador tenha especificado como alcançar a função social nem estabelecido os mecanismos

---

ou pós-moderna do Direito. In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes* 2012, p. 115). Assim, a função social não estaria limitando a autonomia da vontade das partes, mas apenas colocando contornos sociais na sua autonomia privada.

<sup>98</sup> Luis Renato Ferreira da Silva afirma que o art. 421 do CC/2002, “a par de consolidar a autonomia privada pela afirmação do princípio da liberdade contratual, adjetiva este poder para torna-lo um poder-dever, ao funcionalizá-lo” (SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a Constituição*, 2003, p. 148)

<sup>99</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, 1984, p. 1126-1127.

<sup>100</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, 1984, p. 1126.

para assegurar o seu cumprimento, transferindo assim ao aplicador a tarefa de conformá-lo a partir das especificidades do caso concreto.<sup>101</sup>

A principal característica atribuída à função social seria a obrigação de perseguir, na relação privada, além do autointeresse, interesses contratuais socialmente relevantes, assim considerados pelo legislador constitucional, sob pena do não merecimento de tutela do exercício da liberdade de contratar. Todavia, “interesse social” é uma expressão tão vaga quanto “função social do contrato”, e este pode ser verificado sob variados prismas.

Farnsworth classificou a recente evolução do direito dos contratos norte-americano em cinco modelos:

- 1) O paradigma de Direito e Economia: aplicação de conceitos nucleares de Economia ao direito contratual, inaugurado por Coase e desenvolvido por Posner, Cooter, Polinsky, Shavell e outros;
- 2) O paradigma histórico ou evolutivo de Horwitz, Atiyah e, talvez, Gilmore: tentativa de identificar o direito contratual com a resposta às transformações políticas e econômicas na sociedade;
- 3) O paradigma paternalista: busca aplicar as noções de justiça distributiva e proteção estatal à seara dos contratos, de que é exemplo a obra de Ackerman e Kronman e dos fundadores do movimento denominado *Critical Legal Studies*, Kennedy e Unger;
- 4) O paradigma sociológico de Macneil e Macauley: vale-se de ferramentas sociológicas empíricas e teóricas a fim de investigar quanto tempo realmente duram os contratos e negócios a termo (distante do acordo escrito e próximo às relações);
- 5) Os paradigmas morais de Fried e de Eisenberg: referente à vontade das partes e torna o direito dos contratos a manifestação de sua real e verdadeira intenção.<sup>102</sup>

Enquanto no âmbito do direito norte-americano, Farnsworth afirma que o mais difundido e influente foi o paradigma de Direito e Economia,<sup>103</sup> no Brasil, a situação é bastante distinta. Timm aduz que “Estamos nos aproximando de um certo consenso na doutrina jurídica nacional referente ao sentido da função social do contrato”, e que “Parte significativa dos autores pesquisados entende a função social como a expressão , no âmbito contratual, dos ditames da ‘justiça social’, próprios do Welfare State constitucional”, tratando-se do “fenômeno referido como a ‘publicização’, ‘socialização’, ou mesmo a ‘constitucionalização’ do Direito Privado”, segundo o qual “institutos tradicionalmente

<sup>101</sup> SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a Constituição*, 2003, p. 135-136.

<sup>102</sup> TIMM, Luciano B. (Org.). *Direito & Economia*, 2008, p. 71-72.

<sup>103</sup> FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 2004, p. 31.

pertencentes ao Direito Civil – como o contrato, a propriedade – passam a ser orientados por critérios distributivistas inerentes ao Direito Público”.<sup>104</sup>

A função social do contrato seria, assim, um dos reflexos de um novo panorama social, caracterizado pela multiculturalidade e complexidade nas relações, no qual o consumo de massa e a explosão dos contratos de adesão deram outra dinâmica ao direito contratual, explicitando uma relação majoritariamente entre desiguais. A igualdade formal que fundamentava a teoria clássica dos contratos daria lugar a uma necessidade de proteção de certos grupos vulneráveis, originando diversos microssistemas legais,<sup>105</sup> cada um deles refletindo uma parte de um sistema complexo.

Em uma visão paternalista extrema, teríamos uma completa superação do privado pelo público, em uma corrente de pensamento denominada “solidarista”. A função social suplantaria por completo o individualismo na relação contratual. Esta seria a acepção mais ampla do termo “social”, e estaria embasada em uma visão coletivista sociológica da sociedade e do contrato. Prevalecendo o interesse público sobre o privado, haveria a superação do padrão retributivo<sup>106</sup> (Código de 1916) em direção a uma justiça mais distributiva. O contrato seria instrumento de inclusão social, orientado para a erradicação da pobreza e a marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.<sup>107</sup> A segurança jurídica dá lugar aos interesses da pessoa humana<sup>108</sup> como função precípua do contrato, que deve ser justo.

Miguel Reale, referência importante para o assunto por ser o redator do texto que veio a se tornar o art. 421 do Código Civil de 2002, atribui à função social a tarefa de “socialização dos contratos”, representando a interpretação que dá prevalência aos valores coletivos em detrimento dos interesses individuais. Afirma o autor que “O que o imperativo da ‘função social do contrato’ estatui é que este não pode ser transformado em instrumento para atividades abusivas, causando dano à parte contrária ou a terceiros, nos termos do Art. 187

<sup>104</sup> TIMM, Luciano B. (Org.). *Direito & Economia*, 2008, p. 73-74.

<sup>105</sup> No Brasil podemos citar como microssistemas legais, dentre outros: a Lei n.º 6.404/76 (Lei das Sociedades por Ações), a Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), a Lei n.º 8.245/91 (Lei de Locações), as Leis n.º 9.279/96, 9.609/98 e 9.610/98 (Propriedade Intelectual), a Lei n.º 10.741/03 (Estatuto do Idoso).

<sup>106</sup> *Suum cuique tribuere*, ou “dar a cada um o que é seu” (TALAVERA, Glauber Moreno. A função social do contrato no novo Código Civil. *Revista do Centro d Estudos Judiciários (CEJ)*, 2002. p. 95).

<sup>107</sup> TALAVERA, Glauber Moreno. A função social do contrato no novo Código Civil. *Revista do Centro d Estudos Judiciários (CEJ)*, 2002. p. 95.

<sup>108</sup> A releitura do Direito Civil à luz da Constituição introduziria ao direito contratual o princípio da dignidade da pessoa humana, que se soma aos princípios da isonomia, da solidariedade social, autonomia privada, da supremacia da ordem pública, da força obrigatória dos contratos e da relatividade de seus efeitos, da boa-fé objetiva e da função social dos contratos.

[do Código Civil]”.<sup>109</sup> Segundo o jurista, a função social do contrato tem inspiração constitucional (art. 1.º, inciso IV, art. 5.º, incisos XXI e XXIII, e § 4.º do art. 173 da CF), de forma que as avenças particulares não se verifiquem em detrimento da coletividade. Miguel Reale especifica que,

[...] se o contrato é o produto da autonomia da vontade, não quer dizer que essa vontade deva ser incontrolada, à medida que seu querer nasce de uma ambivalência, de uma correlação essencial entre o valor do indivíduo e o valor da coletividade. O contrato [...], de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria; mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e medida.<sup>110</sup>

Dentre as três opções sugeridas por Miguel Reale para a redação do artigo que tratava da função social dos contratos,<sup>111</sup> o Código Civil de 2002 teria se colocado, segundo ele, em uma posição intermediária, sem dar maior relevância aos interesses individuais (Código Civil de 1916), e sem dar preferência aos valores coletivos, mas combinando o individual com o social de maneira complementar. Conforme afirma Cláudia Lima Marques,

Em resumo, o Código Civil de 2002 é um Código para as relações entre iguais, relações entre civis e relações entre empresários, ambas agora pontuadas pelas diretrizes da “eticidade, socialidade e operabilidade” [expressão de Miguel Reale que as denomina “os três princípios fundamentais”] e dominadas pelo princípio da boa-fé nas relações obrigacionais.<sup>112</sup>

Nessa nova concepção proposta, a individualidade é substituída pela “socialidade”, com relativização do *pacta sunt servanda*. Vale transcrever o Enunciado n.º 23 da I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, representativo do entendimento doutrinário sobre o tema:

23 - Art. 421: a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.<sup>113</sup>

<sup>109</sup> REALE, Miguel. *Função social do contrato*, 2003, não paginado.

<sup>110</sup> REALE, Miguel. *O projeto do código civil*, 1984, p. 10.

<sup>111</sup> “Na elaboração do ordenamento jurídico das relações privadas, o legislador se encontra perante três opções possíveis: ou dá maior relevância aos interesses individuais, como ocorria no Código Civil de 1916, ou dá preferência aos valores coletivos, promovendo a “socialização dos contratos”; ou, então, assume uma posição intermédia, combinando o individual com o social de maneira complementar, segundo regras ou cláusulas abertas propícias a soluções equitativas e concretas. Não há dúvida que foi essa terceira opção a preferida pelo legislador do Código Civil de 2.002.” (REALE, Miguel. *Função social do contrato*, 2003, não paginado).

<sup>112</sup> MARQUES, Cláudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato*, 2007, p. 60.

<sup>113</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V*, 2012, p.19.

Já o paradigma do Direito e Economia atesta que os interesses sociais se dariam pela análise das consequências da soma dos comportamentos individuais, não havendo uma primazia do coletivo em relação ao individual. Preserva-se o individualismo e pondera-se a não intervenção estatal nas relações privadas que não aquelas necessárias para a correção de determinadas distorções. Tal corrente seria o contraponto da visão “solidarista”, e se fundaria na análise econômica do direito, que entende que a operacionalização da função social dos contratos deve configurar verdadeiro veículo de cooperação social, repudiando comportamentos oportunistas e incentivando a ocorrência de trocas que gerem riquezas (benefícios mútuos). Nesse sentido, “Uma possível leitura vê a função social do contrato como a obrigação dos tribunais de maximizar o bem-estar social”.<sup>114</sup>

Conforme conclui Timm, a função social do contrato é ser instrumento para a circulação de bens e serviços na sociedade (assim, o contrato se destina à justiça comutativa, e não distributiva),<sup>115</sup> cabendo ao direito contratual, para a resolução dos problemas gerados pela imperfeição dos mercados, a função de:

- a) Oferecer um marco regulatório previsível e passível de proteção judicial;
- b) Minimizar problemas de comunicação entre as partes;
- c) Salvar os ativos de cada agente;
- d) Criar proteção contra o comportamento oportunista;
- e) Gerar mecanismos de ressarcimento e de alocação de risco;
- f) Facilitar a interação com o direito antitruste, a regulação do mercado acionário, com a proteção ambiental e ao consumidor em casos específicos;<sup>116</sup>

A crítica que se faz à cláusula geral da função social dos contratos é que, dependendo esta da atuação do juiz, pode este, em prol de promover a “socialidade”, intervir de forma negativa na relação contratual. Ao beneficiar uma das partes contratantes em favor de um sentimento de justiça, pode o julgador criar espaço para condutas oportunistas, prejudicando as relações contratuais como um todo. A análise econômica, eminentemente consequencialista, chama a atenção para o fato de que nem sempre a soma de ações pontuais em que se objetiva promover a “socialidade” produz o bem-estar social.

Seria o caso, por exemplo, de se reduzir judicialmente o valor do aluguel em um contrato de locação de pessoa carente sob a justificativa da sua função social. Tal solução

<sup>114</sup> TIMM, Luciano. *Direito e economia no Brasil*, 2012, p. 173.

<sup>115</sup> A questão das desigualdades seria objeto do sistema tributário e da seguridade social, estes aptos à tarefa redistributiva (TIMM, Luciano B. (Org.). *Direito & Economia*, 2008, p. 96).

<sup>116</sup> TIMM, Luciano B. (Org.). *Direito & Economia*, 2008, p. 96.

poderia incentivar a revisão de inúmeros contratos de locação, aumentando consideravelmente os riscos de tal operação. Em resposta a tal aumento de risco, os proprietários poderiam aumentar de forma geral os preços dos aluguéis, piorando a situação das pessoas “não carentes” em face dos carentes, pois apenas estes obteriam a redução judicial do preço da locação. Ou, ante tal aumento de risco, talvez os proprietários colocassem menos imóveis à disposição para locação, piorando o acesso à moradia como um todo.

Assim, o contraponto da análise econômica demonstra a cautela com a qual deve ser manejada a cláusula da função social do contrato,<sup>117</sup> principalmente quando esta estiver “dialogando” com as demais fontes de direito contratual. Tal assunto será objeto de análise em seção própria, cabendo adiantar que a função social, juntamente com o princípio da boa-fé objetiva, deve implicar nos contratantes a obrigação de evitar comportamentos oportunistas, incentivando assim o normal cumprimento dos contratos e a consequente criação de riqueza na sociedade.

Destarte, a função social não pode afastar o conteúdo econômico do contrato, extremamente relevante. Para Luis Renato Ferreira da Silva, o contrato cumpre sua função social na medida em que permite a manutenção das trocas econômicas (justas e úteis), isto é, como instrumento de circulação de riquezas. O contrato cumpre sua função sempre que permitir a realização e manutenção das convenções livremente estabelecidas. Para o autor, em uma posição ponderada, a função social do contrato “é uma forma de concretização do objetivo constitucional da solidariedade social. Ele acaba por reconhecer inserção do contrato no mundo econômico, percebendo o seu valor para além da intenção volitiva das partes envolvidas, bem como minorando alguns efeitos da autonomia”.<sup>118</sup>

E, se o contrato não tem mais a rigidez de outrora, a intervenção estatal por intermédio do judiciário deve ser pontual e criteriosa, preservando o contrato como instrumento de cooperação entre as partes. A palavra-chave da interpretação econômica da função social do contrato seria a ideia de equilíbrio, noção fundamental na ciência econômica. Cabe ao jurista verificar se a aplicação da função social realmente proporciona a eficiência social. Nesse

---

<sup>117</sup> A advertência feita por Menezes Cordeiro (e que é relevante para o caso da função social dos contratos), é que “a mera ponderação de institutos, ainda que nas suas funções, descamba, com riscos, no empirismo, levantando dificuldades a uma redução dogmática não distorciva, fundamental para a exteriorização, a aprendizagem e o controlo das decisões jurídicas. Na míngua de normas aplicáveis, a teleologia imanente do próprio sistema (CANARIS) não deve ser esquecida” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*, 1984, p. 1127).

<sup>118</sup> SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a Constituição*, 2003, p. 148-149.

sentido, as características do contrato devem ser o equilíbrio, a proporcionalidade e a ausência de abuso. Considerando que em um sistema baseado em princípios não há solução que exclua um deles, a coerência dos postulados clássicos com os novos institutos exige que a função social dos contratos seja precipuamente a econômica (criação de riqueza que beneficia a sociedade como um todo), pautando-se o comportamento das partes por uma atuação conforme a boa-fé (relação cooperativa).

### 1.2.3 A boa-fé objetiva

Muito embora a boa-fé contratual seja o ponto central do presente trabalho e a ela seja reservado um espaço próprio, cumpre registrar que o art. 422 do CC/2002 cumpriu, juntamente com a função social dos contratos, importante função de renovação da teoria contratual. Enquanto a função social estabelece um ponto de intervenção do público no privado, operando-se num plano externo à relação, a boa-fé objetiva amplia as obrigações decorrentes do contrato, restringindo internamente a performance contratual.

O Código Civil de 2002 incorporou ao direito das obrigações uma boa-fé objetivada, passível de observação. Trata-se de importante avanço em relação ao Código Civil de 1916, onde a boa-fé era expressa sempre em seu sentido subjetivo, relacionado ao estado de consciência do sujeito. O reconhecimento da boa-fé como princípio que permeia todo o espectro contratual (sua formação, conclusão e execução) implica em um padrão de comportamento, que implica em certos deveres de conduta. São os chamados deveres anexos (ou laterais),<sup>119</sup> que obrigam as partes contratantes independentemente do objeto do contrato.

Segundo Jorge Cesa Ferreira da Silva, os deveres laterais, podem ser definidos como “todos aqueles deveres decorrentes do fato jurígeno obrigacional cujo escopo não seja, *diretamente*, a realização ou a substituição da prestação”.<sup>120</sup> O autor classifica tais deveres em três grandes grupos: os deveres de proteção (do patrimônio e da pessoa da contraparte), os deveres de lealdade (que adstringem as partes a não praticar atos, comissivos ou omissivos,

<sup>119</sup> Fernando Noronha, por sua vez, prefere a expressão “deveres fiduciários”: “a nomenclatura destes deveres está muito longe de ser objeto de consenso; a primeira designação que lhes foi dada foi a de ‘deveres laterais’, mas a que ganhou a preferência da doutrina e da jurisprudência foi a de ‘deveres anexos’; todavia nós temos como adequada a de ‘deveres fiduciários’, porque é a denominação que aponta diretamente para o fato de eles serem exigidos pelo dever de agir de acordo com a boa-fé, tendo como fundamento a confiança gerada na outra parte” (NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, 2003, p. 81).

<sup>120</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, 2002, p. 75.

durante a relação obrigacional, que venham a frustrar as expectativas corporificadas no contrato ou nele legitimamente sustentadas) e cooperação (que estabelecem que ambas as partes têm o dever de auxiliar a realização das atividades prévias necessárias à consecução dos fins do contrato, assim como afastar, se ao seu alcance, todas as dificuldades para tal consecução), e os deveres de informação e de esclarecimento (que obrigam as partes a se informarem mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, podendo com isso melhor projetar seus próprios futuros).<sup>121</sup>

Destarte, a boa-fé é princípio criador de obrigações que são alheias à vontade das partes contratantes. Todavia, a restrição que se opera na esfera privada, como já dito, decorre da necessidade de combater o comportamento oportunista, como forma de incentivo ao tipo de cooperação que gera benefício social.<sup>122</sup> Por outro lado, a restrição baseada na função social não possui uma lógica interna à relação contratual, havendo um comando externo que pode, inclusive, representar uma solução que signifique uma piora na situação de ambas as partes.

Não obstante a vagueza caracterize os dois princípios e seja possível a correção de distorções sustentada em um ou noutro, o risco de contaminação ideológica é infinitamente maior na invocação da função social dos contratos. Neste ponto já é possível vislumbrar um dos argumentos que serão oportunamente retomados: do ponto de vista da análise econômica, a boa-fé constitui instituto suficiente a justificar, em casos onde a legislação não contemple um mecanismo de dissuasão/correção do comportamento oportunista, a atuação pontual do juiz invocando tal princípio.

#### **1.2.4 O abuso de direito**

Completa essa nova teoria contratual o art. 187 do Código Civil de 2002,<sup>123</sup> que reputa como ato ilícito, indenizável nos termos do art. 927 do CC/2002,<sup>124</sup> o abuso de direito, este caracterizado por um excesso manifesto aos limites impostos pelo seu fim econômico e social,

<sup>121</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, 2002, p. 109-119.

<sup>122</sup> Tal argumento será explorado com maior grau de detalhamento na segunda parte deste trabalho.

<sup>123</sup> Art. 187 do CC/2002: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

<sup>124</sup> Art. 927 do CC/2002: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

pela boa-fé ou pelos bons costumes. Trata-se de importante modificação com relação ao Código Civil de 1916, que não continha referência expressa ao abuso de direito.

Antes da vigência do Código Civil de 2002, alguns estudiosos enxergavam no art. 160, inciso I, do CC/1916, *a contrario sensu*, fórmula que representava a repressão ao abuso: “Não constituem atos ilícitos: I - Os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido”.<sup>125</sup> Clóvis Bevilacqua, autor do projeto que resultou no Código Civil de 1916, ao comentar o art. 160, inciso I, afirmava que este expressava a socialização do direito, “constituindo a ‘linha média’ traçada entre duas solicitações de interesses por vezes colidentes, quais sejam, os interesses dos indivíduos e os da sociedade”.<sup>126</sup>

Todavia, assim como a boa-fé, o abuso de direito era acolhido pela jurisprudência em uma concepção subjetiva (“*a outrance*”), exigindo-se, para a sua configuração, “malícia e culpa”.<sup>127</sup> Tal situação, apesar de avanços no sentido da objetivação, só se altera com a noção de *abusividade contratual* que permeia o Código de Defesa do Consumidor e, de forma definitiva, com o advento do Código Civil de 2002. Judith Martins Costa afirma que “às vésperas da edição do Código Civil de 2002 o abuso de direito era, na prática brasileira, comparativamente a outros países, ainda subjetivada e fundamentalmente assistemática”.<sup>128</sup>

Assim, a vedação ao abuso de direito na relação contratual se relaciona intimamente com o princípio da boa-fé objetiva, que cria deveres anexos a serem observados pelas partes, tais como os de informação,<sup>129</sup> veracidade, confidencialidade, assistência, colaboração, lealdade. A violação destes deveres constitui inadimplemento, com todas as suas consequências, nos termos do Enunciado n.º 24 da I Jornada de Direito do Conselho de Justiça Federal, *in verbis*: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo

<sup>125</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO-CIVIL CONSTITUCIONAL DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO, 2006, *Anais...*, p. 4.

<sup>126</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO-CIVIL CONSTITUCIONAL DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO, 2006, *Anais...*, p. 4.

<sup>127</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO-CIVIL CONSTITUCIONAL DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO, 2006, *Anais...*, p. 7.

<sup>128</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO-CIVIL CONSTITUCIONAL DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO, 2006, *Anais...*, p. 12.

<sup>129</sup> O dever de informar, do ponto de vista normativo, “[...] é o dever jurídico obrigacional, de causa diversa, que incumbe ao possuidor da informação vinculada a uma relação jurídica ou à coisa envolvida na prestação, ou atinente a atividades suscetíveis de causar danos a terceiros ou a um dos contratantes, derivados das referidas informações, cujo conteúdo é levar ao conhecimento da outra parte uma quantidade de dados suficientes para evitar os danos ou uma inferioridade negocial que possa ser gerada na outra parte se tal informação não for fornecida. (LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 338).

Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.<sup>130</sup>

O exercício do direito, na nova teoria contratual, limita-se, conforme determinação expressa do art. 187 do CC/2002, por três figuras: os bons costumes, a boa-fé e a finalidade econômica ou social do direito. Tal circunstância apenas ressalta o papel fundamental que boa-fé e função social desempenham na relação contratual, eis que passam a servir de fundamento, inclusive, para a configuração da responsabilidade objetiva na relação obrigacional. De acordo com o argumento desenvolvido neste trabalho, o abuso de direito está intimamente relacionado ao comportamento oportunista, este representando, em uma de suas variáveis, a quebra da confiança (comportamento lícito, porém abusivo) que é fundamental para a cooperação econômica.

### **1.2.5 A nova concepção de contrato**

Tradicionalmente, o contrato é entendido como “um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial”.<sup>131</sup> Muito embora o Código Civil de 1916 não tenha trazido um conceito de contrato (o mesmo ocorrendo com o Código Civil de 2002), sua concepção é esta, apoiada nos postulados da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*.

A par da intensa transformação da qual foi objeto a sociedade desde o advento da codificação, e das mudanças legislativas que implicaram na necessidade de releitura da teoria contratual, remanesce, com relação à figura do contrato, enorme dúvida. Se é fato que o raciocínio jurídico hoje não obedece a mesma lógica que outrora, não há como sustentar de forma convincente o abandono completo dos postulados clássicos em prol de uma nova figura contratual, completamente dissociada do espírito liberal oitocentista. Traçadas as principais linhas de inovação provocadas pelo advento do Código Civil de 2002, impõe-se definir qual a concepção de contrato que irá balizar o argumento deste trabalho.

Como foi visto, uma das linhas traçadas com base na função social e na boa-fé aponta para o contrato como “a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional,

---

<sup>130</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V*, 2012, p. 19.

<sup>131</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, vol. 3, 2013, p. 2.

destinada à produção de efeitos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros”.<sup>132</sup> Tal linha, conforme já visto, deve ser rechaçada, eis que representa um viés paternalista, permitindo a intervenção demasiada do Direito Público no Direito Privado.

Lorenzetti, em uma linha menos paternalista, assim define o contrato:

O contrato é um ato jurídico bilateral que origina obrigações entre as partes, de tal modo que uma delas pode reclamar somente da outra. Mas os terceiros devem respeitar essa posição, constituída pela liberdade de contratar, e uma lesão a esta posição será indenizável. É uma posição jurídica, e como tal integra o conceito de propriedade constitucionalmente protegida [...]. O contrato importa a disposição de direitos, e nesse sentido é assimilável à propriedade.<sup>133</sup>

Conforme será melhor explorado adiante, é pressuposto básico da análise econômica o individualismo metodológico e o racionalismo instrumental.<sup>134</sup> Para a ciência econômica, é essencial a motivação dos indivíduos, que agem segundo suas próprias preferências no intuito de tirar o máximo proveito possível na tomada de uma determinada decisão. O interesse social será determinado pela figura da eficiência, ou seja, pela melhor alocação possível dos recursos, em uma análise das consequências das ações individuais. Portanto, seria inconsistente uma concepção de contrato onde o interesse coletivo fosse o seu único motor, invertendo a lógica econômica. Assim, o contrato permanece, não obstante as mudanças sociais ocorridas especialmente no pós-guerra, sendo a veste-jurídico formal de operações econômicas,<sup>135</sup> sendo estas motivadas por interesses individuais.

Assim, uma concepção contemporânea de contrato deve buscar um equilíbrio entre privado e público, de modo a evitar os riscos de uma concepção “social” que importe, na prática, em indevida intervenção estatal na esfera das relações privadas.<sup>136</sup> Conforme será detalhado na seção 2.2, o contrato deve ser entendido, assim, como um instrumento de

<sup>132</sup> NALIN, Paulo. *Do contrato*, 2006.

<sup>133</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 107.

<sup>134</sup> O individualismo metodológico, segundo Blume e Easley, propõe que os fenômenos sociais podem ser explicados em termos das ações individuais, que por seu turno podem ser explicadas pelas motivações dos indivíduos (BLUME, Lawrence E.; EASLEY, David. Rationality. In: BLUME, Lawrence E.; DURLAUF, Steven N. (Eds.) *The New Palgrave Dictionary of Economics online*, 2008). Schäfer e Ott se referem ao individualismo como fundamento do direito e economia, dividindo-o em normativo (a função do Estado é restrita às preferências de seus cidadãos) e metodológico (o todo é a agregação das partes) (SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*, 2004, p. 5-6).

<sup>135</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*, 2009, p. 15.

<sup>136</sup> A abertura do sistema implica em riscos não desprezíveis, especialmente por possibilitar que a atividade jurisdicional transcenda a mera interpretação e resulte na criação do direito. Essa questão será abordada no capítulo dedicado à decisão judicial e seus paradigmas, bastando por ora referir que tais riscos ensejam um debate acalorado, em que uma das plataformas é justamente a necessidade de “recodificação” do direito privado.

cooperação que permita a realização de trocas mutuamente benéfica (ou seja, um compromisso crível, apto a resolver o problema da confiança).

Cumprido ressaltar que tal concepção do contrato não pode ser confundida com aquela representativa do pensamento juspositivista, eis que é o próprio raciocínio econômico que impõe, em determinadas situações, uma atenuação dos postulados clássicos da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*.<sup>137</sup> Considerando que a cooperação depende da confiança,<sup>138</sup> o direito contratual se mostra fundamental para garantir a realização de trocas em situações em que, sem a intervenção Estatal (seja através da estipulação de normas, seja através da atuação pontual, resolvendo uma determinada disputa), estas não ocorreriam ou ocorreriam em uma situação de ineficiência. Tal circunstância implica tanto na necessidade de garantir que os acordos sejam cumpridos, como na necessidade de, pontualmente, intervir na relação contratual para prevenir o oportunismo.

### 1.3 PRINCÍPIOS, REGRAS E AS CLÁUSULAS GERAIS

A construção de um ordenamento jurídico se opera a partir de determinadas fontes,<sup>139</sup> cada uma com sua particular característica. A integração das fontes realizada pela ciência jurídica busca dar coerência ao ordenamento,<sup>140</sup> desenvolvendo aquilo que se denomina teoria

<sup>137</sup> A observância estrita da regra do *pacta sunt servanda* implica que a lei deve remover qualquer incentivo para a quebra e, se necessário, exigir de modo incondicional a *performance* específica. Todavia, a observância estrita do *pacta sunt servanda* representa o incentivo ao adimplemento contratual mesmo que isso represente o uso ineficiente de recursos (SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*, 2004, p. 325). Conforme será observado na seção 2, para a análise econômica os contratos devem ser cumpridos como regra, constituindo exceção as situações que impliquem em ineficiência e perda de bem-estar.

<sup>138</sup> LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais*, 2011, p. 53.

<sup>139</sup> No direito internacional privado, a despeito de alguma controvérsia, suas fontes são elencadas no art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ): “1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. 2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isto concordarem”.

<sup>140</sup> “A unidade interna é a base de qualquer ordem jurídica. Valorações de setores jurídicos individuais dessa ordem jurídica não podem ser reciprocamente contraditórias. Isso, a prazo, seria insuportável e, portanto, essas contradições devem ser eliminadas. A ordem jurídica pede, com isso, consistência” (HECK, Luís Afonso. Apresentação. In: CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro*, 2006, p. 11).

do direito. A mesma busca de ordem se dá no âmbito do direito privado, construído a partir da legislação, dos costumes, da doutrina e da jurisprudência.

Na construção de uma nova e coerente teoria contratual a partir das inovações introduzidas pelo Código Civil de 2002, depara-se o jurista com uma importante questão: qual a natureza da função social dos contratos e, especialmente, da boa-fé? Tais figuras são princípios, assim como tradicionalmente foram adjetivados a autonomia da vontade e o *pacta sunt servanda*, ou constituem meras regras?

Ficou demonstrado que a abertura de um sistema fechado<sup>141</sup> se dá através de determinadas figuras que, por uma característica comum, permitem uma maior flexibilidade na aplicação do direito. Por conta de tal característica, que é a indefinição de seu conteúdo (que pode ser parcial), certas normas só adquirem sentido na atividade jurisdicional. O juiz, além de delimitar as circunstâncias fáticas e identificar as normas aplicáveis, precisa, para a prescrição correta de suas consequências jurídicas, compreender o significado de certas figuras e, em alguns casos, confrontá-las com outras.

No âmbito do direito positivo, as normas<sup>142</sup> que constituem o ordenamento possuem diferentes graus de generalização/abstração, cujo conteúdo depende em maior ou menor grau da tarefa interpretativa. Por outro lado, determinadas normas veiculam valores que são fundantes do próprio ordenamento, enquanto outras tão somente prescrevem condutas objetivas e suas consequências jurídicas. A redação da norma também pode se caracterizar pela remissão a determinados vocábulos ou expressões sem um sentido preciso, ou a certos padrões de conduta, cuja correta compreensão acarreta determinada solução. Ainda, temos normas que são completamente abertas, havendo indeterminação tanto em relação ao seu conteúdo quanto em relação à sua consequência.

A tarefa jurisdicional compreende, portanto, a de identificar se determinadas normas constituem regras ou princípios, e qual a característica de cada um desses tipos normativos. Projetando-se para além da substância, tanto regras como princípios podem estar redigidos de acordo com uma determinada forma que lhe subtraia a especificidade. Teríamos então o que se costuma chamar de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, aquelas de suma importância para compreender a boa-fé contratual.

---

<sup>141</sup> Importante destacar que a abertura do sistema jurídico propicia a interdisciplinaridade e, neste sentido, trata-se de fato positivo para a abordagem de Direito e Economia.

<sup>142</sup> Utiliza-se aqui a definição segundo a qual norma constitui gênero da qual são espécies as regras e os princípios.

### 1.3.1 Os princípios jurídicos e o juízo de ponderação

A expressão “princípio” possui diferentes usos e significados.<sup>143</sup> Pode ser a causa primeira ou razão de algo, um preceito de ordem moral, uma proposição elementar e fundamental que serve de base a uma ordem de conhecimentos ou, simplesmente, uma regra geral e abstrata, que se obtém indutivamente extraindo o essencial das normas particulares ou como uma regra geral pré-existente. José Afonso da Silva, frente à pluralidade de sentidos da palavra, adjetivou esta de *equivoca*. Ao se referir aos direitos fundamentais, o constitucionalista afirma exprimir princípio a noção de “mandamento nuclear de um sistema”.<sup>144</sup>

Grande parte das discussões acerca do termo tem relação com a origem dos princípios: em resumo, se são oriundos de um direito natural,<sup>145</sup> se se encontram no direito positivo vigente ou se são produtos da própria história humana. Todavia, com relação à boa-fé, tal discussão mostra-se menos relevante, uma vez que grande parte dos ordenamentos jurídicos incorpora tal conceito. Inúmeros tratados internacionais expressam o dever de agir de acordo com os preceitos da boa-fé, podendo-se afirmar com certa segurança que, hodiernamente, a boa-fé constitui um padrão de conduta reconhecido pela grande maioria dos ordenamentos jurídicos.

Lorenzetti atribui aos princípios duas características importantes, que lhes dão força: a *simplicidade*, “ou pelo menos a aspiração de ter um conjunto de idéias que guiam o raciocínio jurídico”; a *hierarquia superior*,<sup>146</sup> eis que, independente de sua origem,<sup>147</sup> são situados acima

<sup>143</sup> Segundo Genaro Carrió, o conceito de “princípio jurídico” está vinculado, na linguagem corrente, a pelo menos sete focos de significação: 1) a ideia de “núcleo básico” ou “característica central” de algo; 2) de “regra, guia orientação ou indicação”; 3) de “origem” ou “causa geradora”; 4) com as noções de “finalidade, objetivo, propósito ou meta”; 5) com as ideias de “premissa”, ou “axioma”, ou “verdade teórica postulada como evidente”; 6) com o sentido de “verdade ética inquestionável”; 7) com as ideias de “máxima, aforisma, provérbio ou peça de sabedoria prática que nos vem do passado e que traz consigo o valor da experiência acumulada e o prestígio da tradição” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 316).

<sup>144</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 1998, p. 95.

<sup>145</sup> Denomina-se jusnaturalismo a corrente de pensamento que afirma a existência de um *direito natural*, ou seja, um direito cujo conteúdo é estabelecido pela própria natureza da realidade e, portanto, válido em qualquer local e sob qualquer circunstância. Hart afirma que as teorias clássicas do direito natural assumem que “[...] há certos princípios de conduta humana, que esperam a descoberta pela razão humana, com os quais o direito feito pelos homens deve se conformar para ser válido” (HART, Herbert. *O conceito de direito*, 1994, p. 202), ou, como expõe Kelsen, “[...] que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, 1998, p. 76).

<sup>146</sup> Tal superioridade tem forte relação com a estrutura deontica das normas principiológicas, cujos enunciados estabelecem juízos de dever ser.

das demais normas, possuindo uma função de guia<sup>148</sup> na aplicação do direito. Tais características possibilitam identificar nos princípios uma “armação” ou “arquitetura” do ordenamento jurídico privado.<sup>149</sup> Fazendo referência a Guido Alpa, Lorenzetti define princípio como

[...] um enunciado normativo amplo, que permite solucionar um problema e orienta um comportamento, resolvido em um esquema abstrato através de um procedimento de redução a uma unidade da multiplicidade de feitos que oferece à vida real.<sup>150</sup>

O primeiro destaque que se deve dar é à atual concepção do princípio como um enunciado *normativo*, que por tal razão possui uma estrutura deôntica, estabelecendo juízos de dever ser.<sup>151</sup> Todavia, o princípio se diferencia da regra na medida em que esta pode ser cumprida ou descumprida de modo claro, enquanto aquele expressa uma ordem de cumprir “na medida do possível” (princípios são, por tal razão, *mandados de otimização*, que podem ser cumpridos em diversos graus). O segundo ponto relevante é que, como seu próprio nome indica, o princípio (início) tem um caráter inacabado, configurando uma ideia geradora. Daí lhe advém o caráter de norma *prima facie*, suscetível de ser completada. Ainda, caracteriza o princípio um caráter valorativo, sendo uma norma que recepciona valores, não podendo por tal razão ser senão aspirações, cujo grau de concreção varia segundo os sistemas jurídicos, os períodos históricos e a relação com as regras. Por fim, temos que o princípio possui um caráter excessivo, sendo que sua aplicação não pode se dar de modo absoluto, eis que isso implicará, necessariamente, em colisão com outros princípios.<sup>152</sup>

Uma das principais diferenças entre regras e princípios<sup>153</sup> está no grau de abstração da formulação de cada tipo normativo: princípios têm um alto grau de abstração na sua

<sup>147</sup> Conforme Lorenzetti, a questão que mais tem preocupado a filosofia do direito, a teoria e a dogmática é a origem dos princípios: se são valores do direito natural, se constituem um produto histórico ou se decorrem do direito positivo vigente (LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 123-124).

<sup>148</sup> Segundo Ruy Samuel Espíndola, a ideia de princípio “designa a estruturação de um sistema de idéias, pensamentos ou normas por uma idéia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, donde todas as demais idéias, pensamentos ou normas derivam, se reconduzem e/ou se subordinam” (ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, *Conceito de princípios constitucionais*, 2002, p. 53).

<sup>149</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 123.

<sup>150</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 124-125.

<sup>151</sup> Segundo Maria Cláudia Cachapuz, “Dentro de uma dimensão deontológica, falar-se-ia dos princípios jurídicos propriamente ditos [em distinção aos valores, referentes a uma dimensão axiológica], porque relacionados a um sentido de normatividade pelo dever-ser, em que o indivíduo busca chegar a um entendimento por meio da conformidade às leis e àquilo que Kelsen tratou como conduta ‘devida’” (CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro*, 2006, p. 151).

<sup>152</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 125-126.

<sup>153</sup> Canotilho, de forma sintética, estabelece cinco critérios para a distinção: a) o “grau de abstração”, possuindo os princípios um grau elevado de abstração e as regras um grau reduzido; b) o “grau de determinabilidade” no caso concreto, sendo que os princípios, por serem vagos e indeterminados, necessitam de mediação do

formulação, enquanto as regras são formuladas em termos mais concretos. Como consequência lógica disso, o processo de aplicação das regras é completamente distinto da forma de aplicação dos princípios. Devido ao seu conteúdo inacabado e à sua estrutura deontológica definida como mandado de otimização, o princípio não pode ser aplicado diretamente como uma regra jurídica,<sup>154</sup> exigindo um juízo diferente do jurídico-dedutivo.

O princípio determina uma direção a ser seguida, cujo *telos* é o atingimento do valor por ele veiculado no maior grau possível. Como se pode notar, a plena satisfação do princípio é algo utópico, pois qualquer grau de satisfação atingido, por maior que seja, sempre implicará na existência de um grau superior. Tal natureza (conteúdo inacabado e estrutura deontológica) torna impossível ao princípio ser aplicado da mesma forma como uma regra jurídica. Nas palavras de Lorenzetti,

Ele [princípio] não expressa uma idéia objetiva, certa, que impulse o juiz a um juízo silogístico. Não se pode considera-lo como uma premissa maior e subsumir nela um caso concreto. O conteúdo se estabelece mediante um juízo de ponderação com outros princípios. Ponderar é estabelecer comparações, estabelecer o peso de cada um e aplicar o maior ao caso concreto.<sup>155</sup>

A solução de conflitos entre princípios exige um tipo especial de raciocínio, denominado de juízo de ponderação. Este se fundamenta na impossibilidade de, em virtude da alta carga valorativa dos princípios, afastar-se um em detrimento do outro (conforme a solução clássica de antinomias baseada nos critérios cronológico, hierárquico e de especialidade). Ademais, é justamente em razão de sua carga valorativa que o princípio deve implicar em uma busca de máxima satisfação possível.

Todavia, o juízo de ponderação também deve considerar o princípio da escassez, que expressa a máxima de que “não se pode satisfazer um princípio sem reduzir o campo de aplicação de outro”.<sup>156</sup> Assim, como não se pode excluir um princípio em detrimento de outro,

---

legislador ou do juiz para serem concretizados, enquanto que as regras podem ser aplicadas diretamente; c) o “caráter de fundamentalidade” no sistema de fontes do direito, sendo os princípios normas de natureza ou com papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema de fontes; d) a “proximidade da ideia de direito”, sendo os princípios *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de justiça (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz), enquanto regras podem ter conteúdo meramente formal; e) a “natureza normogénica”, sendo os princípios os fundamento de regras, ou seja, normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 2000, p. 1124-1125).

<sup>154</sup> Segundo Robert Alexy, princípios são proposições normativas de um alto nível de generalidade, razão pela qual não são utilizadas diretamente para fundamentar uma decisão, necessitando de premissas normativas adicionais (ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 234).

<sup>155</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 126-127.

<sup>156</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 219.

e como se deve buscar a máxima satisfação possível, a ponderação exige um juízo de otimização relativa, e não absoluta. A decisão de dar a cada indivíduo o que é seu exige tirar de uns e dar a outros, almejando um ponto de equilíbrio. A ponderação consiste, portanto, em pesar os princípios envolvidos de acordo com o caso em questão, atribuindo a um deles um peso maior e restringindo o outro. Segundo Lorenzetti, “[o] juízo de ponderação expressa que a medida permitida de não-satisfação de um princípio depende do grau de importância de satisfação do outro”.<sup>157</sup> Conforme será visto na segunda parte deste trabalho, tal raciocínio guarda enormes semelhanças com o raciocínio econômico, tornando este importante instrumento à disposição do jurista.

Por fim, importante destacar que os princípios possuem variadas funções, quais sejam: a) *função integrativa*, constituindo instrumento técnico para preencher uma lacuna do ordenamento; b) *função interpretativa*, ajudando o intérprete a se orientar na subsunção do caso em um enunciado amplo, adequando a interpretação aos valores fundamentais; c) *função finalística*, orientando a interpretação até os fins mais amplos, da política legislativa, consistindo em vetores de uma regulamentação possível; d) *função delimitadora*, estabelecendo limites à atividade legislativa, judicial e negocial; e) *função fundante*, ao oferecerem um valor para fundar internamente o ordenamento e dar lugar a criações pretorianas.<sup>158</sup>

### 1.3.2 Os conceitos jurídicos indeterminados

Conforme se verificou, uma das principais características do princípio é ser este um conceito indeterminado, exigindo a mediação do legislador e do juiz para ser concretizado. Todavia, a indeterminação não é característica exclusiva dos princípios, podendo também caracterizar, de modo proposital, determinadas regras. Existem inúmeros exemplos de regras de direito que se utilizam de expressões vagas para operar, por intermédio delas, a discricionariedade: no âmbito do CC/2002, temos o “perigo iminente” (art. 188, II), o “caso fortuito” e a “força maior” (art. 393), a “atividade de risco” (art. 927), o “homem ativo e probo” (art. 1.011), a “justa indenização” (art. 1.228, § 5.º), a “divisão cômoda” (art. 1.298), etc.

<sup>157</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 220.

<sup>158</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 127.

Os conceitos jurídicos indeterminados (ou conceitos vagos) são, portanto, expressões sem um sentido preciso, em algumas hipóteses se referindo a determinados padrões de conduta. Trata-se de técnica legislativa que visa a oferecer ao aplicador do direito a possibilidade de, dentro do sistema positivo e codificado, determinar em cada caso o seu sentido. Há, portanto, uma ligação umbilical do conceito jurídico indeterminado com a atuação judicial.

Judith Martins-Costa, ao comentar a inserção nos códigos civis e leis especiais de normas que fogem ao padrão tradicional, afirma que

[...] estes novos tipos de normas buscam a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”. Por vezes – e aí encontraremos as cláusulas gerais propriamente ditas – o seu enunciado, ao invés de traçar punctualmente a hipótese e as suas conseqüências, é desenhado como uma vaga moldura, permitindo, pela vagueza semântica que caracteriza os seus termos, a incorporação de princípios, diretrizes e máximas de conduta originalmente estrangeiros ao *corpus* codificado, do que resulta, mediante a atividade de concreção destes princípios, diretrizes e máximas de conduta, a constante formulação de novas normas.<sup>159</sup>

A passagem permite concluir pela caracterização dos “conceitos jurídicos indeterminados” como gênero do qual a cláusula geral é espécie, e indica qual seria a diferença entre um e outro conceito: embora compartilhem de uma mesma vagueza semântica intencional, as normas que veiculam conceitos jurídicos indeterminados têm bem delineadas a hipótese e suas conseqüências, o que indica se tratar de regras, às quais se aplicam o raciocínio subsuntivo (casuística).

O Ministro do STJ Ruy Rosado de Aguiar Jr., em palestra proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul no ano 1999, por ocasião do lançamento do livro “A boa-fé no direito privado”, da professora Judith Martins-Costa, pondera que

Há vagueza na norma quando se expressa de modo a permitir uma zona limite de incerteza, e isso se dá tanto com a cláusula geral como com os princípios e os conceitos indeterminados. Com isso, quer afirmar que há termos vagos que não são cláusulas gerais. Diante de termos indeterminados, basta ao juiz precisar o seu conteúdo para ter a norma pronta a ser aplicada, enquanto a cláusula geral exige um reenvio para outros fatores valorativos e um trabalho de criação.<sup>160</sup>

<sup>159</sup> MARTINS-COSTA. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, 1998, p. 4.

<sup>160</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, 2000, p. 225.

Tais colocações permitem identificar que, quando nos referimos a conceito indeterminado, estamos diante de uma norma em que a dúvida reside somente no significado de determinada expressão, e não na sua consequência jurídica. De modo diverso, a cláusula geral se estrutura de tal forma que a atuação do juiz se estende inclusive às consequências jurídicas da norma, desempenhando um papel inovador. Nas palavras de Judith Martins-Costa:

Diferentemente das outras normas, formadas através da técnica da casuística, cujo critério de valoração já vem indicado com relativa nitidez – sendo desenvolvido por um dos vários métodos de interpretação –, a cláusula geral introduz no âmbito normativo no qual se insere um critério ulterior de relevância jurídica, à vista do qual o juiz seleciona certos fatos ou comportamentos para confrontá-los com um determinado parâmetro e buscar, nesse confronto, certas consequências jurídicas que não estão pré-determinadas. Daí uma distinção fundamental: as normas cujo grau de vagueza é mínimo implicam que ao juiz seja dado tão-somente o poder de *estabelecer* o significado do enunciado normativo; já no que respeita às normas formuladas através de cláusula geral, compete ao juiz um poder extraordinariamente mais amplo, pois não estará tão-somente estabelecendo o significado do enunciado normativo, mas, por igual, *criando direito*, ao completar a *fattispecie* e ao determinar ou graduar as consequências.<sup>161</sup>

Voltando os olhos para os exemplos de conceitos indeterminados acima referidos, fica evidente a diferença entre o tipo de normas em que estes são inseridos e, por exemplo, as normas dos artigos 21, 113, 187, 421, 422 do CC/2002,<sup>162</sup> tidas como exemplos de cláusulas gerais.

### 1.3.3 As cláusulas gerais

Algumas particularidades das cláusulas gerais já foram delineadas: tratam-se de normas que possuem um determinado grau de indeterminação e que, por permitirem uma atuação ampla do juiz, inclusive quanto à suas consequências jurídicas, implicam em uma abertura do sistema através de uma atuação inovadora. Conforme Judith Martins-Costa,

<sup>161</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 330.

<sup>162</sup> Art. 21 do CC/2002: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”; art. 113 do CC/2002: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”; art. 187 do CC/2002: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”; art. 421 do CC/2002: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”; art. 422 do CC/2002: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, *fundamentarão a decisão*, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a *ressistemização* destes elementos originalmente extrastemáticos no interior do ordenamento jurídico.<sup>163</sup>

As cláusulas gerais constituem uma técnica legislativa característica da segunda metade do século XXI, que se contrapõe à técnica da casuística, esta característica da codificação oitocentista. Segundo Karl Engisch, a casuística constitui “a configuração da hipótese legal (enquanto somatório dos pressupostos que condicionam a estatuição) que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria”.<sup>164</sup> De um modo simplificado, a casuística é uma técnica de regulamentação por *fattispecie* (tipos), onde o legislador especifica ou determina os elementos que, uma vez preenchidos pela qualificação dos fatos, imporá uma determinada consequência jurídica.

A casuística “provoca um efeito imediato no momento da aplicação/interpretação do texto legislativo”, eis que, em face da tipificação de condutas que promove, “pouca hesitação haverá do intérprete para determinar o seu sentido e alcance”.<sup>165</sup> A aplicação das normas casuísticas se dá através da lógica da subsunção, cabendo ao juiz tão-somente a delimitação dos fatos e a identificação da norma-tipo. Verifica-se, portanto, que há um caráter de rigidez na casuística, implicando esta técnica a necessidade de uma previsão legislativa para cada situação relevante.

As cláusulas gerais, como já observado, são distintas dos conceitos jurídicos indeterminados, todavia tal distinção é sutil e não isenta de dificuldades. Isso porque a cláusula geral contém, em regra, termos indeterminados. Todavia, a tarefa do juiz é diferente quando da aplicação de uma e da outra: enquanto nos conceitos indeterminados o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado no tipo (*fattispecie*), na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa, devendo este “averiguar a exata individuação das mutáveis regras sociais às quais o envia a metanorma jurídica” e “determinar também quais são os efeitos incidentes ao caso concreto, ou, se estes já vierem indicados, qual

<sup>163</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 303.

<sup>164</sup> ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*, 1988, p. 188.

<sup>165</sup> MARTINS-COSTA. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, 1998, p. 3.

a graduação que lhes será conferida no caso concreto, à vista das possíveis soluções existentes no sistema”.<sup>166</sup>

Outra dificuldade que se impõe superar para a correta compreensão das cláusulas gerais é a distinção entre estas e os princípios jurídicos,<sup>167</sup> residindo tal dificuldade especialmente na multiplicidade de sentidos do termo “princípios”. O caráter fundante (capacidade de ser fundamento de outras normas) dos princípios é uma das suas principais características, a justificar a sua distinção de outros tipos normativos. Apenas em um dos sentidos em que uma norma pode ser fundamento de outra,<sup>168</sup> poderia haver confusão entre cláusula geral e princípio, eis que ambas estariam atribuindo competência à norma de decisão no caso concreto. Na maioria das vezes, a confusão entre princípio jurídico e cláusula geral decorre do fato de uma norma, configurada como uma cláusula geral, conter um princípio.

Para que seja possível vislumbrar, nestes casos, a diferença, Judith Martins-Costa destaca algumas circunstâncias: a) não se pode pensar em cláusula geral implícita, pois são sempre expressas (por outro lado, princípios podem ser tanto explícitos quanto implícitos); b) em se tratando de princípios expressos, deve-se valer do fato de que não se pode pensar em cláusula geral que não promova o reenvio e nem que não possua conceitos dotados de vagueza semântica; c) restando princípios expressos que referenciam valores e que se traduzem em linguagem de alto grau de vagueza semântica, trata-se de cláusula geral que contém um princípio.<sup>169</sup>

Dentre os exemplos de cláusulas gerais que contém um princípio está a da boa-fé objetiva, inscrita no § 242 do BGB e art. 422 do CC/2002, o que permite a utilização indistinta das expressões “princípio da boa-fé” e “cláusula geral da boa-fé”, pois apesar de referirem categorias distintas, apontam para a mesma norma.

As cláusulas gerais podem ser basicamente de três tipos: a) de tipo *restritivo*; b) de tipo *regulativo*; ou c) de tipo *extensivo*. No primeiro caso, a cláusula geral restringe ou

<sup>166</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 326-327.

<sup>167</sup> Conforme adverte Judith Martins-Costa, existe na doutrina opinião de que tal distinção inexistente, citando como exemplo Ruy Rosado de Aguiar Jr., que os equipara (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 134).

<sup>168</sup> Judith Martins-Costa se refere a Ricardo Guastini para indicar as três direções em que uma norma pode ser fundamento de outras normas: a) a norma N1 é fundamento da norma N2 quando N1 é mais genérica do que N2, de modo que N2 pode ser logicamente deduzida de N1; b) N1 é fundamento de N2 quando N2 constitui “atuação” de N1, constituindo N1 uma diretriz (*policie*) e N2 um meio para o atingimento desta; c) N1 é fundamento de N2 na medida em que N1 é uma norma de competência e N2 promana da autoridade instituída por N1. Com relação a esta última hipótese, Guastini adverte não soar o termo “princípio” adequado para referir N1. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 322-323).

<sup>169</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 323.

delimita, em certas situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico. O exemplo, no âmbito do direito das obrigações, é a *função social do contrato*, que impõe limites à liberdade contratual. No segundo caso, a cláusula geral serve para regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei (é exemplo deste tipo a regulação da responsabilidade civil por culpa). No último caso, a cláusula geral amplia uma determinada regulação jurídica mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprios de outros textos normativos.

Independentemente do tipo, o que fundamentalmente caracteriza a cláusula geral é a sua estrutura normativa,<sup>170</sup> ou seja, o modo como conjuga a previsão (hipótese normativa) com as consequências jurídicas (efeitos, estatuição) que lhe são correlatas. Neste sentido, a cláusula geral possibilita a busca de determinadas consequências jurídicas que não estão predeterminadas (como no caso das normas casuísticas). Assim, as cláusulas gerais impõem a abertura do sistema casuísta, configurando “as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis”, permitindo o ingresso no ordenamento jurídico codificado, “normas [...] constantes de universos meta-jurídicos”.<sup>171</sup>

A tarefa jurisdicional, conforme já mencionado, sofre relevante transformação com a incursão das cláusulas gerais no ordenamento positivo, que possuem a função de “permitir, num sistema jurídico de direito escrito e fundado na separação das funções estatais, a criação de normas jurídicas com alcance geral pelo juiz”.<sup>172</sup> Tal atuação inovadora do juiz, adverte Ruy Rosado de Aguiar Jr., precisa de limites, sob pena de se estar causando enorme insegurança jurídica.

Além desta importante função de abertura do sistema à atividade criativa do judiciário, Judith Martins-Costa reporta outras funções das cláusulas gerais: permitir a mobilidade

---

<sup>170</sup> Vale referir que a existência de uma estrutura própria às cláusulas gerais não é ponto pacífico, referindo-se Judith Martins-Costa a Karl Engisch como um dos autores que nega tal peculiaridade, nada mais constituindo as cláusulas gerais do que normas ou preceitos jurídicos cujos termos são dotados de elevado grau de generalidade. De acordo com esta perspectiva, não se exige no manejo das cláusulas gerais raciocínio diverso daquele exigido pelos conceitos indeterminados, onde a previsão normativa (*fattispecie*) apenas não se refere a um único caso, mas a uma vasta gama deles (MARTINS-COSTA. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, 1998, p. 4-5).

<sup>171</sup> MARTINS-COSTA. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, 1998, p. 2.

<sup>172</sup> MARTINS-COSTA. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, 1998, p. 5.

externa (abre o sistema para a inserção de elementos extrajurídicos, viabilizando a adequação valorativa) e interna (aplicação de outras disposições legais internas ao sistema para a solução de certos casos) do sistema; servir de elemento de conexão e referência (oportunizando ao juiz a fundamentação de sua decisão de forma relacionada com os casos precedentes).

Com a compreensão das implicações da redação de uma norma na forma de uma cláusula geral, já se mostra possível compreender a relevância que a boa-fé adquiriu no direito contratual. A boa-fé contratual, portanto, se desenvolve como um padrão de conduta que, em última instância, adquire seu significado através de uma complexa tarefa interpretativa, eis que não há como saber, *a priori*, como será atuação da boa-fé. Afasta-se o jurista do raciocínio axiomático-dedutivo, típico de um sistema fechado, e aproxima-se da tópica jurídica, que é “técnica de pensamento orientado por problemas”.<sup>173</sup>

#### 1.4 A BOA-FÉ CONTRATUAL

O art. 422 do CC/2002<sup>174</sup> possui evidente inspiração no § 242 do BGB,<sup>175 176</sup> e introduziu de forma definitiva no direito dos contratos a fórmula da boa-fé objetiva.<sup>177</sup> Trata-se de boa-fé objetiva porque “decorre do que objetivamente é demonstrado pelo agente”, não interessando, para os fins da relação contratual, “o estado de consciência do mesmo”.<sup>178</sup> A boa-fé objetiva é, segundo Judith Martins-Costa,

[Um] modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração fatores concretos do caso, tais como o *status*

<sup>173</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, 2000, p. 226.

<sup>174</sup> Importante destacar que, no direito brasileiro, existem três grandes categorias contratuais, e que por características distintas implicarão em diferentes limites de atuação. Temos o contrato clássico, regido pelo Código Civil, e cujos limites estão sendo abordados neste trabalho (especialmente os arts. 421 e 422 do CC/2002). Em uma posição distinta temos os contratos de consumo, regidos pelo Código de Defesa do Consumidor e que vedam diversas cláusulas contratuais. (art. 51 do CDC). Na posição intermediária há os contratos de adesão regidos pelo art. 424 do CC/2002.

<sup>175</sup> O §242 do BGB é, também, evidente fonte de inspiração para a Seção 1-203 do *Uniform Commercial Code* (UCC), idealizada por Llewellyn: “Every contract or duty within this Act imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement”. Fórmula semelhante é encontrada na Seção 205 do *Restatement (Second) of Contracts*: “Every contract imposes upon each party a duty of good Faith and fair dealing in its performance and its enforcement” (AUER, Marietta. *The structure of good faith*, 2006, p. 14-16).

<sup>176</sup> O fato do BGB ser representativo da era áurea da codificação oitocentista (muito embora tenha sofrido significativas alterações posteriores à sua instituição) possibilita afirmar a boa-fé objetiva como um fenômeno moderno.

<sup>177</sup> Conforme já referido, a boa-fé objetiva já havia sido positivada no art. 4.º, III, e no art. 51, IV, do CDC.

<sup>178</sup> SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico conciso*, 2010, p. 120.

pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo.<sup>179</sup>

Anthony D’Amato afirma que a boa-fé exige das partes de uma transação que negociem honestamente e de modo justo entre si, que representem seus motivos e propósitos de forma honesta, e que se abstenham de obter vantagens injustas que possam resultar de uma interpretação literal e não desejada do acordo entre ambos. Segundo o autor, essas referências ao contexto e finalidade demonstram que a substância da boa-fé é a vedação de interpretações indesejadas e literais de palavras que possam resultar na obtenção de vantagem indevida de uma parte sobre a outra. D’Amato ainda relaciona a boa-fé com o desempenho geral das obrigações de um Estado perante o direito internacional, mencionando uma resolução da Assembleia Geral da ONU de 1970 intitulada “Declaração relativa aos princípios do direito internacional referentes às relações amistosas e à cooperação entre os Estados”, onde consta que todos os Estados devem submeter-se de boa-fé às obrigações que são suas em razão dos princípios reconhecidos do direito internacional.<sup>180</sup>

Marcelo Varella destaca, dentre as regras básicas de interpretação dos tratados internacionais, que a observância do seu texto deve ser acompanhado de uma interpretação “de forma a chegar a um resultado que represente a vontade dos Estados em cumpri-lo de boa-fé”. Nas palavras do autor,

O exercício da boa-fé depende de um *juízo de razoabilidade*. Considera-se razoável o direito decorrente de um tratado ou costume ou outra fonte de direito internacional, quando seu exercício é apropriado e necessário para se atingir a satisfação dos interesses que o direito pretende proteger. Deve ser ao mesmo tempo justo e equitativo para todas as partes e não pode ser interpretado de forma a garantir a uma das partes apenas uma vantagem injusta em relação às obrigações assumidas. O exercício não razoável de um direito deve ser considerado como incompatível ao princípio da boa-fé e, portanto, como uma violação ao tratado que gera do direito.<sup>181</sup>

Ao pensar no conceito de boa-fé, não há como afastá-la da categoria dos princípios.<sup>182</sup> Trata-se de instituto de natureza abstrata, que veicula uma conduta modelo. Agir de boa-fé é

<sup>179</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 411.

<sup>180</sup> D’AMATO, Anthony. Good faith. In: BERNHARDT, Rudolf; MACALISTER-SMITH, Peter (Eds.). *Encyclopedia of Public International Law*, 1992, p. 599-600.

<sup>181</sup> VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*, 2011, p. 126.

<sup>182</sup> O Prof. Luís Afonso Heck, ao analisar as teses que buscam explicar o significado do § 242 do BGB (sua natureza e a diferença para com as demais determinações do BGB), aponta o entendimento de Alexy como a tese mais correta na explicação das cláusulas gerais com vistas a possibilitar a congruência entre o direito privado e os direitos fundamentais consubstanciados na constituição. Ao concluir neste sentido, adotando a denominada “tese-diferenciação” (a cláusula geral da boa-fé é qualitativamente diferente das demais determinações legais; neste sentido, diferencia entre “princípios” e “regras”, que compõem o gênero “norma”), o Prof. Heck afasta as “teses-igualdade” (há entre a determinação legal da boa-fé e as demais determinações apenas uma diferença quantitativa, representada por uma diferença estrutural, que é

tradicionalmente algo que possui um valor em si mesmo. Destarte, a boa-fé tem a natureza de um dever ser, um modelo de conduta a ser seguido na maior medida possível. A boa-fé é, por seu conteúdo valorativo, uma norma que condiciona a conduta humana, impondo certos limites a ela. Tais limites não se mostram claros *ex ante*, sendo necessária a contextualização fática para que possam ser identificados.

Por sua ligação histórica com certos valores superiores, tais como justiça e equidade,<sup>183</sup> a boa-fé sempre esteve relacionada à ideia de princípio jurídico universal. Christina Voigt afirma ser a boa-fé um princípio fundamental, daqueles que fornecem os fundamentos para o sistema legal internacional.<sup>184</sup> Dinh, Daillier e Pellet, ao abordarem os princípios gerais de direito consagrados pela jurisprudência internacional, destacam a boa-fé como princípio relacionado ao conceito geral de direito.<sup>185</sup> No mesmo sentido temos Clóvis do Couto e Silva, que afirma ser a boa-fé uma proposição fundamental de direito, que tem vigência e aplicação independentemente de ter sido positivada em artigo de lei.<sup>186</sup> Pondera ainda o autor que o desenvolvimento da relação obrigacional “está condicionado por certos princípios gerais, ou específicos a cada tipo de obrigação, ou comuns a alguns deles”. Destaca, dentre os princípios gerais, o da autonomia da vontade e o da boa-fé.<sup>187</sup>

Judith Martins-Costa, ao afirmar ser a boa-fé um princípio jurídico, que se aplica por via de ponderação com outros princípios,<sup>188</sup> afirma que

Ao referir o art. 422 do Código Civil observei como o valor “cooperação” (situado no campo axiológico) manifesta-se no Direito como princípio, então atuando no campo deontológico por meio da cláusula geral da boa-fé objetiva. [...] O fato de a boa-fé objetiva vir apreendida, legislativamente, pela técnica das cláusulas gerais não elide a sua caracterização como princípio, entendendo-se por “princípio” espécie

---

precisamente a formulação como cláusula geral) e a opinião de Karl Larenz (que afirma não ser a determinação do § 242 do BGB nem uma norma, nem uma formação normativa, mas algo denominado também de princípio, mas que tem um sentido ético-jurídico). Neste sentido, a cláusula geral teria uma diferença especialmente qualitativa em relação às demais determinações legais, representando um “princípio” em oposição a “regras”. Enquanto as regras são aplicáveis no modo do “tudo-ou-nada” (a regra é, de acordo com os fatos, válida ou inválida), princípios são mandamentos de otimização (indicam que algo deve ser realizado em uma medida tão alta quanto possível relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas), operados através da ponderação. (HECK, Luís Afonso. Apresentação. In: CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro*, 2006, p. 15-20).

<sup>183</sup> Se a equidade pode ser entendida como uma qualidade do direito, cuja interpretação deve levar a um resultado justo, não há como negar também uma íntima ligação entre equidade e boa-fé. Se a equidade é um fim do direito, a boa-fé certamente constitui um dos meios para o seu atingimento.

<sup>184</sup> VOIGT, Christina. The role of general principles in international law and their relationship to treaty law. *Retfærd: Nordic Journal of Law and Justice*, 2008, p. 12.

<sup>185</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*, 2003, p. 359.

<sup>186</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*, 2006, p. 37.

<sup>187</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*, 2006, p. 23.

<sup>188</sup> Sobre a questão da aplicação dos princípios, indispensáveis as obras de DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, 2010, e ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, 2008.

do gênero “norma jurídica”. A cláusula geral é uma técnica legislativa que, no mais das vezes, “captura”, “expressa” ou “encerra” um princípio.<sup>189</sup>

Além de veicular um importante princípio, o art. 422 do CC/2002 está redigido na forma de uma cláusula geral, e por tal razão a boa-fé impõe um dever ser que tem como objetivo a concretização de um valor maior, qual seja, a cooperação entre as partes contratantes. Como já visto, tal tipo normativo não se aplica mediante mera subsunção, mas através de ponderação entre os diversos “valores” envolvidos na relação obrigacional (*pacta sunt servanda*, autonomia da vontade, bem-estar social, dignidade da pessoa humana, liberdade individual, etc.).

Na condição de cláusula geral, a boa-fé objetiva possui uma função de integração sistemática,<sup>190</sup> devendo sua aplicação não se restringir ao sistema do Código Civil, conforme prevê o enunciado n.º 27 da I Jornada de Direito Civil do CJF/STJ: “Na interpretação da cláusula geral da boa-fé objetiva, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos”.<sup>191</sup>

Outra característica importante da boa-fé é que, mais do que permear as fases da conclusão e da execução do contrato (conforme a letra do art. 422 do CC/2002), é um princípio que atua em todo o processo obrigacional. Foi Clóvis do Couto e Silva quem desenvolveu a ideia de obrigação como um processo, dinâmico, que se dirige ao adimplemento (conceito finalístico) e percorre os planos do nascimento e desenvolvimento.<sup>192</sup> Por tal característica, a relação jurídica enseja um vínculo que pode nascer muito antes da conclusão do contrato e se estender até após a sua extinção. Por tal razão, a boa-fé não se limita à fase contratual. Neste sentido é o Enunciado n.º 25 da I Jornada de Direito Civil do CJF/STJ: “o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual”.<sup>193</sup>

Aliás, a boa-fé objetiva não se encontra positivada somente no art. 422 do CC/2002, mas também em seu art. 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. O referido artigo, ao vir situado nas disposições

<sup>189</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 388 e 414.

<sup>190</sup> A integração entre diferentes estatutos normativos pode se dar tanto em razão da natureza de cláusula geral da boa-fé, como através da tese do diálogo das fontes. O objetivo é único, buscar a coerência em uma situação de pluralidade normativa.

<sup>191</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V*, 2012, p. 19.

<sup>192</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*, 2006.

<sup>193</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V*, 2012, p. 19.

gerais do Título I, do Livro II, do Código Civil, alça a boa-fé a cânone de interpretação de *quaisquer* negócios jurídicos, não somente os contratos.

Nas palavras de Clóvis do Couto e Silva, “da concreção deste princípio [da boa-fé] resultam novos deveres que não têm seu fundamento na autonomia da vontade”.<sup>194</sup> Assim, a boa-fé objetiva encerra um complexo de normas de conduta (direitos e deveres) que englobam todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelecendo entre eles um elo de colaboração em face do fim objetivo a que visam. A boa-fé, segundo Cláudia Lima Marques, significou a repersonalização do contrato mediante a visualização do outro:

[O princípio da boa-fé significa] uma atuação refletida, uma atuação refletindo, pensando no outro, no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.<sup>195</sup>

O comportamento leal é padrão de conduta que, se não observado pelas partes, justifica, inclusive, a intervenção do juiz no contrato, conforme Enunciado n.º 26 da I Jornada de Direito Civil do CJF/STJ: “a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”.<sup>196</sup>

Assim, na relação contratual, a boa-fé objetiva, entendida como uma exigência de conduta leal em prol de um vínculo cooperativo, está relacionada ao que se convencionou chamar de *deveres anexos de conduta* (também denominados de laterais ou secundários) cuja análise é fundamental para a compreensão da boa-fé contratual. Antes, todavia, é necessário examinar as diferentes funções da boa-fé objetiva.

#### 1.4.1 As funções da boa-fé objetiva

A boa-fé, que conjuga no art. 422 do CC/2002 um princípio expresso na forma de uma cláusula geral, por tal natureza *sui generis* possui diversas funções dentro do direito das obrigações. Cláudia Lima Marques destaca que a boa-fé objetiva possui, na nova teoria contratual, uma dupla função na formação e na execução das obrigações: é fonte de novos

<sup>194</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*, 2006, p. 169.

<sup>195</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 2005, p. 79-80.

<sup>196</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V*, 2012, p. 19.

deveres especiais de conduta durante o vínculo contratual (os deveres anexos) e é causa limitadora do exercício, antes lícito e hoje abusivo, dos direitos subjetivos.<sup>197</sup>

Flávio Tartuce, além da função, decorrente de construção doutrinária, de criação de deveres anexos, baseia-se em três artigos do CC/2002 para apresentar outras três funções da boa-fé objetiva: a *função de interpretação* do negócio jurídico, conforme art. 113 do CC/2002; a *função de controle*, conforme o art. 187 do CC/2002; a *função de integração do contrato*, conforme art. 422 do CC/2002.<sup>198</sup>

Judith Martins-Costa destaca que a boa-fé objetiva atua em uma *tríplice direção*: a) de norma de integração e interpretação (cânone hermenêutico integrativo) do contrato; b) de limite ao exercício de direitos subjetivos; c) de fonte autônoma de direitos.<sup>199</sup>

#### 1.4.1.1 A boa-fé como cânone hermenêutico-integrativo

Muito antes da vigência do art. 113 do CC/2002<sup>200</sup> Clóvis do Couto e Silva já atestava a função hermenêutico-integrativa da boa-fé:

Não se pode recusar a existência de relação entre a hermenêutica integradora e o princípio da boa-fé. Tal interdependência manifesta-se com mais intensidade nos sistemas que não consagram o princípio da boa-fé, quer como dispositivo de ordem geral, dentro do direito civil, quer como norma geral, dentro do campo mais restrito do direito das obrigações.<sup>201</sup>

Por tal função, cumpre à boa-fé a tarefa de preencher as lacunas ante a ausência de expressa previsão legal ou de pactuação das partes. Neste sentido, integrar significa incorporar-se ao contrato, dando-lhe sentido. Nas palavras de Judith Martins-Costa:

A boa-fé atua como cânone hermenêutico, integrativo frente à necessidade de qualificar esses comportamentos, não previstos, mas essenciais à própria salvaguarda da *fattispecie* contratual e à plena produção dos efeitos correspondentes ao programa contratual objetivamente posto.<sup>202</sup>

<sup>197</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 2005, p. 79.

<sup>198</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, vol. 3, 2013, p. 93-94.

<sup>199</sup> MARTINS-COSTA. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, 1998, p. 10.

<sup>200</sup> Há expressa previsão no art. 113 do CC/2002 da função interpretativa da boa-fé objetiva. Tal função se dá em relação não apenas aos contratos, mas a qualquer tipo de obrigação, dada a posição em que se situa no Código Civil.

<sup>201</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*, 2006, p. 35.

<sup>202</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 429.

Conforme pondera Clóvis do Couto e Silva, “Por meio da interpretação da vontade é possível integrar o conteúdo do negócio jurídico com outros deveres que não emergem diretamente da declaração”. Em tal processo hermenêutico, “cuida-se em conferir justa medida à vontade que se interpreta” e de “evitar-se o subjetivismo e o psicologismo a que se chegaria sem dificuldade, caso o interesse de ambas as partes não fosse devidamente considerado”.<sup>203</sup>

Como cânone hermenêutico-integrativo, o recurso à boa-fé objetiva atua, segundo Wieacker, “como uma via para uma adequada realização, pelo juiz, do plano de valoração do legislador”.<sup>204</sup> Neste sentido, abandona-se a “explicação de todos os atos jurídicos tendo por critério a vontade – mesmo quando inexistente”, característica da ciência jurídica do século XIX, e que Clóvis do Couto e Silva diz pertencer “à espécie de categorias já relegadas ao museu do pensamento”.<sup>205</sup>

Na interpretação da regulação objetiva criada com o contrato, deve-se buscar não apenas o sentido da vontade das partes, mas o sentido do complexo de normas que compõem o seu universo, para além das circunstâncias características do tipo contratual em questão, incluindo os módulos valorativos do sistema, expressos nos diversos princípios da auto-vinculação, auto-responsabilidade, função social, equilíbrio e boa-fé. Conforme Judith Martins-Costa, por esta última deve ser compreendido, neste específico campo funcional,

[...] o mandamento imposto ao juiz de não permitir que o contrato, como regulação objetiva, dotada de um específico sentido, atinja finalidade oposta ou contrária àquela que, razoavelmente, à vista de seu escopo econômico-social, seria lícito esperar.<sup>206</sup>

Resumindo, boa-fé não se resume ao papel de regra de flexibilização da eventual rigidez de norma contratual, possuindo um caráter integrativo, por forma de inserir no complexo contratual o dever de atendimento aos legítimos interesses da contraparte.

Para além dessa função, flexibilizadora e integradora, “a boa-fé, utilizada como cânone hermenêutico-integrativo, desempenha exponencial papel no campo metodológico, pois *permite a sistematização das decisões judiciais*”. Isso ocorre

[...] porque a boa-fé substitui o chamamento de outros princípios ou noções – tais como a vedação ao enriquecimento sem causa, o abuso de direito, o princípio da solidariedade social, os de correção e honestidade ou a equidade –, todos eles

<sup>203</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*, 2006, p. 35 e 36.

<sup>204</sup> WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*, 1986, p. 52.

<sup>205</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigação como processo*, 2006, p. 36.

<sup>206</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 432.

“demasiadamente equívocos ou genéricos”, surgindo assim o recurso à boa-fé objetiva como resultante da “exigência de encontrar uma noção operativa, dotada de um real valor prático”.<sup>207</sup>

O juiz, em respeito à recíproca confiança que justifica a relação contratual e que permite o atendimento de sua finalidade, muitas vezes deve observar que existem outros deveres estabelecidos às partes, que não aqueles decorrentes das obrigações principais ou acessórias. Esta também é uma das funções da boa-fé objetiva: a de criação de deveres jurídicos.

#### 1.4.1.2 A boa-fé como fonte autônoma de direitos

Toda relação contratual implica em deveres, que podem ser divididos em *principais* (que constituem o núcleo da relação e definem o tipo contratual), *secundários* (que podem ser acessórios da obrigação principal ou sucedâneos desta, como no caso do dever de indenizar resultante da impossibilidade culposa da prestação) e *laterais, anexos ou instrumentais*.

Estes últimos deveres possuem como fonte ou cláusula contratual, ou dispositivo de lei *ad hoc*, ou, no que importa para o presente trabalho, a incidência da boa-fé objetiva. Tais deveres se direcionam a ambas as partes e buscam a cooperação e proteção dos interesses recíprocos. Conforme pondera Jorge Cesa Ferreira da Silva,

Toda relação expõe a pessoa ou os bens de uma parte à atividade de outra, que pode, com esta atividade, provocar danos a tais bens ou colocá-los em perigo. Incide então a boa-fé, a regular o comportamento dos sujeitos por meio da criação de uma série de deveres dedicados a evitar situações danosas. Esses deveres [...] veiculam um interesse negativo: há que se fazer algo (ou que se tomar determinadas medidas) para que um determinado resultado *não seja atingido*.<sup>208</sup>

A preservação da cooperação e a proteção dos recíprocos interesses são características dos seguintes deveres, elencados por Judith Martins-Costa de forma exemplificativa:

[...] a) os *deveres de cuidado, previdência e segurança*, como o dever do fiel depositário de não apenas guardar a coisa, mas também de bem acondicionar o objeto deixado em seu depósito; b) os *deveres de aviso e esclarecimento*, como o do advogado, de aconselhar o seu cliente acerca das melhores possibilidades de cada via judicial passível de escolha para a satisfação de seu *desideratum*; o do consultor financeiro, de avisar a contraparte sobre os riscos que corre, ou o do médico, de esclarecer ao paciente sobre a relação custo/benefício do tratamento escolhido, ou dos efeitos colaterais do medicamento indicado, ou ainda, na fase pré-contratual, o

<sup>207</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 436.

<sup>208</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, p. 79.

do sujeito que entra em negociações, de avisar o futuro contratante sobre os fatos que podem ter relevo na formação da declaração negocial; c) os *deveres de informação*, de exponencial relevância no âmbito das relações jurídicas de consumo, seja por expressa disposição legal (CDC, arts. 12, *in fine*, 14, 18, 20, 30 e 31, entre outros), seja em atenção ao mandamento da boa-fé objetiva; d) o *dever de prestar contas*, que incumbe aos gestores e mandatários, em sentido amplo; e) os *deveres de colaboração e cooperação*, como o de colaborar para o correto adimplemento da prestação principal, ao qual se liga, pela negativa, o de não dificultar o pagamento, por parte do devedor; f) os *deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte*, como, v.g., o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes; g) os *deveres de omissão e segredo*, como o dever de guardar sigilo sobre atos ou fatos dos quais se teve conhecimento em razão do contrato ou de negociações preliminares, pagamento, por parte do devedor etc.<sup>209</sup>

Tais deveres se diferenciam dos principais e secundários em razão de, obrigando ambas as partes, não estarem orientados diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais. São deveres que implicam na adoção de um determinado comportamento, exigido como pressuposto para, além de auxiliar na realização positiva do contrato, especialmente promover a proteção da contraparte e de seus bens. Impõem-se, evidentemente, pelo princípio da boa-fé, que visa a manutenção do vínculo de confiança que é o verdadeiro *telos* do contrato. Conforme afirma Judith Martins-Costa, “Ao ensinar a criação desses deveres, a boa-fé atua como fonte de integração do conteúdo contratual, determinando a sua otimização, independentemente da regulação voluntaristicamente estabelecida”.<sup>210</sup>

Cumprido ressaltar, por fim, que tais deveres anexos, ou de adoção de determinados comportamentos, “não constituem elementos da relação contratual existentes *ab initio* e enquadrados num quadrado fechado, com conteúdo fixo”,<sup>211</sup> configurando-se sua existência e intensidade, sempre, apenas no caso concreto (não existe interpretação *a priori*). Temos mais uma vez relevada a importância da atuação judicial, agora para a verificação, *in casu*, dos deveres anexos imputáveis em razão da boa-fé objetiva. E, cabendo ao juiz tal tarefa, pode este limitar, através da boa-fé que cria deveres, o exercício de certos direitos subjetivos.

#### 1.4.1.3 A boa-fé como limite ao exercício de direitos subjetivos

<sup>209</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 439.

<sup>210</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 440.

<sup>211</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 449.

A terceira função da boa-fé é decorrência lógica das duas primeiras: se esta fundamenta a integração do contrato, permitindo uma atuação que introduza na relação os valores de um determinado sistema jurídico e, em decorrência disso, imponha deveres de conduta segundo um padrão de colaboração, a boa-fé é norma que “não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção”.<sup>212</sup>

Neste sentido, a exigência de atuação conforme a boa-fé pode impor restrições a direitos subjetivos, atribuindo-lhe uma *função de controle* do abuso de direito. Em tal tarefa, utilizam-se determinadas figuras, decorrentes da boa-fé objetiva, e que configuram hipóteses de exercício inadmissível de uma posição jurídica,<sup>213</sup> causadoras de abuso de direito.

#### 1.4.2 As figuras da boa-fé objetiva

A boa-fé objetiva, ao atuar nas relações obrigacionais, além de impor deveres anexos de conduta, se revela concretamente em algumas figuras, todas decorrentes da vedação ao abuso de direito a que se refere o art. 187 do CC/2002. Tais figuras podem ser identificadas no Enunciado n.º 412 da V Jornada de Direito Civil do CJF/STJ: “Art. 187: As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio, tu quoque, surrectio e venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva”.<sup>214</sup> Menezes Cordeiro nomina tais figuras de *conceitos parcelares da boa-fé objetiva*, acrescentando a elas o abuso de direito, a *exceptio doli*, a inalegabilidade de nulidades formais e o desequilíbrio no exercício jurídico.<sup>215</sup>

Tais institutos decorrem da função integrativa da boa-fé, suprindo lacunas do contrato e trazendo deveres implícitos às partes contratuais. Decorrem, especificamente, da exigência de se proteger a confiança nas relações obrigacionais e da vedação ao abuso do direito. Nelson Nery Junior, ao comentar o art. 187 do CC/2002, afirma que, não havendo no direito brasileiro direito absoluto, o exercício de direitos subjetivos está limitado, de um lado, pelos preceitos de ordem pública (art. 2.035, § único, do CC/2002),<sup>216</sup> e de outro pelos seus fins econômicos e sociais, pelos bons costumes e pela boa-fé. Como a boa-fé exige lealdade, o

<sup>212</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 457.

<sup>213</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, 1984, p. 661.

<sup>214</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V*, 2012, p. 62.

<sup>215</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, 1984, p. 661-853.

<sup>216</sup> Art. 2.035, § único, do CC/2002: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

comportamento contraditório implica, em determinadas situações, em uma situação iníqua, que exige a intervenção judicial para lhe corrigir.

#### 1.4.2.1 *Venire contra factum proprium*

A fórmula *venire contra factum proprium* expressa a ideia de proibição do comportamento contraditório. Menezes Cordeiro afirma que a locução “traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente”, sendo tal exercício considerado inadmissível.<sup>217</sup> Na lição do mestre português, o *venire contra factum proprium* “postula dois comportamentos da mesma pessoa, lícitos em si e diferidos no tempo. O primeiro – o *factum proprium* – é, porém, contrariado pelo segundo”.<sup>218</sup>

O *venire contra factum proprium* é desdobramento da teoria dos atos próprios,<sup>219</sup> e possui duplo fundamento: a proteção da confiança e a boa-fé. Cumpre ressaltar que o comportamento contraditório em si mesmo não é proibido, só adquirindo relevância jurídica quando implicar deslealdade, violadora da confiança que deve existir em uma relação contratual.

Anderson Schreiber aponta quatro pressupostos para a aplicação da proibição do comportamento contraditório: a) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; b) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo desta conduta; c) um comportamento contraditório com este sentido objetivo; d) um dano ou, no mínimo, um potencial de dano a partir da contradição.<sup>220</sup>

Existe evidente relação da proibição do comportamento contraditório com o princípio da boa-fé objetiva, eis que este cria o dever anexo de lealdade, que nada mais é do que o respeito à confiança depositada. Jorge Cesa Ferreira da Silva afirma que “foi compreendida na boa-fé a conduta do sujeito que contraria a continuidade de sua própria e corriqueira atuação, fazendo uso de algum direito subjetivo a que, presumivelmente, havia renunciado”.<sup>221</sup> Neste

<sup>217</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, 1984, p. 742.

<sup>218</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, 1984, p. 745.

<sup>219</sup> A teoria dos atos próprios prescreve que “a ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com a sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, segundo os bons costumes e a boa-fé, ou quando o exercício posterior se choque com a lei, os bons costumes ou a boa-fé”. Tal teoria se desdobra em duas vertentes: *venire contra factum proprium* e *tu quoque*. (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 460).

<sup>220</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*, 2005, p. 271.

<sup>221</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato 2002*, p. 49.

sentido temos o Enunciado n.º 362 da IV Jornada de Direito Civil do CJF/STJ: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, tal como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”.<sup>222</sup>

Conforme Nelson Nery Junior, a cláusula geral de boa-fé objetiva “obriga as partes a não agirem em contradição com atos e comportamentos anteriores, praticados antes da conclusão do contrato, durante a execução ou depois de exaurido o objeto do contrato”. Tal proibição incide objetiva e unilateralmente (independente do comportamento ou da atitude da contraparte), eis que é dever de conduta de cada um dos contratantes isoladamente considerados.<sup>223</sup>

No âmbito do STJ, reproduz-se o seguinte julgado como exemplo de aplicação do *venire contra factum proprium*:

PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CONSENTIMENTO DA MULHER. ATOS POSTERIORES. “VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM”. BOA-FÉ. [...] 2. A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denúncia de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios. Art. 132 do CC. [...] (REsp 95.539/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 03/09/1996, DJ 14/10/1996, p. 39015)

No caso em questão há evidente comportamento oportunista, eis que, no sistema brasileiro, a transferência da propriedade se dá com o registro. Assim, a oposição à transferência, muito embora se constitua, em si, um ato lícito, uma vez que não houve por parte da mulher a assinatura do contrato de compra e venda, representa comportamento contraditório que, na prática, implica em vantagem indevida, contrária à boa-fé.

#### 1.4.2.2 *Tu quoque*

Nelson Nery Junior afirma que a expressão *tu quoque* foi extraída da conhecida sentença de Júlio César quando apunhalado por Brutus: “até tu” (ou “tu também”)? Em sentido jurídico, a expressão, assim como as demais figuras relacionadas à boa-fé objetiva, significa inconsistência ou incoerência do comportamento da parte, este vedado em proteção à

<sup>222</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V*, 2012, p. 57.

<sup>223</sup> NERY JUNIOR, Nelson; JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código Civil comentado*, 2011, p. 546.

confiança.<sup>224</sup> Um exemplo da vedação ao *tu quoque* está no art. 150 do CC/2002: “Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização”.

O termo *tu quoque* significa que um contratante que violou uma norma jurídica não poderá, sem a caracterização do abuso de direito, aproveitar-se dessa situação anteriormente criada pelo desrespeito. Ronnie Preuss Duarte afirma que “a locução designa a situação de abuso que se verifica quando um sujeito viola uma norma jurídica e, posteriormente, tenta tirar proveito da situação em benefício próprio”.<sup>225</sup> O sentido da vedação ao *tu quoque* é obstar que se faça com outrem aquilo que não se quer seja feito consigo mesmo (a denominada *regra de ouro*).

Menezes Cordeiro explica que, no *tu quoque* contratual, “o titular-exercente excede-se por recorrer às potencialidades regulativas de um contrato que ele próprio já violara”. Todavia, apesar de a atuação de posições jurídicas indevidamente obtidas ser considerada, com unanimidade, contrária à boa-fé, o autor defende a posição de que o *tu quoque* contratual não configura abuso.

#### 1.4.2.3 *Suppressio* e *surrectio*

A *suppressio* (*Verwirkung*) e a *surrectio* (*Erwirkung*) são duas faces de uma mesma situação, que se caracteriza pela conjunção da boa-fé objetiva com o transcurso do tempo. Jorge Cesa Ferreira da Silva afirma que a proibição de *venire contra factum proprium* tem eficácia na *suppressio* (supressão de um direito subjetivo em face da conduta) e na *surrectio* (nascimento de um direito subjetivo em face da conduta), sendo estas decorrentes da subdivisão daquela.<sup>226</sup>

Flávio Tartuce define a *suppressio* como “a supressão, por renúncia tácita, de um direito ou de uma posição jurídica pelo seu não exercício com o passar dos tempos”. A consequência de tal perda, para a contraparte, é o surgimento de um direito, “direito este que não existia juridicamente até então, mas que decorre da efetividade social, de acordo com os costumes”. Resumindo, “enquanto a *suppressio* constitui a perda de um direito ou de uma

<sup>224</sup> NERY JUNIOR, Nelson; JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código Civil comentado*, 2011, p. 548.

<sup>225</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, vol. 3, 2013, p. 106.

<sup>226</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, 2002, p. 49.

posição jurídica pelo seu não exercício no tempo; a *surrectio* é o surgimento de um direito diante de práticas, usos e costumes”<sup>227</sup>.

No âmbito do STJ, cumpre destacar os seguintes julgados onde há referência à figura da *suppressio*:

DIREITO CIVIL. VIZINHANÇA. CONDOMÍNIO COMERCIAL QUE ADMITE UTILIZAÇÃO MISTA DE SUAS UNIDADES AUTÔNOMAS. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTO POR CONDÔMINO QUE CAUSA RUÍDO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DANO MORAL FIXADO EM QUANTUM RAZOÁVEL. O exercício de posições jurídicas encontra-se limitado pela boa-fé objetiva. Assim, o condômino não pode exercer suas pretensões de forma anormal ou exagerada com a finalidade de prejudicar seu vizinho. Mais especificamente não se pode impor ao vizinho uma convenção condominial que jamais foi observada na prática e que se encontra completamente desconexa da realidade vivenciada no condomínio. A 'suppressio', regra que se desdobra do princípio da boa-fé objetiva, reconhece a perda da eficácia de um direito quando este longamente não é exercido ou observado. Não age no exercício regular de direito a sociedade empresária que se estabelece em edifício cuja destinação mista é aceita, de fato, pela coletividade dos condôminos e pelo próprio Condomínio, pretendendo justificar o excesso de ruído por si causado com a imposição de regra constante da convenção condominial, que impõe o uso exclusivamente comercial, mas que é letra morta desde sua origem. [...] (REsp 1096639/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 12/02/2009)

CONDOMÍNIO. ÁREA COMUM. PRESCRIÇÃO. BOA-FÉ. Área destinada a corredor, que perdeu sua finalidade com a alteração do projeto e veio a ser ocupada com exclusividade por alguns condôminos, com a concordância dos demais. Consolidada a situação há mais de vinte anos sobre área não indispensável à existência do condomínio, é de ser mantido o *status quo*. Aplicação do princípio da boa-fé (*suppressio*). Recurso conhecido e provido. (REsp 214.680/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 10/08/1999, DJ 16/11/1999, p. 214)

Já a figura da *surrectio* pode ser vislumbrada no seguinte acórdão do TJRS:

APELAÇÃO CÍVEL. CONDOMÍNIO. AÇÃO ORDINÁRIA. CESSÃO DE USO DE ESPAÇO COMUM PARA VAGA DE ESTACIONAMENTO. REVOGAÇÃO. POSSIBILIDADE, DESDE QUE POR JUSTO E COMPROVADO MOTIVO. SURRECTIO. 1. A prova constante nos autos demonstra que todos os condôminos do prédio réu garantiram aos autores, quando estes adquiriram uma de suas unidades, o direito a uma vaga de estacionamento na área descoberta (de uso comum), o que certamente foi decisivo para a finalização da compra. 2. Logo, tendo a situação perdurado por mais de dez anos até o ajuizamento da ação, referida autorização somente poderá ser revogada por justo e comprovado motivo, e não por mera liberalidade, sob pena de ofensa ao princípio da boa-fé objetiva. 3. Aplicável ao caso a figura da *surrectio*, uma das manifestações da boa-fé objetiva, em sua função de limitação do exercício de posições jurídicas. Entende-se por *surrectio* o exercício continuado de uma situação jurídica ao arripio do convencionado ou do ordenamento jurídico, que implicaria nova fonte de direito subjetivo, estabilizando-se tal situação para o futuro. Após o decurso de tempo razoável de exercício de uma posição jurídica criada pela conduta ativa ou omissiva de outrem, mesmo que não fundado em direito real ou pessoal, consolida-se o direito subjetivo a que tal situação não mais seja suprimida, a não ser por fundadas e supervenientes razões, mas não

<sup>227</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, vol. 3, 2013, pp. 104-105.

por simples mudança de idéia. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70047505722, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 19/06/2012)

### 1.4.3 *Culpa in contrahendo*

A *culpa in contrahendo* (ou responsabilidade pré-contratual) é uma teoria desenvolvida inicialmente por Jhering, que se debruçou sobre a seguinte questão: “se um sujeito deu causa à nulidade de um contrato, deve ou não deve ressarcir o dano que a outra parte sofreu por haver confiado na validade do mesmo?”<sup>228</sup>

Na época, os poucos autores que a examinavam respondiam negativamente, com base em três argumentos: primeiro porque, não tendo sido aperfeiçoado o contrato, impossível aplicar os princípios da culpa contratual (que é contemporânea ao contrato); segundo, porque não havia como recorrer à culpa aquiliana em razão de não estarem configurados os seus pressupostos (especialmente a negligência, imprudência ou imperícia); terceiro, porque não caberia a *actio doli* (ação fundada em dolo ou fraude para obter uma indenização pelo prejuízo sofrido), uma vez que nem sempre o *dolus* era manifesto.

À luz da manifesta iniquidade das respostas, Jhering, voltando-se às fontes romanas e rejeitando a *actio doli* e a *actio legis Aquiliae*, concebeu a teoria da *culpa in contrahendo*, mediante a qual “a parte que, tendo criado na outra a convicção, razoável, de que o contrato seria formado, rompe intempestivamente as negociações, ferindo os legítimos interesses da contraparte”, tem o dever de indenizar os prejuízos causados.<sup>229</sup>

Tal responsabilidade é contratual (objetivada) em razão da proximidade dos sujeitos, sendo consequência da *direção* assumida (vontade) pelo ato do lesante. Conforme Jhering,

Um mau conselho, um aviso falso, uma recomendação dados sem intenção dolosa, não se anunciam exteriormente como um atentado à esfera jurídica de outrem, estes atos não constituem, *em si*, uma injustiça e não causam absolutamente, *por si mesmos*, um dano; eles não adquirem, ao contrário, este caráter e esta influência senão pela relação que têm com a vontade das partes; assim, quanto ao réu, eles adquirem o caráter de *injustiça* pela *direção* maldosa de sua vontade, e, quanto ao

<sup>228</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 487.

<sup>229</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 486.

autor, eles adquirem a *influência prejudicial* em razão da *determinação* de vontade que eles fizeram nascer.<sup>230</sup>

O ponto de toque entre a tese da *culpa in contrahendo*, hoje amplamente aceita e cuja incidência independe de culpa,<sup>231</sup> e a boa-fé objetiva é que, na responsabilidade pré-contratual, os deveres que são violados não são os deveres (obrigações) principais, que só se concretizam com o contrato formado, mas os deveres instrumentais (anexos), anteriores à formação do vínculo negocial, e que decorrem da exigência de um determinado padrão de conduta, este consubstanciado na boa-fé. Conforme Jorge Cesa Ferreira da Silva,

À boa-fé foi então conduzida e reconduzida uma série de eficácias, prévias à constituição do vínculo, contemporâneas da execução e até posteriores à realização da prestação, que, na idéia de *confiança*, encontraram um de seus mais importantes fundamentos materiais. Foi entendida contra a boa-fé a conduta do sujeito que, antes do nascimento do vínculo (com as expressas declarações de vontade), rompe injustificadamente as negociações tão fortemente entabuladas com a outra parte a ponto de gerar, nesta fundada expectativa na conclusão das negociações. [...] Trata-se da responsabilidade pré-contratual, ou *culpa in contrahendo*, “descoberta” jurídica de Jhering e, posteriormente, agregada à boa-fé.<sup>232</sup>

Assim, a teoria da *culpa in contrahendo* se funda hoje também na boa-fé objetiva,<sup>233</sup> que cria deveres de cooperação, de não contradição, de lealdade, de sigilo, de correção, de informação e esclarecimento, havendo responsabilidade objetiva<sup>234</sup> em caso de violação a tais deveres, com base no abuso de direito do art. 187 do CC/2002.

#### 1.4.4 Teoria da base do negócio jurídico

Não somente a tese da *culpa in contrahendo* está intimamente ligada à cláusula geral da boa-fé, mas também a doutrina da *base do negócio jurídico*. Criada por Oertemann e

<sup>230</sup> JHERING, Rudolf von. De la *culpa in contrahendo* ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restés imparfaites. In: JHERING, Rudolph von. *Ouvres choisies*, 1983, p. 24. Tradução de MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 490.

<sup>231</sup> O que faz Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery reputarem inadequada a terminologia para os padrões atuais (NERY JUNIOR, Nelson; JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código Civil comentado*, 2011, p. 548).

<sup>232</sup> SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, 2002, p. 48.

<sup>233</sup> NERY JUNIOR, Nelson; JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código Civil comentado*, 2011, p. 548.

<sup>234</sup> Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que “[a] *ilicitude* do ato cometido com abuso de direito é de natureza *objetiva*, aferível independentemente de dolo ou culpa” (NERY JUNIOR, Nelson; JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código Civil comentado*, 2011, p. 398). No mesmo sentido temos o Enunciado n.º 37 da I Jornada de Direito Civil do CJF/STJ: “A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico” (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V*, 2012, p. 20).

posteriormente desenvolvida por Larenz, tinha como fundamento os §§ 242 e 313 do BGB,<sup>235</sup> e constituía evolução e aperfeiçoamento das antigas teorias da *pressuposição* (Windscheid) e da *imprevisão* (cláusula *rebus sic stantibus*).<sup>236</sup>

A base do negócio são os fundamentos sobre o qual este se firma, ou seja, todas as circunstâncias fáticas e jurídicas que os contratantes levaram em conta ao celebrar o contrato, contendo estes fundamentos aspectos subjetivos e objetivos. Nas palavras de Oertmann:

Base do negócio (*Geschäftsgrundlage*) é a representação de uma das partes, no momento da conclusão do negócio jurídico, conhecida em sua totalidade e não obstaculizada pela outra parte, ou a comum representação das diversas partes contratantes sobre a existência ou aparição de certas circunstâncias, nas quais se funda a vontade negocial.<sup>237</sup>

É consenso que a teoria de Oertmann, ao se apoiar especialmente nas representações (*Vorstellungen*) nas quais as partes assentaram seu acordo, é de carácter subjetivo. Conforme Menezes Cordeiro,

O. explica que os negócios se firmam sobre certos fundamentos – certa base – que não podem ser ignorados sem formalismo. Esses fundamentos são menos que os motivos: não conduzem à decisão de contratar tendo, quando muito, o alcance negativo de que, sem eles, não se teria contratado; por outro lado, enquanto o motivo é algo unilateral, que só por coincidência rara é compartilhado entre as partes, os fundamentos representam uma realidade meramente psicológica, que se prende, quando muito, apenas a uma declaração negocial e não ao contrato no seu todo. Tão pouco, porém, ela surgiria como parte do conteúdo contratual, por não ser querida, com consciência como tal, pelas partes, expressa ou tacitamente, ou corresponderia a uma limitação da vontade das partes. Colocando a questão decisiva de saber se se trata de algo subjetivo, i. e., posto pelas partes, ou de objetivo, O. opta decisivamente pela primeira hipótese, por duas razões: sendo objetivo, posto pelo Direito, perder-se-ia na doutrina da conclusão do contrato; por outro lado, como o conteúdo e o objeto do negócio são determinados pelas partes, só delas pode depender que as circunstâncias constituam, para elas, o fundamento negocial.<sup>238</sup>

<sup>235</sup> § 313 do BGB: “*Alteração da base do negócio*. 1. Se as circunstâncias que existiam como fundamento do contrato forem profundamente alteradas depois de sua estipulação, circunstância que faria com que as partes não concluíssem o contrato ou o concluísse com outro conteúdo se tivessem previsto essa modificação, pode-se exigir a modificação e adequação do contrato, se e enquanto, tendo em conta as referidas circunstâncias do caso concreto, e em particular os riscos previstos pelo contrato ou pela lei, não se possa razoavelmente impor a uma das partes permanecer vinculada a um contrato de conteúdo não modificado. 2. É equiparada à modificação sucessiva das circunstâncias as hipóteses em cujas representações essenciais, que se constituíam como fundamento do contrato, revelarem-se erradas depois da estipulação do contrato. 3. Se a modificação e adequação do contrato não for possível ou não possa ser razoavelmente imposta a uma das partes, a parte que ficar em posição desvantajosa pode pleitear a rescisão [rescisão revogação e distrato] do contrato.” (NERY JUNIOR, Nelson; JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código Civil comentado*, 2011, p. 546).

<sup>236</sup> NERY JUNIOR, Nelson; JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código Civil comentado*. 8. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 549.

<sup>237</sup> NERY JUNIOR, Nelson; JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código Civil comentado*, 2011, p. 549.

<sup>238</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, p. 1033.

Karl Larenz, ao desenvolver sua teoria, destacou o duplo sentido da base do negócio jurídico:

La expresión “base del negocio” puede ser entendida, y así lo ha sido, en un doble sentido. En primer lugar, como la base “subjetiva” de la determinación de la voluntad de una o ambas partes como una representación mental existente al concluir el negocio que ha influido grandemente en la formación de los motivos. En segundo lugar, como la base “objetiva” del contrato (en cuanto complejo de sentido inteligible), o sea, como conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato – sépanlo o no los contratantes -, ya que, de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría “sentido, fin u objeto”.<sup>239</sup>

Conforme Larenz, por base objetiva do negócio se deve entender o conjunto de circunstâncias e o estado geral de coisas cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato, segundo o significado das intenções de ambos os contratantes, possa subsistir como regulação dotada de sentido.<sup>240</sup> Trata-se do complexo de circunstâncias externas ao negócio, “cuja persistência deve ser razoavelmente pressuposta para que se mantenha o escopo do contrato”.<sup>241</sup>

O objetivo da teoria é viabilizar, em caso de “quebra da base objetiva do negócio”, a resolução do negócio jurídico (conforme art. 478 do CC/2002,<sup>242</sup> que fundamenta a resolução na hipótese de onerosidade excessiva) ou a sua revisão (conforme hipóteses descritas nos artigos 317 e 479 do CC/2002<sup>243</sup>). Ao limitar o exercício de direitos subjetivos, vedando o abuso de direito, a cláusula geral dá suporte à teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídica, fundamentando a necessidade de alteração das condições contratuais para que isso determine o reequilíbrio contratual afetado pela quebra do sinalagma.

## 1.5 DECISÃO JUDICIAL E INTERDISCIPLINARIDADE

<sup>239</sup> LARENZ, Karl. *Base Del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*, 2002, p. 34.

<sup>240</sup> LARENZ, Karl. *Base Del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos*, 2002, p. 211.

<sup>241</sup> NERY JUNIOR, Nelson; JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código Civil comentado*, 2011, p. 549.

<sup>242</sup> Art. 478 do CC/2002: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação”.

<sup>243</sup> Art. 317 do CC/2002: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”. Art. 479 do CC/2002: “A resolução [por onerosidade excessiva] poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.

A atividade jurisdicional consiste na aplicação do direito ao caso concreto, buscando a solução de determinado conflito.<sup>244</sup> Trata-se de tarefa de controle social *ex post facto*, que se contrapõe à atividade legislativa, caracterizada por uma tentativa de solucionar *ex ante* possíveis conflitos.<sup>245</sup> Ao definir os limites da jurisdição, um determinado sistema legal pode alocar maior ou menor discricionariedade à atividade do juiz, atribuindo um maior ou menor grau de abertura às suas normas.

Conforme já antecipado na introdução, a grande maioria dos sistemas opera tal abertura mediante princípios, cláusulas gerais, conceitos indeterminados ou remissões a certos padrões de conduta. Quanto maior a vagueza das normas jurídicas, mais liberdade se dá à atuação judicial. Neste sentido, modifica-se radicalmente a tarefa jurisdicional à medida em que nos movemos de um sistema baseado exclusivamente em regras para um sistema baseado exclusivamente em princípios.<sup>246</sup> No primeiro sistema há pouco (ou quase nenhum) espaço para a interpretação, e a atividade jurisdicional resume-se à aplicação da regra ao caso concreto. No segundo, não há como se estabelecer a regra do caso sem recorrer à atividade interpretativa.

Cumpre ainda lembrar que em um sistema constituído exclusivamente por princípios, a colisão entre estes se resolve pela ponderação, método pelo qual se atribui, no caso concreto, pesos aos princípios que lhe são aplicáveis, alocando mais relevância para alguns em detrimento de outros, mas sem negar vigência a nenhum deles.<sup>247</sup> Por outro lado, em um

<sup>244</sup> Conforme Maria Cláudia Cachapuz, “a missão do intérprete – e do julgador, em última análise – é aplicar as diretrizes postas no ordenamento jurídico, visando uma composição de interesses que permita aos indivíduos conviver, com certa pacificação, em sociedade” (CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro*, 2006, p. 149).

<sup>245</sup> Tal distinção se faz com base na característica primordial de cada uma das atividades mencionadas. Todavia, impõe-se referir que a própria atividade jurisdicional tem a capacidade de gerar um controle *ex ante* (preventivo) de conflitos, na medida em que, através da jurisprudência (no sentido de interpretação do direito pelos tribunais), pode-se sinalizar as consequências de determinados comportamentos e, com isso evitar (ou estimular) a prática destes. A força do controle *ex ante* exercida pelos tribunais dependerá da vinculação que o precedente gera no sistema jurídico. Na situação extrema de total vinculação (imposição) da solução judicial individual ao precedente, não há como contrapor a atividade jurisdicional e legislativa com base no tipo de controle social que cada uma exerce.

<sup>246</sup> Tais hipóteses, representando dois extremos, são meramente argumentativas, eis que inexistente sistema jurídico exclusivamente baseado em um ou outro tipo normativo. As hipóteses servem como forma de demonstrar as consequências, na tarefa jurisdicional, de um sistema com maior ou menor grau de abertura.

<sup>247</sup> “O conteúdo inacabado e sua estrutura deontológica definida como mandado de otimização levam à necessária consequência de que necessitam de outros elementos para se obter uma idéia concreta e terminada do que em definitivo significa um princípio em um sistema jurídico concreto, e no caso-a-caso. O princípio não pode ser aplicado diretamente como uma regra jurídica. Ele não expressa uma idéia objetiva, certa, que impulse o juiz a um juízo silogístico. Não se pode considera-lo como uma premissa maior e subsumir nela um caso concreto. O conteúdo se estabelece mediante um juízo de ponderação com outros princípios. Ponderar é estabelecer comparações, estabelecer o peso de cada um e aplicar o maior ao caso concreto. O grau de generalidade não é decisivo para o princípio jurídico; o importante é sua amplitude como causa de justificação. Por isso é necessário identificar princípios que são contraditórios, complementares, e outros

sistema constituído apenas por regras, o método de aplicação é do tipo “tudo ou nada”. A colisão de regras se desenvolve no plano da validade: uma desloca a outra, com fundamentos nos critérios tradicionais de cronologia, hierarquia e especialidade.

Ao situar a boa-fé objetiva dentro de uma nova teoria contratual, ficou evidente, especialmente mediante a compreensão de sua natureza e forma, que se trata de um instituto jurídico destinado à solução de problemas.<sup>248</sup> Sua formulação como cláusula-geral torna a boa-fé um conceito aberto, exigindo do aplicador do direito, para a sua verdadeira compreensão, um exercício de determinação que pode ser complexo. Sua natureza principiológica acrescenta outras dificuldades à atividade jurisdicional, especialmente quando o caso concreto evidencia algum tipo de conflito entre princípios.<sup>249</sup>

Não há, pois, como separar a boa-fé objetiva da jurisdição. Havendo conflito, cabe ao juiz determinar o conteúdo da boa-fé no caso concreto. Conforme afirma Ricardo Lorenzetti, “Se há uma linguagem aberta, não é possível dedução isolada, e aparece a tarefa do juiz, que deverá proceder à interpretação da norma, sem que seja possível a sua aplicação automática”.<sup>250</sup> A compreensão da proposta interdisciplinar deste trabalho passa, portanto, por um entendimento sobre como se processa a decisão judicial e quais os pontos de abertura da atuação do juiz ao raciocínio econômico. No caso dos conflitos decorrentes da relação contratual, a interpretação conforme a boa-fé exige um modelo de decisão consequencialista, sendo este propício à utilização da análise econômica.

### 1.5.1 A decisão judicial

O raciocínio judicial tem sido discutido ao longo dos tempos, com a exposição de diferentes métodos que se excluem entre si. Com a consolidação dos códigos, renunciou-se à

---

concorrentes entre si, como veremos mais adiante. Também são complementados pelas regras. Assinala Betti que são máximas gerais derogáveis, dispostas a ceder frente a precisas regras contrárias. Por isso, a maioria dos Códigos os concebeu como fonte subsidiária de segundo grau, que atuam logo no fracasso das outras.” (LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, pp. 126-127).

<sup>248</sup> Evidente que a norma do art. 422 do CC/2002 tem como destinatário direto as partes de uma relação contratual. Todavia, não se deve esquecer que, consoante art. 113 do CC/2002, a boa-fé objetiva é critério de interpretação dos negócios jurídicos, configurando inclusive a sua violação um ato ilícito, nos termos do art. 187 do CC/2002. Por tais razões, trata-se de norma indiretamente destinada ao aplicador do direito, a quem competirá, no caso concreto, verificar como se deu a conduta das partes envolvidas em um determinado litígio.

<sup>249</sup> O conflito pode ser interno ao direito contratual (conflito entre princípios contratuais) ou externo a ele (conflito entre um princípio contratual e outro princípio jurídico).

<sup>250</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 173.

experiência histórica em favor da razão pura, substituindo-se o raciocínio tópico pelo jurídico-dedutivo, típico da Escola Exegética (que acreditava que o direito se limitava à interpretação dos códigos). Com a abertura dos sistemas fechados em decorrência dos fatores já observados (dentre os quais se deve destacar a introdução de princípios e cláusulas gerais), e com a proliferação de microsistemas legais, novamente se discute o raciocínio jurídico, que por imposição dessas e de outras circunstâncias, precisou transformar-se.

Broggini dá excelente descrição do processo de subsunção (típico do raciocínio jurídico-dedutivo), na forma em que atualmente é concebido, ao afirmar que a atividade do juiz consiste na interpretação da lei, como proposição maior, segundo os critérios que são dele conhecidos, na aplicação dos ditames da experiência e na comparação do pressuposto ou suporte fático concreto com o normativo, até a concretização do termo médio do silogismo processual. Esclarece, ainda, que a operação definida com esse silogismo não esgota, de nenhum modo, o processo de formação da sentença.<sup>251</sup>

Assim, a decisão judicial é um processo condicionado pelos fatos e pelas normas aplicáveis a estes.<sup>252</sup> Baseia-se, inicialmente, em um raciocínio dedutivo que consiste em identificar um conjunto de premissas jurídicas válidas que permitam formular um enunciado normativo geral (elemento normativo-premissa maior), delimitar um suporte fático relevante por aplicação das regras processuais (elemento fático-premissa menor) e deduzir a solução do caso a partir da premissa maior aplicável à premissa menor.<sup>253</sup> Se considerarmos apenas essas duas variáveis (delimitação dos fatos e identificação das normas aplicáveis), já abre-se espaço para um grande campo de atuação por parte do juiz. Ou seja, o método jurídico-dedutivo permite, em razão da natureza do problema a ser examinado, diferentes soluções.

Seria o caso de um determinado fato que, levado a juízo em processos distintos, levasse a uma verdade processual distinta.<sup>254</sup> A regra do ônus da prova determina que cabe ao autor demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, e ao réu a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor.<sup>255</sup> Outra regra processual determina, a

<sup>251</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *Obrigações como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 42-43.

<sup>252</sup> Conforme se verá adiante, não são apenas estes os condicionantes da decisão judicial, eis que podem coexistir diferentes “modelos decisórios”, denominados de paradigmas.

<sup>253</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 170-171.

<sup>254</sup> Utiliza-se aqui a expressão “verdade processual” como o resultado dos fatos levados ao processo após a aplicação das regras processuais que determinam o ônus probatório.

<sup>255</sup> Art. 333 do CPC: “O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”.

*contrario sensu*, que devem ser objeto de prova apenas os fatos controvertidos.<sup>256</sup> Se tivéssemos, hipoteticamente, dois processos distintos onde os autores deduzissem suas justas pretensões a partir de contratos idênticos, mas cuja existência fosse negada pelos contratados, a juntada do instrumento contratual seria determinante para a solução do conflito: se um dos autores não juntasse aos autos o instrumento contratual, o processo fatalmente seria extinto; no outro processo, em que o autor juntou aos autos o instrumento contratual, a solução seria a procedência da demanda. Temos, no caso exposto, a mesma verdade real, mas distintas verdades processuais. Todavia, nesse caso, a existência de decisões distintas não afeta a lógica do raciocínio jurídico-dedutivo.

Outra hipótese seria aquela em que, apesar da delimitação dos fatos ser unívoca, existe divergência sobre a norma aplicável. Teríamos, no caso, decisões diferentes causadas pela aplicação, ao mesmo fato, de normas diversas. Seria o caso, por exemplo, de um contrato estabelecido entre duas pessoas jurídicas, em que se questionasse o cumprimento de determinada obrigação por parte do contratado. Podem ser aplicadas ao caso tanto as regras do Código Civil quanto as regras do Código de Defesa do Consumidor, dependendo do entendimento do juiz sobre estar ou não caracterizada a condição de “consumidor” da empresa contratante.<sup>257</sup>

Esse campo de possibilidades distintas de compreensão dos fatos e do direito aplicável está no domínio da interpretação. Interpretar significa justamente estabelecer o sentido da norma aplicável ante o caso concreto.<sup>258</sup> Conforme afirma Lorenzetti, o “elemento dedutivo consiste em conectar a premissa menor com a maior, o que se caracteriza como um juízo de

---

<sup>256</sup> Art. 334 do CPC: “Não dependem de prova os fatos: I - notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos, no processo, como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”.

<sup>257</sup> Sobre a questão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações empresariais, ver LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais*, 2011, pp. 64-72.

<sup>258</sup> Sobre tal tarefa, fundamental lembrar Gadamer. A compreensão implica sempre uma pré-compreensão, determinada pela tradição na qual vive o intérprete e que modela os seus preconceitos. A atividade interpretativa, por tal razão, é uma experiência pela qual passa o intérprete, que deve “suspender” seus preconceitos, mantendo abertas todas as possibilidades. A interpretação, portanto, não existe *a priori*, mas depende da aplicação da norma. “[...] É a mesma coisa que atravessa a interpretação jurídica, na medida em que o conhecimento do sentido de um texto jurídico e sua aplicação a um caso jurídico concreto não são dois atos separados, mas um processo unitário” (GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*, 1998, p. 409). Os preconceitos vão sendo paulatinamente afastados, dando lugar a conceitos mais adequados, que devem ser confrontados com o texto, confirmando-os ou afastando-os. Mais do que lidar com sua pré-compreensão, o intérprete deve interagir e se comunicar com aquilo que está sendo interpretado. Neste sentido, deve efetivamente compreender o objeto de sua interpretação.

qualificação. O juiz deve analisar os elementos fáticos e a sua correspondência com a norma aplicável”<sup>259</sup>.

Judith Martins-Costa, ao traçar as diferenças entre a interpretação no direito medieval e no direito moderno, define que neste

[...] o intérprete, tendo em vista um conjunto de leis, opera de forma lógico-dedutiva a partir de uma norma dotada de elevado grau de abstração (tida como jurídica pelo mero fato de ser legal), perfazendo uma cadeia de encadeamentos dedutivos das proposições de maior às de menor grandeza, e explicitando o seu sentido segundo critérios filológicos, lógicos e sistemáticos de antemão estabelecidos.<sup>260</sup>

Todavia, a decisão judicial, no direito contemporâneo, tornou-se extremamente complexa. Como já visto, a mudança de um Estado Liberal para um Estado do Bem-Estar Social implicou em uma proliferação de direitos e garantias fundamentais, materializados nas constituições e que, não raras vezes, careciam de uma concreção. Especialmente em nosso país, a criação de direitos pelo legislativo não foi acompanhada de políticas públicas (a cargo do executivo) para o seu exercício. Como consequência, o problema da concreção dos direitos fundamentais acabou sendo levado ao judiciário, tornando a decisão judicial um exercício constante de ponderação.

Ainda, não só os direitos fundamentais veiculam valores relevantes, mas também as normas institucionais, estas relacionadas com o princípio democrático, a separação dos poderes e o próprio Estado de Direito. Cria-se, com isso, um constante confronto, que invariavelmente se coloca à frente do juiz para que dê uma solução. Lorenzetti leciona que

As regras do jogo institucionais são as que definem o modo como se exercitam os direitos, e a competência entre eles. Elas são necessárias para que esses comportamentos sejam compatíveis entre si em um Estado de Direito. De modo similar, poderia ser dito que, para jogar xadrez, devemos respeitar as suas regras – se não o fizemos, poderemos ganhar, mas não jogando xadrez.<sup>261</sup>

As dificuldades que se colocam à frente dos juízes, aliadas à abertura do sistema proporcionada pelas cláusulas gerais, suscitam um grande debate sobre o verdadeiro papel do judiciário. Lorenzetti bem descreve a questão dos riscos do ativismo judicial:

Em sociedades pluralistas cada um tem uma concepção da vida e, naturalmente, o juiz não escapa dessa regra, mas, se falhar com base na sua própria convicção, afetará aqueles que dela não compartilham. É comum isso ocorrer tanto na doutrina como na atividade judicial, porque o jurista se converteu em um militante de

<sup>259</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 171.

<sup>260</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 74.

<sup>261</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 115-116.

verdades parciais, o que é razoável se não tiver de tomar decisões que envolvam partes com convicções diferentes.<sup>262</sup>

Ainda, o juiz possui uma pré-compreensão que condiciona a sua atividade interpretativa. Temos então o problema dos paradigmas ou princípios “ocultos”, a dificultar de sobremaneira a tarefa jurisdicional e o seu controle (por serem condicionantes da decisão judicial que antecedem à norma, a sua não explicitação subverte por completo o princípio da segurança jurídica, impedindo o controle da decisão judicial através do raciocínio argumentativo).

Em face de tal complexidade, impõe-se a definição de um método e limites para a decisão judicial. Lorenzetti propõe um modelo de decisão que parece adequado aos tempos atuais, ordenando alguns passos sucessivos: 1.º) buscar a dedução de uma regra formalmente válida; 2.º) encontrada a solução, efetuar o controle desta, olhando-se para trás (elementos de consistência/controlado através dos precedentes), para cima (elemento de coerência, privilegiando a solução harmônica) e para frente (elemento consequencialista); 3.º) se se tratar de um caso difícil (cuja solução não se obtém facilmente pelo método dedutivo), deve recorrer o juiz à sua discricção baseada em critérios de validade material (princípios e valores), ponderando-os em caso de conflito (raciocínio argumentativo).

Como se verifica, a liberdade de decisão exige do juiz a utilização não só de um raciocínio dedutivo, mas também argumentativo. Lorenzetti pondera:

[...] o direito é uma ciência de problemas e não meramente especulativa; [...] a tarefa do juiz é o exercício da prudência e não a especulação; [...] a prudência é baseada no raciocínio argumentativo; [...] argumentar é convencer [...] a quem é destinada a decisão; [...] a argumentação é baseada na experiência prévia acumulada (tópicos), ou na capacidade do argumento para persuadir um auditório universal utilizado como modelo.<sup>263</sup>

Consoante já pincelado e a seguir exposto, a atividade judicial pode sofrer com a utilização, pelo juiz, de paradigmas que irão afetar o processo decisório. Tal tema é caro à questão da boa-fé objetiva, eis que esta pode constituir veículo para a “Interpretação criativa ou *praeter legem* e em algumas hipóteses até mesmo *contra legem*”.<sup>264</sup>

<sup>262</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 184.

<sup>263</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 176.

<sup>264</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 34.

### 1.5.2 A questão dos paradigmas

Se a questão da decisão judicial já é espinhosa e enseja enormes debates sobre os limites de atuação do juiz, o problema se torna mais complexo quando consideramos que podem existir diferentes modelos de decisão, denominados paradigmas.<sup>265</sup> Paradigmas são modelos decisórios que antecedem a regra e condicionam a interpretação e, conseqüentemente, a decisão judicial. A sua existência se fundamenta na impossibilidade de neutralidade absoluta do intérprete com relação ao seu objeto de análise (fatos e normas).

Lorenzetti ao abordar a questão dos paradigmas, distingue cinco modelos decisórios: o paradigma do acesso; o paradigma protetivo; o paradigma coletivo; o paradigma consequencialista; o paradigma do Estado de Direito.<sup>266</sup>

O paradigma do acesso visa à proteção dos excluídos,<sup>267</sup> garantindo-lhes acesso aos bens jurídicos com fundamento na igualdade real de oportunidades. O juiz que adota essa visão tende a intervir, com fins redistributivos, em todo o tipo de relações, justificando tal conduta com base em critérios de justiça material.<sup>268</sup> A questão fundamental por trás de tal modelo de decisão é se caberia ao direito prover o acesso a tais bens e, em caso positivo, a quais bens, em quais circunstâncias e em qual medida.<sup>269</sup>

O paradigma protetivo busca a tutela dos vulneráveis, manifestando-se através dos direitos humanos, e sendo consistente com o paradigma do acesso. A diferença se dá com

---

<sup>265</sup> Segundo Dworkin, “diretrizes [paradigmas] são *standards* que propõem um objetivo que deve ser alcançado, em geral no campo econômico, político ou social de certa comunidade”. Já os princípios “não têm a pretensão de favorecer ou assegurar uma certa situação econômica, política ou social porque esta seja considerada desejável, mas porque assegurá-la é uma exigência de justiça, equidade ou outra dimensão da moralidade” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 322).

<sup>266</sup> Lorenzetti trabalha ainda um sexto paradigma, denominado “paradigma ambiental”, que reputa recente e ainda em processo de maturação, muito embora mantenha relação com o paradigma coletivo (que reconhece a relevância jurídica do ambiente) e com o consequencialista (que constitui uma ponte de diálogo entre os direitos individuais e os problemas sociais), sua exclusividade se dá com o reconhecimento da natureza como sujeito. Tal reconhecimento implica em uma necessária mudança de visão, passando de um direito “antropocêntrico” para um direito “geocêntrico” (LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 340-341). A opção pela omissão a tal paradigma se dá em razão deste trabalho ter como objeto o direito posto, construído a partir do indivíduo. Ademais, a questão do ambiente como um bem coletivo superior parece escapar do escopo da boa-fé em uma relação obrigacional (eventual conduta prejudicial ao meio-ambiente não seria uma conduta de má-fé por si só, apenas se representasse a violação de um dever de conduta para com a contraparte).

<sup>267</sup> Os excluídos são sujeitos de direito que, por alguma razão, não possuem acesso a bens econômicos e culturais, estando alijados do mercado. Notadamente relacionada à miséria, a exclusão pode se dar por situações de segregação, por guerras, em decorrência de políticas públicas insuficientes ou ineficientes, e até mesmo por perseguição política.

<sup>268</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 230.

<sup>269</sup> A questão se torna ainda mais espinhosa quando a pretensão de acesso se dá sobre bens de primeira necessidade, tais como trabalho, educação, saúde, segurança, moradia, ou sobre o próprio acesso à justiça.

relação ao campo de aplicação: enquanto que para o problema do acesso a premissa é estar o sujeito excluído de um determinado mercado, para o paradigma protetivo o sujeito está no mercado, mas em uma posição de vulnerabilidade.<sup>270</sup> Há tendência, por parte do juiz, de intervir nas relações com fundamento na igualdade, utilizando-se de critérios de justiça material.<sup>271</sup> A premissa é a existência de um desequilíbrio que deve ser objeto de correção pela atividade jurisdicional (interpretação *favor debilis*<sup>272</sup>). A questão fundamental é a definição do sujeito vulnerável, e as consequências da proteção sobre o sistemas de incentivos de uma sociedade<sup>273</sup> e sobre os bens coletivos.

O paradigma coletivo coloca evidência nas relações grupais e nos bens coletivos, dando preferência a estes em relação aos bens individuais. Podem coincidir com o paradigma do acesso e com o protetivo, ou então entrar em conflito com estes quando a proteção de direitos individuais implicar em uma lesão nos direitos coletivos. Há um pressuposto lógico de preeminência dos bens coletivos<sup>274</sup> em relação aos bens individuais, e a intervenção judicial tenderá a soluções em prol de direitos coletivos.<sup>275</sup> Os riscos atrelados a tal paradigma

---

<sup>270</sup> A vulnerabilidade pode ser econômica, cognosciva, técnica ou jurídica. O assunto é explorado exaustivamente em MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*, 2012.

<sup>271</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 251.

<sup>272</sup> No direito civil brasileiro, o paradigma protetivo é evidente quando se trata das relações de consumo, conforme art. 4.º, inciso I, do CDC: “A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

<sup>273</sup> Especialmente com relação aos contratos, o paradigma protetivo (intervenção em favor do vulnerável) pode ter o efeito colateral de, se constituir a regra, limitar ou dificultar o acesso de certas categorias de sujeitos a determinados bens, ou impor a tais categorias preços mais elevados do que os praticados no mercado. A proteção, em tais casos extremos, pode ocasionar a discriminação/exclusão.

<sup>274</sup> Consideram-se exemplos de bens coletivos o ambiente, o patrimônio histórico e cultural, a liberdade, a concorrência, a informação, a saúde, a segurança. As características dos bens coletivos são: indivisibilidade dos benefícios, uso comum sustentável, não exclusão dos beneficiários, status normativo, qualificação objetiva, legitimação para atuar difusa ou coletivamente, precedência da tutela preventiva, ressarcimento através de patrimônios de afetação e localização na esfera social (LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 272). Algumas dessas características estão intimamente ligadas com o conceito econômico “bem público”, que pode ser entendido como aquele não rival (o uso do bem não diminui significativamente a sua disponibilidade para os demais usuários) e não excludente (não há como impedir que outras pessoas se utilizem de tal bem). Os bens públicos, por suas características, não se adaptam ao sistema tradicional de preços de mercado e, por tal razão, sua produção tende a se dar em um nível sub-ótimo.

<sup>275</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 270.

são a constituição de uma sociedade coletiva sem indivíduos, cuja vontade coletiva<sup>276</sup> se identifica com a vontade de uma pessoa ou grupo de pessoas.<sup>277</sup>

O paradigma consequencialista<sup>278</sup> é estruturado na análise das consequências públicas das ações privadas, sustentando que a aplicação ilimitada dos direitos individuais (paradigma protetivo), somada a uma profunda desconexão entre o público e o privado, gera uma tensão elevada que torna impossível a vida em comum.<sup>279</sup> Trata-se de um modelo que coincide em vários aspectos com o paradigma coletivo, todavia divergem pelo sentido de sua lógica: enquanto o paradigma coletivo parte da preeminência do coletivo para a restrição de certos direitos individuais, o consequencialismo parte sempre das ações privadas, constituindo o coletivo a agregação destas (efeitos públicos das ações privadas). A atuação judicial consequencialista é de natureza não interventiva, apoiando-se em critérios econômicos e sociológicos para demonstrar as consequências prejudiciais do protecionismo no âmbito coletivo. Há sempre um controle da decisão obtida com base nas regras e princípios, através da ponderação de suas consequências.

Por fim, temos o paradigma do Estado de Direito, segundo o qual as decisões em uma sociedade civil devem ser descentralizadas,<sup>280</sup> cabendo ao direito estabelecer limites ao poder público e privado.<sup>281</sup> A ideia central é que se devam respeitar os procedimentos antes de obter os fins de qualquer maneira, cabendo ao judiciário o papel de guardião das instituições e dos direitos individuais. A atuação jurisdicional não deve se pautar pela substituição da vontade da maioria ou da minoria, mas assegurar que ambas se expressem. Trata-se de uma atuação não interventiva, mas de controle com inspiração constitucional.

Os três primeiros paradigmas se inclinam para a intervenção judicial com fins paternalistas, e com frequência entram em tensão com os demais, que se caracterizam pela

<sup>276</sup> A própria possibilidade de estabelecimento de uma vontade coletiva é objeto de questionamento, especialmente quando temos em conta as características multiculturais das sociedades modernas. Destarte, torna-se tarefa árdua (se não impossível) estabelecer um único projeto de vida. Por tais razões, o paradigma coletivo deve pautar-se pelo estabelecimento de consensos básicos sobre quais são os bens coletivos.

<sup>277</sup> As referências obrigatórias são os regimes totalitários, em que a vontade individual está subordinada a uma vontade coletiva determinada pelo seu ditador. Na história da humanidade, são inúmeras as barbáries cometidas em prol do “interesse coletivo”.

<sup>278</sup> É o paradigma consequencialista que fundamenta a análise econômica do direito, marco teórico que será explorado na segunda parte deste trabalho.

<sup>279</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 305.

<sup>280</sup> A descentralização se refere a uma concepção “ascendente” de direito, em oposição a um modelo “descendente”. Enquanto neste as noções básicas da sociedade surgem da decisão de uma autoridade central que domina e impõe suas ideias, no modelo descentralizado elas surgem do acordo entre os cidadãos (LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 325). Esta noção é importante para demonstrar a íntima relação entre direito e democracia e impor limites para a decisão judicial interventivo-substitutiva da vontade geral expressa através das leis produzidas pelo sistema democrático.

<sup>281</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, p. 322.

preferência à não-intervenção.<sup>282</sup> A definição de um limite à atuação do juiz se torna mais difícil quando se vislumbra a existência de uma Constituição que garante diversos direitos fundamentais que não possuem políticas que lhes permitam a concreção.

A opção por determinado paradigma importa em uma escolha por um modelo específico de atribuição de direitos, assunto que está fora do escopo do presente trabalho. Todavia, impõe-se a definição por um viés não-paternalista da jurisdição, sendo que as justificativas para tal estão apresentadas ao longo do texto. Por ora, cabe transcrever a lição de Ricardo Lorenzetti, que sintetiza bem a questão dos limites da atuação judicial:

[...] o direito fundamental tem a garantia de um conteúdo mínimo, sendo o restante concedido pela democracia e pelo mercado. Não fosse assim, não funcionaria a democracia direta, porque os direitos já estariam previamente concedidos por técnicos ou juízes, sem nenhum debate na sociedade, satisfazendo alguns com a exclusão dos outros. Em relação a esse aspecto, sustenta-se também que os direitos não podem ser insaciáveis, porque, se não tiverem limites, poderão devorar a democracia.<sup>283</sup>

O alerta que o autor faz é que se deve limitar o campo de aplicação de cada um deles a fim de diminuir os conflitos entre as diversas concepções. O grande problema atrelado aos paradigmas é que, apesar destes representarem uma diretriz política que pode afetar a interpretação, tal influência se dá de forma implícita na decisão judicial. Os paradigmas são anteriores ao próprio direito positivo e, portanto, são considerados princípios “ocultos” ou “programas informais”.<sup>284</sup> Conforme adverte Lorenzetti: “Em sociedades pluralistas cada um tem uma concepção da vida e, naturalmente, o juiz não escapa dessa regra, mas, se falhar com base na sua própria convicção, afetará aqueles que dela não compartilham”.<sup>285</sup>

Assim, sem uma justificação válida e limites estabelecidos, não se pode aceitar que uma minoria (juízes) substitua a maioria (cidadãos de uma democracia representativa). A justificação estaria sustentada na noção de democracia constitucional, e no dever dos juízes de respeitar as instituições e os direitos fundamentais. O limite está em uma atuação que não seja substantiva, de modo a substituir a vontade das maiorias ou minorias, mas procedimental, “garantindo os instrumentos para uma expressão diversificada e plural, em vez de substituí-las por opiniões próprias”.<sup>286</sup> Conforme afirma Lorenzetti, “Definitivamente, as decisões dos juízes constituem uma grande contribuição para a democracia deliberativa, mas não a

<sup>282</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 228.

<sup>283</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 103-104.

<sup>284</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 227.

<sup>285</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 184.

<sup>286</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 336.

substituem”.<sup>287</sup> Assim, se há um controle social exercido tanto pelo legislativo (através da lei) quanto pelo judiciário (através das sentenças e da jurisprudência), também deve haver limites à atuação de cada um deles.

Destarte, Lorenzetti propõe alguns critérios a serem seguidos por um juiz imparcial em uma sociedade pluralista em casos em que há paradigmas concorrentes, e que evocam a importância do raciocínio econômico, conforme grifado:

- não substituir as decisões das majorias por suas próprias convicções, mas tratar de reforçar os procedimentos para que estas se expressem (posição procedimental);
- identificar os consensos básicos da sociedade para que a vida em comum seja possível, e não substituí-los por suas próprias apreciações;
- tratar de harmonizar os diferentes paradigmas concorrentes, *examinando os benefícios-prejuízos de cada um deles*;
- ser consciente de que existem princípios e valores em tensão, mas que há um “metavalor”, que é o pluralismo de valores. [...]
- o juiz não é necessariamente um cientista, no sentido de que sua preocupação principal seja criar doutrina e jurisprudência, e com isso construir um conceito normativo preciso;
- o juiz deveria utilizar como argumentos básicos *as razões que se dariam reciprocamente duas pessoas que dialogam para chegarem a um acordo e buscam elementos de consenso, sempre que exista uma situação igualitária, livre de coações, e pessoas de igual capacidade*;
- em todos esses casos expõe-se o problema de que as decisões das majorias poderiam ser injustas, totalitárias ou moralmente censuráveis, e por isso deve ser admitido um limite baseado nos direitos fundamentais;
- a tarefa do juiz nesse caso é identificar os consensos majoritários e limitá-los quando transgridam direitos fundamentais.<sup>288</sup>

Ivo Gico Jr., ao abordar o mundo jurídico “pós-positivismo”, afirma que o problema do direito, hoje, não seria apenas “de subsunção da norma aos fatos, o que representaria uma função preponderantemente técnica para os órgãos aplicadores”, mas de “compatibilidade e ponderação entre normas-regras e normas-princípio no estabelecimento de um balanço de interesses contrapostos”.<sup>289</sup>

### 1.5.3 Boa-fé, jurisdição e interdisciplinaridade

A boa-fé, na condição de princípio geral do direito (e princípio do direito das obrigações e contratual), não se aplica diretamente ao caso concreto, como se fosse uma regra.

<sup>287</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 335.

<sup>288</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, pp. 184-185.

<sup>289</sup> TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*, 2012, p. 8-9.

Sua característica principal, derivada da sua natureza principiológica e da sua redação através da técnica de cláusula geral, é a sua *função*, notadamente integrativa e interpretativa (também limitadora). Por tais razões, o conteúdo da boa-fé se estabelece no caso concreto, através de uma ponderação entre este princípio e outros aplicáveis. No caso do direito contratual, a boa-fé deve sempre ser considerada ao lado da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, resultando em uma forma de interpretação da situação.

Destarte, a cláusula geral da boa-fé deve ser “completada” pela atividade interpretativa, definindo seus contornos precisos no caso concreto. Não é por outra razão que se afirma estar a boa-fé objetiva no domínio da jurisdição (muito embora haja uma definição *a priori* de condutas no plano do direito material), conforme explica Menezes Cordeiro:

A boa fé objectiva é entendida como do domínio do Direito jurisprudencial: o seu conteúdo adviria não da lei, mas da sua aplicação pelo juiz. Torna-se, nessa medida, impraticável locubrar sobre os textos que a consagrem. O estudo do litígio concreto, a comparação de casos similares, a sua dogmatização e a sistematização subsequente formam a base essencial duma investigação sobre a boa fé. Essa necessidade, dificulta, face à especialização dos juristas, o conhecimento juscientífico – logo real – da boa fé por parte dos cultores que, a nível de Ciência do Direito, se pronunciam sobre o tema.<sup>290</sup>

E, conforme já adiantado, a boa-fé não comporta um interpretação/aplicação clássica, através de um processo de mera subsunção.<sup>291</sup> Isso porque não há como entender a boa-fé objetiva como mera regra, cuja aplicação se dá através do modelo “tudo-ou-nada”. Ora, frente ao caso concreto, não há como simplesmente reputar válida ou inválida a norma do art. 422 do CC/2002. Esta é sempre válida, mas a intervenção judicial no contrato depende de um juízo de ponderação.

A formulação como cláusula geral torna a boa-fé uma expressão semanticamente vaga ou aberta, que carece concretização, tarefa esta necessariamente contextual. Portanto, não tem a boa-fé um conteúdo imanente ou substancial, mas ligado às circunstâncias ou “fatores vitais” determinantes do contexto de sua aplicação.<sup>292</sup> Por tais características, evidente depender a aplicação da norma que exige a boa-fé objetiva de uma tarefa interpretativa, que implica em enormes riscos. Não há como fazer um juízo valorativo sobre algo sem efetivamente verificar as suas características. Neste sentido, a cláusula geral da boa-fé (juízo

<sup>290</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, p. 43.

<sup>291</sup> “Em imagem, admita-se a subsunção como corrente na maioria das decisões. A boa fé corresponde, nesta óptica, à minoria.” (MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*, p. 42-43).

<sup>292</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Os campos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas*, 2008, p. 388.

de valor ou regra moral), só encontra significado se, no caso concreto, certas características lhe assegurarem tal significado. Ou seja, existem algumas características comuns a todas as situações em que se verifica a boa-fé (ou, *contrario sensu*, a má-fé), sendo descritiva a tarefa de verificar quais são tais características.

A cláusula geral pode ser entendida como um “quadrado normativo”, dentro do qual o jurista pode andar com certa liberdade. O que limita esta liberdade é a racionalidade/argumentação jurídica, que depende fortemente da compreensão adequada das circunstâncias do fato e de suas consequências. Assim, a aplicação da boa-fé aproxima-se do raciocínio tópico, consistindo este na avaliação, no momento de uma determinada situação histórica, da adequação (vigência) das normas e princípios para a solução da questão.<sup>293</sup> O raciocínio tópico vincula-se sempre ao discurso exarado sobre problemas concretos.<sup>294</sup> A decisão será o produto de uma ponderação casuística dos princípios e regras conflituais, sendo encontrada através de um raciocínio tópico-dialético.<sup>295</sup>

Alexy cita Hare, que afirma que “o essencial na argumentação moral não é a dedução de juízos particulares deste ou daquele princípio, mas o teste de aceitabilidade de suas consequências lógicas”.<sup>296</sup> Tal passagem expõe a importância do consequencialismo para o direito. Cabe sim ao juiz perquirir o efeito de suas decisões, eis que estas têm que representar verdadeiramente o juízo de valor que fundamenta a decisão. É neste ponto que se insere a análise econômica. Se o direito é indeterminado, não fornecendo uma única resposta, e se as decisões judiciais não consistem em mera aplicação mecânica da lei, mas são influenciadas pela identidade, ideologia e política daqueles que a administram, cabe ao jurista empregar uma abordagem mais pragmática, fundada no conhecimento de outras ciências para promover de forma balanceada os interesses sociais.<sup>297</sup>

Portanto, não há como rechaçar, *a priori*, a análise econômica como ferramenta complementar à compreensão jurídica da cláusula geral da boa-fé. Primeiro porque a ciência econômica tem como um de seus fundamentos a ótica consequencialista. Segundo, porque especificamente com relação ao direito contratual, a abordagem econômica possui alto poder descritivo, em especial dos comportamentos que desafiam a boa-fé objetiva. Seu discurso,

<sup>293</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 75.

<sup>294</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 80.

<sup>295</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, p. 89.

<sup>296</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, 2005, p. 93.

<sup>297</sup> Trata-se da proposição do jusrealismo norte-americano (conforme TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*, 2012, p. 7), que influenciou fortemente o desenvolvimento da análise econômica do direito nos EUA.

portanto, deve integrar a pré-compreensão exigida para que, da tarefa jurisdicional, resulte um argumento jurídico completo e coerente.

## 2 ANÁLISE ECONÔMICA DA BOA-FÉ CONTRATUAL

Para que se possa, partindo do universo jurídico, compreender a importância da teoria econômica para a análise do direito (e, em especial, da boa-fé), faz-se necessário, primeiramente, desfazer um equívoco que é, em grande parte, responsável pelas dificuldades que a proposta da interdisciplinaridade entre direito e economia tem enfrentado. Trata-se de uma errônea compreensão do conceito de economia, o que pode levar o jurista à conclusão (equivocada) de que os objetos das duas ciências são distintos e sem qualquer ponto de intersecção.<sup>298</sup>

Tradicionalmente, tem-se relacionado a economia com a ideia de dinheiro, emprego, inflação, câmbio, juros, etc.<sup>299</sup> De uma forma simplificada, costuma-se identificar a economia com a figura do mercado,<sup>300</sup> restringindo-se a sua aplicação a fenômenos agregados a ele relacionados.<sup>301</sup> Conforme explica Ivo Gico Jr., nossa pré-compreensão nos leva a considerar como econômicas questões do tipo “qual é o efeito da taxa de juros sobre o nível de emprego?” ou “Por que nossa taxa de juros é uma das maiores do mundo?”.<sup>302</sup>

Evidentemente que a ciência econômica se ocupa de tais temas, todavia, não se restringe a eles. Chama-se macroeconomia o ramo que estuda tais elementos, caracterizando-se este por um olhar sobre o comportamento agregado de uma economia. Importa para a macroeconomia o crescimento econômico, o desemprego, a inflação, as questões de política fiscal e monetária, bem como as relações externas de uma economia, que determinam a taxa de câmbio.

<sup>298</sup> Convém ressaltar que as dificuldades do estudo interdisciplinar entre direito e economia não são uma exclusividade dos juristas. Por um longo período a economia relevou os arranjos institucionais (o direito sendo um deles) a um segundo plano (instituições eram consideradas variáveis exógenas dos modelos). Todavia, a perspectiva do presente trabalho é a utilização da análise econômica como instrumento à disposição do jurista, motivo pelo qual as dificuldades da interdisciplinaridade serão abordadas apenas pela ótica do direito.

<sup>299</sup> “Many lawyers think that economics is the forbiddingly mathematized study of inflation, unemployment, business cycle, and other macroeconomic phenomena remote from the day-to-day concerns of the legal system” (POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*, 2007, p. 3).

<sup>300</sup> Lorenzetti utiliza o vocábulo “mercado” para referir “um modo de atribuição de recursos escassos, que se baseia no seu intercâmbio voluntário, produzido pelos agentes econômicos por intermédio da oferta e da demanda em condições competitivas” (LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 242). Segundo Ronald Coase, mercado “é a instituição que existe para facilitar a troca de bens e serviços, isto é, existe para que se reduzam os custos de se efetivarem operações de trocas” (TIMM, Luciano B. (Org.). *Direito & Economia*, 2008, p. 82).

<sup>301</sup> No âmbito da ciência jurídica, tal compreensão parcial, aliada à ideia de auto-suficiência do direito, implicou no estudo interdisciplinar se restringir a assuntos específicos relacionados ao problema da concorrência, à regulação do sistema financeiro e da produção e circulação de bens e serviços, patentes, etc.

<sup>302</sup> TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*, 2012, p. 12.

Por outro lado, existe um ramo que tem um olhar focado na relação entre os atores econômicos, denominado microeconomia. Conforme Cooter e Ulen, a microeconomia “diz respeito às decisões tomadas por indivíduos e pequenos grupos, como, por exemplo, famílias, clubes, firmas e órgãos governamentais”.<sup>303</sup> Se considerarmos a economia, na clássica definição de Lionel Robbins,<sup>304</sup> como uma ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre necessidades ilimitadas e recursos escassos que possuem usos alternativos,<sup>305</sup> verifica-se que seu caráter essencial é ser uma análise das escolhas.<sup>306</sup> Nesse sentido, seu objeto é idêntico ao do direito, sendo distintas (em parte) apenas as perspectivas de cada uma das ciências.<sup>307</sup>

A mudança de atenção da economia para outras áreas se deu, em grande parte, graças aos trabalhos de Gary Becker, que mostrou a relevância da metodologia econômica para a análise de comportamentos não necessariamente relacionados a situações típicas de mercado, tais como discriminação de minorias, crimes e penas, capital humano, formação, dissolução e estrutura das famílias, etc.<sup>308</sup> Em sua *Prize Lecture*, Gary Becker afirma:

I have been impressed by how many economists want to work on social issues rather than issues forming the traditional core of economics. At the same time, specialists from fields that do consider social questions are often attracted to the economic way of modelling behavior because of the analytical power provided by the assumption of individual rationality. Thriving schools of rational choice theorists and empirical researchers are active in sociology, law, political science, history, anthropology, and psychology. The rational choice model provides the most promising basis presently

<sup>303</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*, 2010, p. 35.

<sup>304</sup> No original, “Economics is the science which studies human behavior as a relationship between given ends and scarce means which have alternative uses” (ROBBINS, Lionel. *An essay on the nature and significance of economic science*, 1935, p. 16).

<sup>305</sup> Samuelson define a Economia como o estudo de como os homens e a sociedade decidem, com ou sem a utilização de dinheiro, empregar recursos produtivos escassos, que possuem usos alternativos, para produzir diversas mercadorias ao longo do tempo e distribuí-las para consumo, agora e no futuro, entre diversas pessoas e grupos da sociedade (BLACKHOUSE, Roger E; MEDEMA, Steven G. Definition of economics. In: BLUME, Lawrence E.; DURLAUF, Steven N. (Eds.) *The New Palgrave Dictionary of Economics online*, 2008). Já Posner, tendo em vista a análise econômica do direito, afirma que a Economia é a ciência da escolha racional em um mundo no qual os recursos são limitados em relação às necessidades humanas (POSNER, Richard. A. *Economic analysis of law*, 2007, p. 3).

<sup>306</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 187.

<sup>307</sup> Lorenzetti coloca que a decisão de um jurista pode ser analisada como um “modelo de atribuição”, e que não haveria a necessidade de solucionar um conflito se fosse possível dar a todos os mesmos direitos. Todavia, como a realidade é que há proliferação de direitos e escassez de bens, solucionar um caso importa em uma decisão de atribuição de recursos escassos, para a qual se necessita de um critério (LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 214). Sob tal ótica, e considerando que o ideal de um princípio é atribuí-lo para a máxima satisfação possível, temos uma grande semelhança entre a decisão jurídica e a decisão econômica.

<sup>308</sup> Por tal contribuição Gary Becker recebeu, em 1992, o Prêmio Nobel de Economia. Um resumo do seu pensamento sobre a forma “econômica” de analisar assuntos diversos da vida cotidiana pode ser conferido em BECKER, Gary S. *The economic way of looking at life*, 1992.

available for a unified approach to the analysis of the social world by scholars from the social sciences.<sup>309</sup>

Para a interação entre economia e direito, um momento fundamental foi a publicação, em 1960, no *Journal of Law and Economics*, de um artigo de Ronald Coase denominado “*The problem of social cost*” (“O problema do custo social”),<sup>310</sup> onde o autor introduz a ideia de custos de transação.<sup>311</sup> Em seguida, no ano de 1961, Guido Calabresi<sup>312</sup> escreve outro artigo fundamental, denominado “*Some thoughts on risk-distribution and the law of torts*”,<sup>313</sup> referindo-se à responsabilidade civil como um sistema indutor do nível adequado de cuidado em atividades potencialmente prejudiciais a terceiros. A partir de então, intensificou-se a aproximação entre direito e economia, especialmente com a publicação, em 1973, do livro “*Economic analysis of law*”, de Richard Posner, obra escrita por um jurista, para juristas, e em um estilo claro e direto.

Hoje, a aplicação da teoria econômica ao exame da formação, estrutura, processos, e impacto econômico do direito e das instituições jurídicas<sup>314</sup> pode ser denominada de “Análise Econômica do Direito”, especialmente devido à importância e influência do livro de Richard Posner. Todavia, tal nomenclatura não é unânime, com muitos autores preferindo a expressão “Direito e Economia” (*Law and Economics*). A preferência pela última expressão em detrimento da primeira se dá com a justificativa de que esta tende a passar uma ideia (equivocada) de submissão (ou redução) do direito à análise econômica.<sup>315</sup> Todavia, uma vez esclarecido o papel instrumental da teoria econômica para o estudo do direito, bem como compreendido que existe um limite de atuação de tal abordagem, a expressão “Análise Econômica do Direito” parece ser a mais adequada, ficando reservada a expressão “Direito e

<sup>309</sup> BECKER, Gary S. *The economic way of looking at life*, 1992, p. 52.

<sup>310</sup> Uma versão em português do famoso artigo pode ser encontrada em SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). *Direito e economia*, 2010, p. 59-112.

<sup>311</sup> Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi reconhecem a existência de diversas definições acerca dos custos de transação e buscam apresentar a sua noção mais corrente: “custos incorridos pelos agentes econômicos na procura, na aquisição de informação e na negociação com outros agentes com vistas à realização de uma transação, assim como na tomada de decisão acerca da concretização ou não da transação e no monitoramento e na exigência do cumprimento, pela outra parte, do que foi negociado” (PINHEIRO, Armando C.; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*, 2005, p. 61-62, 75).

<sup>312</sup> “A qualidade especial da contribuição de Calabresi consistiu em mostrar o poder de alguns simples princípios de economia para racionalizar toda uma lei, e desenvolver uma base coerente para o seu aperfeiçoamento” (VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei*, 1994, p. 30).

<sup>313</sup> CALABRESI, Guido. *Some thoughts on risk-distribution and the law of torts*. *The Yale Journal*, 1961.

<sup>314</sup> MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law*, 1997, p. 3.

<sup>315</sup> O poder metodológico da ciência econômica fez Edward Lazear acreditar na capacidade da economia ampliar o seu espaço e adentrar o campo de estudo de outras disciplinas sociais, o que denominou de “imperialismo econômico” (LAZEAR, Edward P. *Economic Imperialism*. *Quarterly Journal of Economics*. 2000).

Economia”, neste trabalho, para denominar o movimento que abrange as diferentes correntes de pensamento dentro do mesmo campo de estudo.

Fundamental destacar, para evitar equívocos com relação à abordagem proposta, é que o movimento de Direito e Economia, em seu atual panorama, não se resume a uma única linha de pensamento. Muito embora alerte não haver consenso entre a doutrina sobre quantas e quais seriam as correntes de pensamento em Direito e Economia, Mercurio e Medema distinguem cinco grupos: a Escola de Chicago, a Teoria das Escolhas Públicas (*Public Choice*), o Direito e Economia Institucional, a Nova Economia Institucional, e a Escola de New Haven (Yale).<sup>316</sup> Tais escolas têm em comum a aplicação da teoria econômica para a análise das normas e instituições jurídicas, todavia divergem em inúmeros pontos. Para os fins do presente trabalho se mostra irrelevante definir a escola de pensamento a qual se filia a abordagem pretendida, eis que o instrumental utilizado é comum a todas (individualismo metodológico e o racionalismo instrumental, ideia de eficiência alocativa, importância dos mecanismos de incentivos).

Se o juspositivismo implicou em um isolamento da ciência jurídica em relação às demais ciências, o direito na contemporaneidade (com toda a complexidade já referida na primeira parte deste trabalho) não pode prescindir de um diálogo com a ciência econômica e da utilização de seu instrumental analítico, permitindo uma compreensão mais profunda do comportamento humano e das consequências decorrentes das decisões judiciais e/ou de suas interpretações. Conforme afirma Ivo Gico Jr. ao comentar o mundo jurídico pós-positivista e o trabalho de filósofos “que vêm tentando criar critérios ideais de se chegar a proposições normativas racionais e justas”,<sup>317</sup>

[...] para que tenhamos uma compreensão plena do fenômeno jurídico e para que os supostos critérios de justiça sejam operacionalizáveis, é necessário que antes sejamos capazes de responder à simples pergunta: a norma *X* é capaz de alcançar o resultado social desejado *Y* dentro de nosso arcabouço institucional? Enfim, precisamos não apenas de justificativas teóricas para a aferição da adequação abstrata entre meios e fins, mas também de teorias superiores à mera intuição que nos auxiliem em juízos de diagnóstico e prognose. Precisamos de teorias que permitam, em algum grau, a avaliação mais acurada das prováveis consequências de uma decisão ou política pública dentro do contexto legal, político, social, econômico

<sup>316</sup> Para os autores, além das escolas tradicionalmente ligadas ao movimento de Direito e Economia (Escola de Chicago, *Public Choice*, Institucionalismo e Neoinstitucionalismo, Escola de New Haven), ligam-se à *law and economics* as escolas dos *Critical Legal Studies* e do *Modern Civic Republicanism*, em razão de ambas darem ênfase à relação entre direito e economia (MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law*, 1997, p. 3).

<sup>317</sup> O autor cita os trabalhos de RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*, 2008; ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*, 2005; DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, 2002; HABERMAS, Jürgen. *Verdades e justificações*, 2004 (TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*, 2012, pp. 9-10).

e institucional em que será implementada. Em suma, precisamos de uma teoria sobre o comportamento humano.<sup>318</sup>

Nesta seção após a apresentação dos fundamentos da análise econômica que possibilitam a denominada “análise econômica do direito”, será abordado o tratamento que a economia dá para o direito contratual. Como complemento à discussão sobre as implicações de diferentes sistemas jurídicos na ciência do direito (abertos e fechados), abordar-se-á a questão sob o viés econômico, o que pavimentará o caminho para a abordagem econômica da boa-fé. Por fim, fundamentos jurídicos e econômicos se encontram para promover uma proposta de perspectiva interdisciplinar da boa-fé contratual.

## 2.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Muito embora o objeto de análise do direito e da economia seja o comportamento humano, existe uma diferença metodológica muito grande entre as duas ciências. Conforme já referido, a economia tem um caráter preponderantemente positivo, debruçando-se sobre a realidade para dela extrair suas máximas. O olhar da ciência econômica é, de acordo com a própria definição de economia, vinculado à ideia de eficiência,<sup>319</sup> decorrente do problema central de alocação de recursos escassos.

Se os recursos escassos são alocados de modo que se possa alcançar a maior satisfação possível das necessidades humanas, então temos uma situação de eficiência. Todavia, se tal situação não é alcançada por alguma razão, a consequência é o desperdício de recursos que são valiosos. Cumpre à economia, além de diagnosticar tais situações (economia positiva), propor regras e instituições que possam contribuir para evitar tal desperdício (economia normativa), tarefa na qual se aproxima do direito.

Assim, conforme já referido, a análise econômica do direito é, segundo Schäfer e Ott, a aplicação dessa perspectiva da eficiência às normas jurídicas.<sup>320</sup> Lorenzetti, autor da área do direito, apresenta a análise econômica como instrumento teórico para uma análise consequencialista (eficiência) das decisões judiciais obtidas mediante dedução, servindo como uma medida de controle destas. Para o jurista, um dos principais aspectos da análise

<sup>318</sup> TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*, 2012, p. 11.

<sup>319</sup> A contradição “necessidades ilimitadas” versus “recursos escassos” exige que a relação entre necessidades e recursos se dê de forma eficiente, almejando um equilíbrio indispensável à sustentabilidade da relação entre o ser humano e o planeta onde vive.

<sup>320</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*, 2004, p. 3.

consequencialista é “considerar a decisão adotada como um incentivo futuro das partes não envolvidas no pleito”, devendo “ser estudado claramente o tipo de regra de conduta que se está criando com a decisão, e como será observado pelos cidadãos no futuro”.<sup>321</sup>

Na perspectiva tradicional do direito, parte-se do pressuposto da existência de um ordenamento jurídico e busca-se identificar o conteúdo e alcance das normas que o compõem, através do instrumental da hermenêutica jurídica. Sob uma perspectiva econômica, a tarefa é, partindo do pressuposto de que as normas estabelecem custos e benefícios, analisar as consequências dessas normas na conduta dos agentes, não sendo relevante, para tanto, o caráter normativo dessas normas.

Do ponto de vista metodológico, a economia parte de alguns postulados, que lhe são básicos. O primeiro deles já foi abordado e decorre do próprio conceito de economia: a escassez de recursos. Do princípio da escassez decorre a necessidade de uma análise consequencialista e a preocupação com a eficiência social. Para a construção de seus modelos, parte-se do individualismo metodológico e de uma racionalidade maximizadora.

### **2.1.1 A noção de escassez**

David Hume, em seu “Tratado da Natureza Humana”,<sup>322</sup> de 1739-1740, apresentava a lei como um conjunto de convenções que os seres humanos haviam aprendido para tornar possível a cooperação em um mundo de escassez.<sup>323</sup> O direito, portanto, só se justifica plenamente quando os indivíduos precisam fazer escolhas.

A escassez é fundamental para a existência do problema econômico e para a configuração do próprio direito. Sem escassez, as pessoas teriam condições de satisfazer todas as suas necessidades, independentemente de quais fossem. Inúmeros conflitos da história da humanidade sequer teriam existido, eis que, em na sua raiz, estava a disputa por determinados recursos. Em um mundo de recursos ilimitados, não haveria mercados, eis que tais recursos, por serem abundantes, não teriam qualquer valor de troca. A própria troca estaria inviabilizada, pois todos teriam acesso aos bens de que necessitassem para viver.

<sup>321</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 186.

<sup>322</sup> HUME, David. *Tratado da natureza humana*, 2009.

<sup>323</sup> MACKAAY, Ejan. *History of law and economics*, 2000, p. 68.

Assim como a própria economia não faria sentido, não haveria qualquer justificação para a maioria dos institutos criados pelo direito. Seria, por exemplo, dispensável a propriedade privada e a sua proteção, uma vez que ninguém precisaria privar as demais pessoas do uso de um determinado recurso, eis que ilimitado. Também não haveria sentido na proteção ao meio-ambiente, tendo em vista que as futuras gerações não correriam o risco de ser despojadas dos recursos naturais, eis que plenamente renováveis. Também não faria sentido a existência dos contratos, ante a inexistência de trocas.

A escassez impõe à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excludentes, e tal escolha pressupõe um custo, que do ponto de vista econômico é denominado de *custo de oportunidade*. Este equivale ao custo de um determinado bem não em termos monetários, mas em termos da alternativa de uso do recurso que foi preterida. Em um mercado de livre circulação de bens, será o preço dos bens e serviços que refletirá a sua escassez.<sup>324</sup>

Tal noção é fundamental para compreender a natureza da decisão judicial e a importância de analisar suas consequências: em um mundo de recursos limitados, atribuir um direito a alguém significa, na grande maioria das vezes, limitar o direito de outrem. Assim, a decisão judicial possui sempre um impacto externo à disputa, que precisa ser avaliado em termos dos custos sociais que implica.

### 2.1.2 O individualismo metodológico

Quando tratamos de uma abordagem econômica, está implícito um comprometimento de seu instrumental com o individualismo metodológico, que propõe que os fenômenos sociais podem ser explicados em termos das ações individuais, que por seu turno podem ser explicadas pelas motivações dos indivíduos.<sup>325</sup> Schäfer e Ott referem-se ao individualismo como fundamento da análise econômica do direito,<sup>326</sup> dividindo-o em normativo (a função do

<sup>324</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*, 2004, p. 273.

<sup>325</sup> BLUME, Lawrence E.; EASLEY, David. Rationality. In: BLUME, Lawrence E.; DURLAUF, Steven N. (Eds.) *The New Palgrave Dictionary of Economics online*, 2008.

<sup>326</sup> “If, however, we define economics as the study of how a society meets its material needs, then it is obvious that the legal system is a subject for economic analysis as well as a whole range of other subjects [...] In fact, we could say that any social phenomenon in which we can assume scarcity and methodological individualism is a legitimate domain of analysis for economists”. (SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*, 2004, p. 50).

Estado é restrita às preferências de seus cidadãos) e metodológico (o todo é a agregação das partes).<sup>327</sup> Segundo Marietta Auer,

A essência do individualismo é a afirmação que, uma vez que cada indivíduo é o melhor juiz de suas próprias necessidades e preferências, o mais desejável estado da sociedade é aquele no qual a liberdade individual para perseguir unicamente os próprios interesses é máxima, e somente restringida pelas regras necessárias a garantir a coexistência com outros atores individuais.<sup>328</sup>

Na essência do individualismo metodológico (e da própria análise econômica) está a negativa de abordagens que buscam descrever as instituições sem que se recorra às escolhas individuais. Não há como analisar os comportamentos de determinados grupos sem compreender a estrutura de incentivos que determina as ações de seus integrantes. De qualquer forma, é importante ressaltar que o individualismo metodológico é apenas um instrumento analítico, sem implicações éticas no sentido de representar uma postura segundo a qual os interesses individuais devem ser maximizados ou que os agentes devem se comportar de uma determinada maneira.

Outro ponto fundamental é que, ao adotar-se o individualismo metodológico, tal não implica em pressupor que os indivíduos não são altruístas (no sentido de não levarem em consideração em suas decisões o bem-estar dos demais indivíduos). Na análise econômica da família, por exemplo, é pressuposto que os pais são altruístas em relação aos filhos. O que importa para a análise econômica é pressupor que os indivíduos agem motivados por algum elemento (utilidade), seja ele material (recursos financeiros) ou imaterial (prazer, prestígio, poder, liberdade e até mesmo o altruísmo).

Importante ressaltar, por fim, que o individualismo não é apenas um pressuposto necessário da análise econômica, mas é também, segundo Marietta Auer, o princípio central do direito privado na tradição intelectual ocidental.<sup>329</sup> O direito contratual foi especialmente construído em torno da ideia individualista, representado pelo postulado clássico da autonomia da vontade. Muito embora o direito privado tenha sofrido forte alteração, com a introdução de elementos que relativizaram alguns de seus postulados clássicos, não parece haver qualquer contradição entre o individualismo e a existência de deveres para com a contraparte. A análise dos comportamentos individuais pode, inclusive, justificar a intervenção na relação contratual, buscando, através de tal intervenção, evitar determinados

<sup>327</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*, 2004, p. 5-6.

<sup>328</sup> Tradução de AUER, Marietta. *The structure of good faith*, 2006, p. 49-50.

<sup>329</sup> AUER, Marietta. *The structure of good faith*, 2006, p. 50.

comportamentos que, considerados coletivamente (análise consequencialista), impliquem em uma perda de bem-estar social.

O que é fundamental, para este trabalho, é deixar claro que, muito embora existam motivos diversos, em uma relação contratual as partes estão sempre buscando algum benefício individual, mesmo que derivado de um benefício coletivo. A análise econômica trabalha com modelos que não devem ser julgados pela veracidade de seus pressupostos, mas pelo seu poder preditivo a respeito da classe de fenômenos a que pretende explicar.<sup>330</sup> Assim, se a maioria dos contratantes se comporta de modo a obter o maior benefício possível para si, então isto é suficiente para que a análise econômica seja um instrumento útil para a descrição de tais comportamentos.

### 2.1.3 A racionalidade maximizadora

Ao lado da escassez, Shäfer e Ott apontam como premissa da economia a regra do “egoísmo racional”, ou seja, a hipótese de que as pessoas buscam sempre o melhor para si de acordo com os seus interesses particulares. Assim, apenas o indivíduo pode julgar o que é bom ou ruim para ele próprio.<sup>331</sup> Segundo tal princípio, cada indivíduo age de acordo com seus interesses, de forma a buscar escolher aquilo que deseja ao invés do que não deseja. O indivíduo racional tem um objetivo claro (qualquer que seja, podendo ser ou não um objetivo egoísta) e emprega os meios disponíveis para alcançá-lo, com o menor desperdício de recursos possíveis (otimização).

Deve-se levar em conta que a racionalidade não significa exclusivamente a maximização da riqueza individual (simplificação do conceito de *homo oeconomicus*), apesar deste comportamento também ser racional. Também não há necessidade de que o agente esteja plenamente consciente das suas escolhas: Shäfer e Ott apontam como exemplo de racionalidade inconsciente (ou genética) o voo de um animal ou a sua luta por sobrevivência.<sup>332</sup> Além disso, a racionalidade dos agentes não necessariamente precisa ser absoluta, mas deve se confirmar como regra. Assim, apesar de ser possível que certos indivíduos tomem algumas decisões de forma irracional (apesar de tal irracionalidade, na

---

<sup>330</sup> FRIEDMAN, Milton. *Essays in positive economics*, 1953.

<sup>331</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*, 2004, p. 51.

<sup>332</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*, 2004, p. 52.

maioria das vezes, ser apenas aparente), tal comportamento deve ser entendido como exceção, sob pena de se tornar impossível a teorização acerca de determinados padrões sociais.

Aliás, se a irracionalidade fosse a regra, o direito perderia toda a sua efetividade, uma vez que os indivíduos não observariam as normas de conduta postas. Ora, independentemente daquilo que nos faz agir de uma forma ou de outra (princípios morais, hedonismo, tradição, coação, etc.), nossas condutas sempre estão balizadas por um juízo de racionalidade, mesmo que limitado. Assim, se entendermos o direito como um conjunto de ordens coercivas tendo como objetivo a definição de condutas tidas como ideais (pelo menos em algum sentido), o seu funcionamento necessariamente estará vinculado ao fato de a maioria dos indivíduos cumprirem a norma para evitar tal coerção. E tal submissão (ou mesmo na grande parte dos casos a insubordinação) à norma só ocorre através de um juízo de racionalidade.

Se o indivíduo é racional em seu comportamento, seu objetivo será tirar o máximo proveito possível (maximizar a utilidade) na tomada de uma determinada decisão, sopesando benefícios e custos decorrentes de sua ação. É por tal razão que a racionalidade econômica também é conhecida como racionalidade maximizadora,<sup>333</sup> decorrente de um processo de “decisão marginalista”. Nesse processo, a decisão se dá na margem: as pessoas irão incorrer nos custos de desenvolver determinada atividade se e somente se a unidade adicional desenvolvida trazer mais benefícios do que o custo de desenvolvê-la.

A racionalidade econômica pressupõe que o indivíduo possui determinadas preferências (não importando quais sejam), que devem ser consideradas completas, transitivas e estáveis.<sup>334</sup> Completas porque, independentemente das opções disponíveis, as pessoas

---

<sup>333</sup> Esta racionalidade, assim como muitos outros pressupostos da análise econômica, é de caráter instrumental. Conforme explica Bruno Salama: “Ela serve para formular hipóteses e construir teorias que permitam simplificar, compreender e prever a conduta humana. A noção de racionalidade não significa que haja um cálculo consciente de custos e benefícios (embora este cálculo frequentemente ocorra, e qualquer advogado processualista sabe disso porque age estrategicamente no curso do processo). Mesmo assim, a pesquisa em Direito e Economia há muito tempo se vem afastando do paradigma da hiper-racionalidade, geralmente substituindo-o pela noção mais flexível de ‘racionalidade limitada’. Reconhecendo que os indivíduos nem sempre irão processar as informações disponíveis de forma ótima, os mesmos passam a ser vistos como ‘intencionalmente racionais’ ainda que limitados por aptidões cognitivas” (TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*, 2012, p. 55).

<sup>334</sup> Temos ainda a reflexividade, segundo a qual qualquer alternativa  $x$  é pelo menos tão boa quanto ela mesma. Varian afirma ser trivial tal axioma, eis que qualquer cesta (ou escolha) é pelo menos tão boa quanto uma outra que lhe seja idêntica. Por tal razão a reflexividade muitas vezes é omitida dos textos que tratam das preferências econômicas (VARIAN, Hal R. *Microeconomia*, 2000, p. 37). Schäfer e Ott incluem ainda dois outros pressupostos da racionalidade, quais sejam: a independência (que afirma que se uma pessoa prefere uma alternativa  $x$  a outra  $y$ , tal preferência se mantém apesar de existir alguma probabilidade específica dela não receber nem  $x$  e nem  $y$ , mas  $z$ ) e a consistência (que afirma que se alguém prefere uma alternativa  $x$  a outra  $y$ , então deve preferir a probabilidade de receber  $x$  à probabilidade de receber  $y$ ) (SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*, 2004, p. 52-54).

sempre serão capazes de decidir e ordenar suas escolhas, ainda que em momentos diversos.<sup>335</sup> Transitivas porque as escolhas devem ser coerentes entre si,<sup>336</sup> e estáveis porque não mudam substancialmente com o passar do tempo.<sup>337</sup>

Lorenzetti resume da seguinte forma a teoria da ação racional individual:

O pressuposto básico é que os indivíduos são os que melhor conhecem o valor que têm os bens, e tratam racionalmente de maximizar o seu bem-estar. Ao perseguir este propósito, cada sujeito organiza as suas preferências, deixa algumas de lado porque compara os custos da escolha de uma ou outra ação (custo de oportunidade), considera os custos da ação tomada e atua. Cada indivíduo está condenado a escolher, porque os bens são escassos, e não há possibilidade de satisfazer todas as preferências. As preferências são estáveis, no sentido de que, examinadas probabilisticamente, são suficientemente pronunciáveis, ainda que em alguns casos existam exceções. Isso ocorre porque a estrutura dos custos de oportunidade e de transação orienta as condutas em sentidos estáveis. Essa racionalidade inspira regras fundamentais dos contratos, a propriedade e a responsabilidade civil.<sup>338</sup>

Muito embora a racionalidade dos agentes seja fundamental para a análise econômica, cada vez mais a economia vem trabalhando com o conceito mitigado de racionalidade. A moderna análise econômica, ciente da limitação cognosciva dos indivíduos (impossibilidade de um cálculo perfeito de todos os ganhos possíveis e suas probabilidades atreladas), trabalha com uma hipótese de racionalidade limitada, devendo-se tal limitação principalmente ao fato da informação raramente ser completa e da existência de custos não previstos, especialmente em razão da existência de custos na obtenção de informações.

#### 2.1.4 O equilíbrio

Outro conceito fundamental para a compreensão da análise econômica é o de *equilíbrio*. Segundo Cooter e Ulen, equilíbrio “é um padrão de interação que persiste a menos

<sup>335</sup> A completude significa que qualquer pessoa é capaz de efetuar comparações entre todas as alternativas disponíveis e estabelecer uma escala ordenada de preferências entre elas (o indivíduo compara  $x$  e  $y$ , informando se  $x$  é melhor, pior ou igual a  $y$ , fazendo o mesmo com todas as demais variáveis).

<sup>336</sup> A transitividade, por sua vez, quer dizer que, se um determinado indivíduo prefere  $x$  a  $y$ , e  $y$  a  $z$ , então podemos dizer que  $x$  é preferível a  $z$ . Apesar de problemática, Varian afirma que tal pressuposto não parece ser imperioso em termos de lógica pura, a transitividade das preferências é uma hipótese necessária para a teorização do comportamento racional, e consegue descrever corretamente o comportamento humano normalmente observado (VARIAN, Hal R. *Microeconomia*, 2000, p. 37).

<sup>337</sup> Se as preferências individuais mudassem constantemente, a tarefa de explicar o comportamento humano se tornaria impossível, tornando-se a teoria uma tautologia (eis que sempre se justificaria a mudança de comportamento em razão de uma mudança nas preferências) e consequentemente inútil.

<sup>338</sup> LORENZETTI, Ricardo L. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 273.

que seja perturbado por forças externas”,<sup>339</sup> ou, nas palavras de Bruno Salama, “o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente”.<sup>340</sup>

A noção de equilíbrio é de fundamental importância para que se possa analisar o comportamento humano. Como cada indivíduo age de acordo com os seus próprios interesses, visando maximizar a sua utilidade, tal comportamento tende a impelir esses indivíduos (ou grupos) rumo a um ponto de repouso. Neste ponto, a interação cessa (pelo menos parcialmente), pois não há mais escolhas individuais a serem feitas, eis que esgotada a possibilidade de auferir ganhos. Tal situação é atingida sem que seja almejada pelos indivíduos, consistindo no resultado das escolhas individuais. Uma mudança em qualquer variável de decisão individual (as “regras do jogo”, que alteram a estrutura de incentivos, as probabilidades atreladas a cada escolha, os ganhos auferidos ou os custos implicados) fatalmente irá alterar o equilíbrio, possibilitando, ao cientista, uma comparação entre as duas situações distintas.<sup>341</sup>

O equilíbrio é um ponto de estabilidade, onde não existe qualquer incentivo para que se mude de posição.<sup>342</sup> Tal ponto, ao representar o resultado da interação entre os agentes, pode ser avaliado em termos de bem-estar social: será que o equilíbrio atingido é desejável socialmente? Em caso negativo, quais as variáveis que podem determinar um novo equilíbrio desejável? Assim, o equilíbrio é um conceito utilizado para explicar qual será o resultado provável de uma alteração na estrutura de incentivos dos agentes, e portanto é o ponto de partida da análise normativa (consequencialista).

### 2.1.5 A análise consequencialista

---

<sup>339</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*, 2010, p. 37.

<sup>340</sup> TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*, 2012, p. 55.

<sup>341</sup> A comparação entre duas situações de equilíbrio é denominada de “estática comparativa”, e é fundamental para a ciência econômica.

<sup>342</sup> Pode-se vislumbrar um equilíbrio estável como uma esfera colocada no centro de uma vasilha côncava: independentemente de onde for colocada a esfera dentro da vasilha, ela sempre repousará no mesmo ponto. Seria instável o equilíbrio se a mesma vasilha fosse virada (convexa), colocando-se a esfera em seu topo: qualquer ação sobre a esfera a levará para um ponto que não o inicial, ao qual não retornará por conta própria.

A análise econômica do direito está relacionada ao que se denomina de “ética consequencialista”,<sup>343</sup> todavia não se confunde completamente com esta. Em uma posição consequencialista pura, leva-se em conta apenas os efeitos dos comportamentos e escolhas, sendo irrelevante o componente deontológico<sup>344</sup> destas. Todavia, muito embora a análise das consequências seja fundamental para a análise econômica, esta não se restringe àquela, conforme será visto adiante.

A análise econômica do direito, em razão de tal característica, “retira as consequências do fenômeno jurídico da periferia, trazendo-as para o centro dos debates”.<sup>345</sup> A economia positiva busca modelar o comportamento humano de modo que seja possível ao profissional do direito entender os prováveis efeitos que advirão como consequências das diferentes posturas legais.

Conforme já referido na primeira parte deste trabalho, em um mundo complexo em que os direitos se multiplicam e nem sempre são garantidos por políticas públicas adequadas, a tarefa do juiz não pode se resumir apenas à interpretação pura da lei, uma vez que desta poderão acarretar consequências que não são socialmente desejáveis. Conforme afirma Lorenzetti,

Um dos aspectos que compreende este enfoque [análise consequencialista] é considerar a decisão adotada como um incentivo para condutas futuras das partes não envolvidas no pleito. É dizer que deve ser estudado claramente o tipo de regra de conduta que se está criando pela decisão, e como será observado pelos cidadãos no futuro.<sup>346</sup>

A análise consequencialista está fortemente baseada na ideia de que o direito constitui um sistema de incentivos (positivos ou negativos), que poderá influenciar mais ou menos os comportamentos individuais. No processo de escolha, os indivíduos ponderam os custos e benefícios de cada alternativa disponível, e escolhem de acordo com suas preferências. Para Miguel Patrício, a “análise custos-benefícios” nada mais é do que a consideração daquilo que condiciona as escolhas feitas pelos indivíduos, ou seja, um exame dos incentivos (sejam positivos ou negativos) existentes em determinada situação de tomada de decisão.<sup>347</sup>

<sup>343</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*, 2004, p. 4.

<sup>344</sup> Segundo o deontologismo, o valor de uma ação, comportamento ou decisão está nela própria, e não nas suas consequências (SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*, 2004, p. 5).

<sup>345</sup> TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & economia no Brasil*, 2008, p. 53.

<sup>346</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 186.

<sup>347</sup> PATRÍCIO, Miguel C. T. *Análise econômica da litigância*, 2005, p. 15.

Jeremy Bentham, já no século XVIII, associava legislação e utilitarismo na composição de seu “cálculo hedonista”, utilizado para a análise de diversas questões jurídicas. Dizia o autor sobre as motivações que nos levam a determinadas condutas:

Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure. It is for them alone to point out what we ought to do, as well as to determine what we shall do [...] They govern us in all we do, in all we say, in all we think.<sup>348</sup>

Lester Lave aponta treze características essenciais que surgem associadas à noção da análise de custos-benefícios:

1) enumeração de um conjunto de objectivos a cumprir; 2) identificação da larga gama de opções que podem satisfazer esses mesmos objectivos; 3) utilização do método analítico e sistemático para a avaliação das implicações inerentes às opções disponíveis; 4) numa dupla perspectiva, dilucidação do modo e dos termos em que se produzem os denominados *trade-offs* entre as diversas opções (a um nível individual, e colectivo por agregação); 5) encorajamento da procura de eventuais externalidades associadas à opção, existindo uma avaliação do peso específico das mesmas; 6) ponderação dos custos e benefícios distendidos no tempo, considerados numa decisão actual; 7) prossecução dos objectivos delineados tendo em vista a diminuição dos custos inerentes. [...] 8) utilização, dado o grau de flexibilidade, em ponderações que envolvem informação ou recursos reduzidos ou, pelo contrário, demasiado extensos para poderem ser devidamente tidos em conta através de qualquer outro método; 9) ponderação, com algum grau de fiabilidade, dos custos ou benefícios ainda não inteiramente conhecidos ou disponibilizados; 10) análise não exclusivamente centrada no interesse pessoal, podendo assim acautelar outros interesses, nomeadamente de ordem social; 11) ponderação da normal multidimensionalidade das situações; 12) encorajamento de uma *análise distanciada* (o que não significa que seja “verdadeira”), despida de valorações puramente subjectivas; 13) associação da decisão, ao nível da escolha social, à melhor opção disponível – presumindo-se que esta é a que globalmente melhormente serve os interesses da sociedade.<sup>349</sup>

O próprio direito se justifica, em grande parte, em decorrência dessa característica do comportamento humano. Se os indivíduos não respondessem a incentivos, não haveria lógica alguma no modelo proposto pelo direito penal, que prescreve consequências negativas para o caso do descumprimento de suas normas de conduta. Destarte, o direito pode ser entendido como um conjunto de ordens coercivas tendo como objetivo a definição de condutas tidas como ideais (pelo menos em algum sentido), e o seu funcionamento necessariamente estará vinculado ao fato de a maioria dos indivíduos cumprirem a norma para evitar tal coerção.

Conforme afirma Ivo Gico Jr., “se as pessoas não respondessem a incentivos, o direito seria de pouca ou nenhuma utilidade”, pois todos continuariam a se comportar da mesma

<sup>348</sup> BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*, 2000, p. 14.

<sup>349</sup> PATRÍCIO, Miguel C. T. *Análise económica da litigância*, 2005, p. 15-16.

forma e “a criação de regras seria uma perda de tempo”.<sup>350</sup> Portanto, como meio social de regulação do comportamento humano, há necessariamente um comprometimento do direito com suas efetivas consequências, sendo a análise econômica um instrumento descritivo fundamental para monitorar a sua eficiência.

Mariana Pargendler e Bruno Salama, ao investigarem as causas de um crescimento de estudos empíricos em direito no Brasil e estudos teóricos interdisciplinares, colocam como hipótese que “a paulatina adoção de novos métodos de pesquisa jurídica liga-se à transformação no modo de aplicação do direito”, sendo que a utilização de argumentos consequentialistas em juízo “é hoje cada vez mais um aspecto necessário do percurso retórico para a interpretação e aplicação das normas jurídicas”.<sup>351</sup> As causas não estariam no lado oferta (fatores internos à academia), mas no da demanda, em razão da transição de um Estado liberal para um Estado democrático regulatório (de um modelo formalista e baseado em regras para um modelo baseado em princípios) e, em razão da modificação da técnica jurídica com a crescente utilização de princípios em relação a regras, do deslocamento do Poder Judiciário para o centro do arranjo político no modelo de Estado de diversos países.

### 2.1.6 Eficiência e bem-estar social

Considerando que os indivíduos reagem a incentivos e tomam suas decisões de forma racional, comparando custos e benefícios diante de todas as informações possíveis, e que a interação destes indivíduos irá determinar uma situação de equilíbrio, do ponto de vista social, tal equilíbrio deveria representar uma alocação eficiente dos recursos escassos disponíveis. Para a economia, existem várias definições distintas de eficiência, sendo as duas mais importantes as propostas por Vilfredo Pareto (*eficiência de Pareto*) e por Nicholas Kaldor e John Hicks (*eficiência de Kaldor-Hicks*).

A ideia de eficiência de Pareto decorre de uma regra de decisão muito simples, mas de suma importância para as escolhas sociais. Schäfer e Ott definem o princípio de Pareto da seguinte forma:

Considere dois estados sociais,  $x$  e  $y$ , cada qual sendo uma completa descrição da sociedade e a situação de cada indivíduo nela inserida. Então se cada membro da

<sup>350</sup> TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*, 2012, p. 20.

<sup>351</sup> PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, 2013, p. 98-99.

sociedade prefere  $x$  a  $y$  ou é indiferente entre  $x$  e  $y$  e ao menos um membro prefere  $x$  a  $y$ , então  $x$  é socialmente preferível a  $y$ . Escolhas sociais que preenchem esta condição são conhecidas como Pareto superiores ou melhorias de Pareto. Se, entretanto, cada membro da sociedade é indiferente entre  $x$  e  $y$ , então a sociedade é indiferente entre  $x$  e  $y$ . A versão fraca do princípio é que se cada membro da sociedade prefere  $x$  a  $y$ , então  $x$  é socialmente preferível a  $y$ .<sup>352</sup>

A eficiência de Pareto (ou eficiência alocativa) se refere a uma situação onde é impossível alterá-la sem prejudicar ao menos uma das pessoas envolvidas. Destarte, determinado arranjo é eficiente quando não é possível melhorar a situação de qualquer indivíduo sem que tal modificação prejudique a de outro. Tal conceito é importante para a análise de equilíbrios (uma situação Pareto-eficiente é sempre uma situação de equilíbrio, muito embora o inverso nem sempre se aplique),<sup>353</sup> sendo fundamental para comparar os resultados de diferentes instituições econômicas, inclusive em termos de bem-estar social.

Uma alocação pareto-ineficiente não é desejável do ponto de vista da sociedade, eis que é possível melhorar a situação de alguém sem prejudicar ninguém mais. Um exemplo claro de ineficiência do ponto de vista social é o monopólio, situação em que se produz menos que o nível competitivo de produção, implicando em preços maiores e afetando o bem-estar dos consumidores.

Todavia, não há como, com base somente no princípio de Pareto, ranquear dois arranjos distintos que sejam pareto-eficientes. A solução para tal problema é dado pelo critério de Kaldor-Hicks, assim definido por Schäfer e Ott:

Uma situação social  $x$  é distinta de uma situação social  $y$  se pelo menos um membro da sociedade prefere  $x$  a  $y$  e ao menos um membro prefere  $y$  a  $x$ . A situação social  $x$  é superior a  $y$ , segundo o critério de Kaldor-Hicks, se e somente se aqueles que preferem  $x$  podem compensar aqueles que preferem  $y$  de forma que eles permaneçam indiferentes entre  $x$  e  $y$  e aqueles que preferem  $x$  estão numa situação melhor em  $x$  do que em  $y$ .<sup>354</sup>

A aplicação do critério de Kaldor-Hicks (ou *melhoria potencial de Pareto*) exige apenas que os perdedores possam ser compensados pelos ganhadores. Assim como na utilização do critério de Pareto, no critério de Kaldor-Hicks a mudança é sempre fundada na unanimidade, todavia, resolve-se o impasse que pode ser criado pelo poder de veto que existe

<sup>352</sup> Tradução de SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*, 2004, p. 22.

<sup>353</sup> Segundo Varian, “O Primeiro Teorema da Teoria Econômica de Bem-estar mostra que um mercado livre e competitivo proporcionará um resultado eficiente [de Pareto] na falta de externalidades” (VARIAN, Hal R. *Microeconomia*, 2000, p. 633).

<sup>354</sup> Tradução de SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*, 2004, p. 30.

no princípio de Pareto (se um indivíduo não aceita a mudança, não há como implementar melhorias de Pareto).

No caso da melhoria potencial de Pareto, a mudança pode ocorrer mesmo que existam perdedores, mas se e somente se os ganhos excederem as perdas, possibilitando a indenização dos perdedores. Segundo Cooter e Ulen, esta é essencialmente a técnica da análise de custo-benefício, e que deve levar em conta tanto os custos e benefícios privados quanto os sociais da ação que está sendo contemplada.<sup>355</sup>

Muito embora a eficiência não seja o único objetivo da política econômica, o critério da eficiência é fundamental para analisar o bem-estar social. Enquanto a economia positiva busca descrever as consequências de determinadas escolhas, a economia normativa recomenda que se evite o desperdício de recursos, elevando a eficiência a um grau superior de valores socialmente desejáveis. Todavia, o emparelhamento entre eficiência e justiça é polêmico inclusive dentro do movimento de Direito e Economia.

Shäfer e Ott afirmam que a maior fonte de desentendimentos entre economistas e juristas está na relação entre eficiência alocativa e justiça.<sup>356</sup> Entretanto, fazem uma consideração interessante sobre a questão: apesar de uma sociedade com um sistema jurídico e instituições eficientes não ser necessariamente justa, parece difícil imaginar que uma sociedade completamente ineficiente possa sê-lo.<sup>357</sup> Conforme bem destaca Ivo Gico Jr., “Em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício”.<sup>358</sup>

Posner, que na segunda metade da década de 1970 lançou a tese de maximização da riqueza como fundação ética do direito, posteriormente adotou uma posição mais pragmática, afirmando que “em algum momento mesmo o indivíduo fortemente comprometido com a análise econômica do direito terá que tomar uma posição em questões de filosofia política e de filosofia moral”.<sup>359</sup> Portanto, do ponto de vista normativo-pragmático, a análise consequencialista é extremamente relevante, porém não suficiente.

---

<sup>355</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*, 2010, p. 64-65.

<sup>356</sup> Considera-se a justiça distributiva como uma forma alternativa de alocação dos recursos, na qual se estará buscando não um uso mais eficiente dos mesmos, mas uma distribuição feita com base na equidade. Tal distribuição é justificada no fato de que, em certas situações, a alocação realizada nos mercados não é justa, dada a distribuição inicial dos recursos. Pedro Nunes relaciona tal conceito ao princípio aristotélico de justiça. Entretanto, atualmente o maior expoente da justiça distributiva é John Rawls, que trata da matéria no livro “Uma teoria da justiça”, de 1971 (NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*, 1994, p. 535).

<sup>357</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*, 2004, p. 8.

<sup>358</sup> TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*, 2012, p. 27.

<sup>359</sup> POSNER, Richard. *Overcoming law*, 1995, p. 23.

Muito embora a relação entre eficiência e justiça seja por demais polêmica, não parece ser possível desconsiderar a eficiência como um dos fatores para o alcance do bem-estar social. Como já referido, a sociedade não pode ser justa se permite o desperdício de recursos, escassos. Ademais, situações que implicam em perda de eficiência econômica (monopólios externalidades negativas, assimetrias informacionais graves, os problemas relativos aos bens públicos) normalmente se relacionam com situações de menor bem-estar social. Assim, a análise econômica pode contribuir para identificar o injusto (desperdício) e para descrever as consequências de cada arranjo normativo (aqui está incluído também as consequências das decisões judiciais), tornando possível a ponderação entre as opções que estão em jogo.

## 2.2 A TEORIA ECONÔMICA DOS CONTRATOS

Não restam dúvidas sobre a importância das trocas voluntárias em uma sociedade: tal circulação permite a divisão do trabalho<sup>360</sup> e a transferência de recursos daqueles que os valorizam menos para aqueles que os valorizam mais,<sup>361</sup> criando riqueza.<sup>362</sup> Para a ciência econômica, tais trocas levam a *melhorias de Pareto*, significando que, dada uma alocação inicial de bens entre um grupo de indivíduos, sempre ocorrerão trocas se pelo menos um dos indivíduos ficar em melhor situação e ninguém ficar em pior situação. Assim, trocas mutuamente vantajosas são eficientes por natureza.

---

<sup>360</sup> Segundo Fernando Araújo, “basta levarmos em conta o fenômeno da divisão do trabalho para a análise econômica para podermos concluir que os arranjos contratuais que se estabelecem entre indivíduos que querem colaborar são não apenas o cimento da coesão social e da divisão coletiva de tarefas, mas são também o veículo através do qual os indivíduos coordenam livremente as condutas nas quais se traduz a actividade econômica – sendo que, na sua acepção mais ampla, e porventura mais frequente no seio da ciência económica, o contrato não passa de um acordo bilateral de coordenação de condutas, a via dominante para a produção e circulação da riqueza” (ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*, 2007, p. 13).

<sup>361</sup> Segundo Schäfer e Ott, a liberdade de contratar é a base sobre a qual é funda uma economia competitiva que funciona corretamente alocando recursos escassos para os agentes que mais os valorizam (SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*, 2004, p. 273).

<sup>362</sup> “Com efeito, não há dúvidas de que essas transações criam riqueza. Como exemplo, vamos analisar o caso em que Bruno vendeu P para André. Bruno dava a P o valor de 100 unidades, enquanto André dava a P o valor de 200 unidades. Como já dissemos, P pode ser vendido a André por qualquer valor entre 100 e 200. Digamos que P tenha sido vendido por 150 unidades. Antes da troca, André possuía 150 unidades em dinheiro e Bruno possuía 100 unidades (o valor de P para ele). Após a troca, André possuía 200 unidades (o valor de P para ele), enquanto Bruno possuía 150 unidades em dinheiro. Para avaliarmos a variação da riqueza total da sociedade antes e depois da transação, precisamos ver quais foram as alterações na riqueza de cada uma das partes do contrato (presume-se que a riqueza de terceiros não é afetada). Assim, a riqueza total antes da transação é de 250 unidades (100 unidades de Bruno + 150 unidades de André). Após, a riqueza total é de 350 unidades (150 unidades de Bruno + 200 unidades de André), um aumento de 100 unidades – que é, não por acaso, a diferença entre as avaliações das partes a respeito do bem. Note-se que alteração na riqueza da sociedade depende das avaliações pessoais e subjetivas dos indivíduos, e não de um critério objetivo de *valor*” (TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*, 2012, p. 161).

Deste modo, quando as trocas ocorrem em um único momento, as obrigações de cada parte são prestadas simultaneamente,<sup>363</sup> e não há maiores dificuldades senão estabelecer preços e quantidades. Apesar de tais situações se caracterizarem como contratos em sua dimensão fática (operações econômicas), não há, *a priori*, necessidade de regulação jurídica. Tais transações ocorrem naturalmente nos mercados independentemente da existência do direito contratual.<sup>364</sup>

Todavia, um sem número de trocas tem uma natureza diferente, envolvendo não apenas bens, mas promessas. As promessas têm lugar quando as obrigações em uma troca voluntária não são prestadas simultaneamente (prestações coincidentes). É o caso, por exemplo, de alguém que promete pagar determinada quantia a outra pessoa quando esta finalizar a construção de uma casa. Neste exemplo, há troca de uma promessa (pagamento em dinheiro) por um bem (casa), e não há como garantir naturalmente o cumprimento da obrigação. Isso porque a parte que primeiro cumprir a sua obrigação (construtor) ficará à mercê da outra (comprador), que pode não cumprir a sua promessa.

Tais tipos de transação (troca de um bem por uma promessa, ou de uma promessa por outra) dependem da *confiança* entre as partes e, ante a falta de garantias de que as promessas serão cumpridas, fatalmente não ocorrerão. Posner bem observa que, quando a condição da simultaneidade não se verifica, surgem dois perigos para o processo de troca que exige a atenção do direito: oportunismo<sup>365</sup> e contingências imprevistas.<sup>366</sup> Eis a necessidade do contrato em sua dimensão jurídica ou, mais especificamente, do direito contratual. O contrato surge nestes casos como um compromisso crível, apto a resolver o problema da confiança.

### 2.2.1 Objetivos do direito contratual

O principal objetivo do direito contratual é garantir a cooperação entre os agentes econômicos em uma situação em que, sem uma intervenção estatal (direito), tal cooperação

---

<sup>363</sup> Tais transações podem ser entendidas como de execução imediata, ou *spot market transactions* (TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*, 2012, p. 170).

<sup>364</sup> O direito contratual pode ser entendido como a regulação jurídico-estatal das transações de mercado (TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*, 2012, p. 169).

<sup>365</sup> Oportunismo é aquele tipo de comportamento em que alguém desperta confiança em outra pessoa e então sistematicamente a explora, obtendo lucro com tal comportamento. Conforme Posner, “the problem of contractual opportunism arises from the sequential character of economic activity [...]. If contractual exchanges were simultaneous, the need for legal protection of contract rights would be less urgent” (POSNER, Richard. A. *Economic analysis of law*, 2007, p. 93).

<sup>366</sup> POSNER, Richard. A. *Economic analysis of law*, 2007, p. 93.

não ocorreria. Por esta ótica, cumpre ao direito contratual oportunizar a criação de riqueza, dotando determinadas promessas de força executiva. Nas palavras de Luciano Timm e João Francisco Guarisse, “Na ausência de um contrato judicialmente executável, as partes podem permanecer relutantes em confiar umas nas outras, de forma que transações valiosas nunca saiam do papel”.<sup>367</sup>

Nos casos de uma troca não simultânea, a ausência de um contrato (ou de direitos executáveis) iria desviar os investimentos para atividades econômicas que pudessem ser completadas em um curto espaço de tempo, o que reduziria a eficiência do sistema como um todo.<sup>368</sup> Haveria certamente uma enorme regressão na evolução social, eis que certos bens desejáveis deixariam de ser produzidos.<sup>369</sup> Ou então a cooperação em trocas diferidas no tempo seria garantida por mecanismos nem sempre desejáveis, tais como a hierarquia e a violência.

Não há dúvidas, portanto, que o direito contratual lida fundamentalmente com o problema da *confiança*. Conforme afirmam Robert Cooter e Thomas Ulen, cabe ao direito contratual responder duas perguntas fundamentais: “Quais promessas deveriam ser executadas?” e “Qual deveria ser o remédio jurídico para a quebra de promessas executáveis?”.<sup>370</sup>

Portanto, (e o que é fundamental para o argumento aqui desenvolvido), o objetivo básico do direito contratual é evitar que as pessoas se comportem de forma oportunista em detrimento de seus parceiros contratuais. Desse modo, do ponto de vista econômico, pode-se considerar o contrato como o remédio jurídico para resolver o problema da confiança e da incerteza. Nas palavras de Posner,

The basic aim of contract law (since Hobbe’s day) is to deter people from behaving opportunistically toward their contract parties, in order to encourage the optimal timing of economic activity and (the same point) obviate costly self-protective measures.<sup>371</sup>

Michael Trebilcock, além de atribuir ao direito contratual a tarefa de prevenir o comportamento oportunista em trocas não-simultâneas, inclui em seus deveres reduzir custos de transação, preencher eficientemente as lacunas dos contratos incompletos e distinguir e

<sup>367</sup> TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*, 2012, p. 171.

<sup>368</sup> POSNER, Richard. A. *Economic analysis of law*, 2007, p. 93-94.

<sup>369</sup> A diferença, em termos de bem-estar, salta aos olhos quando examinamos as diferenças entre sistemas econômicos complexos e um sistema arcaico baseado em trocas simultâneas (escambo).

<sup>370</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*, 2010. p. 201.

<sup>371</sup> POSNER, Richard. *Economic analysis of law*, 2007, p. 94.

garantir o cumprimento eficiente dos contratos.<sup>372</sup> Posner acrescenta as tarefas de punir erros evitáveis no processo contratual e alocar os riscos para aquele que tem mais condições de suportá-los.<sup>373</sup> Cooter e Ulen listam seis finalidades do direito contratual:

1. Possibilitar que as pessoas cooperem convertendo jogos com soluções não cooperativas em jogos com soluções cooperativas.
2. Incentivar a divulgação eficiente de informações dentro da relação contratual.
3. Assegurar o compromisso ótimo com o cumprimento do contrato.
4. Assegurar a confiança ótima.
5. Minimizar os custos de transação da negociação de contratos fornecendo condições e regulamentações padrão eficientes.
6. Promover relações duradouras, que resolvem o problema da cooperação recorrendo menos aos tribunais para fazer cumprir os contratos.<sup>374</sup>

Muito embora apresentem funções diversas, para a análise econômica, em resumo, o direito contratual tem como objetivo incentivar a ocorrência de trocas eficientes. Como tais trocas podem deixar de ocorrer em determinadas situações, é importante verificar como ocorre o processo de troca voluntária e quais as principais variáveis que afetam a *performance* contratual.

## 2.2.2 Trocas voluntárias e cooperação

Segundo Farnsworth, a troca é a pedra de toque de qualquer sistema econômico que repousa sobre a livre iniciativa, e que esse sistema aloca os recursos largamente pelas trocas bilaterais arranjadas de acordo com as barganhas entre indivíduos.<sup>375</sup> Schäfer e Ott, ao apontarem a liberdade de contratar como o fundamento para o funcionamento de uma economia competitiva, afirmam que tal liberdade constitui um incentivo para que os indivíduos descubram novos produtos e métodos de aumentar a produtividade e, conseqüentemente, o bem-estar material de uma sociedade.<sup>376</sup>

A troca voluntária representa o resultado de uma interação estratégica (negociação) entre as partes que pode ser denominada de “barganha”. Segundo Cooter e Ulen, a barganha é

---

<sup>372</sup> TREBILCOCK, Michael J. *The limits of contract*, 1993, p. 16.

<sup>373</sup> POSNER, Richard. *Economic analysis of law*, 2007, p. 99.

<sup>374</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*, 2010, p. 237.

<sup>375</sup> FARNSWORTH, Alan. *Contracts*, 2004, p. 5.

<sup>376</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*, 2004, p. 273.

“um diálogo sobre valor para chegar a um acordo quanto ao preço”.<sup>377</sup> Em situações de barganha, as partes podem cooperar ou não, sendo que a cooperação leva, em geral, a um *payoff* (retorno) conjunto maior do que a soma dos *payoffs* individuais da não-cooperação. Tal situação pode ser representada através de um jogo, ensejando a aplicação da teoria dos jogos.<sup>378</sup>

Considerando, por exemplo, uma negociação simples acerca de um único livro,<sup>379</sup> temos de um lado o vendedor, que está disposto a vendê-lo por qualquer preço superior a  $dv$  ( $dv$  = disposição mínima de vender), e de outro o comprador, que está disposto a pagar um preço máximo  $dp$  ( $dp$  = disposição máxima de pagar). Neste caso, qualquer preço entre  $dv$  e  $dp$  é um preço de equilíbrio, pois implica em um acordo. Preços superiores a  $dp$  ou inferiores a  $dv$  inviabilizam a troca, provocando uma perda absoluta de bem-estar. A área entre  $dv$  e  $dp$  é denominada de “área de contrato”, pois qualquer preço neste intervalo traz benefício para ambas as partes. O bem-estar total dessa troca pode ser calculado como a soma do lucro do vendedor (preço de venda menos o preço  $dv$ ) e o chamado “excedente do consumidor” ( $dp$  menos o preço de venda).

Se  $dv = 20$  e  $dp = 100$ , seja qual for o preço de venda, o bem-estar total será sempre de 80. Todavia, o preço de venda irá determinar a parcela de bem-estar de cada parte: se for 60, cada parte obterá uma parcela de 40, e o bem-estar será igualmente dividido. Para preços de venda superiores a 60, a captura de bem-estar pelo vendedor será maior, enquanto que para preços de venda inferiores a 60, a captura de bem-estar pelo comprador será maior. Pode-se concluir que os ganhos sociais de uma troca não são afetados pela forma como estes são repartidos, mas sim pela disposição das partes e pelo preço de venda do bem.

Com base neste pequeno exemplo, já é possível verificar que a liberdade econômica é promotora de bem-estar (eis que o bem-estar social é maior com a troca, independentemente da divisão dos ganhos, do que sem ela) e que intervenções no âmbito dos contratos com base em critérios de justiça (busca de uma repartição mais equânime do bem-estar, por exemplo)

<sup>377</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*, 2010, p. 202.

<sup>378</sup> “Jogo é uma situação em que os *jogadores* (participantes) tomam *decisões estratégicas*, ou seja, decisões que levam em consideração as atitudes e as respostas dos outros”. Um jogo pode ser cooperativo (quando seus participantes podem negociar contratos vinculativos entre si, planejando estratégias em conjunto) ou não-cooperativo. Os jogos podem ser ainda simultâneos ou seqüenciais. Jogos simultâneos são aqueles em que “[...] ambos os participantes fazem seus movimentos ao mesmo tempo”. Já o jogo seqüencial é aquele “[...] em que os jogadores se movem (um após o outro) em resposta a ações e reações do oponente”. A forma extensiva de um jogo é a “Representação de possíveis movimentos de um jogo no formato de uma árvore de decisões”. (PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*, 2006, p. 408 et. seq.).

<sup>379</sup> O exemplo é retirado do artigo do Prof. Fernando Araújo inserido em TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & Economia*, 2008, p. 97-174.

podem até se justificar, mas que tais ações têm custos não negligenciáveis e podem, em determinadas situações, implicar em uma diminuição do bem-estar social ou até na inviabilização das trocas.

Portanto, se a cooperação naturalmente gera bem-estar social, justifica-se a intervenção quando esta servir para incentivar as trocas em situações em que algum elemento aumente consideravelmente os riscos atrelados à cooperação, afetando negativamente as trocas voluntárias.

### 2.2.3 O contrato como um compromisso crível

No modelo acima referido, a intervenção do direito se torna dispensável em razão de tal processo não demandar qualquer exigência em termos de confiança: ajustado o preço de venda, as partes trocarão simultaneamente o bem por uma determinada quantia monetária. Partindo-se do pressuposto de que as partes estão adequadamente informadas sobre o bem objeto da negociação e que esta decorre de sua livre vontade, a troca ocorreria naturalmente, sendo dispensável a figura do contrato.

Todavia, como já referido, algumas trocas envolvem promessas, introduzindo no modelo de barganha um componente de incerteza e risco. Após o ajuste, a parte que baseou sua decisão em uma promessa fica à mercê da contraparte, que pode ou não cumprir o prometido. Nesta situação, o contrato surge como uma forma de compromisso crível, eis que o seu descumprimento dará a parte que foi prejudicada a possibilidade de utilização de algum remédio, que pode ser a execução específica ou a indenização dos prejuízos.

O direito contratual, ao dar força de lei aos contratos, está reduzindo a incerteza (quanto ao cumprimento) e induzindo a confiança,<sup>380</sup> e, portanto, contribuindo para a geração de bem-estar social.<sup>381</sup> Conforme afirmam Cooter e Ulen, fazendo cumprir a promessa os

---

<sup>380</sup> Conforme Fernando Araújo, “é indubitável que o fenômeno contratual depende da generalização de um ambiente social de confiança (“*trust*”), para o reforço do qual o próprio fenômeno contratual também contribui decisivamente (com o apoio da ordem jurídica): cada relação bilateral bem sucedida sedimenta a confiança genérica naquele tipo de relações, e externaliza positivamente, por contágio, as demais, e assim por diante” (ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*, 2007, p. 127).

<sup>381</sup> O contrato não é o único modo de induzir confiança. Esta pode ser reforçada através do ordenamento jurídico, mas também por normas sociais, por usos e costumes, por mecanismos informais de reputação. Cumpre ressaltar que a própria inclusão de cláusulas gerais com critérios de boa-fé (ou de honestidade) implica em uma remissão “para fora” do contrato, o que Fernando Araújo denomina “aculturação” nos valores que se contém sinteticamente nas normas positivas (ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*, 2007, p. 127).

tribunais estão dando a ambas as partes o que elas querem: “O comprador cauteloso quer que a executabilidade proporcione um incentivo para o cumprimento por parte do vendedor e um remédio jurídico para a quebra da promessa por parte dele; por outro lado, “O vendedor quer a executabilidade para induzir o comprador a fazer a compra”.<sup>382</sup> Fernando Araújo pondera que “a plena força jurídica das obrigações emergentes do contrato, reduzindo o risco, faz aumentar as ‘disposições de transaccionar’ de ambas as partes, aumentando o volume de trocas e a eficiência do mercado na generalização de ganhos para *todos* os envolvidos”.<sup>383</sup>

O contrato, portanto, ao garantir a executabilidade das promessas, transforma um jogo não-cooperativo em um jogo cooperativo.<sup>384</sup> Em um jogo sem a existência do contrato, o primeiro jogador decidirá se colocará ou não um ativo valioso sob o controle do segundo jogador e, se colocar, este por sua vez decidirá se coopera ou se apropria do ativo. A cooperação é produtiva, e gera benefício a ambas as partes, conforme já demonstrado. A apropriação é redistributiva, e tão somente beneficia o segundo jogador às expensas do primeiro.

Tal situação está representada na Figura 1, onde os números representam os *payoffs* (retornos) de cada jogador atrelado a cada decisão.

		Segundo jogador (agente ou promitente)	
		Cooperar	Apropriar-se
Primeiro jogador (principal ou promissário)	Investir	0,5 0,5	1,0 -1,0
	Não investir	0 0	0 0

Figura 1 – Jogo do agente e do principal sem contrato.  
Fonte: COOTER e ULEN (2010, p. 209).

De acordo com tal configuração, se o primeiro jogador decidir investir, ganhará 0,5 (ganhos decorrentes da troca) se o segundo jogador cooperar e perderá 1,0 (perde o ativo e os ganhos decorrentes da troca) se este se apropriar. Se não investir, não há troca e por tal razão inexistem ganhos. O segundo jogador, por sua vez, ganhará 0,5 se cooperar (ganhos decorrentes da troca) e 1,0 se se apropriar do ativo. Resolvendo este jogo com base nas

<sup>382</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*, 2010, p. 208-209.

<sup>383</sup> TIMM, Luciano B. (Org.). *Direito & Economia*, 2008, p. 110-111.

<sup>384</sup> Aqui se está considerando um jogo de um único lance. Todavia, o direito também tem a virtude de promover a cooperação em jogos repetidos. A peculiaridade em jogos repetidos é que, na ausência do direito, outros mecanismos podem garantir a cooperação, valendo citar a credibilidade como um dos mais importantes.

estratégias dominantes de cada jogador, temos que para o segundo jogador, independentemente do que o primeiro jogador fizer, apropriar-se sempre lhe dará um retorno maior (1,0 e 0 contra 0,5 e 0 da estratégia de cooperação). Levando em consideração tal estratégia da contraparte, o primeiro jogador preferirá não investir, e a troca não ocorrerá. O equilíbrio deste jogo não é Pareto-eficiente, pois ambas as partes poderiam melhorar de situação com a cooperação. Todavia, esta não ocorre em razão de um problema de confiança.

Na presença de um contrato crível (onde o judiciário irá responsabilizar o segundo jogador em caso de quebra da promessa), a decisão do segundo jogador passa a ser uma opção entre quebrá-lo ou não e, em caso de quebra, será responsabilizado por tal ação. Conforme a Figura 2, em caso de quebra da promessa, haverá uma indenização de 0,5 a favor do primeiro jogador, alterando-se os *payoffs* em relação ao jogo representado pela Figura 1. Neste segundo jogo, a decisão de investir por parte do primeiro jogador passa a ser dominante, o mesmo ocorrendo com a estratégia de cumprir do segundo jogador. O equilíbrio será Pareto-eficiente, em razão de não ser possível outra alocação que melhore a situação de uma das partes sem prejudicar a outra.

		Segundo jogador (agente ou promitente)	
		Cumprir	Quebrar
Primeiro jogador (principal ou promissário)	Investir (contrato)	0,5	-0,5
	Não investir (sem contrato)	0	0

Figura 2 – Jogo do agente e do principal com contrato.  
Fonte: COOTER e ULEN (2010, p. 211).

No exemplo dado, a resposta do judiciário foi a concessão de uma indenização em caso de quebra. Todavia, o descumprimento contratual também pode ter como remédio uma determinação de que a parte inadimplente cumpra o que prometeu, o que se denomina *execução específica*.<sup>385</sup> Ambos remédios têm a capacidade de induzir a cooperação, todavia a execução específica é recomendada para os casos onde os bens que estão em jogo não possuam substitutos próximos. Ainda, a execução específica evita que os tribunais tenham

<sup>385</sup> A execução específica é o remédio jurídico tradicionalmente utilizado para os casos de descumprimento contratual em países da *civil law*, enquanto que a indenização é o remédio jurídico tradicional em países da *common law*.

que determinar o *quantum* indenizatório, o que pode ser uma tarefa bastante complexa em razão de envolver valores subjetivos que são afetados pelo descumprimento.

Do ponto de vista econômico, o descumprimento do contrato é uma situação de fato, que pode ser desejável em algumas situações, quando o resultado de tal descumprimento for eficiente. Sendo a indenização um “preço” pago pela quebra do contrato e considerando que a parte descumpra o contrato porque tal ação lhe dá algum benefício, o descumprimento ocorrerá sempre que o custo de cumprimento for superior ao custo da responsabilidade civil. A eficiência, do ponto de vista social, é a soma dos retornos para ambas as partes, e a quebra será eficiente quando o custo do cumprimento pelo promitente é superior ao benefício do cumprimento para o promissário. Concluindo, “*o promitente tem incentivos eficientes para o cumprimento e o não cumprimento quando a responsabilidade civil pela quebra é igual ao benefício perdido pelo promissário*”, ou seja, quando a responsabilidade civil internaliza os custos da quebra.<sup>386</sup>

A quebra eficiente do contrato utiliza o critério de Kaldor-Hicks: o segundo arranjo (inadimplemento contratual) será preferível se for possível a melhora da posição de uma das partes (aquela que descumpra o contrato) e compensação daquele que sofreu os prejuízos de tal decisão. A teoria da quebra eficiente é de suma importância para a análise dos remédios jurídicos utilizados em caso de descumprimento contratual: muito embora seja fundamental que o contrato constitua um compromisso crível, o seu cumprimento não é sempre eficiente do ponto de vista social, podendo implicar em perda de bem-estar. Assim, nem sempre a execução específica é um remédio eficiente, e por tal razão não pode ser um dogma.

Tais considerações, além de revelarem a importância que a responsabilidade civil tem para a análise econômica dos contratos<sup>387</sup> (eis que a cooperação eficiente pode depender de como os tribunais julgam os casos de inadimplemento, e se as indenizações fixadas são suficientes para impedir o comportamento oportunista), demonstram que o simples descumprimento contratual não pode, por si só, implicar em uma situação de violação da cláusula geral da boa-fé. Ao julgar as situações de quebra de contrato, os tribunais devem agir com cautela, analisando os motivos da ação unilateral e verificando se tal decisão caracteriza um comportamento verdadeiramente oportunista ou apenas uma situação de descumprimento eficiente. Se se tratar desta última hipótese, a execução específica implicará em perda de bem-estar social, devendo ser preferido pelo juiz a indenização pelos prejuízos sofridos.

---

<sup>386</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*, 2010, p. 214.

<sup>387</sup> O autor brasileiro referência neste assunto é BATTESINI, Eugênio. *Direito e economia*, 2011.

#### 2.2.4 Contratos perfeitos, lacunas e falhas de mercado

Em uma situação ideal, as partes de uma transação elaborarão um contrato perfeito, o que significa que é completo e eficiente. É completo porque todas as contingências possíveis estão nele previstas e todas as informações relevantes foram comunicadas. É eficiente porque cada recurso é alocado à parte que mais o valoriza e cada risco é alocado àquele que pode suportar ao menor custo (*least-cost risk bearer*). As condições do contrato esgotam todas as possibilidades de ganho mútuo mediante a cooperação, e o resultado é um equilíbrio pareto-eficiente. Este contrato perfeito não tem lacunas e o papel do Estado se resume a fazer cumprir o acordo em consonância com as suas condições.

Ocorre, entretanto, que no mundo real não há como estipular um contrato perfeito. Primeiro porque os riscos atrelados aos contratos são ilimitados, não havendo como prever todas as contingências possíveis. Algumas situações de risco certamente serão objeto do contrato, todavia, outras não o serão, permanecendo este em silêncio. Quando não há no contrato uma previsão sobre um risco, diz-se que este contém uma lacuna.

As lacunas contratuais, apesar de poderem decorrer de um erro de previsão das partes, muitas vezes são deliberadas. É que, ao elaborar um contrato, as partes necessitam prever as contingências que possam afetar o acordo. Todavia, prever todas as contingências possíveis não se mostra possível, eis que demandaria elevados custos de obtenção de informação e de negociação (custos de transação). Ao perseguir tal objetivo, fatalmente as partes jamais chegariam a um acordo, pois sempre haveria alguma contingência a considerar. Neste sentido, parece razoável que, em um determinado contrato, algumas contingências sejam acordadas e outras não (lacunas deliberadas).<sup>388</sup>

Para a análise econômica, cumpre ao direito contratual e à atividade jurisdicional, também, preencher as lacunas de forma eficiente. Regras de preenchimento de lacunas baseadas na eficiência tenderão a imitar os termos que as partes teriam incorporado explicitamente ao contrato se tivessem previsto a lacuna e não estivessem dispostos a confiar aos tribunais o seu preenchimento.<sup>389</sup> Dito de outra forma, o preenchimento de determinada

---

<sup>388</sup> Conforme Posner, lacunas deliberadas podem ser consideradas o produto de um *trade-off* entre o perigo do oportunismo de um lado, e os custos diretos e indiretos da litigância (incluindo o custo dos erros) de outro (POSNER, Richard. *Economic analysis of law*, 2007, p. 95).

<sup>389</sup> POSNER, Richard. *Economic analysis of law*, 2007, p. 97.

lacuna (seja através de normas, seja através da atividade jurisdicional) será eficiente se esta não foi deliberada (as partes tencionavam a resolução da contingência através do contrato, caso a tivessem previsto) e representar o entendimento das partes caso tivessem previsto determinada contingência (eficiência derivada do resultado de um encontro de vontades).<sup>390</sup> Seria, conforme afirma Flavianne Bitencourt Nóbrega, “reduzir os custos de transação imitando a alocação de risco de um contrato plenamente especificado”.<sup>391</sup>

Importante lembrar que a tarefa de preenchimento de lacunas (*gap filling*) a fim de economizar nos custos contratuais pode se dar através do uso de contratos-padrão ou, o que interessa para o presente trabalho, através de cláusulas gerais (*standards*). Por tal razão, a análise econômica atribui a tais tipos normativos uma importância fundamental, devendo a sua aplicação se dar de forma eficiente.

Uma segunda e fundamental dificuldade para a estipulação de contratos perfeitos decorre da existência de alguns fatores que afetam tal mecanismo, afastando o mercado de trocas voluntárias de seu nível ótimo. Para a análise econômica, tais fatores são denominados de *falhas de mercado* e, no caso dos contratos, quatro delas são fundamentais para compreender o papel do direito contratual: os custos de transação, as assimetrias informacionais, as externalidades e os monopólios.

#### 2.2.4.1 Custos de transação

Custos de transação<sup>392</sup> podem ser entendidos como aqueles incorridos pelos agentes econômicos para a identificação dos potenciais parceiros contratuais (custos de informação),

<sup>390</sup> Segundo Posner, preenchimento de lacunas não significa determinar certos termos contratuais, sendo esta a tarefa principal da interpretação. Todavia, tanto o preenchimento de lacunas quanto a determinação de termos são questões “interpretativas” no sentido de que são esforços para determinar como as partes teriam resolvido a questão se tivessem a previsto quando da negociação do contrato (POSNER, Richard. *Economic analysis of law*, p. 97).

<sup>391</sup> NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. *Custos e benefícios de um sistema jurídico baseado em standards*, 2012, p. 184.

<sup>392</sup> A análise dos custos de transação se deu pela primeira vez em 1960, no artigo “*The problem of social cost*”, do economista Ronald Coase. Coase expõe que as externalidades não são motivo para a intervenção governamental, mas significam apenas que os direitos de propriedade não estão adequadamente especificados. Ou seja, direitos de propriedade bem definidos podem resolver os problemas causados pelas externalidades. Coase definia os custos de transação como aqueles necessários para a identificação dos potenciais parceiros contratuais, para se chegar a um acordo com ele e para monitorar o cumprimento do mesmo. Tal conceito, desenvolvido posteriormente (até hoje existem discussões acerca de sua definição), ofereceu um poderoso insight para a análise do Direito, eis que a diminuição dos custos de transação é questão diretamente ligada à eficiência das leis e das instituições jurídicas.

para se chegar a um acordo com ele (custos de negociação) e para monitorar e exigir o cumprimento do que foi negociado (custos de monitoração). Conforme bem descrevem Cooter e Ulen,

Fazer um contrato implica buscar parceiros, negociar as condições, redigir o contrato e fazer com que seja cumprido. A busca exige esforço; a negociação toma tempo; a redação requer conhecimento de causa; e fazer com que o contrato seja cumprido exige perseverança.<sup>393</sup>

A análise dos custos de transação se deu pela primeira vez em 1960, no artigo “*The problem of social cost*”, do economista Ronald Coase. Conforme Lorenzetti, no referido artigo o autor

[...] realizou uma série de proposições analíticas que logo foram chamadas “o teorema de Coase”, e que pode ser resumido da seguinte maneira: em um mercado em equilíbrio, onde existem condições de concorrência perfeita, e na ausência de custos de transação, as partes chegarão a uma solução eficiente. Disso se deduz que o direito está focado em garantir que funcione o modelo da concorrência perfeita: deve reduzir a existência das falhas do mercado, como as externalidades, os monopólios, bem como garantir as condições de liberdade e segurança. Deve, assim, reduzir os custos de transação.<sup>394</sup>

O conceito de custos de transação, desenvolvido posteriormente por inúmeros autores (até hoje existem discussões acerca de sua definição),<sup>395</sup> ofereceu um poderoso *insight* para a análise do direito privado, eis que a diminuição dos custos de transação é questão diretamente ligada à eficiência das leis e das instituições jurídicas. Conforme afirmam Timm e Guarisse, os custos de transação são aqueles que “saem do bolso de uma das partes, mas não entram no bolso da outra”, e que por tal razão são “puras ineficiências, mero atrito na relação comercial entre dois agentes, indisponível para uso útil”.<sup>396</sup>

Elevados custos de transação podem impedir trocas que, em uma situação normal, seriam consideradas eficientes do ponto de vista econômico.<sup>397</sup> O direito contratual, ao atribuir certos efeitos a determinadas situações, pode influenciar tais custos, aumentando-os ou diminuindo-os. Se o direito contratual diminuir os custos de transação (hipótese de regras

<sup>393</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*, 2010, p. 231.

<sup>394</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 197.

<sup>395</sup> Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi reconhecem a existência de diversas definições acerca dos custos de transação e buscam apresentar a sua noção mais corrente: “custos incorridos pelos agentes econômicos na procura, na aquisição de informação e na negociação com outros agentes com vistas à realização de uma transação, assim como na tomada de decisão acerca da concretização ou não da transação e no monitoramento e na exigência do cumprimento, pela outra parte, do que foi negociado” (PINHEIRO, Armando C.; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*, 2005, p. 61-62, 75).

<sup>396</sup> TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*, 2012, p. 167-168.

<sup>397</sup> Cento Veljanovski afirma que, de acordo com o “Teorema de Coase”, quando os custos de transação ou negociação são nulos, os direitos de propriedade serão transferidos aos agentes que atribuam o maior valor a eles (VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei*, 1994, p. 31).

eficientes de preenchimento de lacunas e de transferência de informações relevantes), então estará contribuindo para que se estabeleça um ambiente favorável às trocas voluntárias, incentivando de tal modo a criação de riqueza e de bem-estar social.

Destarte, a análise econômica não é contrária à intervenção estatal na esfera privada (como muitos imaginam), mas recomenda que tal ocorra apenas em situações muito específicas, e de forma eficiente. Justifica-se, por exemplo, a intervenção para atenuar o problema da assimetria informacional, das externalidades e dos monopólios, ou, conforme sustentado, para reduzir custos de transação.

#### 2.2.4.2 Assimetrias de informação

A cooperação natural entre as partes não é afetada apenas pela inexistência de um compromisso crível, mas também pela quantidade e qualidade das informações que as partes possuem sobre o negócio em questão. No modelo apresentado, partiu-se do pressuposto de que ambas as partes possuíam informações acerca do ativo objeto do negócio e dos *payoffs* decorrentes de cada escolha possível (custos e benefícios envolvidos).<sup>398</sup> Todavia, se a informação é incompleta e/ou imperfeita, as previsões dos agentes com relação às consequências de cada uma das alternativas disponíveis não são precisas, o que aumenta o risco relacionado à sua conduta.<sup>399</sup>

O risco de contratar, destarte, pode estar relacionado a uma assimetria informacional,<sup>400</sup> que pode prejudicar a cooperação ou, no curso do contrato, implicar em uma conduta oportunista. Problemas informacionais tem alto potencial de tornar os mercados

<sup>398</sup> Leonard Mirman esclarece que há diferença entre informação “completa” e informação “perfeita”. Informação perfeita seria o conhecimento, por parte dos agentes, da história prévia do jogo, ou seja, de toda a informação sobre as ações praticadas pelos agentes e do resultado de equilíbrio (MIRMAN, Leonard J. Perfect information. In: BLUME, Lawrence E.; DURLAUF, Steven N. (Eds.) *The New Palgrave Dictionary of Economics online*, 2008, p. 1). A informação seria completa se há conhecimento do ambiente pelas partes, ou seja, segundo Baird, Gertner e Picker, se estas conhecem a estrutura do jogo e os *payoffs* de cada jogador (mas não necessariamente de suas ações) (BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game theory and the law*, 1998, p.305). Miguel Patrício explica que num jogo de informação perfeita, “[...] é possível não só o rastreamento da história do jogo como a memorização dos comportamentos” (PATRÍCIO, Miguel C. T. *Análise econômica da litigância*, 2005, p. 21).

<sup>399</sup> A constatação da possibilidade da existência de uma deficiência informativa por parte dos agentes não invalida a abordagem econômica. O desenvolvimento da teoria dos jogos demonstra que é possível estabelecer equilíbrios em situações de informação incompleta, desde que seus agentes respeitem o pressuposto da racionalidade: basta que a decisão seja satisfatória, pautada pela análise racional das informações disponíveis e por um conhecimento razoável das probabilidades atreladas aos eventos.

<sup>400</sup> A assimetria informacional é, segundo Miguel Patrício, “[...] a maior garantia do normal funcionamento do sistema judicial” (PATRÍCIO, Miguel C. T. *Análise econômica da litigância*, 2005, p. 39).

ineficientes. O caso mais emblemático é o descrito por George Akerlof no clássico artigo “*The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*”, publicado em 1970. Akerlof utilizou o mercado de carros usados (*lemons* seriam os carros de baixa qualidade) para demonstrar que, quando existe um forte problema de assimetria informacional, o mercado pode ficar inundado de produtos de baixa qualidade, diminuindo consideravelmente as trocas a ponto deste, em uma situação extrema, deixar de existir.

As situações características de um problema de informação assimétrica e que são relevantes para a análise econômica dos contratos decorrem de um problema do tipo agente-principal. Neste tipo de problema, há uma delegação de tarefas ao agente por parte do principal. O objetivo de tal delegação é que o agente execute as ações de acordo com os interesses do principal. Todavia, o esforço do agente não pode ser diretamente monitorado pelo principal, em razão da existência de assimetria informacional. Assim, pode haver um desalinhamento de interesses entre as partes, prejudicando a eficiência econômica.<sup>401</sup>

O problema de agência, quando relacionado aos contratos, pode ocorrer em duas épocas distintas. Quando se configura na fase pré-contratual (negociação), é denominado de seleção adversa (*adverse selection*); quando ocorre na fase pós-contratual (execução do contrato), é denominado de risco moral (*moral hazard*).<sup>402</sup>

A seleção adversa é um problema de *informação oculta*: como existe um alto custo (às vezes o custo é insuperável) na obtenção da informação necessária para a tomada de decisão, a seleção adversa pode levar as partes a não entabularem um acordo que seria mutuamente benéfico. Conforme explicam Timm e Guarisse, o problema da seleção adversa ocorre “quando uma das partes está mal-informada sobre as qualidades de um produto ou serviço específico, mas sabe apenas a qualidade média dos produtos daquele mercado”, e a parte mal-informada, por conta de sua incerteza, “exigirá um prêmio/desconto para participar de uma transação”.<sup>403</sup> Nesta situação, os vendedores que tiverem produtos de boa qualidade não conseguirão cobrar o preço adequado, e a tendência é que o mercado seja inundado de produtos de má qualidade, diminuindo o número de transações e afetando o bem-estar social.

---

<sup>401</sup> Em um problema de agência, a eficiência é alcançada quando agente e principal maximizam seus *payoffs* conjuntos, ou seja, quando o custo marginal se iguala ao benefício marginal para ambas as partes.

<sup>402</sup> Seleção adversa é uma forma de falha de mercado que ocorre quando, devido a informações assimétricas, produtos/serviços de diferentes qualidades são vendidos a um mesmo preço; a dificuldade em determinar a real qualidade do produto/serviço faz com que muitos produtos/serviços de baixa qualidade e poucos de alta sejam vendidos. O risco moral ocorre quando uma parte apresenta ações que não são observadas e que podem afetar a probabilidade ou a magnitude de um pagamento associado a um evento (PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*, 2006, p. 532 e 539).

<sup>403</sup> TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*, 2012, p. 167.

O problema da seleção adversa pode ser facilmente compreendido no âmbito das relações de consumo: se este não for contornado, os consumidores sofrerão com os riscos decorrentes do surgimento de vícios ocultos, e se tornarão mais reticentes em adquirir determinados produtos. O problema é especialmente grave no âmbito do comércio eletrônico, onde não existe a possibilidade de verificar o produto antes da compra.

Para solucionar o problema da seleção adversa, normalmente são tomadas ações estratégicas que funcionem como  *sinalização* da qualidade do produto ou serviço. A seleção adversa pode ser amenizada com a concessão de garantias, a obtenção de selos de qualidade, o  *marketing* informativo, etc. Com relação ao direito contratual, a legislação pode prever regras de responsabilidade pelos vícios ocultos, sempre a atribuindo àquele que tinha as melhores condições de prever a contingência (princípio do  *cheaper cost avoider*), ou então regras que possibilitem a revelação da informação oculta.

O risco (ou perigo) moral é um problema de  *ação oculta*: significa que uma parte tem incentivos para alterar o seu comportamento de modo a prejudicar a outra parte em benefício próprio, sem que esta possa saber ou impedir essa alteração. Não havendo como monitorar a ação do agente, cria-se um alto risco de comportamento oportunista, podendo este desempenhar suas obrigações contratuais sem o “esforço” devido, capturando ganhos com esse tipo de  *performance*.<sup>404</sup>

O risco moral é um problema grave que afeta a cooperação necessária para a obtenção de um contrato mutuamente vantajoso. Para a solução deste problema, também pode ser utilizada a estratégia da sinalização via garantias ou credibilidade, ou então a troca voluntária de informações relevantes. Vale destacar o seguinte trecho de autoria do Prof. Fernando Araújo:

Entre pessoas que se desconhecem e no entanto necessitam de cooperar, as marcas ostensivas da  *boa-fé* são um requisito “sinalizador” de credibilidade. E assim diremos que, para que se forme uma relação contratual duradoura susceptível de gerar benefícios bilaterais, a vontade contratual “jurígena” deve orientar-se, do modo menos equívoco possível, para a formação de uma  *obrigação*, de um vínculo credível de adstrição a um compromisso – de modo a vencer a desconfiança da parte que ficará duradouramente exposta à predação oportunista no seio do próprio contrato; se modo, em suma, a vencer a não-cooperação como estratégia dominante (e, diríamos, “estratégia contagiante”).<sup>405</sup>

---

<sup>404</sup> É exemplo clássico de um problema de agência o diretor de uma sociedade anônima que, após contratado, passa a buscar somente o aumento de seus ganhos financeiros em detrimento da valorização da empresa (objetivo dos acionistas que o contrataram).

<sup>405</sup> TIMM, Luciano B. (Org.).  *Direito & Economia*, 2008, p. 115.

Ao direito contratual, cumpre a tarefa de punir o comportamento oportunista (aí está a relevância da boa-fé objetiva e do abuso de direito) e incentivar a partilha de informações (dever de informar), reduzindo os ganhos decorrentes desse comportamento. A legislação eficiente implicará em aumentar os ganhos decorrentes da cooperação e reduzir os espaços para a captura de bem-estar.

#### 2.2.4.3 Externalidades

Externalidades são, segundo Laffont, efeitos indiretos da atividade de consumo ou produção e que não são negociados nos mercados.<sup>406</sup> No âmbito dos contratos, externalidades são efeitos que decorrem destes e atingem indivíduos que não fazem parte da relação contratual. São os efeitos *externos* de um contrato, que *a priori* só deveria afetar as partes contratantes.

As externalidades podem ser positivas ou negativas, dependendo do impacto que causarem nos terceiros. Timm e Guarisse citam como exemplo de externalidade positiva a aquisição e uso de vacina que evite doenças transmissíveis. Neste caso, o uso da vacina cria um efeito externo extremamente benéfico, que é a diminuição do risco de outras pessoas próximas ficarem doentes. Os autores citam como exemplo de externalidade negativa a compra de gasolina para uso em um automóvel, o que beneficia o adquirente mas prejudica, via poluição, muitas outras pessoas.<sup>407</sup>

Quando há externalidades, os excedentes econômicos dos contratos não refletem fielmente o bem-estar social, conforme o modelo proposto. Isso porque há necessidade de avaliar a variação do bem-estar das pessoas atingidas pela externalidade para que se possa verificar o impacto social do contrato. Como os mercados não são eficientes no que se refere à produção de externalidades (normalmente há superprodução de externalidades negativas e subprodução de externalidades positivas), há necessidade de regulação para que se atinja um equilíbrio ótimo.

Uma das formas eficientes de lidar com as externalidades é, através da regulação, buscar que seus custos (ou benefícios), que são externos, sejam internalizados. Se as

---

<sup>406</sup> LAFFONT, J. J. Externalities. In: BLUME, Lawrence E.; DURLAUF, Steven N. (Eds.) *The New Palgrave Dictionary of Economics online*, 2008, p. 1.

<sup>407</sup> TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*, 2012, p. 166.

externalidades são integralmente internalizadas, os contratantes irão considera-las na negociação, e o resultado desta será eficiente, produzindo-se a quantidade adequada desses efeitos externos. Um exemplo clássico de internalização de uma externalidade negativa é a cobrança pela permissão da prática de atividades poluidoras.

#### 2.2.4.4 Monopólios

Por fim, afeta a relação contratual a existência de monopólios. Quando um determinado mercado está nas mãos de um ou de poucos produtores, os consumidores sofrem um grave prejuízo, pois pagam um preço maior pelo produto. Do ponto de vista social, os monopólios representam uma situação em que a quantidade produzida é inferior ao que seria em caso da existência de concorrência perfeita. Há portanto, perda de bem-estar, decorrente da situação de monopólio.

A situação de monopólio é extremamente prejudicial em mercados de produtos ou serviços considerados de necessidade básica. Nesses mercados, a necessidade de obtenção do bem ou serviço retira do contratante o poder de barganha, eis que deve se sujeitar exclusivamente às condições impostas pelo monopolista, como única forma de acesso. Tal circunstância afeta a liberdade contratual, e legitima a intervenção estatal na esfera privada.

Conforme Cooter e Ulen, “Quando a quantidade de parceiros de negócio é limitada, as barganhas podem ser muito unilaterais, no sentido de que um lado se aproveita do outro”.<sup>408</sup> O monopólio, por definição, enseja a existência de comportamento oportunista, que, como será verificado, impõe uma captura de bem-estar em prejuízo de alguém. A intervenção dos tribunais nos contratos pode se justificar na existência de monopólios situacionais, quando caracterizado o abuso e a desproporcionalidade.

#### 2.2.5 O problema da confiança

Uma última questão relevante para a análise econômica do contrato é a da confiança. A existência de um contrato executável implica em dois tipos de comportamentos: o promitente investe no cumprimento e o promissário investe na confiança da promessa. Cooter

---

<sup>408</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*, 2010, p. 235.

e Ulen dão o exemplo de um tio que promete ao sobrinho uma viagem ao redor do mundo: o tio precisa se preparar para cumprir a promessa liquidando alguns ativos para obter o dinheiro necessário, o que implica em abrir mão de algum outro investimento. O sobrinho, por sua vez, precisa se preparar para a viagem, e talvez compre bagagem, calçados de neve, chapéu de cortiça, etc.<sup>409</sup>

A confiança é, para a teoria econômica, uma mudança de posição do promissário induzida pela promessa, e se justifica por um aumento no valor do cumprimento da promessa para ele. No exemplo dado por Cooter e Ulen, a viagem será mais valiosa para o sobrinho se ele comprar os artigos necessários para a viagem. O problema relacionado à confiança é que o investimento realizado pelo promissário, apesar de tornar o cumprimento mais valioso, torna a quebra da promessa muito mais custosa para este. Assim, é necessário que se estabeleça um nível ótimo de confiança, e tal tarefa pode ser atribuída ao direito contratual.

No modelo que introduz a questão da confiança, o ganho esperado<sup>410</sup> da confiança adicional é igual ao aumento do valor do cumprimento da promessa para o promissário multiplicado pela probabilidade de seu cumprimento. O prejuízo esperado da confiança adicional é igual ao aumento do prejuízo resultante da quebra da promessa para o promissário multiplicado pela probabilidade do descumprimento. Conforme raciocínio que já é conhecido, a eficiência exige mais confiança se o ganho esperado excede o prejuízo esperado.

Introduzindo a questão da confiança no jogo do principal e do agente, teríamos o caso da Figura 3. Neste, não se está mais comparando a estratégia do primeiro jogador de investir ou não investir, mas sim de investir e, após, confiar em um nível baixo ou em um nível elevado. Como se pode observar, a confiança altera o *payoff* do principal em caso de cumprimento e em caso de quebra, não afetando os *payoffs* do agente. Do ponto de vista do retorno social, investir com alta confiança gera um *payoff* conjunto maior. Todavia, sem um contrato executável, a quebra continua sendo a estratégia dominante do agente, e por tal razão o principal irá investir com baixa confiança, eis que tal estratégia tem como resultado um

---

<sup>409</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*, 2010, p. 217.

<sup>410</sup> O critério do valor esperado considera tanto as probabilidades associadas aos possíveis eventos como as consequências econômicas para todas as combinações dos diversos atos (são os caminhos alternativos da ação, ou estratégias, disponíveis ao tomador de decisão) e diversos eventos (identificam as ocorrências que estão fora do controle do tomador de decisões, e que determinam o nível de sucesso de cada ato). Segundo Kazmier, “O critério do valor esperado é o padrão pelo qual o melhor ato é aquele cujo resultado econômico esperado é o maior, como uma média de longo prazo” (KAZMIER, Leonardo. *Estatística aplicada à economia e administração*, 1982, p. 240). Tal critério pode ser referido como critério *bayesiano*. Em termos de cálculo, o valor esperado para cada evento é obtido através da multiplicação do valor condicional para cada combinação ato/evento pela probabilidade do evento, somando-se tais produtos para cada ato.

prejuízo menor. O importante a observar é que o que determina o nível de confiança é a probabilidade de quebra do contrato, que pode ser afetada pelo direito contratual.

		Segundo jogador (agente ou promitente)	
		Cumprir	Quebrar
Primeiro jogador (principal ou promissário)	Investimento e confiança baixa	0,5	1,5
	Investimento e confiança alta	0,6	-2,0

Figura 3 – Jogo do agente e do principal com confiança variável e sem contrato.  
Fonte: COOTER e ULEN (2010, p. 219).

Na presença de um contrato, a situação irá se alterar de acordo com a forma como os tribunais irão indenizar o principal que investiu na confiança. Se a indenização contemplar os ganhos que o promissário esperava do cumprimento da promessa, poderá haver, por parte do principal, uma confiança excessiva, eis que a indenização simples por quebra de expectativa remove todo o risco da confiança. Por outro lado, se ao invés de a indenização levar em conta a confiança efetiva como referência para a fixação do *quantum* em caso de quebra, esta levar em consideração a confiança ótima, induz-se o principal a evitar um superinvestimento na confiança. Se a indenização for limitada, pode-se evitar a confiança excessiva. Todavia, existe uma grande dificuldade em determinar qual seria o nível ótimo de confiança. Muitos tribunais utilizam-se do critério da previsibilidade: devem ser indenizados todos os investimentos que poderiam ser razoavelmente esperados diante das circunstâncias (equivalente à figura das “expectativas legítimas”).

Apesar das dificuldades decorrentes da especificação de um critério que permita verificar o nível ótimo de confiança, o que é relevante para a caracterização da boa-fé contratual é que, em um sistema de plena indenização dos prejuízos, pode-se abrir espaço para o comportamento oportunista do promissário, que poderá superinvestir com o objetivo de aumentar os ganhos decorrentes da quebra.

### 2.3 A QUESTÃO DAS REGRAS E DOS STANDARDS

Os *standards*, conforme já verificado na primeira parte deste trabalho, são normas mais abertas, com algum grau de vagueza. Diferenciam-se das regras, aqui entendidas como

normas mais específicas, com maior grau de precisão.<sup>411</sup> A escolha do legislador por este tipo de técnica legislativa, do ponto de vista da análise econômica, deve refletir eficiência, resultado de uma ponderação entre seus custos (virtudes) e benefícios (vícios).<sup>412</sup> Enquanto regras, por um lado, possuem um maior grau de certeza, uniformidade, estabilidade e segurança, por outro possuem maior rigidez e sua aplicação é mais intransigente. Enquanto *standards* permitem uma maior flexibilidade, dinamismo e individualização na sua aplicação, por outro lado seu conteúdo é mais indeterminado, permitindo por tal razão uma manipulação.

Tendo em vista tais características, a escolha entre regra e *standard* depende de uma cuidadosa ponderação entre virtudes e vícios (análise de custo-benefício), e de certo modo reflete uma escolha acerca da atividade criadora do direito: enquanto em sistemas baseados em regras a produção do direito está mais concentrada no legislativo, em sistemas baseados em *standards* há uma certa descentralização, cabendo à esfera judicial parte da atividade criadora, ao dotar de significado tais tipos normativos.<sup>413</sup>

Deve ainda o legislador considerar que *standards* significam uma definição de conteúdo *ex post* (regra aberta, cuja determinação se dá, em geral, através da atividade jurisdicional), enquanto regras têm seu conteúdo definido *ex ante*. Segundo Flavianne Bitencourt Nóbrega, fundando-se em lição de Kaplow,<sup>414</sup>

[...] 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 o *standard* é elaborada

<sup>411</sup> Para a análise econômica, a dicotomia regra-*standard* não enseja o mesmo tipo de debate acerca de outras dicotomias familiares na literatura jurídica, tais como a regra-princípio, explorada por Ronald Dworkin e Robert Alexy. A diferença é meramente acerca do grau de precisão da norma, ou seja, no seu aspecto quantitativo e não qualitativo.

<sup>412</sup> A escolha por determinada norma jurídica implica em três tipos de custos, relacionados por Posner: 1) custos de especificação pelo legislador; 2) custos de aplicação judicial; 3) custos de adesão à norma jurídica, especialmente os relacionados à incerteza (POSNER, Richard A. Creating a legal framework for economic development. *World Bank Research Observer*, 1998, p. 1-11).

<sup>413</sup> Apesar de não ser objeto do presente estudo, cabe destacar que a análise econômica tem examinado a questão do ponto de vista dos custos e benefícios decorrentes de uma alocação da atividade de criação das normas jurídicas entre legislativo (sistema baseado em regras) e judiciário (sistema baseado em *standards*). Uma das conclusões possíveis é que tal escolha depende da disponibilidade de capital humano: onde este é mais escasso, o sistema baseado em regras é mais eficiente, em razão de um menor custo de administração e aplicação, sendo preferível concentrar o pouco de capital humano qualificado no assessoramento da atividade legislativa do que deslocá-lo para um sistema descentralizado de tribunais não especializados. Neste sentido, a utilização de um determinado sistema em detrimento ao outro deveria refletir a maturidade institucional de um país, optando-se pelo sistema baseado em *standards* onde as instituições estiverem mais desenvolvidas (quantidade abundante de capital humano).

<sup>414</sup> KAPLOW, Louis. Rules versus standards: an economic analysis. *Duke Law Journal*, 1992.

em termos do esforço para que o conteúdo da norma jurídica seja dado antes ou depois que os indivíduos agem.<sup>415</sup>

A escolha entre regras e *standards* implica, neste sentido, em uma escolha entre uma especificação *ex ante* ou *ex post* da conduta e, de certo modo, em uma atribuição de maior ou menor importância na tarefa de construção do direito à atividade jurisdicional. Tal escolha consiste em um *trade-off* entre atividade elaboradora da norma (especificação *ex ante*) e a sua aplicação (especificação *ex post*). Não há como negar, por tal razão, que a escolha pelos *standards* importa em dotar o judiciário de maior poder. A tal poder estão atrelados alguns riscos, dentre eles o ativismo judicial e o uso ideológico do direito.

### 2.3.1 Os custos e benefícios das regras e dos *standards*

Richard Posner identifica três custos associados à norma jurídica: a) custos de especificação pelo legislador; b) custos de aplicação judicial; c) custos de adesão à norma jurídica, especialmente os relacionados à incerteza.<sup>416</sup> Regras em geral possuem uma maior custo de especificação (necessidade de prever todas as contingências) e menor custo de aplicação e administração da justiça. *Standards*, ao contrário, possuem um menor custo de especificação e um maior custo de aplicação e administração da justiça.

A elaboração de regras precisas, por diminuir a discricionariedade na sua aplicação, implica em um menor risco de corrupção judicial ou administrativa, e em um menor custo de monitoramento. Regras precisas também são tradicionalmente atreladas a uma maior previsibilidade do seu resultado, redundando em maior segurança jurídica. Por outro lado, também é uma grande desvantagem a sua baixa flexibilidade, podendo se tornar obsoleta e levando à incerteza.

*Standards*, por sua vez, possuem maior flexibilidade, e a especificação *ex post* pode ser vantajosa em temas polêmicos, onde o custo de negociação é elevado. Por outro lado, a necessidade de especificação pode conduzir à insegurança jurídica, sendo ainda elevado o custo do processo de criação de precedentes necessários a reverter tal insegurança. Um maior poder de especificação nas mãos do judiciário também pode implicar em um aumento dos

---

<sup>415</sup> NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. *Custos e benefícios de um sistema jurídico baseado em standards*, 2012, p. 173.

<sup>416</sup> POSNER, Richard. Creating a legal framework for economic development. *World Bank Research Observer*, 1998.

erros judiciais (que possuem um custo) e num retardo na prestação jurisdicional. Por fim, os *standards* permitem uma maior manipulação na tarefa de especificação, seja interna ao juiz (decorrente de suas convicções pessoais ou políticas, por exemplo) ou externa a ele (corrupção).

### **2.3.2 A questão da alocação do capital humano**

Consistindo a opção de criação de normas de controle *ex ante* ou *ex post* em uma atribuição de maior importância à atividade legislativa ou judiciária, para a análise econômica o arranjo eficiente irá depender da maturidade institucional do país envolvido, refletindo-se esta na competência individual de legisladores, assessores jurídicos, advogados, juízes, etc. Assim, a opção por um sistema ou por outro dependeria da quantidade e qualidade de capital humano disponível.

Se o capital humano qualificado for escasso, a recomendação seria para que fosse alocado para o processo legislativo, de modo a que fossem produzidas regras de melhor qualidade. Isso porque a aplicação adequada de cláusulas gerais e *standards* demandaria um alto investimento e um elevado número de juízes com qualificação especial. Havendo um ambiente com vasta disponibilidade de capital humano altamente qualificado e especializado, a adoção de um sistema baseado em *standards* seria eficiente e recomendável, em razão das vantagens da flexibilidade e de oportunizar uma aproximação do juiz ao problema a ser resolvido.

Pode-se concluir que a opção por sistemas baseados em *standards* implica em depositar grande confiança na capacidade técnica do setor judiciário, ocorrendo o risco de, se tal capacidade não se verificar, decorrer daí uma grande quantidade de decisões equivocadas, com alto custo social decorrente de uma grande insegurança jurídica.

### **2.3.3 As cláusulas gerais e o *trade-off* entre “óleo social” e “voo suicida”**

O debate em torno dos custos e benefícios dos *standards* ocorreu de forma pronunciada na Alemanha por ocasião da introdução do § 242 do BGB. A cláusula geral da boa-fé objetiva foi recebida com otimismo por alguns, que consideravam tal norma a

lubrificação do direito com o óleo social.<sup>417</sup> Todavia, os riscos de subversão na sua aplicação também foram percebidos (ativismo judicial e uso ideológico do direito), alertando Hedemann que a adoção das cláusulas gerais significava um voo suicida.<sup>418</sup>

Tais riscos se fazem presente no direito contratual brasileiro, onde as cláusulas gerais têm sido uma técnica legislativa cada vez mais recorrente (função social do contrato, boa-fé objetiva, etc.). Do ponto de vista da análise econômica, as vantagens da utilização de *standards* no direito contratual (maior facilidade no preenchimento de lacunas, maior adaptabilidade da norma ao caso concreto, facilitando o ajustamento das relações contratuais às vicissitudes da vida real) devem compensar seus custos (ativismo judicial, intervenção estatal na esfera privada, aumento da insegurança jurídica).

O problema de uma abordagem otimista está em supervalorizar os benefícios da aplicação da cláusula geral da boa-fé, negligenciando os seus custos sociais. Sem uma adequada ponderação entre custos e benefícios, há riscos de contaminação da decisão judicial que aplica a boa-fé objetiva com paradigmas que não se deveriam aplicar ao caso concreto, resultando em evidente injustiça.

Todavia, não se pode avaliar *a priori* se os benefícios das cláusulas gerais superarão seus custos, uma vez que a aplicação destas depende da *performance* dos tribunais (juízes independentes e bem treinados são fundamentais nessa tarefa). No caso específico da cláusula geral da boa-fé, a eficiência na sua aplicação dependerá da capacidade dos juízes de, através dela, combaterem adequadamente o comportamento oportunista, colaborando para uma maior cooperação nas relações contratuais.

Fernando Araújo, ao se debruçar sobre a cláusula geral da boa-fé, pondera que a sua invocação “dispensa formulações muito precisas, e por isso reduz custos de informação, de busca, de estipulação, de prevenção, ao mesmo tempo que autoriza o inacabamento contratual”,<sup>419</sup> e que de uma forma otimista (e restringida a análise aos efeitos sobre a autodisciplina) se pode aceitar que

[...] a boa fé corresponda à margem de discricionariedade que é reconhecida a cada uma das partes para definir aquilo que constitui a conduta devida e o grau de satisfação com os efeitos alcançados através da troca – a margem dentro da qual se

---

<sup>417</sup> AUER, Marietta. *The structure of good faith*, 2006, p. 25.

<sup>418</sup> NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. *Custos e benefícios de um sistema jurídico baseado em standards*, 2012, p. 179.

<sup>419</sup> Ou seja, se os contratos são incompletos, a eficiência exige que as partes se comportem de acordo com os preceitos da boa-fé.

admite que as partes procedam às suas escolhas de certas variáveis de que dependerá a verificação do cumprimento e do incumprimento do contrato.<sup>420</sup>

Por outro lado, com menos otimismo, o professor Fernando Araújo reconhece que, “na medida em que o emprego de uma cláusula geral habilite o intérprete ao usar da máxima amplitude”, a invocação da boa-fé objetiva

[...] possa transformar-se num pretexto legitimador de activismo judicial, de uma atitude de interferência judicial em puros critérios económicos, comerciais e de gestão, em violação dos limites impostos pela “*business judgement rule*” e em evidente detrimento da eficiência, e mais ainda se a apreciação retrospectiva embarca nos delírios do “moralismo judicial”.<sup>421</sup>

Tais preocupações justificam a necessidade de delimitação teórica da boa-fé contratual, de modo que, na linguagem econômica, a atuação judicial se justifique se e somente se estiver, com tal conduta, buscando a eficiência social, esta atingida com o incentivo à cooperação e a vedação à conduta oportunista.

## 2.4 BOA-FÉ E COMPORTAMENTO OPORTUNISTA

Tendo em conta o papel atribuído ao direito contratual pela análise econômica (especialmente o de combater situações que afetem a cooperação das partes contratantes),<sup>422</sup> cabe agora destacar qual o tratamento dispensado à boa-fé, verificando se tal entendimento pode implicar em um avanço na compreensão jurídica do conceito. Embora a dupla acepção da boa-fé leve, conseqüentemente, a análise econômica a examinar o instituto em cada uma de suas “versões”, a preocupação aqui será com a boa-fé contratual (objetiva).

Cabe, todavia, mencionar que, de uma forma geral, a boa-fé subjetiva pode ser entendida como uma situação em que há “ignorância justificável” (erro escusável). Seria o

<sup>420</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*, 2007, p. 574.

<sup>421</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*, 2007, p. 574.

<sup>422</sup> Fernando Araújo salienta que durante muito tempo a análise econômica manifestou “quase completa indiferença pelo tema da boa fé contratual, espelhando aliás fielmente uma insensibilidade muito característica da família de ‘*Common Law*’”, situação que se modificou a ponto de alguns autores do *common law* o considerarem um dos pilares dos sistemas jurídicos anglo-saxônicos. Todavia, “Isso não significa que se tenham superado todas as tradicionais resistências à aplicabilidade dos critérios da boa fé aos contratos, e em especial à fase pré-contratual, ou que estejam vencidos todos os equívocos respeitantes a essa importação; e que portanto se aceite já a totalidade de corolários que tais critérios de boa fé têm nas famílias de ‘*Civil Law*’, mormente a concepção de um ‘*dever de boa fé*’, um dever de justiça para com os interesses da contrapartes consubstanciado num comportamento respeitador do ambiente de confiança entre as partes, de acordo com os ditames do princípio do ‘*Treu und Glauben*’” (ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*, 2007, p. 570).

caso, por exemplo, do possuidor de boa-fé que adquire a propriedade através da usucapião,<sup>423</sup> ou da validade do pagamento de boa-fé feito ao credor putativo.<sup>424</sup> Nesses casos, o direito protege aquele que agiu de boa-fé das consequências normais da situação, lhe outorgando direitos especiais.

Para a economia, a proteção de tais situações se refere ao nível de precaução que se deve exigir de alguém para evitar uma crença equivocada. Simplificando, certas situações exigem a proteção daquele que age de boa-fé porque este tomou as precauções que lhe eram normalmente exigidas antes da prática do ato. Visto pela ótica econômica, o direito deveria sancionar aquele que tomou menos precaução do que o nível ótimo exigido, de forma a incentivar o atingimento de tal nível (precaução abaixo de tal nível implicaria em negligência).<sup>425</sup> A ideia que subjaz tal modelo é a do *cheaper cost avoider*,<sup>426</sup> ou seja, que deve ser responsável aquele que tinha o menor custo de prevenção e nada fez.

No caso da boa-fé, esta se configuraria quando o agente tomou as precauções adequadas. Por tal razão, deve-lhe ser assegurada a manutenção de determinada posição jurídica. Utilizando um dos exemplos acima referidos, considera-se que o credor putativo tomou todas as medidas razoáveis para a identificação do credor, razão pela qual deve-se manter como válido o seu pagamento.

Enquanto que a boa-fé subjetiva é examinada pela análise econômica do direito no âmbito da responsabilidade civil (nível de precaução exigido → negligência → responsabilização), a boa-fé objetiva está intimamente ligada com o direito contratual e o seu papel fundamental.

#### **2.4.1 A cooperação econômica**

Considerando que na base da relação contratual está o conceito de cooperação (especialmente quando se trata de prestações diferidas no tempo), que leva a uma troca benéfica para as duas partes e, em geral, para a sociedade (melhoria de Pareto, conforme já referido), é tarefa fundamental do direito contratual garantir que esta ocorra. Conforme

---

<sup>423</sup> Arts. 1.242 e 1.260 do CC/2002.

<sup>424</sup> Art. 309 do CC/2002.

<sup>425</sup> Esta é, de forma resumida, a abordagem de *law and economics* para a responsabilidade civil. Para uma noção aprofundada do assunto, indispensável a obra de BATTESINI, Eugênio. *Direito e economia*, 2011.

<sup>426</sup> Princípio atribuído a Guido Clabresi.

Schäfer e Ott, os contratos são feitos apenas porque as partes do contrato esperam um mútuo benefício de tal pacto.<sup>427</sup> Não é por outra razão que o *pacta sunt servanda* permaneceu (e permanece, com algumas moderações) como princípio básico do direito contratual: trata-se de norma que visa garantir que os pactos sejam cumpridos, incentivando a cooperação e confiança.

Numa relação contratual, cada parte deseja maximizar seus ganhos com a transação, e isto normalmente é atingido através de um acordo que maximize o excedente criado pela transação (benefícios > custos), sendo este dividido entre as partes. Evidentemente, cada parte está preocupada não com o excedente total da transação, mas somente com o tamanho da sua fatia nesse excedente. Parece claro que a parte terá maior probabilidade de maximizar a sua fatia se houver excedente suficiente para a outra parte fazer o mesmo. Este é o espírito da cooperação econômica. Todavia, os ganhos individuais podem ser aumentados à custa da contraparte, razão pela qual o contrato implica sempre em um risco de que uma das partes busque levar vantagem sobre a outra. Nestes casos, apesar de uma das partes obter um ganho, a outra perde, e tal solução não é economicamente eficiente, eis que não representa um aumento total no bem estar-social, mas tão somente um desvio ineficiente de recursos.

Para a análise econômica, portanto, é fundamental garantir e incentivar a cooperação e a confiança nas relações jurídicas, possibilitando uma repartição eficiente (e neste sentido, justa) do excedente criado pela transação. Um contrato justo deve necessariamente representar a expressão de uma vontade livre em busca de um aumento na utilidade de ambos os contratantes, e por tal razão não se compatibiliza com situações de fraude, extorsão, poder de monopólio.<sup>428</sup>

Fernando Araújo, ao abordar a questão dos deveres positivos, leciona que

A cooperação nunca deixará de constituir um dever implícito no contrato, dado o objectivo e a configuração básicos de qualquer contrato, do qual resultará sempre, por inacabado que seja, um embrião de disciplina, a impor deveres de lealdade e justiça à conduta das partes.<sup>429</sup>

Destarte, é também o raciocínio econômico a fundamentação para a existência de certos deveres de conduta atrelados ao contrato, como decorrência da própria cooperação, essencial à circulação da riqueza e conseqüente aumento do bem-estar social. É neste ponto que se mostra fundamental o papel da cláusula geral da boa-fé objetiva, pois esta, utilizada de

---

<sup>427</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*, 2004, p. 390.

<sup>428</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*, 2004, p. 273.

<sup>429</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*, 2007, p. 580.

forma adequada, pode ser um eficiente instrumento para reduzir os custos de transação inerentes a uma relação contratual. Conforme bem observa Ricardo Lorenzetti, a boa-fé objetiva transforma um jogo não cooperativo em um jogo cooperativo.<sup>430</sup>

Não é por outro motivo que a boa-fé objetiva é tratada pela análise econômica como uma situação de ausência de oportunismo,<sup>431</sup> sendo este um sinônimo de má-fé. Enquanto a cooperação é o caminho natural da troca econômica, o oportunismo é a transferência ineficiente de riqueza entre as partes. E a ineficiência se dá, em essência, por tal transferência não representar uma concordância das partes envolvidas.

#### 2.4.2 O comportamento oportunista

Se por um lado a confiança é produtiva para a sociedade, o oportunismo representa tão somente a melhoria da posição de uma das partes em detrimento da outra. Por tal razão, do ponto de vista econômico, a questão crucial é descobrir as circunstâncias nas quais o oportunismo é mais lucrativo que a confiança, ou seja, quando o prêmio da confiança é menor que o prêmio do oportunismo,<sup>432</sup> restando à atividade econômica o dever de, através dos mecanismos que possui (dentre eles a cláusula geral da boa-fé objetiva), alterar tais circunstâncias.

Munis descreve oportunismo da seguinte forma:

Um problema maior ocorre quando uma das partes se comporta contrariamente ao entendimento da outra parte sobre o contrato, mas não necessariamente contrário aos termos explícitos do acordo, levando a uma transferência de riqueza da primeira para a segunda – um fenômeno que é conhecido como comportamento oportunista.<sup>433</sup>

Williamson, por sua vez, define oportunismo como a “busca *maliciosa* pelo autointeresse”.<sup>434</sup> Para este autor, oportunismo está em contraposição à confiança e associado

<sup>430</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Tratado de los contratos*, 2004, p. 148.

<sup>431</sup> A definição da boa-fé através de um conceito negativo, apesar de parecer algo estranho no mundo jurídico, tem algumas vantagens. A principal delas é que, ao buscar uma definição através de conceitos positivos, normalmente se tem recorrido ao uso de expressões subjetivas, tais como lealdade, espírito de solidariedade, razoabilidade, decência, honestidade, o que dificulta a caracterização de uma determinada conduta como sendo de boa ou de má-fé. Seria muito mais fácil identificar objetivamente os comportamentos excluídos pela boa-fé do que aqueles que nela estão incluídos.

<sup>432</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*, 2004, p. 369.

<sup>433</sup> Tradução livre de MURIS, Timothy J. Opportunistic behavior and the law of contracts. *Minnesota Law Review*, 1981, p. 521.

<sup>434</sup> MACKAAY, Ejan; LEBLANC, Violette. The law and economics of good faith in the civil law of contract. In: CONFERENCE OF EUROPEAN ASSOCIATION OF LAW AND ECONOMICS. *Anais...*, 2003, p. 12.

com uma divulgação seletiva ou parcial de informação, com incerteza, com a racionalidade limitada da vítima e uma descrença desta na possibilidade do comportamento oportunista pela outra parte.<sup>435</sup> George Cohen, ao descrever o oportunismo como um fenômeno que pode afetar todas as fases de um contrato, o define como qualquer conduta contratual de uma parte contrária às expectativas razoáveis da outra, baseadas no acordo, nas normas contratuais ou na moralidade convencional.<sup>436</sup>

Cohen chama a atenção para os efeitos nefastos da falta de combate ao oportunismo: este, apesar de consistir em uma ação individual, quando não combatido, sinaliza a todos os potenciais contratantes para a necessidade de aumentar suas medidas de precaução contra tal tipo de comportamento, aumentando os custos sociais e, conseqüentemente, reduzindo o bem-estar da sociedade.<sup>437</sup> No limite, a falta de combate ao oportunismo pode resultar no encolhimento e até extinção de um determinado mercado de bens.<sup>438</sup>

O conceito de oportunismo pode ser resumido na seguinte fórmula:

Uma parte de uma relação existente ou potencial age oportunisticamente quando busca, por ação furtiva ou pela força, modificar em seu favor e em detrimento da outra parte ou partes, a divisão dos ganhos conjuntos da relação que cada parte podia normalmente esperar no momento em que a relação foi criada.<sup>439</sup>

Para que a cooperação tenha lugar, é imprescindível que os contratantes possuam informações sobre os fatos relevantes da transação, de modo a possibilitar o cálculo dos seus riscos e benefícios. Desta forma, a conduta oportunista está intimamente ligada a uma assimetria informacional, ou seja, quando há uma substancial diferença nas informações conhecidas pelas partes e que são relevantes para a transação. Considerando a dinâmica de uma relação contratual e a questão informacional, o comportamento oportunista pode se dar *ex ante* (ocorre antes da assinatura do contrato) ou *ex post* (ocorre depois que o contrato foi assinado).

---

<sup>435</sup> MACKAAY, Ejan. Good Faith in civil law systems: a legal economic analysis. *CIRANO – Scientific Publications 2011s-74*, 2011, p. 13.

<sup>436</sup> MACKAAY, Ejan. Good Faith in civil law systems: a legal economic analysis. *CIRANO – Scientific Publications 2011s-74*, 2011, p. 13.

<sup>437</sup> MACKAAY, Ejan. Good Faith in civil law systems: a legal economic analysis. *CIRANO – Scientific Publications 2011s-74*, 2011.

<sup>438</sup> Sobre a questão, indispensável a leitura de AKERLOF, George. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, 1970, p. 488-500, onde o ganhador do Prêmio Nobel de Economia analisa as conseqüências de condutas oportunistas no mercado de carros usados decorrentes de problemas relativos à assimetria informacional entre vendedores e compradores.

<sup>439</sup> MACKAAY, Ejan. Good Faith in civil law systems: a legal economic analysis. *CIRANO – Scientific Publications 2011s-74*, 2011, p. 13.

Quando, antes da negociação, uma das partes possui ou tem fácil acesso a informação que a outra não possui (o que constitui uma desvantagem para esta parte), trata-se de um problema de assimetria informacional. Por outro lado, quando após a celebração do acordo uma das partes não tem condições de observar e monitorar a ação da outra, pode ocorrer o que a economia denomina de problema de agência. Em ambos os casos, existe alto risco de comportamento oportunista: no caso da assimetria informacional, uma das partes pode se aproveitar de informações privilegiadas para realizar uma contratação que não seria entabulada caso a outra parte tivesse acesso a tal informação; no caso do problema de agência, após firmado o acordo, uma das partes pode desempenhar suas obrigações contratuais sem o “esforço” devido, capturando ganhos com esse tipo de *performance*.<sup>440</sup>

Mackaay elenca, além do problema de agência, outras formas de oportunismos estudadas pela economia: 1) *free riding* (o “caroneiro”, que se beneficia de determinada situação sem contribuir para que ela ocorra); 2) *shirking* (trata-se do “corpo mole”, quando em determinada relação, quando não há possibilidade de supervisão, o contratado tem uma *performance* inferior à prometida); 3) *moral hazard* (“risco moral”, semelhante ao caso anterior e também decorrente de um problema de supervisão, quando uma das partes age com um cuidado inferior ao exigido no momento da contratação); 4) *hold-out* (situação em que um projeto coletivo só pode ir adiante com o consenso de todos, e onde alguém suspende o seu consentimento para conseguir um ganho maior; trata-se de um problema decorrente do monopólio do veto); 5) *hold-up* (situações onde uma das partes abusa do seu poder de barganha para garantir um ganho maior do que o normal).<sup>441</sup>

Mackaay e Leblanc propõem três elementos que, se configurados, caracterizam o comportamento oportunista: a) a relação deve ser em algum aspecto assimétrica; b) uma das partes tira vantagens desta assimetria em detrimento da contraparte; c) tal vantagem se mostra significativa, superando um certo nível de tolerância.<sup>442</sup>

A assimetria, em si, não constitui um problema (aliás, as assimetrias estão por toda a parte, sendo um exemplo próximo a diferença, em termos de conhecimento técnico, entre advogado e cliente). Todavia, em determinadas situações, a existência de informações

<sup>440</sup> É exemplo clássico de um problema de agência o diretor de uma sociedade anônima que, após contratado, passa a buscar somente o aumento de seus ganhos financeiros em detrimento da valorização da empresa (objetivo dos acionistas que o contrataram).

<sup>441</sup> MACKAAY, Ejan. Good Faith in civil law systems: a legal economic analysis. *CIRANO – Scientific Publications 2011s-74*, 2011, p. 12.

<sup>442</sup> MACKAAY, Ejan; LEBLANC, Violette. The law and economics of good faith in the civil law of contract. In: CONFERENCE OF EUROPEAN ASSOCIATION OF LAW AND ECONOMICS. *Anais...*, 2003, p. 11.

relevantes que são ocultas, ou então a diferença substancial de capacidade intelectual pode servir de ponto de partida de uma conduta oportunista. O mesmo ocorre com situações de monopólio, onde uma das partes fica dependente da outra.

Com base na existência de assimetria, o segundo questionamento que deve ser feito é se esta assimetria foi utilizada para a obtenção de uma vantagem indevida, afetando a relação de confiança entre as partes. A vantagem indevida não decorre simplesmente da desproporção na divisão do bem-estar gerado pelo contrato, pois tal desproporção pode ocorrer em decorrência da negociação entabulada entre as partes (resultado da barganha). A vantagem é indevida quando a apropriação desproporcional dos ganhos conjuntos do contrato difere substancialmente daquilo que era legitimamente esperado pelas partes quando da conclusão do contrato. Também cabe lembrar que se inexistir assimetria, a desproporção importa em vantagem indevida.

Por fim, caracterizada a assimetria e a vantagem indevida, cabe questionar se a desvantagem imposta à vítima excede um determinado nível (critério da gravidade). Nesta análise, o objetivo é verificar as consequências sociais de uma decisão permissionária em relação ao comportamento oportunista. Trata-se de refletir sobre o efeito que a decisão judicial terá nas relações privadas. A pergunta é se a desvantagem imposta à vítima excede um determinado limite a ponto de levá-la a escolher a autoproteção onerosa e, o que é pior, provocar uma reação em cadeia entre as demais pessoas. Neste caso, a autoproteção implica em desvio de recursos que poderiam ser empregados em alternativas mais produtivas, o que diminui o bem-estar social. Destarte, punir exemplarmente o comportamento oportunista independentemente da sua gravidade pode ter efeitos positivos em termos de dissuasão.

### **2.4.3 O combate ao oportunismo e a boa-fé objetiva**

Como o oportunismo pode assumir variadas formas em uma relação contratual, é necessário, para combatê-lo, um amplo arsenal de ferramentas. É por tal razão que o direito contém inúmeros institutos que cumprem tal tarefa, podendo ser citados como exemplos as garantias contra vícios ocultos e evicção, os deveres de informação e cooperação nos contratos de mandato, a anulabilidade dos atos praticados mediante dolo, coação ou declaração de vontade emanada de erro substancial.

A cláusula geral da boa-fé, analisada sob o prisma econômico, configura um conceito aberto que atua como último recurso no combate ao oportunismo. A recomendação de utilização “relutante” do princípio da boa-fé objetiva decorre dos riscos inerentes às cláusulas gerais, dentre elas a aplicação equivocada do instituto. Tratando-se de um conceito aberto, que permite a intervenção judicial nos acordos privados para modificá-los, pode se prestar para o já mencionado ativismo judicial. A cláusula geral da boa-fé objetiva, ao invés de prestar serviço ao combate a condutas oportunistas pode, a critério do juiz, fundamentar toda a sorte de decisões, algumas delas veiculando ideologias pré-concebidas que não guardam qualquer relação com os fatos em discussão.

Sem um conhecimento preciso sobre as formas de comportamento oportunista, o judiciário pode superutilizar ou subutilizar a cláusula geral da boa-fé, falhando na tarefa primordial do direito contratual de dissuadir e punir tal tipo de comportamento. Na pretensão de “reequilibrar” determinada relação contratual, a aplicação equivocada da boa-fé pode significar simplesmente a transferência de riqueza de uma das partes à outra sem que isso represente uma “melhoria de Pareto”.

## 2.5 A PERSPECTIVA JURÍDICO-ECONÔMICA DA BOA-FÉ

Ao investigar a boa-fé contratual do ponto de vista jurídico e, posteriormente, econômico, buscou-se apontar as vantagens de uma abordagem interdisciplinar para a tarefa jurisdicional, que ganha alta relevância no novo direito contratual brasileiro em razão da introdução de cláusulas gerais tais como a função social dos contratos e a boa-fé objetiva.

Contrapôs-se à liberdade que existe na utilização das cláusulas gerais o risco de uma intervenção demasiada na esfera privada (muitas vezes motivada por questões de cunho ideológico), distorcendo os incentivos que levam as partes a entabularem acordos mutuamente benéficos. Assim, a tarefa jurisdicional, ao aplicar a cláusula da boa-fé objetiva, deve ser criteriosa, identificando, no caso concreto, aquelas situações em que há necessidade de sua intervenção, sopesando se tal atuação irá efetivamente representar um incremento no bem-estar social.

Apoiar-se a tarefa de aplicação da cláusula geral da boa-fé exclusivamente na dogmática jurídica, parece, portanto, insuficiente para um desempenho eficiente. É que, muito embora existam profundos estudos sobre o tema, em que é corriqueira a recomendação de

preparação técnica para o enfrentamento das questões ligadas às cláusulas gerais, o fato é que, de um ponto de vista pragmático, um raciocínio apenas jurídico não parece contribuir para a difícil tarefa de solucionar os conflitos contratuais.

Muito embora tenha havido evidente evolução na conceituação da boa-fé, a ponto de hoje se exigir um comportamento observável (aspecto objetivo), a dogmática jurídica muitas vezes reconduz o problema da boa-fé à análise de critérios subjetivos, utilizando-se de expressões tais como “lealdade”, “retidão”, “honestidade” e “honradez”.<sup>443</sup> De um ponto de vista prático, parece ser necessária uma perspectiva que seja efetivamente objetiva (ou que, pelo menos, minimize o problema de caracterização da boa-fé).

A proposta deste trabalho foi justamente buscar uma perspectiva mais objetiva, permitindo ao juiz compreender as situações em que sua atuação é necessária ou não. Para tanto, utilizou-se da abordagem econômica (em especial da economia positiva ou descritiva) buscando expor como se dá o comportamento dos indivíduos em uma relação contratual e as consequências daí decorrentes.

Em uma perspectiva estritamente econômica, as trocas voluntárias mutuamente benéficas irão ocorrer naturalmente nos mercados, e tais trocas, ao proporcionarem a criação de riqueza, acarretam um aumento do bem-estar social. Tal perspectiva adverte que, em um ambiente ideal, os contratos serão perfeitos, e a intervenção judicial só se justificaria para garantir o cumprimento dos contratos entabulados. Ocorre, entretanto, que existem inúmeras circunstâncias que impedem que as partes cheguem a um contrato perfeito, sendo justificada, em algumas hipóteses, a intervenção judicial na autonomia das partes contratantes.

Um dos problemas que afeta a geração espontânea de bem-estar social através dos contratos é justamente o comportamento oportunista, que pode ser caracterizado como uma captura de bem-estar por uma das partes em prejuízo da contraparte. Enquanto o contrato gera riqueza, o oportunismo gera apenas uma redistribuição, e se não houver mecanismos para combatê-lo, a consequência será a não realização de trocas produtivas, eis que as partes não estarão dispostas a suportar o risco daí decorrente.

O comportamento oportunista fornece um poderoso *insight* para a aplicação da cláusula geral da boa-fé: se há dificuldades em definir o que seria um comportamento de acordo com a boa-fé, talvez a tarefa jurisdicional se torne mais simples com um conceito

---

<sup>443</sup> SUMMERS, Robert S. “Good faith” in general contract law and the sales provisions of the Uniform Commercial Code. *Virginia Law Review*, 1968, p. 204.

negativo.<sup>444</sup> Assim, se as partes devem agir segundo os ditames da boa-fé, conforme o art. 422 do CC/2002, isso significa que está vedado o comportamento de má-fé, que nada mais é do que o comportamento oportunista.

Considerando que a cláusula geral da boa-fé só adquire sentido na tarefa jurisdicional, o exame casuístico exige do juiz um conhecimento não apenas jurídico, mas também uma teoria sobre o comportamento humano. Neste sentido, muito embora outras ciências possam fornecer tal instrumental, a teoria econômica é certamente mais adequada à relação contratual, eis que o contrato nada mais é que a veste jurídica de relações econômicas. A análise econômica possibilita uma modificação na pré-compreensão do juiz, de modo que este irá compreender melhor as decisões estratégicas das partes e, com isso, ter maiores condições de verificar se estas estão ou não agindo de acordo com os ditames da boa-fé.

Do ponto de vista da decisão judicial, a existência de mecanismos jurídicos específicos, derivados da boa-fé (tal como a lesão, o abuso de direito, a fraude, etc.), e que possuem um menor grau de vagueza, impõe que o combate ao oportunismo mediante a cláusula geral da boa-fé se dê de forma residual: se a situação não puder ser solucionada através de determinadas regras, então deve o juiz, em caso de se caracterizar o comportamento oportunista, puni-lo invocando a boa-fé objetiva.

Para finalizar, a perspectiva jurídico-econômica da boa-fé torna extremamente criteriosa qualquer intervenção judicial na liberdade contratual das partes, devendo esta se dar apenas na hipótese de configurar-se o oportunismo, este caracterizado pelo teste proposto por Leblanc e Mackaay: a) existência de relação assimétrica; b) configuração de uma vantagem indevida que c) é significativa do ponto de vista social.

---

<sup>444</sup> Summers alega que a boa-fé é melhor entendida não como um conceito positivo, mas ao contrário, através do que ela exclui, que é um heterogêneo conjunto de comportamentos de má-fé (MACKAAY, Ejan. Good Faith in civil law systems: a legal economic analysis. *CIRANO – Scientific Publications 2011s-74*, 2011, p. 10).

## CONCLUSÕES

Ao longo deste trabalho se buscou demonstrar as recentes transformações ocorridas no seio do direito contratual, especialmente aquelas referentes ao instituto da boa-fé. Concebido tradicionalmente com fundamento nos postulados da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, a figura do contrato foi seriamente afetada pelas grandes transformações sociais ocorridas no século XX, especialmente ensejando uma “crise” que teve como consequência a necessária abertura dos sistemas jurídicos.

Tal abertura foi operada, especialmente, através de princípios, conceitos indeterminados e cláusulas gerais, exigindo uma renovação da teoria dos contratos e da própria dogmática jurídica. Não há como resolver as questões que envolvam normas de naturezas distintas (princípios e regras) através do tradicional raciocínio jurídico dedutivo. Os princípios, por se tratarem de mandados de otimização (e veicularem valores socialmente relevantes), requerem uma racionalidade diferente, chamada de juízo de ponderação.

Na contemporaneidade, os sistemas jurídicos contemplam inúmeros direitos fundamentais (direitos que são definidos pelo seu caráter fundante do ordenamento jurídico, e que normalmente veiculam princípios), cuja configuração deontológica confere, ao seu titular, pretensões de fazer, de não fazer, ou de configuração normativa. A inexistência de políticas públicas específicas transferiu o problema da concretização de tais direitos para o âmbito jurídico, tornando espinhosa a tarefa do juiz. Este, além das dificuldades inerentes à sua atividade, também é afetado por determinados modelos decisórios, ou paradigmas, que são anteriores à regra e afetam a pré-compreensão do juiz.

Neste ambiente, a introdução das cláusulas gerais da boa-fé e da função social dos contratos implicou em uma rediscussão do direito privado, agora afetado fortemente pela principiologia constitucional. Configurando-se as cláusulas gerais conceitos abertos, aumentou-se consideravelmente o poder de intervenção do Estado-juiz nos contratos particulares, havendo quem advogasse uma socialização do direito privado. Todavia, a liberdade individual ainda é o motor das operações econômicas das quais o contrato é a veste jurídica, e desconsiderar tal fato em prol de intervenções baseadas em critérios de justiça social se mostra equivocado.

A função social do contrato, a despeito de opiniões contrárias, segue sendo a criação de riqueza, o que só se consegue garantindo, de um lado, a liberdade individual, e de outro, o cumprimento dos acordos entabulados. Todavia, a complexidade que caracteriza a

contemporaneidade não permite um absolutismo dos postulados contratuais clássicos, sendo justificado a sua relativização em determinados casos.

Ficou evidente a existência, com relação à cláusula geral da boa-fé contratual, de um dilema, que contrasta a vantagem da flexibilidade com os perigos de um ativismo (ou intervencionismo) judicial. A abertura do sistema promoveu uma incorporação de diversos critérios de julgamento, tornando a coerência *a posteriori*. No direito privado, o código está inserido em um sistema maior e a interpretação da lei se dá em um contexto amplo de fontes plurais. Não apenas o direito, mas atividade interpretativa, por tais razões, sofreu severa mudança, que demanda uma nova lógica. A pluralidade de modelos decisórios, quando transportada para o direito privado sem um mínimo de coerência, pode ocasionar uma atuação prejudicial e contraproducente do juiz. A maior liberdade interpretativa exige uma maior responsabilidade, especialmente quando temos diferentes princípios gravitando sobre uma determinada relação. As dificuldades decorrem, fundamentalmente, da abertura do sistema de direito privado exigir um ponto de equilíbrio entre interesses individuais e sociais na relação contratual, delimitando a atuação do Estado-juiz.

No caso da boa-fé, esta é um princípio contratual inserto no Código Civil que é regulado por inúmeras outras regras, cada uma com um sentido diferente na sua especificidade. Conforme Lorenzetti, nesses casos se trata de um conceito jurídico indeterminado conforme as circunstâncias do caso.<sup>445</sup> Destarte, a aplicação da boa-fé, em princípio, não se presta para afastar a incidência de uma norma de direito contratual, eis que parte-se do pressuposto de que a norma foi elaborada à luz do princípio da boa-fé.

A advertência que se faz frente a tais possibilidades interpretativas é que seu resultado não deve implicar um “desamor ao exame rigoroso das leis e preceitos”, mas sim um “redobrado cuidado aos aspectos técnicos”, afastando tão somente “o amor ao tecnicismo descolado da concreta realidade”.<sup>446</sup>

Considerando a atual concepção da boa-fé contratual, no sentido da exigência de um determinado padrão de comportamento a ser observado pelos contratantes, verifica-se que a sua caracterização depende de elementos objetivos. A boa-fé é, assim, uma questão de fato. Em caso de litígio, cumpre ao judiciário, mediante a observância das condutas das partes, verificar se estas se caracterizaram pela boa-fé, consoante a norma do art. 422 do CC.

---

<sup>445</sup> LORENZETTI, Ricardo. *Teoria da decisão judicial*, 2009, p. 212.

<sup>446</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*, 2000, p. 34.

Destarte, a tarefa do jurista não prescinde de uma análise do comportamento humano, o que lhe impõe algumas dificuldades. A primeira delas é que, não obstante seja o comportamento humano objeto da ciência jurídica, outras áreas do conhecimento se debruçam sobre o mesmo fenômeno, mas com enfoques distintos. Por tal razão, sem um conhecimento interdisciplinar, a decisão judicial pode se mostrar equivocada, justamente por ter como base uma visão parcial do fenômeno. A segunda dificuldade a que se deve atentar é que, ao valorar os fatos, baseia-se o jurista em sua pré-compreensão, o que pode transmitir para a decisão uma determinada concepção de mundo que não reflete a realidade da relação contratual.

Por tais razões, não há como negar que, quanto maior a compreensão acerca do comportamento humano em uma relação contratual, maior a probabilidade de o juiz proferir uma decisão adequada para o caso. É neste ponto que se revela a aptidão que a ciência econômica tem para atuar como instrumento a favor do direito. Se o direito se socorre de outras ciências quando necessita definir determinados conceitos (a biologia, por exemplo, para definir os conceitos de vida, morte, etc.) ou buscar uma linguagem explicativa para determinados fenômenos (por exemplo, perícias técnicas para determinar situações patrimoniais ou a integridade/veracidade de determinado documento), por que não recorrer à análise econômica para descrever o comportamento humano racional, em especial o oportunista? O comportamento humano é objeto de diversas ciências, e não um monopólio do direito ou da sociologia. O que não pode haver é uma sobreposição danosa de ciências, cada qual querendo fazer prevalecer a sua visão. Mas é bem-vinda a descrição interdisciplinar de determinados fenômenos, o que pode resultar apenas em um incremento da ciência jurídica (e da jurisdição), pois não há como interpretar um objeto sem conhecê-lo de forma mais ampla possível.

Ora, conforme já exposto, a economia tem sido bem-sucedida na tarefa de analisar o comportamento humano sob uma perspectiva objetiva, como uma relação entre fins e meios escassos com usos alternativos. Utilizada a favor do direito como instrumento teórico, a economia deu origem à denominada análise econômica do direito. Muito embora existam inúmeras restrições por parte da comunidade jurídica quanto ao uso de tal referencial teórico (especialmente devido a uma compreensão equivocada do mesmo), tal instrumental, no caso específico do estudo da boa-fé contratual, mostra-se extremamente útil.

Para tanto, impõe-se, dentro da heterogeneidade que hoje caracteriza a análise econômica do direito, delimitar o seu campo de atuação como instrumento da tarefa jurisdicional. A análise econômica é, assim, uma linguagem descritiva, que almeja a

compreensão do comportamento humano sob um determinado enfoque. No caso das relações contratuais, constitui a linguagem que irá auxiliar na caracterização de determinados comportamentos como sendo oportunistas ou não.

O enfoque da análise econômica é, portanto, a má-fé, caracterizando-se esta por um comportamento oportunista. Tal viés permite uma compreensão mais adequada da boa-fé contratual, e tem como consequência a produção de decisões jurídicas mais adequadas. Na perspectiva jurídico-econômica da boa-fé, cumpre à análise econômica a tarefa de descrever o fenômeno contratual, permitindo uma importante análise consequencialista dos diferentes modelos de decisão que possam ser adotados na tarefa jurisdicional. Sob tal perspectiva, a tarefa jurisdicional consiste em dissuadir as partes a se comportarem de forma oportunista. Tal tarefa adquire uma importância ímpar quando consideramos o efeito social das decisões judiciais, no sentido de serem modelos de comportamento observáveis, a afetar indivíduos externos à relação contratual específica.

Em última análise, o que a perspectiva jurídico-econômica proposta pretende é impor limites objetivos à utilização desmesurada e injustificada da boa-fé. Vale destacar importante afirmação do Prof. Luis Renato Ferreira da Silva:

O recurso à confiança, ou ao princípio da boa-fé, peca, em certa medida, pela generalidade com que se utiliza o conceito. Isto é facilmente perceptível na jurisprudência onde a invocação da boa-fé deixou de ser a aplicação de um princípio jurídico de conteúdo definido e passou a ser um recurso genérico para “fazer justiça” no caso concreto. Longe de se estar querendo negar o valor da boa-fé. O uso deste princípio, porém, não pode degenerar em apanágio todos os fatos e situações de relevância jurídica para os quais não se encontre, facilmente, outra explicação. Muitas vezes há outro fundamento jurídico, mas a boa-fé é invocada, quase com caráter moral. Assim, o que se propugna é que o recurso ao princípio da boa-fé seja feito quando for o caso, e não como uma espécie de “reserva técnica” das motivações judiciais.<sup>447</sup>

A boa-fé, assim, não afasta (ao contrário, exige) a necessidade de um método decisório que: 1) preserve sempre que possível a liberdade de contratar e a liberdade contratual; 2) não se furte de aplicar as leis que regulam o direito privado, uma vez que estas, na maioria das vezes, constituem soluções decorrentes do princípio da boa-fé; 3) pondere que a intervenção judicial é a exceção, e só se justifica para o combate a comportamentos oportunistas e demais situações que afetam a confiança das partes contratantes; 4) pondere os princípios envolvidos no caso, preferindo soluções que representem o menor sacrifício possível da liberdade

---

<sup>447</sup> SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato*, 2013, p. 143.

individual; 5) considere os efeitos sociais da decisão proferida, fazendo da análise consequentialista um instrumento de adequação da solução adotada.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais: limites e responsabilidade. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 18, 2000.

AKERLOF, George. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, Cambridge, MA, v. 84, n. 3, pp. 488-500, ago. 1970. Disponível em: <<http://www.iei.liu.se/nek/730g83/artiklar/1.328833/AkerlofMarketforLemons.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

\_\_\_\_\_. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica* 2. ed. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

\_\_\_\_\_. Uma análise económica dos contratos: a abordagem económica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. In: TIMM, Luciano (Ed.). *Direito e economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

ARENHART, Fernando Santos. Função social dos contratos: a nova teoria contratual e o diálogo das fontes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, ano 22, v. 89, p. 205-228, set-out 2013.

\_\_\_\_\_. Investimento estrangeiro: o padrão de tratamento justo e equitativo e o papel da boa-fé. *Revista de Direito Internacional (Brazilian Journal of International Law)*, Brasília, v. 10 n. 1, p. 154-169, 2013. Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/2349>>. Acesso em: 27 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. *A análise económica da litigância: teoria e evidências*. 2009. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciências Econômicas) - Faculdade de Ciências Econômicas, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/25355>>. Acesso em: 03 jan. 2014.

ATIYAH, Patrick Selim. *The rise and fall of freedom of contract*. Oxford: Clarendon Press, 1979.

AUER, Marietta. *The structure of good faith: a comparative study of good faith arguments*. [S.l.: s.n.], nov. 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=945594>>. Acesso em: 9 jan. 2014.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 33, p. 123-129, jan./mar. 2000.

BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game theory and the law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998.

BATTESINI, Eugênio. *Direito e economia: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil*. São Paulo: LTr, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução: Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BECKER, Gary S. *The economic way of looking at life*. [Chicago]: University of Chicago, 1992. Nobel Lecture. Disponível em: <<http://home.uchicago.edu/~gbecker/Nobel/nobellecture.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. *The economic approach to human behavior*. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Kitchener: Batoche Books, 2000.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1986.

BLACKHOUSE, Roger E; MEDEMA, Steven G. Definition of economics. In: BLUME, Lawrence E.; DURLAUF, Steven N. (Eds.) *The New Palgrave Dictionary of Economics online*. 2nd ed. [S.l.]: Palgrave Macmillan, 2008. Disponível em: <[http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008\\_E000291&q=economics%20definition&topicid=&result\\_number=1#aw8](http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008_E000291&q=economics%20definition&topicid=&result_number=1#aw8)>. Acesso em: 22 ago. 2009.

BLUME, Lawrence E.; EASLEY, David. Rationality. In: BLUME, Lawrence E.; DURLAUF, Steven N. (Eds.) *The New Palgrave Dictionary of Economics online*. 2nd ed. [S.l.]: Palgrave Macmillan, 2008. Disponível em:

<[http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008\\_R000277](http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008_R000277)>. Acesso em: 15 ago. 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 9. ed. Tradução: Maria Celeste C. J. Santos. Revisão: Cláudio De Cicco. Brasília: UnB, 1997.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

CALABRESI, Guido. Some thoughts on risk-distribution and the law of torts. *The Yale Journal*, New Haven, v. 70, n. 4, p. 499-553, mar. 1961. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1979/](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1979/)>. Acesso em: 30 mar. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

COASE, Ronald H. O problema do custo social. In: SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). *Direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 59-112.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados*. Coord. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 9 jan. 2014.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução: Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *Obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

\_\_\_\_\_. O princípio da boa-fé no direito civil brasileiro e português. In: JORNADA LUSO-BRASILEIRA DE DIREITO CIVIL. *Estudos de direito civil brasileiro e português*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, pp. 43 e ss.

D'AMATO, Anthony. Good faith. In: BERNHARDT, Rudolf; MACALISTER-SMITH, Peter (Eds.). *Encyclopedia of Public International Law*. Vol. 2. Amsterdam: North Holland, 1992, p. 599-601.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Tradução: Vítor Marques Coelho. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução: J. Baptista Mchado. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1988.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, *Conceito de princípios constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FARNSWORTH, Alan. *Contracts*. 4. ed. New York: Aspen, 2004.

FERREIRA DE ALMEIDA, Carlos. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*. Coimbra: Almedina, 1992.

FRIEDMAN, Milton. *Essays in positive economics*. Chicago: The University of Chicago Press, 1953.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1998.

GARNER, Bryan A. *Black's law dictionary*. 8th ed. St. Paul, MN: West Thomson, 2004.

GILMORE, Grant. *The death of contract*. Columbus: The Ohio State University Press, 1974.

HABERMAS, Jürgen. *Verdades e justificações: ensaios filosóficos*. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HALL, Stuart. *A identidade cultural na pós-modernidade*. 11.ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2006.

HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

HECK, Luís Afonso. Apresentação. In: CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

HUME, David. *Tratado da natureza humana*. 2. ed. São Paulo: UNESP, 2009.

INFANTE, Fábio Giorgi. *Aplicação da boa-fé na arbitragem internacional*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

IRTI, Natalino. *L'età dela decodificazione*. Milão: Giuffrè, 1979.

ISERHARD, Antônio Maria. A ideia de sistema jurídico e o novo Código Civil: uma contribuição ao desafio hermenêutico da aplicação do direito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, v. 23, dez. 2003.

JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (Org.). *La nouvelle crise du contrat*. Paris: Daloz, 2003.

KAPLOW, Louis. Rules versus standards: an economic analysis. *Duke Law Journal*, Durham, v. 42, 1992, p. 557-629.

KAZMIER, Leonardo J. *Estatística aplicada à economia e administração*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1982.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LAFFONT, J. J. Externalities. In: BLUME, Lawrence E.; DURLAUF, Steven N. (Eds.) *The New Palgrave Dictionary of Economics online*. 2nd ed. [S.l.]: Palgrave Macmillan, 2008. Disponível em: <[http://www.dictionarofeconomics.com/article?id=pde2008\\_E000200](http://www.dictionarofeconomics.com/article?id=pde2008_E000200)>. Acesso em: 21 nov. 2009.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 2002.

\_\_\_\_\_. *Metodologia da ciência do direito*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1991.

LAZEAR, Edward P. Economic Imperialism. *Quarterly Journal of Economics*. Cambridge, Mass., v. 115, n. 1, p. 99-146, feb. 2000.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução: Bruno Miragem. Notas: Claudia Lima Marques. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. Ricardo Luis. *Tratado de los contratos: parte general*. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2004.

MACKAAY, Ejan. Good Faith in civil law systems: a legal economic analysis. *CIRANO – Scientific Publications 2011s-74*. Montreal, dec. 2011.

\_\_\_\_\_. History of law and economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. (Eds.) *Encyclopedia of law and economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1, p. 65-117. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>>. Acesso em: 9 jun. e 12 set. 2008.

MACKAAY, Ejan; LEBLANC, Violette. The law and economics of good faith in the civil law of contract. In: CONFERENCE OF THE EUROPEAN ASSOCIATION OF LAW AND ECONOMICS, sep. 2003, Nancy. *Anais...* Disponível em: <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/125/Article%20papyrus.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 9 jan. 2014.

MANIRUZZAMAN, A. F. M. The concept of good faith in international investment disputes: the arbitrator's dilemma. *Amicus Curiae: Journal of the Society for Advanced Legal Studies*, London, issue 89, spring 2012.

MARIGHETTO, Andrea. *Sentido e extensão da função social do contrato: o acesso ao contrato*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. (Coord.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. Ed. São Paulo: RT, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. Os campos da boa-fé objetiva: as três perspectivas do direito privado brasileiro. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de; TÔRRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (Coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas: homenagem a Tullio Ascarelli*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

\_\_\_\_\_. Os avatares do abuso do direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO-CIVIL CONSTITUCIONAL DA CIDADE DO RIO DE JANEIRO, 2006, Rio de Janeiro. *Anais...* Disponível em: <<http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/CostaJudith.pdf>>. Acesso em: 9 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 15, 1998, pp. 129-154.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984. 2 v.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from Posner to post-modernism*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

MIRAGEM, Bruno. Função social do contrato, boa-fé e bons costumes: nova crise dos contratos e a reconstrução da autonomia negocial pela concretização das cláusulas gerais. In:

MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 176-225.

MIRMAN, Leonard J. Perfect information. In: BLUME, Lawrence E.; DURLAUF, Steven N. (Eds.) *The New Palgrave Dictionary of Economics online*. 2nd ed. [S.l.]: Palgrave Macmillan, 2008.

MURIS, Timothy J. Opportunistic behavior and the law of contracts. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 65, 1981, p. 521-590.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código Civil comentado*. 8. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Custos e benefícios de um sistema jurídico baseado em standards: uma análise econômica da boa-fé objetiva. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 3, n. 2, jul-dez 2012, p. 170-188.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994.

PADOIN, Luciane Maria. Os princípios da boa-fé objetiva, da função social e da equivalência das prestações no novo Código Civil: uma (re)leitura do contrato. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 23, 2003, pp. 123-144.

PANIZZON, Marion. Good faith, fairness and due process in WTO dispute settlement practice: overcoming the positivism of international trade law. *Essays on the Future of the World Trade Organization*. Lausanne: Éditions Interuniversitaires Suisses, v. 2, jan. 2008.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 262, p. 95-104, jan./abr. 2013.

PATRÍCIO, Miguel C. T. *Análise económica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

PINHEIRO, Armando C.; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POLINSKY, Mitchell A.; SHAVELL, Steven. Economic analysis of law. In: BLUME, Lawrence E.; DURLAUF, Steven N. (Eds.) *The New Palgrave Dictionary of Economics online*. 2nd ed. [S.l.]: Palgrave Macmillan, 2008. Disponível em: <[http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008\\_L000038](http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008_L000038)>. Acesso em: 15 ago. 2008.

POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?* Tradução: Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010. (Coleção direito, desenvolvimento e justiça. Série direito em debate).

POSNER, Richard. A. *Economic analysis of law*. 7th ed. Austin: Wolters Kluwer, 2007.

\_\_\_\_\_. Creating a legal framework for economic development. *World Bank Research Observer*, v. 13, 1, fev. 1998.

\_\_\_\_\_. *Overcoming law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.

PRATA, Ana. *Dicionário jurídico* 5. ed., actual. e aum. Coimbra: Almedina. vol. I, 2008.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. REALE, Miguel. *Função social do contrato*. 20 nov. 2003. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/>>. Acesso em: 21 maio 2012.

\_\_\_\_\_. *O projeto do código civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1984.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual* Coimbra: Almedina, 1999.

ROBBINS, Lionel. *An essay on the nature and significance of economic science*. 2nd ed. Londres: Macmillan, 1935.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENAU, Pauline Marie. *Post-modernism and the social sciences: insights, inroads and intrusions*. New Jersey: Princeton University Press, 1992.

SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). *Direito e economia: textos escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALDANHA, Daniel Cabaleiro. Brevíssimo ensaio sobre as origens históricas da boa-fé e sua intercessão com o Direito Público. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 189-203, jan./jun. 2010.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. *O princípio da função social do contrato*. Curitiba: Juruá, 2005.

SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SEPE, Simone Maria. Good faith and contract interpretation: a law and economics perspective. *Siena Memos and Papers on Law and Economics - SIMPLE*. Siena, n. 42/06, aug. 2010.

SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico conciso*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

\_\_\_\_\_. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

\_\_\_\_\_. *Revisão dos contratos: do código civil ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. Vol. I. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

SOUZA, Leonam M.; GASTON FILHO, Edgar. *Boa-fé objetiva como fonte de obrigações secundárias decorrentes de normas sociais*. Trabalho apresentado na III Conferência Anual da Associação Brasileira de Direito e Economia. Nova Lima, 2010.

SUMMERS, Robert S. "Good faith" in general contract law and the sales provisions of the Uniform Commercial Code. *Virginia Law Review*. Charlottesville, vol, 54, n. 2, march 1968, p. 195-267.

TALAVERA, Glauber Moreno. A função social do contrato no novo Código Civil. *Revista do Centro d Estudos Judiciários (CEJ)*. Brasília, n. 19, out./dez. 2002, p. 94-96.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil, vol. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie*. 8. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

\_\_\_\_\_. *A função social dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Novo Código Civil*. São Paulo: Método, 2005.

\_\_\_\_\_. A função social dos contratos, a boa-fé objetiva e as recentes Súmulas do Superior Tribunal de Justiça. *Revista Científica da Escola Paulista de Direito*. São Paulo, n. 1, maio/ago. 2005.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_ (Org.). *Direito & Economia*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TREBILCOCK, Michael J. *The limits of contract*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993.

VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 126.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia: princípios básicos*. Trad. da 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

VELJANOVSKI, Cento. *A economia do direito e da lei: uma introdução*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

VOIGT, Christina. The role of general principles in international law and their relationship to treaty law. *Retfærd: Nordic Journal of Law and Justice*, [S.l.], v. 31, n. 121, p. 3-25, 2008. Disponível em: <<http://www.retfaerd.org/node/1249>>. Acesso em: 15 fev. 2013.

WALD, Arnaldo. O interesse social no direito privado. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*. Porto Alegre, n. 10, jan./fev. 2006.

WIEACKER, Franz. *El principio general de la buena fe*. Madrid: Civitas, 1986.

XAVIER, José Tadeu Neves. *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006.