

200

ANÁLISE ECONÔMICA DA CLÁUSULA PENAL E O TRATAMENTO JURÍDICO DO INSTITUTO NO DIREITO BRASILEIRO. *Fernando Gavronski Guimaraes, Claudia Lima Marques (orient.) (UFRGS).*

O presente estudo trata do instituto da cláusula penal sob uma perspectiva econômica, buscando a função econômica da cláusula penal em um contrato entre empresários e o exame das disposições normativas no direito brasileiro. Aborda-se, em especial, a questão da necessidade de verificação de culpa e a limitação do montante da pena pecuniária imposta no direito brasileiro (arts. 408 e 412 do CCB). Pretende-se saber, sobretudo, se o instituto jurídico brasileiro é apto a garantir os interesses dos contratantes. Parte-se dos pressupostos comuns ao campo em desenvolvimento da análise econômica do direito, abordando-se os efeitos da aplicação do instituto jurídico nas relações entre as partes de um contrato. Através de pesquisa bibliográfica, utiliza-se de conceitos e instrumentos das ciências econômicas, como eficiência e utilidade e da teoria dos jogos para a análise do tratamento dado por nosso sistema jurídico ao tema. Deste paralelo resulta que, pela dogmática atual, não é possível, em todos os casos, as partes buscarem livremente a quantificação da penalidade imposta à parte inadimplente de modo que haja uma adequada alocação de riscos e, tampouco, a liquidação *ex ante* das eventuais perdas e danos havidas. Verifica-se, portanto, que o tratamento jurídico da cláusula penal não é hábil para maximizar a eficiência dos contratos, deixando, deste modo, o direito positivo de possibilitar a melhor solução possível sob o ponto de vista econômico, não tutelando os fins preconizados pelas concepções econômicas utilizadas. Entende-se, assim, melhor seria tivesse previsto o direito pátrio a possibilidade de redução do valor da cláusula penal, como o fez no art. 413 do CCB, sem, no entanto, fixar um máximo legal, a exemplo de outros sistemas jurídicos.