

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

DIEGO CAETANO DA SILVA CAMPOS

DIREITO CONTRATUAL EMPRESARIAL, PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO E
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

CURITIBA

2013

DIEGO CAETANO DA SILVA CAMPOS

**DIREITO CONTRATUAL EMPRESARIAL, PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO E
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de concentração: Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro

CURITIBA

2013

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

C198d Campos, Diego Caetano da Silva
2013 Direito contratual empresarial, pós-positivismo jurídico e análise econômica do direito / Diego Caetano da Silva Campos ; orientadora, Márcia Carla Pereira Ribeiro. – 2013.
166 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2013
Bibliografia: f. 157-166

1. Direito empresarial. 2. Hermenêutica (Direito). 3. Desenvolvimento econômico. 4. Contratos. I. Ribeiro, Márcia Carla Pereira. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 342.22

DIEGO CAETANO DA SILVA CAMPOS

**DIREITO CONTRATUAL EMPRESARIAL, PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO E
ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de concentração: Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Ricardo Lupion
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Curitiba, 25 de março de 2013.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Rosinei e Denise, por todo amor, carinho e apoio dispensados em todas as etapas de minha vida. Graças aos seus esforços, tive todas as condições necessárias para atingir mais este objetivo. São exemplos a serem seguidos em tantos aspectos, verdadeiras referências em minha trajetória e, tenho certeza, são os que mais torcem pela minha felicidade pessoal e profissional/acadêmica.

Ao meu irmão, Marcel, pelo amor, companheirismo e amizade cultivados no dia a dia, pela torcida incondicional por meu sucesso e por construir, comigo e com meus pais, uma união familiar essencial para enfrentar os obstáculos diários.

Ao meu tio, Desembargador Lauri Caetano da Silva, por todos os ensinamentos, todas as orientações, todo o apoio, e por tudo o que contribuiu (e contribui) para a minha formação, não somente profissional como pessoal, desde as épocas de estágio em seu gabinete até os aconselhamentos cotidianos. É minha referência profissional, de caráter e de paixão pela carreira jurídica. Sem dúvida, suas lições estão na base da visão que tenho sobre o Direito.

À minha família e amigos, pelo suporte, pela amizade, pela alegria que me proporcionam a cada encontro, por estarem comigo ao longo desta jornada, mesmo que por vezes não tenham a exata dimensão das dificuldades envolvidas neste processo.

À Lívia de Sá Cardassi, que neste período de mestrado foi mais que uma namorada: foi companheira, amiga, incentivadora e cúmplice. Acreditou no sucesso da empreitada, inclusive nos momentos em que eu mesmo tinha dúvidas. Acompanhou-me em todo o caminho até a conclusão do mestrado – do Prêmio Marcelino Champagnat, ingresso no programa até o encerramento desta trajetória – vibrando com cada vitória conquistada. Foi meu alicerce, sem a qual tudo seria mais difícil e nada teria o mesmo brilho.

À minha orientadora, Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro, por suas informações precisas, sua dedicação e sua excepcional qualidade acadêmica, que tanto contribuíram para o presente trabalho. Sou grato por me acompanhar desde as primeiras pesquisas no programa de iniciação científica da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, monografia de graduação no Curso de Direito até, finalmente, a construção da presente dissertação. Suas orientações e sua postura profissional são importantes referências em minha formação acadêmica.

Aos meus amigos de escritório, pelo companheirismo na luta diária da advocacia e pela paciência nos momentos de necessário afastamento para conclusão da presente pesquisa.

Por fim, agradeço a todos que de alguma forma me ajudaram nesta caminhada. Sintam-se todos vitoriosos, pois este trabalho não teria sido realizado sem o auxílio de vocês.

RESUMO

O presente trabalho aborda se e em que medida o instrumental teórico da análise econômica é útil para a construção interpretativa do direito empresarial brasileiro, no contexto do pós-positivismo jurídico. Com a promulgação da Constituição da República vigente e com o advento do Código Civil de 2002, proliferam-se as disposições normativas de conteúdo aberto na esfera contratual empresarial relegando-se ao intérprete/julgador maior âmbito de escolha na construção das normas via atividade interpretativa. Esta mudança produz reflexos em um dos pilares de sustentação dos contratos empresariais: a segurança jurídica. Para que os contratos empresariais atendam ao seu papel no mercado é imprescindível que a sua disciplina jurídica esteja assentada em normas claras que ensejem nos agentes a confiança de que as condutas deverão ser orientadas de acordo com os comandos normativos. Entretanto, o modo de estruturação do sistema jurídico pós-positivista dificulta tal desiderato em razão do predomínio de disposições normativas abertas, abstratas, com conteúdos flexíveis e indefinidos que oscilam segundo a ideologia do intérprete, provocando incerteza e imprevisibilidade. Neste contexto, reconhecendo as relevantes razões que justificam a manutenção de um sistema com predomínio de disposições normativas abertas e considerando a necessidade de promoção de segurança jurídica na disciplina contratual empresarial, o estudo propõe uma via de equilíbrio para solucionar esta tensão: que a construção interpretativa do conteúdo das normas de estrutura aberta incidentes sobre os contratos empresariais seja orientada pela necessidade de pertinência entre o caminho interpretativo escolhido e o estado de coisas (realidade fática) idealizado a partir da *ratio* da disciplina contratual empresarial (consequencialismo jurídico). A Análise Econômica do Direito, aplicada à hermenêutica contratual empresarial, fornece o ferramental analítico-científico que pode ser utilizado na consideração dos efeitos práticos de cada opção na realidade concreta, evidenciando os valores (jurídicos) que estão sendo concretamente privilegiados em cada opção, para que o intérprete/julgador, com base nesta análise, escolha a solução que entender mais adequada aos valores do sistema jurídico e do ramo específico contratual empresarial.

Palavras-chave: Contratos Empresariais; Pós-positivismo Jurídico; Mercado; Análise Econômica do Direito; Desenvolvimento Econômico e Social.

ABSTRACT

The present work addresses if and in which dimension the theoretic tools of economic analysis is useful for the interpretive construction of Brazilian corporate law, in the context of post-positivism legal. With the present promulgation of the Republic Constitution and with the advent of Civil Code of 2002, the normative provisions of open content proliferate in the business contractual sphere relegating to the interpreter/judge greater range of choice in the construction of standards by interpretive activity. This change produces reflections in one of the supporting pillars of business contracts: legal security. In order for the business contracts to fulfill their role in the market it is essential that its legal discipline is based on clear rules that promote on the agents the confidence that the conducts should be oriented according to normative commands. However, the structure mode of the post-positivist legal system hinders this desideratum due to the predominance of open, abstract normative provisions, with flexible and indefinite content that oscillate according to the ideology of the interpreter, causing uncertainty and unpredictability. In this context, recognizing the relevant reasons that justify the maintenance of a system with predominance of open normative provisions and considering the necessity of the promotion of legal certainty in contractual business discipline, the study proposes a way of balance to resolve this tension: that the interpretive construction of the content of open structure standards incident on business contracts is oriented by the need of pertinence between the interpretive path chosen and the state of things (phatic reality) idealized from the ratio of contractual business discipline (legal consequentialism). The Economic Analysis of Law, applied to hermeneutics business contracts, provides the analytical and scientific tools that can be used in the consideration of the practical effects of each option on concrete reality, evidencing the values (legal) being particularly privileged in each option, in order for the interpreter/judge, based on this analysis, choose what he understands to be the most adequate solution to the values of the legal system and the specific branch contractual business.

Keywords: Contracts between Commercial/Business Firms; Post-positivism Legal; Market; Economic Analysis of Law; Economic and Social Development.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DO BRASIL	14
2.1 POR QUE ANALISAR O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO?	14
2.2 BASES HISTÓRICAS E FUNDAMENTOS DO PÓS-POSITIVISMO	16
2.2.1 Jusnaturalismo	17
2.2.2 O positivismo jurídico	21
2.2.3 A transição do positivismo ao denominado pós-positivismo jurídico	26
2.3 CARACTERIZAÇÃO DO PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA	29
2.4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 E A CONSAGRAÇÃO DO SISTEMA PÓS-POSITIVISTA	40
3 CONTRATOS EMPRESARIAIS	46
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS	46
3.2 DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS	49
3.2.1. Conceito	49
3.2.2 Características	52
3.3 DISTINÇÃO DE OUTRAS ESPÉCIES CONTRATUAIS	59
3.3.1 Contratos empresariais e contratos de consumo	60
3.3.2 Contratos empresariais e contratos civis	64
3.4 CONTRATOS EMPRESARIAIS E SUA FUNÇÃO NA ECONOMIA CAPITALISTA	68
3.5 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS E AS DISPOSIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002	73
3.5.1 Boa-fé objetiva	78
3.5.2 Função social do contrato	81
3.5.3 Abuso de direito, lesão, estado de perigo, proteção contratual do aderente	83

3.5.4 Novas disposições gerais dos contratos no CC/2002 e os reflexos na disciplina dos contratos empresariais	86
4 A TENSÃO ENTRE O PÓS-POSITIVISMO E A ADEQUADA ESTRUTURAÇÃO JURÍDICA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	88
4.1. A IMPORTÂNCIA DA SEGURANÇA JURÍDICA NA DISCIPLINA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS.....	88
4.2 AS ESCOLHAS NA INTERVENÇÃO ESTATAL CONCRETIZADORA DOS VALORES CONSTITUCIONAIS: NECESSIDADE DE PERTINÊNCIA ENTRE MEIOS E FINS	97
4.2.1 A atuação estatal voltada à implementação dos valores constitucionais	97
4.2.2 As escolhas do intérprete	98
4.2.3 As escolhas do intérprete Vs Segurança Jurídica	101
4.2.4 A via de equilíbrio: limitação das escolhas e pertinência entre meios e fins na atividade interpretativa empresarial	103
4.3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL E O ASPECTO IDEOLÓGICO NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DOS CONTRATOS	107
4.3.1 Análise de pertinência entre meios e fins somente na interpretação aplicada aos contratos empresariais?	107
4.3.2 O princípio constitucional do equilíbrio contratual	109
4.3.3 O viés ideológico na interpretação e aplicação do princípio do equilíbrio contratual	112
5 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED) COMO INSTRUMENTO LIMITADOR DAS ESCOLHAS NA ESTRUTURAÇÃO DA DISCIPLINA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS	119
5.1 O MOVIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED).....	119
5.1.1 Definição	119
5.1.2 Porque analisar o Direito pela perspectiva econômica. Os motivos da reaproximação entre ciência econômica e Direito	122
5.1.3 No contexto do pós-positivismo jurídico, como a análise econômica pode ser útil para resolver a crise de segurança jurídica na disciplina dos contratos empresariais	127

5.2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS FUNDAMENTAIS À COMPREENSÃO DO MÉTODO DA AED	133
5.2.1 A corrente teórica de análise econômica utilizada na pesquisa	133
5.2.2 Premissas iniciais: escassez, necessidades e escolhas	136
5.2.3 Comportamento racional e sua limitação	138
5.2.4 Direito como indutor de condutas: estrutura de incentivos	141
5.2.5 Custos de transação e as instituições	144
5.2.6 Eficiência	147
6 CONCLUSÃO.....	150
REFERÊNCIAS	157

1 INTRODUÇÃO

Em função do papel econômico exercido pelos contratos empresariais, como instituto jurídico que instrumentaliza variadas trocas no exercício da atividade econômica, uma das principais finalidades de sua regulamentação jurídica – senão a principal – é garantir a segurança e calculabilidade nos negócios. Segundo consolidado na doutrina comercialista, a segurança jurídica é um dos atributos fundamentais para estimular o fluxo econômico interempresarial, na medida em que, sabendo exatamente quais são as regras do jogo, os agentes podem prever mais claramente os custos e riscos atrelados a cada negócio, evitando custos desnecessários nas transações. Afirma-se que uma maior capacidade de avaliação dos custos e riscos diminui os recursos que seriam despendidos para contingenciar incertezas e instabilidades, incentivando os investimentos.

Para a concretização da segurança jurídica, é fundamental o ajuste de um sistema jurídico no qual preponderem normas claras e precisas que minimizem a obscuridade acerca das regras do jogo e, sobretudo, um Poder Judiciário que traga, por meio de suas decisões, estabilidade acerca da interpretação e aplicação das normas jurídicas especialmente em relação aos contratos empresariais.

Entretanto, o atual modelo de estruturação do sistema jurídico brasileiro não favorece este escopo. Assentado em bases pós-positivistas, predominam em seu núcleo disposições normativas abertas, abstratas, com conteúdos flexíveis e indefinidos que oscilam segundo a ideologia do intérprete, provocando incerteza e imprevisibilidade. Na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002 encontra-se uma série de normas-princípio em tese incidentes sobre a esfera contratual empresarial – justiça social, equilíbrio contratual, livre iniciativa, função social do contrato, só para citar alguns – que, não obstante a indefinição abstrata de seu conteúdo e a referência a valores não muito claros, reclamam força normativa, exigindo escolhas interpretativas na construção de sentido destas normas em cada caso concreto. Na medida em que se relega ao intérprete/julgador maior âmbito de escolha na construção interpretativa das normas jurídicas, aumenta a possibilidade de oscilações nesta tarefa, diminuindo a calculabilidade sobre o conteúdo das normas jurídicas, impactando na segurança jurídica exigida no direito contratual empresarial.

Com base nestas premissas, que serão justificadas no decorrer da pesquisa, é que se identifica como ponto de partida do trabalho uma perene tensão entre a segurança jurídica necessária à disciplina dos contratos empresariais e a abertura e flexibilidade que caracterizam o modelo pós-positivista. Por um lado, não se parece razoável permitir que um pós-

positivismo jurídico irrestrito submeta a disciplina jurídica dos contratos empresariais ao simples alvitre das posições ideológicas dos intérpretes (em especial os responsáveis por solucionar os conflitos contratuais), ensejando incerteza e instabilidade nas relações contratuais empresariais. Por outro lado, as relevantes razões que motivaram a superação do sistema jurídico baseado em regras e na lógica subsuntiva não permitem negar a força vinculante dos princípios (constitucionais e infraconstitucionais) e de outros enunciados de estrutura aberta no campo do direito contratual empresarial, ainda que em prol da garantia de certeza e previsibilidade nos contratos empresariais.

Neste contexto, a pesquisa busca uma via de equilíbrio para promover a compatibilização entre o sistema pós-positivista e a necessidade de segurança jurídica no direito contratual empresarial. Almeja-se uma solução que garanta a segurança necessária à disciplina dos contratos empresariais, sem desconsiderar as bases de um ordenamento pós-positivista, dentre as quais até mesmo a possibilidade de princípios se sobreponem à aplicação de regras imperativas.

Para tanto, o trabalho dedica-se ao aprofundamento do estudo da análise econômica do direito (AED), desvelando sua epistemologia e seus alicerces teóricos, para analisar se e em que medida seu instrumental analítico pode auxiliar na construção interpretativa do direito contratual empresarial no contexto do pós-positivismo jurídico, de acordo com o escopo já apresentado: observância da função dos contratos empresariais no desenvolvimento do mercado, sem que isso implique engessamento do sistema pós-positivista.

Atualmente, poucos são os estudos preocupados em promover a *compatibilização* do sistema jurídico organizado sob o paradigma pós-positivista e a segurança que tradicionalmente se espera da disciplina jurídica dos contratos empresariais. Muito embora se encontre uma variada gama de trabalhos que abordam, a partir de conceitos extraídos da Economia e da clássica doutrina comercial, a necessidade de que o arcabouço jurídico dos contratos empresariais garanta segurança e previsibilidade nos negócios interempresariais, é comum que suas conclusões sejam incompatíveis com a abertura e flexibilidade do sistema pós-positivista. Nesta perspectiva, por exemplo, é comum sustentar-se a necessidade de melhor definição dos princípios ou a impossibilidade de afastamento de regras imperativas com base em princípios, como forma de facilitar a previsão dos agentes sobre a aplicação das normas aos casos concretos, retornando, em certa medida, ao paradigma positivista clássico baseado na subsunção do fato à norma.

Com relação ao estudo dos contratos empresariais pela ótica da AED, em geral, as pesquisas focam na busca da regulamentação jurídica ideal para que os contratos empresariais

atendam a objetivos econômicos, concentrando-se: em avaliações de conveniência da estrutura legal de responsabilidades; análise de eficiência de barganha entre as partes; análise de falhas de mercado; sempre tendo como objetivo a maximização de eficiência econômica. No entanto, em princípio, não vem sendo concatenada a aplicação da análise econômica da disciplina dos contratos ao paradigma pós-positivista que orienta a organização dos sistemas jurídicos ocidentais. Pelo enfoque que se tem trabalhado a análise econômica do direito aos contratos empresariais, não se tem considerado o contexto pós-positivista no qual está inserida sua disciplina jurídica.

A conexão da análise econômica dos contratos empresariais às características do pós-positivismo jurídico demonstra extrema relevância. Pouca importância há em pesquisar o aperfeiçoamento das instituições jurídicas relacionadas aos contratos empresariais se não se considerar, em primeiro lugar, que o sistema jurídico está estruturado em princípios e enunciados abertos flexíveis delineados em razão e para concretizar valores previstos na Constituição Federal e, em segundo lugar, que esta estrutura não está sujeita à alteração em razão de simples motivos de eficiência econômica. No atual estágio de desenvolvimento do Direito, a inserção de valores abertos nos ordenamentos jurídicos é um dado da realidade que deve ser previamente considerado na aplicação da análise econômica do direito aos institutos jurídicos. Há algum tempo já se reconhece que a justiça não pode ser equiparada à mera maximização das riquezas e que, portanto, o ordenamento jurídico visa a concretização de valores que escapam a questões econômicas.

Neste passo, no presente trabalho, a Análise Econômica do Direito é investigada como elemento auxiliar na construção interpretativa das normas aplicáveis aos contratos empresariais, visando promover a almejada segurança no direito contratual empresarial, mas respeitando o modelo de estruturação do sistema jurídico pós-positivista. Não se busca garantir segurança jurídica na disciplina empresarial mediante retorno às bases do positivismo clássico, mas sim garanti-la mesmo em um sistema de disposições abertas, flexíveis e de vinculação interpretativa à concretização dos valores constitucionais.

Sendo assim, para cumprir com esta proposta, a pesquisa ficou estruturada em quatro seções.

Na primeira seção, dedica-se à caracterização do pós-positivismo jurídico, abordando sua importância para a disciplina contratual empresarial, suas bases históricas, as razões da superação do positivismo clássico, os elementos que identificam o paradigma denominado pós-positivista e a consagração do pós-positivismo jurídico no Brasil a partir da Constituição de 1988.

Na segunda seção, concentra-se sobre a caracterização do instituto do contrato empresarial, estabelecendo seu conceito, destacando os elementos que o diferenciam de outras espécies contratuais, identificando sua função na economia de mercado e analisando o impacto das disposições do Código Civil de 2002 sobre sua disciplina jurídica.

Já na terceira seção, definidas as características do pós-positivismo jurídico e caracterizado o instituto do contrato empresarial, passa-se a demonstrar a tensão entre ambos, demonstrando a importância da segurança jurídica na esfera do direito contratual empresarial e a dificuldade de garanti-la em razão da margem de escolhas do intérprete. Trabalha-se também na terceira seção a influência da ideologia na interpretação e aplicação dos princípios contratuais da chamada nova teoria contratual, em especial do princípio constitucional implícito do equilíbrio contratual, identificando as dificuldades em termos de segurança jurídica e propondo uma via de equilíbrio entre a necessidade de atendimento da função dos contratos empresariais no mercado e a sistemática do modelo pós-positivista.

Na quarta seção, promove-se a análise do movimento da análise econômica do direito, justificando as razões que a tornam útil para o direito contratual empresarial na conjuntura do pós-positivismo jurídico, além de trabalhar os principais pressupostos teóricos que lastreiam a análise econômica empreendida pela Escola Neoinstitucionalista.

Por fim, tece-se considerações a título de conclusão da pesquisa, buscando demonstrar o papel da análise econômica na construção interpretativa e aplicação do direito contratual empresarial no contexto do pós-positivismo brasileiro.

Portanto, nas três primeiras seções apresenta-se todos os fundamentos que justificam o contexto de tensão aqui apresentado, e que serve de base para a investigação, ao passo que, a partir do final da terceira seção debruça-se sobre a avaliação da utilidade do instrumental teórico da análise econômica para adequação da disciplina contratual empresarial assentada sobre bases pós-positivistas. Eis o *iter* da pesquisa que ora se apresenta.

2 PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DO BRASIL

2.1 POR QUE ANALISAR O PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO?

À primeira vista, pode causar estranheza a investigação das origens, fundamentos e características do denominado pós-positivismo jurídico em um trabalho que aborda a disciplina jurídica dos contratos empresariais. O estudo do pós-positivismo jurídico é mais comum em pesquisas dedicadas à teoria do direito. Especialmente com relação aos trabalhos que abordam a temática dos contratos empresariais, são poucos os que relacionam o paradigma pós-positivista à sua regulação jurídica.

Em geral, a doutrina clássica sobre contratos empresariais concentra-se na proclamação de postulados que – afirma-se – devem orientar a estrutura normativa dos contratos firmados entre empresas no exercício da atividade econômica. São dogmas apresentados como parâmetros consolidados no direito mercantil, relacionados especialmente às necessidades de segurança e previsibilidade características do contexto do Estado Liberal, consolidado após as revoluções burguesas.

Conforme observa Paula Forgioni, a doutrina de direito empresarial apresenta uma situação *sui generis*: "no mais das vezes, pouca ou nenhuma importância dá-se à atividade de interpretação dos negócios empresariais, como se a letra do instrumento existisse por si só, e por si só fosse capaz de disciplinar a relação formatada pelos agentes econômicos"¹. Forgioni aponta, como uma das causas possíveis desta realidade, o predomínio do modelo positivista até meados da década de 80, que "a pretexto da obtenção de maior grau de segurança e de previsibilidade jurídicas, relegava a atividade interpretativa a segundo plano"².

Com efeito, as regras clássicas de interpretação dos contratos empresariais (segurança, previsibilidade, *pacta sunt servanda*, autonomia da vontade, dentre outras) foram desenvolvidas efetivamente no contexto de um Estado Liberal³, organizado sob o paradigma positivista. Sua finalidade principal era garantir, por meio da lei, a segurança nos negócios, a previsibilidade, a não interferência do Estado nas relações interprivadas, deixando-as sob o império da autonomia da vontade dos agentes no mercado.

Conforme procurar-se-á demonstrar nesta primeira seção, a concepção de Direito se

¹ FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**, 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 215.

² Idem.

³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, Vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 19/22.

transformou no período pós Segunda Guerra Mundial, rompendo e relativizando várias características do Direito do Estado Legalista (paradigma do positivismo jurídico)⁴. Essa transformação não pode ser negligenciada na análise da disciplina jurídica dos contratos empresariais, sob pena de tornar a análise mera repetição de postulados que poderiam demonstrar incompatibilidade com o atual paradigma do Direito. A mudança na concepção do Direito modifica o sistema jurídico como um todo, impacta em todas as suas instituições, não ficando imune a estas mudanças a disciplina dos contratos empresariais.

De fato, consoante destaca Paula Forgioni: "As contratações dão-se dentro de limites postos pelo ordenamento estatal; o mercado é enformado pelas regras exógenas e não por suas próprias determinações"⁵. Deve ser levada em conta a realidade na qual o contrato empresarial está inserido (ambiente institucional), que consiste no conjunto de regras políticas, jurídicas e sociais que servem de base para a produção, trocas e distribuição⁶. Isso significa que a mudança no contexto institucional ocasionada pela modificação na concepção do Direito deve ser tratada como fator relevante, pois, de outro modo, corre-se o risco de defender a estrutura normativa dos contratos empresariais sob enfoque próprio do Estado Liberal organizado sob as bases positivistas clássicas, assumindo uma posição anacrônica que desconsidera os relevantes alterações na concepção de Direito.

Se, em passado recente – ordenamento jurídico liberal positivista –, a segurança jurídica e a ampla liberdade contratual predominavam na normatização dos contratos empresariais, deve-se investigar se esta situação se mantém a partir do momento em que se consolida o Estado intervencionista, voltado à concretização de valores superiores do ordenamento jurídico. Este questionamento se torna mais relevante ao se constatar a existência de decisões judiciais recentes, por exemplo, afastando a cobrança de verbas fundadas em contratos de franquia (contrato tipicamente empresarial), com base no direito fundamental à livre associação, princípio da função social do contrato e os princípios da ordem econômica brasileira (art. 170 da Constituição da República). Em caso analisado pelo Tribunal de Justiça do Paraná, foram invocados tais princípios constitucionais e o direito fundamental à livre associação para fundamentar que a exigência de padronização da loja de

⁴ Destaca Luís Roberto Barroso, sobre este novo momento na concepção do Direito: "O novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores. A Constituição, por sua vez, é um conjunto de princípios e regras destinados a realizá-los, a despeito de se reconhecer nos valores uma dimensão suprapositiva. A ideia de abertura se comunica com a Constituição e traduz a sua permeabilidade a elementos externos e a renúncia à pretensão de disciplinar, por meio de regras específicas, o infinito conjunto de possibilidades apresentadas pelo mundo real". BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 332.

⁵ FORGIONI, Paula A. op. cit., p. 11.

⁶ Idem.

conveniência (mediante formalização de novo contrato de franquia), exigida por empresa fornecedora de combustíveis (franqueadora) em relação à empresa revendedora de combustíveis (franqueada), tornaria o contrato de franquia da loja de conveniências inválido, pois configuraria espécie de prática abusiva (espécie de "venda casada")⁷. Por certo que, independente do juízo sobre a adequação do veredicto, este indica algo novo na lógica de estruturação do Direito, que impacta também na disciplina dos contratos empresariais, na medida em que vai além da simples verificação subsunção do suporte fático às regras legais, à manifestação de vontades e às cláusulas contratuais.

Segundo registra Pablo Lucas Verdù, atualmente se percebe uma tendência de aceitação da vulneração da segurança jurídica em prol da resolução de problemas sociais, privilegiando resultados sociais benéficos em detrimento de razões formais e do respeito à legalidade formal⁸. Neste prisma, relevante avaliar de que forma a teoria geral dos contratos empresariais lida com as novas tendências provocadas pela modificação nos paradigmas do Direito, ou seja, em que medida a disciplina jurídica dos contratos empresariais é impactada pelas modificações estruturais dos ordenamentos jurídicos ocidentais.

Sendo assim, o objetivo desta primeira seção é entender como se deu esta mudança na concepção do Direito, quais suas bases, quais suas características e analisar sua consolidação na Constituição brasileira de 1988. A intenção é adentrar em nível de profundidade suficiente para se compreender os seus reflexos na estrutura normativa dos contratos empresariais, sem a pretensão de esmiuçar as grandes controvérsias travadas na esfera da teoria do direito. O ponto central será o enfoque nas mudanças em termos de estrutura das normas, seus escopos e sobre hierarquia no ordenamento jurídico, os quais traduzem um ambiente institucional diverso do que se encontrava quando da consolidação dos dogmas clássicos aplicáveis aos contratos empresariais.

2.2 BASES HISTÓRICAS E FUNDAMENTOS DO PÓS-POSITIVISMO

Para compreender essa concepção de Direito que atualmente predomina no cenário brasileiro, denominado por muitos de "pós-positivismo jurídico", convém analisar, de maneira preliminar, o processo histórico de transformação nas concepções de Direito pelo qual

⁷ Trata-se de caso analisado pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná, envolvendo a Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga e uma revendedora de combustíveis franqueada: TJPR - 7ª C.Cível - AC 778228-5 - Cascavel - Rel.: Victor Martim Batschke - Unânime - J. 29.11.2011, disponível em <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11209039/Acórdão-778228-5#>, acesso em 05/09/2012, às 21:33.

⁸ VERDÙ, Pablo Lucas. **A Luta pelo Estado de Direito**, tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 89/90.

passaram os países ocidentais. Essa digressão histórica, com certo grau de simplificação, está separada na análise das características de três principais momentos na evolução do pensamento em termos de concepção do Direito: o jusnaturalismo, o positivismo (perspectiva clássica) e o pós-positivismo.

Opta-se por analisar estes três momentos da teoria do direito, tendo em vista que a compreensão dos elementos característicos dos dois primeiros é pressuposto para adequada compreensão das características do terceiro. O pós-positivismo, segundo registra Luis Roberto Barroso, de certa forma traduz uma "terceira via entre as concepções positivistas e jusnaturalista"⁹, reunindo elementos tipicamente positivistas, tal como a preocupação com a objetividade, certeza e clareza do Direito, ao mesmo tempo em que sustenta a conexão entre o Direito e uma filosofia moral e política, aproximando o Direito da moral, o que representa um ponto característico do jusnaturalismo. Assim, exatamente por mesclar elementos positivistas e jusnaturalistas, é necessário compreender as principais características destas duas concepções, para decifrar o alcance das características do pós-positivismo jurídico¹⁰.

Por certo que a transformação nas concepções do Direito não é um processo linear, nem mesmo homogêneo. Dentro do jusnaturalismo, por exemplo, há uma série de correntes que divergem entre si, embora apresentem um núcleo comum que as inclui na categoria jusnaturalista. O mesmo ocorre com o positivismo e o denominado pós-positivismo. Entretanto, a simplificação se coaduna com as já declaradas pretensões da pesquisa, que não pretende se aprofundar na teoria geral do direito, mas, tão somente, definir as características do sistema pós-positivista, visando compreender em qual ambiente institucional (jurídico) estão inseridos os contratos empresariais e quais os impactos em sua disciplina jurídica.

Feitos estes esclarecimentos preliminares, passa-se a trabalhar a transformação na concepção de Direito, abordando-se as principais características de cada etapa, até a consolidação do sistema chamado de pós-positivista.

2.2.1 Jusnaturalismo

É possível afirmar que o jusnaturalismo é a concepção que surge com o próprio nascimento da ideia de Direito¹¹, tendo dominado o cenário jurídico por período muito

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 248.

¹⁰ Idem.

¹¹ Segundo Machado Neto, "desde as representações primitivas de uma ordem legal de origem divina, até a moderna Filosofia do Direito Natural formal de Stammler e Del Vecchio, passando pelos sofistas, os estoicos, os

superior ao modelo que lhe sucedeu: o positivismo jurídico¹². Em linhas gerais, o jusnaturalismo se caracteriza por partir da premissa de que existe, na esfera social, uma gama de valores que não se fundam em nenhuma norma jurídica emanada do Estado, ou seja, sua existência é independente do direito positivado¹³. Por não se tratar de um direito positivo, afirma-se que se trata de um direito natural que possui validade por si só e que está legitimado por uma ética superior, implicando limitações à norma posta pelo Estado¹⁴. Nas palavras de Maria da Glória Colucci, "o jusnaturalismo se apresenta como o conjunto de fundamentações, de índoles diversas, que apregoam a necessidade de se reconhecer a prevalência do Direito Natural sobre o Direito Positivo, frequentemente injusto"¹⁵.

Consoante afirma Max Möller, as correntes jusnaturalistas partem da existência de um direito natural, como direito superior ao direito positivado. Esta "lei superior" funciona como limite à liberdade de criação humana do direito, confundindo-se com parâmetros éticos e valorativos que submetem o direito oriundo das convenções e da política, traduzindo direito hierarquicamente superior¹⁶. Nesta perspectiva, somente são jurídicas as normas que não conflitem com aquelas que compõem o direito natural, eis que este se apresenta como parâmetro de validade do direito criado pelos homens¹⁷.

Estes valores que compõem o direito natural podem ser oriundos de duas justificações: existência de lei originada da vontade de Deus ou de lei decorrente da razão¹⁸. A fundamentação transcendental é característica do Direito do Estado medieval e absolutista, anteriores à Revolução Francesa e ao iluminismo¹⁹, e sustenta a vinculação necessária entre o

padres da Igreja, os escolásticos, os ilustrados e o racionalistas do século XVII e XVIII, que a longa tradição do jusnaturalismo se vem desenvolvendo, com uma insistência e um domínio ideológico que somente as ideias grandiosas e os pensamentos caucionados pelas motivações mais exigentes poderiam alcançar." (MACHADO NETO, A. L. **Introdução à Ciência do Direito**, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1960, p. 125).

¹² MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 51.

¹³ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação...*, op. cit., p. 318.

¹⁴ Idem.

¹⁵ COLUCCI, Maria da Glória. **Fundamentos da Teoria Geral do Direito e do Processo**, 3ª ed., Curitiba: JM, 2003, p. 63.

¹⁶ MÖLLER, Max. op. cit., p. 55.

¹⁷ Consoante destaca Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, "Uma das marcas fundamentais e definidoras do Direito Natural – desde o seu surgimento – é que ele sempre manteve presente a ideia de que lei injusta não é lei. É o que se percebe com Sócrates, Platão, Aristóteles, Sófocles, e depois do advento do cristianismo, com Cícero, Santo Agostinho e São Tomás de Aquino". OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 527-561, jul./dez. 2011, p. 371.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição...*, op. cit., p. 320/321.

¹⁹ De acordo com Adriano Sérgio Nunes Bretas, a transição do iusnaturalismo de origem divina - defendido principalmente pela doutrina de São Tomás de Aquino - para o iusnaturalismo racional, ocorre marcadamente a partir das ideias de Hugo Grotius, Pufendorf e John Locke, que defendem, em linhas gerais, a laicização do Direito Natural; o senso social como fonte por excelência do Direito; a existência de direitos naturais inerentes à condição humana; e a noção inata de justiça no interior dos seres humanos. BRETAS, Adriano Sérgio Nunes.

conteúdo revelado pelas "leis divinas" e as normas jurídicas formuladas pelos seres humanos; ou seja, coloca-se o direito natural fundado em concepções metafísicas (origem divina) como direito superior e critério de legitimidade do direito positivo. Por outro lado, o direito natural fundado na razão – jusnaturalismo racional – parte da existência de direitos decorrentes da natureza humana, anteriores à formação do Estado. Ao contrário do jusnaturalismo transcendental, destaca Pablo Verdù, os direitos no jusnaturalismo racional "não estão fundados na lei natural de origem divina; procedem, pelo contrário, do indivíduo racional que passa a integrar a sociedade para ter os seus direitos respeitados"²⁰. Trata-se de direitos que antecedem o contrato social cuja existência justifica a criação e organização de instituições para defendê-los, sendo elemento de legitimação de todo o poder político. Caracterizam-se por serem inalienáveis (impossibilidade de supressão pelo poder político); prévios ao direito positivado; extraídos da análise racional; imutáveis; universais; e atemporais.²¹

Independentemente das origens do direito natural, tanto a "divina" como o jusnaturalismo racional convergem na existência de um direito natural superior, universalmente válido e que deve ser observado pelo direito positivo, sob pena de invalidade. É de se observar que as correntes jusnaturalistas não negam a existência do direito positivado; ao contrário, admitem sua existência e apontam a necessidade de que esteja em consonância com os valores e princípios extraídos do direito natural²².

Porém, consoante alerta Max Möller, a aplicação do direito natural nos sistemas jusnaturalistas é complexo e apresenta alguns problemas que são alvo de críticas pelos positivistas. A primeira dificuldade está na inexistência de "uma clara definição de quais seriam essas normas superiores e efetivamente qual o seu teor"²³. Não havendo um critério palpável para verificar quais seriam as normas superiores, existe grave insegurança acerca de quais normas poderiam se sobrepôr ao direito positivado. Em segundo lugar, uma vez identificados os direitos naturais, verifica-se incerteza e insegurança sobre a conduta de concretização que exigem. Em tese, espera-se que o conteúdo dos direitos naturais sejam delimitados pela argumentação, proporcionando a solução mais justa ao caso, o que abre

Moderna Teoria do Direito. Curitiba: Juruá, 2010, p. 401/402.

²⁰ VERDÙ, Pablo Lucas. op. cit., 2007, p. 80.

²¹ MÖLLER, Max. op. cit., p. 64/66.

²² Registra Norberto Bobbio que: "Antes da formação do Estado moderno, de fato, o juiz ao resolver as controvérsias não estava vinculado a escolher exclusivamente normas emanadas do órgão legislativo do Estado, mas tinha uma certa liberdade de escolha na determinação da norma a aplicar; podia deduzi-la das regras do costume, ou ainda daquelas elaboradas pelos juristas ou, ainda, podia resolver o caso baseando-se em critérios equitativos, extraíndo a regra do próprio caso em questão segundo princípios da razão natural" BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito.** São Paulo: Ícone, 1995, p. 28.

²³ MÖLLER, Max. op. cit, p. 60.

grande margem ao subjetivismo na aplicação do Direito²⁴.

Assim, embora o jusnaturalismo racional seja uma das bases ideológicas do Estado Liberal e tenha inspirado movimentos sociais importantes (Revolução Francesa, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e iluminismo), mediante a imposição de limites ao poder soberano (limite nos direitos naturais inerentes aos homens)²⁵, no momento em que o Estado Liberal se consolida, ao final da revolução burguesa e com a consolidação das constituições escritas e da codificação, houve o declínio do jusnaturalismo. Com efeito, segundo Luis Roberto Barroso, o "advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação simbolizaram a vitória do direito natural, o seu apogeu"²⁶. Entretanto, de forma paradoxal, também significou a superação do paradigma jusnaturalista, pois, no início do século XIX, os direitos naturais desenvolvidos ao longo da história haviam sido integrados aos ordenamentos positivos, perdendo o aspecto revolucionário que detinham. Dessa forma, e entendido como "metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX."²⁷.

No mesmo sentido, destacando essa interconexão entre o Estado Liberal e o declínio do jusnaturalismo, registra Pablo Verdù que, a partir do momento em que o Estado se impõe em relação aos indivíduos, os direitos individuais passam a ser compreendidos como objeto de concessão do próprio Estado e não como algo oriundo do direito natural. Essa mudança implica perda de valor da concepção jusnaturalista, na medida em que os direitos dos indivíduos passam a ter fundamento apenas na lei posta (positivada) pelo Estado, não sendo mais necessário buscar alicerce em valores transcendentais e superiores²⁸. A fonte do direito é redirecionada para as normas oriundas do Estado, ou seja, a norma posta pela autoridade competente.

Mas se enganam aqueles que pensam que esta modificação se deu ao acaso. Há um momento histórico que justifica a superação histórica do jusnaturalismo (ao menos em sua dimensão tradicional). A centralidade do Estado, como fonte das normas jurídicas, está ligada ao interesse da classe então dominante – burguesia – de se proteger da incerteza do direito natural e do próprio Estado. Conforme Max Möller, por meio "da exata determinação do jurídico e na certeza sobre o que contém ou não o direito, a sociedade liberal procura imprimir

²⁴ Idem.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação...*, op. cit, p. 320/321.

²⁶ *Ibidem*, p. 318.

²⁷ Idem.

²⁸ VERDÙ, Pablo Lucas. *op. cit*, p. 80.

o valor de segurança jurídica contra o Estado e contra os demais"²⁹.

Diante da constatação de maior complexidade social, antevia-se que a grande heterogeneidade dos valores porventura presentes na sociedade implicaria impossibilidade de determinar o Direito sob a perspectiva jusnaturalista. Desse modo, a intenção da sociedade liberal-burguesa era criar limitações jurídicas ao poder estatal e, além disso, "desenvolver uma teoria capaz de delimitar o âmbito jurídico, impedindo que discussões morais – por natureza polêmicas – influenciassem na validade das normas jurídicas"³⁰. Procurava-se, ao mesmo tempo, garantir a *liberdade* dos indivíduos por meio de normas protetoras dos direitos frente ao poder estatal e encontrar critérios para determinação da identificação do Direito e dos seus conteúdos, o que acabava por aproximar as noções de Direito e Estado³¹.

Soma-se a isso, dentre os fatores que contribuíram para a sucessão do jusnaturalismo pelo positivismo jurídico, o paradigma newtoniano-cartesiano que imperava em termos de teoria do conhecimento, à época da transição. A necessidade de mensuração, classificação e sistematização do conhecimento, impunha que o Direito também fosse compreendido sob o ponto de vista científico³². Porém, esta perspectiva científica do fenômeno jurídico ficava prejudicada pela concepção jusnaturalista, diante da extrema dificuldade em identificar o objeto da ciência jurídica, na medida em que são difíceis de delimitar os valores que formam o direito natural.

2.2.2 O positivismo jurídico

O positivismo é uma postura científica que se materializa no século XIX e corresponde, segundo Lênio Streck, a "uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento"³³. Quando transportado para o Direito, em um primeiro momento – destaca Streck – a mensurabilidade é identificada com as leis emanadas do

²⁹ MÖLLER, Max. op. cit., p. 77.

³⁰ Idem.

³¹ Segundo Norberto Bobbio, "Por obra do positivismo jurídico ocorre a redução de todo o direito a direito positivo, e o direito natural é excluído da categoria do direito: o direito positivo é direito, o direito natural não é direito". BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 26.

³² Neste sentido, Luís Roberto Barroso: "O positivismo jurídico foi a importação do positivismo filosófico para o mundo do Direito, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais. A busca da objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentais". BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação..., op. cit., p. 323.

³³ STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista?. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1, p. 158-173, jan-abr 2010 p. 160, disponível em www.univali.br/periodicos, acesso em 13/08/2012, às 19:58.

parlamento e nos Códigos³⁴. Partindo do critério de exclusão, tudo aquilo que não pode ser mensurado em termos jurídicos, isto é, o que não está consubstanciado nas leis postas pelo Estado, não tem relevância para a ciência do Direito e, portanto, está fora do âmbito jurídico³⁵.

Destarte, a busca de segurança jurídica e previsibilidade (consoante interesse da burguesia emergente), bem como a busca de cientificidade no Direito, levam à consolidação do Direito Moderno no século XIX, com predomínio da corrente positivista. Segundo Barroso, o Direito internaliza o paradigma científico: a lei passa a ser identificada como "expressão superior da razão"; a segurança e a justiça imperam sobre a ciência do Direito; somente o Estado é fonte de poder e Direito; o sistema jurídico completo e eventuais lacunas são solucionadas pelo próprio sistema, por meio da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito³⁶. Em termos de aplicação, o Estado representa o árbitro imparcial encarregado do "processo de silogismo de subsunção dos fatos à norma"³⁷.

Há uma íntima ligação entre o Estado Liberal e o positivismo jurídico (clássico). Conforme registra Gustavo Zagrebelsky, o Estado Liberal se caracteriza pela primazia da lei frente à Administração, à jurisdição e aos cidadãos. "El Estado liberal de derecho era un Estado legislativo que se afirmaba a si mismo a través del principio de legalidad"³⁸. Segundo o autor, a primazia da lei indicava "la derrota de las tradiciones jurídicas del Absolutismo y del *Ancien Régime*"³⁹. Tratava-se da redução do direito à submissão às leis, com exclusão de todas as demais fontes do direito, centralizando o poder político no poder legislativo com a possibilidade de decidir soberanamente em nome da tarefa ordenadora central. Portanto as características do Estado Liberal são as características de um Estado sob a égide do positivismo jurídico.

Neste sentido, é possível afirmar a existência de um Estado Liberal Positivista, no qual a generalidade da lei configurava a garantia de imparcialidade do Estado em relação aos atores sociais e a igualdade jurídica destes. Todas as Constituições Liberais do século XIX

³⁴ Idem.

³⁵ Lênio Streck ressalva que o legalismo em cada tradição jurídica apresenta traços de distinção: "É preciso destacar que esse legalismo apresenta notas distintas, na medida em que se olha esse fenômeno numa determinada tradição jurídica (como exemplo, podemos nos referir: ao positivismo inglês, de cunho utilitarista; ao positivismo francês, onde predomina um exegetismo da legislação; ao alemão, no interior do qual é possível perceber o florescimento do chamado formalismo conceitual que se encontra na raiz da chamada jurisprudência dos conceitos)". Idem.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação...*, op. cit., p. 312.

³⁷ Idem.

³⁸ ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Ley, Derechos, justicia. Tradución de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2007, p. 24.

³⁹ Idem.

destacam o papel central do princípio da igualdade, no combate aos privilégios típicos do ordenamento pré-liberal do antigo regime. Vinculada à generalidade, afirma Zagrebelsky, a abstração das leis atendia à necessidade da sociedade liberal de garantir estabilidade, certeza e previsibilidade, vez que as leis estavam destinadas a valer indefinidamente"⁴⁰.

Menciona-se "Constituições Liberais", porque, de fato, o Estado Liberal tinha sua organização básica prevista em Constituições escritas. Entretanto, a relação entre as disposições constitucionais e a regulação da vida social é muito diferente nesta fase, quando comparada com o que se verificou a partir do movimento de constitucionalização dos ordenamentos jurídicos (neoconstitucionalismo). Conforme leciona Riccardo Guastini, na concepção liberal clássica da Constituição, sua função era limitar o poder político, não regulando de modo algum as relações entre particulares, as quais eram regidas inteiramente pela legislação ordinária⁴¹. Significa que a disciplina das relações sociais, na perspectiva liberal-positivista, era, por excelência, ditada pelas leis infraconstitucionais, cabendo às normas constitucionais apenas a limitação do poder político, a fim de garantir a liberdade formal do cidadão frente ao Estado.

Nesta esteira, anota Gustavo Zagrebelsky que os princípios constitucionais por vezes contidos nas Constituições liberais positivistas, por conterem fórmulas vagas, referências a aspirações ético-políticas, diretrizes e promessas, manifestariam um *vazio jurídico*, não passando de meras proclamações de boas intenções⁴². Segundo a ótica positivista, acaso se pretendesse extrair consequências jurídicas concretas dos princípios, aumentaria a insegurança no Direito⁴³.

Por esta incompatibilidade *a priori* existente entre a estruturação dos princípios (fórmulas vagas, imprecisas, abstratas) e o sistema idealizado pelo positivismo clássico, Ronald Dworkin argumenta que “o positivismo [em todas as suas dimensões] é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras”⁴⁴. Com efeito, buscando a segurança da lógica de subsunção do fato à determinada hipótese normativa, o sistema positivista, ao menos em sua dimensão rígida, somente se coaduna com as normas estruturadas no estilo hipótese-consequência. Considerando que, nos

⁴⁰ Ibidem, p. 29.

⁴¹ GUASTINI, Riccardo. La "constitucionalización" del ordenamento jurídico: el caso italiano, *in* **Neoconstitucionalismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003, p. 55.

⁴² ZAGREBELSKY, Gustavo. op. cit., p. 112/113.

⁴³ Idem.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 1ª Ed. Tradução de Nelson Boeira São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

princípios, não há a previsão de uma hipótese de incidência e de uma consequência jurídica, o padrão de subsunção do fato à norma (regra) não pode ser aplicado e, conseqüentemente, o positivismo rígido afasta a normatividade dos princípios, em homenagem à certeza e segurança na aplicação do Direito. Nesta lógica, não era factível, por exemplo, que a incidência de determinado princípio pudesse afastar a aplicação de regras na solução de casos concretos, principalmente em razão da ausência de normatividade.

Na concepção do positivismo jurídico tradicional, o ordenamento jurídico é compreendido a partir das regras previstas nas leis emanadas do poder legislativo, em especial as disposições dos Códigos Civis. As Constituições Liberais são interpretadas a partir das normas-regras dos Códigos Civis, e não o contrário, denotando que as grandes codificações se encontram no centro do ordenamento jurídico positivista⁴⁵. Inclusive, a respeito das características das leis existentes no contexto do Estado Liberal Positivista, alerta Gustavo Zagrebelsky que a lei na perspectiva do Estado Liberal não pode ser compreendida tal como as leis atualmente existentes (modificáveis, fragmentárias, contraditórias, ocasionais). A lei, nesta época, é o código, "cuyo modelo histórico durante todo o siglo XIX estaría representado por el Código civil napoleónico". Conforme afirma o autor, nos códigos estavam todas as características da lei: a vontade positiva do legislador; o caráter dedutivo do desenvolvimento das normas; e a generalidade e abstração na sistematicidade e na plenitude⁴⁶.

Com base nesta característica específica das leis no contexto liberal-positivista, pode-se afirmar que o positivismo rígido também não se coaduna com a existência de cláusulas abertas. Consoante ensina Judith Martins-Costa, o positivismo jurídico (clássico) marca um sistema fechado, de auto referência absoluta, no qual "as leis eram claras, seguras, sistematicamente postas em códigos dominados fundamentalmente pela pretensão de plenitude da lei", como verdadeiras "regras do jogo", cuja clareza permitia aos juristas proceder a uma interpretação estática e linear, garantindo a segurança na aplicação legislativa⁴⁷. De forma diversa, as cláusulas gerais se caracterizam como técnica jurídica voltada à abertura (relativa) do sistema jurídico, pois permite que ingressem no ordenamento jurídico princípios valorativos, máximas de conduta, *standards*, diretrizes, fugindo da lógica meramente casuística e dedutiva do sistema jurídico⁴⁸. Assim, as cláusulas abertas e os princípios são colocados à margem do sistema ideal positivista, pois ambos não se compatibilizam com o raciocínio de subsunção e, portanto, contribuem para a insegurança,

⁴⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48.

⁴⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo. op. cit., p. 32.

⁴⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 275/276.

⁴⁸ Idem.

imprevisibilidade e a indefinição do direito, de acordo com a concepção do positivismo jurídico.

Na realidade, na concepção do positivismo jurídico clássico, "o conceito de direito só admite um objeto: o direito positivado"⁴⁹. Este direito positivado é organizado mediante regras, ou seja, com previsão normativa de *fattispecie* e consequência. Nesta perspectiva, o direito natural, os princípios, os princípios constitucionais, as diretrizes, não possuem caráter normativo, ou seja, não gozam de eficácia jurídica, pois são concebidos apenas como algo que pode um dia ser positivados (mediante regras infraconstitucionais) e, a partir de então, tornar-se direito. Vigem um legalismo estrito, assentado em regras, cuja submissão à lei é diversa conforme se trata do poder público ou de particulares. Enquanto o poder público somente pode agir nas exatas hipóteses normativas, os particulares atuam livremente, sob a máxima de que "tudo que não é proibido é permitido". Nas palavras de Zagrebelsky, no Estado liberal encontra-se a "liberidad del particular en línea de principio, poder limitado del Estado en línea de principio".⁵⁰

Todas estas principais características definidoras do positivismo jurídico clássico são assim sintetizadas por Luís Roberto Barroso: "a) caráter científico; b) emprego da lógica formal; c) pretensão de completude; d) pureza científica; e) racionalidade da lei e neutralidade do intérprete. Tudo regido por um ritual solene, que abandonou a peruca, mas conservou a tradição e o formalismo."⁵¹

De fato, do exposto até aqui, nota-se que o positivismo jurídico, em sua versão original, representa uma concepção do Direito com caráter científico, pretensão de completude e de coerência do ordenamento jurídico, assentado com base no modelo de regras que visa garantir a mera liberdade (formal) do indivíduo frente ao Estado. A questão dos valores, princípios de justiça, cláusulas abertas é relegada ao plano metajurídico, podendo, no máximo, influenciar as escolhas do poder legislativo na positivação das regras⁵². O parâmetro de juridicidade está na emanção da norma jurídica dos órgãos estatais, independentemente do seu conteúdo, eis que este juízo em nada influencia em termos de validade e eficácia da

⁴⁹ MÖLLER, Max. op. cit., p. 75.

⁵⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. op. cit., p. 28.

⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação..., op.cit., p. 313.

⁵² A respeito do tema, afirma Gustavo Zagrebelsky: "La concepción del derecho propia del Estado de derecho, del principio de legalidad u del concepto de ley del que hemos hablado era el 'positivismo jurídico' como ciencia de la legislación positiva. La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórico-concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pretense al mundo del derecho – esto es, los derechos y la justicia – a lo dispuesto por la ley. Esa simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, si no incluso como su simples exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador". ZAGREBELSKY, Gustavo. op. cit., p. 33.

norma⁵³.

2.2.3 A transição do positivismo ao denominado pós-positivismo jurídico

A concepção positivista clássica persiste até o advento de outro momento social que mudou definitivamente os rumos da concepção do Direito. O declínio do positivismo jurídico, ao menos em sua concepção tradicional, ocorre emblematicamente com o final da Segunda Guerra Mundial. Segundo Flavia Piovesan, “ao final da Segunda Guerra Mundial, emergem a grande crítica e o repúdio à concepção positivista de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos, confinado à ótica meramente formal”⁵⁴. Este repúdio se explica em razão das atrocidades praticadas principalmente na Alemanha nazista e na Itália fascistas, sob o manto da legalidade institucional. A separação rigorosa entre as normas legais e valores e parâmetros de justiça permitiu que tais países estabelecessem um direito formalmente legítimo, mas frontalmente contrário aos valores inerentes à pessoa humana. Na perspectiva de um positivismo lastreado apenas no elemento formal de emanção das normas jurídicas (observância do procedimento e da autoridade), há possibilidade de estabelecimento de um ordenamento jurídico flagrantemente injusto, sem a possibilidade de questionamento de sua legitimidade ou de sua validade, na medida em que as questões de justiça são consideradas metajurídicas, ou seja, prestam-se apenas como fundamento para alteração do direito positivo.

Sobre as razões que contribuem para a superação do positivismo, em sua dimensão tradicional, elucidativas as lições de Luís Roberto Barroso:

O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem. (...) Sem embargo da resistência filosófica de outros movimentos influentes das primeiras décadas do século XX, a decadência do positivismo é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha

⁵³ Neste sentido, registra Écio Oto Ramos Duarte: "O modelo do Estado de Direito é constituído em torno do princípio da legalidade, da secularização do jurídico como coisa à parte da justiça, e a conformidade hierárquica que transmite validade às normas do sistema. Sob essa leitura, o Estado de Direito vive uma única dimensão legalista". DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**, 2ª ed. São Paulo: Landy, 2010, p. 104.

⁵⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 12ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80/81.

aceitação no pensamento esclarecido⁵⁵.

Assim, havendo a necessidade de se dar uma resposta a esta falha estrutural na concepção do Direito, considerando a impossibilidade de se sustentar a absoluta separação entre o Direito e determinados valores morais – sob pena de admitir a "legitimação de atrocidades" pelo direito positivado – impõe-se a modificação de algumas das características essenciais do positivismo jurídico rigoroso⁵⁶. Na Alemanha, por exemplo, as Constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial “possuem o mérito de haver estabelecido os fundamentos éticos da ordem jurídica e social sobre os quais se deve apoiar todo Estado de Direito”⁵⁷.

Flávia Piovesan afirma que, no momento pós guerra, passa a haver uma nova feição no Direito Constitucional nos países ocidentais, em resposta às brutalidades praticadas, com o estabelecimento de Constituições "abertas a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade humana"⁵⁸. Susanna Pozzolo registra que o Direito dos ordenamentos jurídicos ocidentais posteriores à Segunda Guerra Mundial seria, para a teoria neoconstitucionalista, um exemplo de Direito constitucionalizado, incompatível com o positivismo. Recorrendo a um grande número de princípios de justiça e direitos fundamentais (clássicos e sociais), as Constituições do período pós guerra impuseram ao Estado, de acordo com a ótica neoconstitucionalista, o dever de intervir na sociedade e na economia, para transformá-las de acordo com os ditames constitucionais⁵⁹.

Uma série de fatores aponta à superação de algumas das principais características do positivismo jurídico clássico, a partir da configuração que os ordenamentos jurídicos ocidentais passaram a ter no momento posterior à Segunda Guerra Mundial⁶⁰. A previsão de princípios ligados à moral nas Constituições; o reconhecimento da força normativa dos princípios e da Constituição; a constitucionalização

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação...*, op. cit., p. 324/325.

⁵⁶ Neste sentido, Max Möller registra que, na atualidade, as discussões em torno da relação entre direito e moral "é desencadeada pelo que se chama de materialização do ordenamento jurídico, provocada pela inserção de uma série de valores com correspondência moral nas constituições, principalmente após o período nazi-fascista, cuja fórmula de utilização do formalismo jurídico para justificar condutas materialmente questionáveis colocou sérias dúvidas sobre a adequação da validade do direito a parâmetros meramente formais". MÖLLER, Max. op. cit., p. 94.

⁵⁷ VERDÚ, Pablo Lucas. op. cit., p. 85.

⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. op. cit., p. 80/81.

⁵⁹ POZZOLO, Susanna. *Un Constitucionalismo Ambiguo*, in *Neoconstitucionalismo*. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, p. 190.

⁶⁰ Segundo Peña Freire, na décadas iniciais do século XX se manifestam todas as dificuldades de sustentação do Estado de Direito clássico, a partir da constatação de situações políticas concretas que indicaram os riscos vinculados ao absolutismo legislativo e ao formalismo. PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. *La garantía en el Estado constitucional de derecho*. Madrid: Trotta, 1997, p. 54.

dos ramos do direito, inclusive o direito privado; a previsão de cláusulas abertas; o intervencionismo do Estado na sociedade e na economia como imposição constitucional; são elementos que destoam do positivismo jurídico, ao menos em sua dimensão clássica⁶¹.

A ideia de estruturação jurídica por meio de regras (identificadas com o texto legal), aplicadas pelo método de subsunção, por um julgador neutro, visando tão somente a proteção da segurança jurídica e da liberdade formal dos indivíduos frente ao Estado, não dá mais conta das novas necessidades sociais, dos novos problemas e demandas que se impõem ao Direito a partir do século XX. O aumento da complexidade social, aliado ao novo papel que se imputa ao Estado, como agente na promoção do desenvolvimento e do bem-estar social, somado, ainda, ao deslocamento das Constituições para o centro dos ordenamentos jurídicos ocidentais, tornam necessário o desenvolvimento de uma nova teoria de explicação do Direito, ou ao menos uma adaptação da teoria do direito que antes predominava, pois o modelo do positivismo clássico já não se compatibiliza com a realidade jurídica dos ordenamentos jurídicos no pós-guerra.

Não há divergências de que o positivismo jurídico, nos postulados tradicionais apresentados (positivismo clássico), encontra-se superado no atual contexto dos ordenamentos jurídicos ocidentais. Neste sentido, afirma-se, até mesmo, que o positivismo tradicional é uma concepção de Direito que "ninguém mais defende"⁶². Porém, remanescem acalorados debates sobre a existência de uma concepção "pós-positivista". Há correntes que defendem a superação do positivismo jurídico, propugnando a existência de uma concepção do Direito denominada de pós-positivismo jurídico, notadamente a partir da consolidação do movimento do neoconstitucionalismo. Por outro lado, existem aqueles que negam veementemente a existência de um pós-positivismo jurídico, sustentando que houve adaptação do positivismo às novas contingências, mas sem a superação da essência do positivismo jurídico⁶³.

Para os fins da presente pesquisa, não interessa o aprofundamento na discussão acerca da existência ou não de um pós-positivismo jurídico no contexto do neoconstitucionalismo que se vivencia atualmente. Essa tarefa deixa-se aos estudiosos da teoria do direito. O que

⁶¹ Neste sentido, emblemática a passagem de Manuel Atienza: "el positivismo ha agotado su ciclo, como anteriormente hohizo la teoría del derecho natural (...) La escuela histórica ha crucificado al derecho natural en la cruz de la historia, hoy podría afirmarse que 'el constitucionalismo ha crucificado al positivismo jurídico en la cruz de La Constitución". ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006. p. 44.

⁶² MÖLLER, Max. op. cit., p. 81.

⁶³ A guisa de exemplo, menciona-se a posição de Lênio Streck: "é preciso ressaltar que só pode ser chamada de pós-positivista uma teoria do direito que tenha, efetivamente, superado o positivismo. Parece óbvio reforçar isso. A superação do positivismo implica enfrentamento do problema da discricionariedade judicial", problema que, segundo o autor, não é resolvido com a tese de abertura (semântica) dos princípios. STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto - decido conforme a minha consciência?** Vol. I, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 96.

interessa é assentar que a concepção do positivismo clássico não é mais suficiente para explicar e orientar o fenômeno jurídico, havendo outras características nos sistemas jurídicos solidificados no pós Segunda Guerra que superam o Direito Positivista do Estado Liberal. Tal superação, conforme afirmado, não pode ser desconsiderada no estudo da disciplina dos contratos empresariais, pois esta faz parte do ordenamento jurídico e, portanto, não pode ser analisada como ramo isolado, fechado em si mesmo, como se estivesse absorvido exclusivamente em seus próprios dogmas. A força obrigatória dos contratos empresariais, a segurança jurídica e previsibilidade, a importância do texto das cláusulas contratuais, dentre outros vetores consolidados sobre a égide do Estado Liberal positivista, devem ser postos à prova perante o novo paradigma que se instaurou nos ordenamentos jurídicos com o movimento do neoconstitucionalismo (ou constitucionalização do Direito).

Para tanto, passa-se a analisar as características desta nova concepção do direito contemporâneo, a qual, no presente trabalho, denomina-se pós-positivismo jurídico, denominação que se escolhe com vistas a destacar a superação do positivismo jurídico próprio do Estado Liberal, sem desconsiderar as relevantes ponderações da corrente teórica que sustenta a inexistência do pós-positivismo jurídico, defendendo a existência apenas de uma adaptação do positivismo jurídico para explicar o fenômeno jurídico após a consolidação do movimento do neoconstitucionalismo.

2.3 CARACTERIZAÇÃO DO PARADIGMA PÓS-POSITIVISTA

O chamado pós-positivismo jurídico representa uma das construções teóricas formuladas para dar conta da ascensão do movimento do neoconstitucionalismo nos ordenamentos jurídicos ocidentais, nos anos que seguiram ao fim da Segunda Guerra⁶⁴. Identificada a insuficiência do legalismo estrito (positivismo) para explicar os novos arranjos dos sistemas jurídicos, e não havendo correspondência destes com o paradigma jusnaturalista, o pós-positivismo se apresenta como uma espécie de terceira via, cuja marca é "a ascensão dos valores, o reconhecimento da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais"⁶⁵. Trata-se de uma reformatação teórica, filosófica e prática, que se faz necessária considerando algumas características dos ordenamentos jurídicos na segunda

⁶⁴ De acordo com Max Möller, O pós-positivismo (enquanto proposta, intenção, ideal) "apresenta-se como a teoria do direito do neoconstitucionalismo, exatamente pela proposição de uma superação do positivismo jurídico em razão de sua incompatibilidade com os modelos constitucionais vigentes, os quais teriam rompido com a tese positivista da separação necessária entre direito e moral. (MÖLLER, Max. op. cit., p. 27).

⁶⁵ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação..., op. cit., p. 342/343.

metade do século XX, especialmente: a) a colocação da Constituição no vértice dos ordenamentos jurídicos; b) o reconhecimento da força normativa da Constituição; c) o reconhecimento da força normativa dos princípios; d) o diálogo entre o Direito e a moral, por meio da inclusão de direitos fundamentais e princípios com referência a valores morais nos textos constitucionais; e) a importância do intérprete na ponderação de interesses e nas escolhas interpretativas para operacionalizar princípios abertos, inexatos e fluídos.

Consoante sustenta Luis Pietro Sanchís, o Estado Constitucional de Direito – que sucede o chamado Estado Legalista – requer uma nova teoria do direito, isto é, uma nova explicação que em grande medida destoa dos postulados do positivismo teórico. Segundo o autor, a nova teoria pode ser resumida em cinco pontos: (i) mais princípios do que regras; (ii) mais ponderação do que subsunção; (iii) onipresença das normas constitucionais em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes; (iv) onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário; (v) coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes contraditórios, ao invés da homogeneidade ideológica sobre princípios coerentes entre si, decorrentes de opções legislativas.⁶⁶

Consoante sustenta Luís Roberto Barroso, tanto o positivismo quanto o jusnaturalismo eram inadequados para atender as ambições da segunda metade do século XX. Entretanto, o pós-positivismo não surge com escopo de total desconstrução do paradigma positivista, guardando com este “deferência relativa” e nele reinserindo os ideários de justiça e de legitimidade⁶⁷. Isso significa que, muito embora tenha havido sensíveis mudanças entre as características do positivismo clássico e da atual concepção chamado pós-positivista, algumas formas de estruturação e funcionamento guardam semelhança, o que indica que não há uma completa superação (ou completa desconstrução) das bases do positivismo tradicional pelo pós-positivismo jurídico. Talvez por isso haja tantas controvérsias a respeito da própria existência de uma concepção pós-positivista do Direito, principalmente por aqueles que entendem que o positivismo somente pode ser ultrapassado caso sejam superadas suas premissas fundamentais.

De qualquer sorte, certo é que as bases de funcionamento dos ordenamentos jurídicos ocidentais, desde a consolidação do movimento do neoconstitucionalismo, foram significativamente alteradas. Até pelo menos meados do século XX, afirma Lênio Streck, a tradição continental “não havia conhecido uma Constituição normativa, invasora da

⁶⁶ SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editora Trotta, 2003, p. 117.

⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação...*, op. cit., p. 318.

legalidade e fundadora do espaço público democrático”⁶⁸. Na expressão do autor, “Isso tem conseqüências drásticas para a concepção do direito como um todo!”⁶⁹. Neste passo, seguindo a posição de Luís Roberto Barroso, o pós-positivismo jurídico consubstancia “o marco filosófico do chamado neoconstitucionalismo”⁷⁰, movimento que, conforme será esmiuçado a seguir, “parte da normatividade, da supremacia e da centralidade da Constituição, para chegar a um modelo marcado, entre outros, pelo papel normativo dos princípios e por uma maior amplitude do espaço de atuação do intérprete”⁷¹.

O primeiro ponto a se considerar neste novo paradigma pós-positivista é o reconhecimento do papel central e da normatividade das normas constitucionais⁷². A partir dos emblemáticos ensinamentos de Konrad Hesse, afirma-se o papel normativo da Constituição⁷³. Nesta perspectiva, a Constituição transborda o papel de mera limitação do poder político e proclamação de intenções políticas sem efeito normativo, para produzir efeitos jurídicos diretos, vinculando todos os poderes do Estado (executivo, legislativo e judiciário)⁷⁴. Fala-se em constitucionalização do ordenamento jurídico, que significa, em linhas gerais, o posicionamento da Constituição (escrita) no vértice hierárquico do ordenamento jurídico, irradiando efeitos para todo o ordenamento infraconstitucional, tanto na dimensão formal como na material, orientando não somente a formulação das normas legais como também sua interpretação⁷⁵.

Conforme destaca Riccardo Guastini, atualmente a função da Constituição é moldar as relações sociais, produzindo efeitos diretamente e podendo ser aplicadas em qualquer tempo

⁶⁸ STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista?..., op. cit., p. 170.

⁶⁹ Idem.

⁷⁰ PIRES, Thiago Magalhães. **Pós-Positivismo Sem Trauma**: o possível e o indesejável no reencontro do Direito com a moral. Revista de Direito do Estado 17-18: 171-216, 2010.

⁷¹ Idem.

⁷² A respeito da força normativa da Constituição, afirma Max Möller: "Diz-se que a força normativa da constituição é o elemento determinante do neoconstitucionalismo, porquanto é essa consideração por parte dos intérpretes que desencadeia a maioria das conseqüências que caracterizam o neoconstitucionalismo nos sistemas jurídicos." MÖLLER, Max. op. cit., p. 35.

⁷³ HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, in *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 123/146.

⁷⁴ Acrescenta Écio Oto Ramos Duarte: "(...) o constitucionalismo veicula um sistema de valores protegidos da maioria e, ao contrário do ideal procedimental da democracia, baseado sobre o valor da autonomia individual, reconhece um valor intrínseco ao sistema de proteção, maior do que aquele reconhecido à autonomia individual. (...) Esse modelo jurídico apresenta uma visão universalista do direito constitucional, a qual representa uma dimensão axiológica do jurídico, em que os valores não são simplesmente expressões de um ponto de vista, mas a expressão de um ideal moral universal. Nesse modelo, a Constituição não é somente 'norma de autorização' e limite do direito infraconstitucional; esta apresenta um conteúdo que sustenta todo o sistema jurídico". DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO Susanna. op. cit., p. 80/81.

⁷⁵ Neste sentido, afirma Riccardo Guastini que a constitucionalização do ordenamento jurídico se trata de um processo de transformação de impregnação das normas constitucionais em todo o ordenamento. Um ordenamento constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de direcionar a legislação, a jurisprudência, a ação dos atores políticos e as relações sociais. (GUASTINI, Riccardo. op. cit., p. 49.

por ocasião de qualquer controvérsia⁷⁶. Neste sentido, Luis Pietro Sanchís afirma que, no contexto do neoconstitucionalismo, é difícil conceber um problema jurídico que não encontre alguma orientação próxima ou remota no texto constitucional, por vezes com orientações distintas: liberdade, igualdade, segurança jurídica, propriedade privada, cláusula do Estado Social, enfim, uma infinidade de critérios normativos que sempre demonstrarão alguma relevância⁷⁷. Assim, de maneira ilustrativa, pode-se afirmar que o "império da lei" se transforma em "império da Constituição", na transição do positivismo liberal ao neoconstitucionalismo pós-positivista.

O segundo ponto para se compreender a concepção pós-positivista – que se soma à questão da constitucionalização dos ordenamentos jurídicos ocidentais – diz respeito à previsão nos diplomas constitucionais de princípios e direitos fundamentais que “expressam valores fundamentais do sistema”, com correspondência a valores morais e parâmetros de justiça, aos quais se atribui força normativa (tal qual as demais normas constitucionais). Flávia Piovesan afirma a existência de uma relação direta entre a reaproximação entre o Direito e valores éticos (morais) e a força normativa dos princípios. Segundo afirma, a concepção acerca da força normativa dos princípios decorre do reencontro entre a ética e o Direito.⁷⁸

A adequação moral das normas jurídicas passa a ter relevância, a partir do momento em que, ceteris paribus, afirma Gustavo Zagrebelsky "los principios morales del derecho natural se han incorporado al derecho positivo"⁷⁹. Segundo Zagrebelsky, a Constituição se abre a discursos metajurídicos, principalmente no tocante aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais⁸⁰.

Neste sentido, Luís Roberto Barroso anota que o constitucionalismo moderno (neoconstitucionalismo) realiza o retorno aos valores, ou seja, uma reaproximação entre ética e Direito. Segundo Barroso, os valores reintroduzidos no discurso jurídico são valores compartilhados por certa comunidade, em determinado momento e local, e são materializados em princípios, que passam a integrar a Constituição, de forma explícita ou implícita⁸¹. Na mesma linha, registra Max Moller que, sob o ponto de vista ideológico, o neoconstitucionalismo manifesta grande preocupação com a dimensão material das normas

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ SANCHÍS, Luis Prieto. op.cit., p. 118/119.

⁷⁸ PIOVESAN, Flávia. op. cit., p. 81.

⁷⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. op. cit., p. 116.

⁸⁰ Idem.

⁸¹ BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação..., op. cit., p. 327.

jurídicas, promovendo a reconexão entre o Direito, valores e conteúdos morais⁸². Essa preocupação com a dimensão material das normas se contrapõe ao sistema positivista (rígido), no qual o único ponto a se avaliar, na análise da validade e legitimidade de determinada norma jurídica, é a observância do procedimento formal para sua inclusão no ordenamento jurídico⁸³.

A positivação de princípios de índole moral e de direitos fundamentais nas Constituições possui relevância ímpar, na medida em que, no contexto do neoconstitucionalismo, a Constituição é concebida “não mais como mero limitador formal do poder, mas como verdadeira norma jurídica, apta a impor deveres e obrigações, tanto ao poder público como aos particulares”⁸⁴. A reconhecida força normativa da Constituição, somada à aceitação da força normativa dos princípios, implicam necessária produção de efeitos jurídicos pelos princípios morais e direitos fundamentais plasmados no texto constitucional. Sem dúvida, estes dois fatores são essenciais para compreender este novo paradigma. O sistema pós-positivista não apresentaria grandes mudanças, caso mantivesse a ideia de que a Constituição e os princípios seriam mera proclamação política de intenções, sem força normativa. Caso assim fosse, a integração de princípios morais e de direitos fundamentais nos textos constitucionais não teria efeito prático, ao menos em termos jurídicos, pois não lhes seria possível extrair nenhuma consequência jurídica, ou seja, muito de aproximaria do positivismo clássico do Estado Liberal no que tange à aplicação e efetividade.

Ao lado das modificações apontadas até aqui (força normativa da Constituição e dos princípios; e previsão de princípios de conteúdo moral nos textos constitucionais), soma-se aos fatores de relevo para a caracterização do modelo pós-positivista a própria estrutura dos princípios, que difere da lógica “hipótese-consequência” das regras e, portanto, diferem da estrutura normativa sobre a qual estava assentada a interpretação e aplicação das normas no contexto do positivismo jurídico clássico⁸⁵. Conforme exposto anteriormente, na visão de

⁸² MÖLLER, Max. op.cit., p. 26.

⁸³ Complementa Max Möller: "A partir da previsão, nas constituições, de um sistema de direitos fundamentais que, por sua estrutura normativa e conteúdos abertos, constituem verdadeiras portas de entrada a conteúdos morais e valorativos nos sistemas jurídicos – permitindo ao intérprete construir racionalmente o sentido desses termos e limitando materialmente a atuação do legislador – a preocupação iusnaturalista sobre o que deve conter o direito ressurge com grande força, mesmo ante uma ótica positivista. Nesse sentido, entendemos que esse rerrurgimento da teoria iusnaturalista não vem como um modo de oposição ao positivismo, mas como um complemento, um desafio a este como ciência jurídica. Há, portanto, um aperfeiçoamento do direito visando a defeitos que se tornaram evidentes se considerada uma visão eminentemente formal da ciência jurídica." (Ibidem, p. 72).

⁸⁴ Ibidem, p. 26.

⁸⁵ Em sentido contrário, Humberto Ávila nega a forma de estruturação como critério de distinção entre regras e princípios. Segundo Humberto Ávila, a estruturação da norma com previsão de espécie e consequência não quer dizer necessariamente que se trate de uma regra. Afirma o autor que também os princípios podem ser

Ronald Dworkin, a concepção positivista do Direito pressupõe um sistema de regras, sendo incompatível com outras fórmulas de estruturação de normas, tal como os princípios⁸⁶.

Nas Constituições atuais, conforme observa Gustavo Zagrebelsky, "las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios"⁸⁷. Desse modo, há grande relevância nos princípios na formatação dos sistemas jurídicos pós-positivistas, pois, a rigor, sua maioria está localizada no topo dos ordenamentos jurídicos ocidentais. Conforme destaca Eros Roberto Grau: "A última década do século passado é marcada, no campo da meditação sobre o direito, pelo paradigma dos princípios"⁸⁸.

Os princípios, ao contrário das regras, são normas estruturadas em locuções abertas, sem previsão de uma hipótese de incidência, parecendo, em princípio indeterminadas, somente sendo passível de aplicação no caso concreto⁸⁹. Na conhecida distinção realizada por Ronald Dworkin, a diferença entre regras e princípios se centra no caráter lógico. As regras aplicam-se segundo a lógica do "tudo-ou-nada". Satisfeitos os fatos previstos na regra, ou entende-se que a regra é válida e se aceita a consequência nela estipulada, ou entende-se que a regra é inválida e que, portanto, ela não contribui para a decisão. De modo diverso funcionam os princípios: mesmo com relação aos princípios semelhantes às regras, estes não preveem consequências jurídicas que decorram automaticamente da hipótese normativa⁹⁰.

Tratando de outro aspecto de distinção, continua Dworkin, afirmando que "os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso e da importância"⁹¹. Do encontro entre princípios, o princípio que irá solucionar o caso tem que considerar a força relativa de cada um dos princípios envolvidos no caso. Certamente que não se trata de uma mensuração exata a definição de importância dos princípios, por vezes

reformulados em modelos hipotéticos. Assim, sustenta que a questão da "formulação linguística" não pode ser elemento de classificação das normas em princípios ou regras. E acrescenta que, mesmo que o legislador tenha formulado determinada norma no formato hipotético, nada obsta que o intérprete o considere um princípio. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 32/33.

⁸⁶ DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 36. Conquanto essa afirmação possa ser questionável com relação a modelos positivistas mais modernos (tal qual o "soft positivism" de Hart), não parece haver questionamentos de que efetivamente o positivismo liberal rígido é um modelo pensado exclusivamente para um sistema de regras, cuja lógica de aplicação subsuntiva não se coaduna com a estrutura normativa dos princípios.

⁸⁷ ZAGREBELSKY, Gustavo. op. cit., p. 110.

⁸⁸ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**, 2ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 42. No entanto, o autor alerta o autor que chegou-se, inclusive, a uma exagero: uma banalização dos princípios. Segundo Grau, tudo passou a ser "principlizado".

⁸⁹ Comenta Gustavo Zagrebelsky que as regras nos proporcionam o critério de nossas ações, nos informam o que podemos e o que não podemos fazer em cada hipótese normativa; os princípios apenas estabelecem critérios para tomada de posição do intérprete diante de situações concretas, mas que, em princípio, parecem indeterminadas. Considerando que não há pressuposto fático nos princípios, a sua aplicação depende do caso concreto (ZAGREBELSKY, Gustavo. op. cit., p. 111).

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 39/40.

⁹¹ Ibidem, p. 42.

instaurando-se acirradas controvérsias. Na realidade, somente podem ser aferidas as importâncias recíprocas quando da análise de determinado caso concreto, não havendo predefinição de hierarquia na Constituição ou nas leis⁹². De forma diversa, afirma o autor, se "duas regras entrarem em conflito, um delas não pode ser válida"⁹³. Nestes casos, para definir qual regra vale, deve-se atentar para outras regras que definam a regra aplicada, de acordo com critérios que podem ser desde a prevalência da regra emanada pela autoridade hierarquicamente superior até a prevalência da regra que é sustentada por princípios mais importantes.⁹⁴

Sendo os princípios e direitos fundamentais plasmados nas Constituições estruturados em "expresiones vagas, elásticas, imprecisas", sem ordenação positiva de seu conteúdo e do seu peso recíproco, em enunciados abertos, com direções plurais e não raras vezes contrapostas, cabe aos poderes estatais, em especial os poderes legislativo e judiciário a construção dos sentidos jurídicos dos princípios e a forma de concretizá-los, via confecção de regras e via solução interpretativa nos casos concretos⁹⁵. É dizer: a normatividade dos princípios constitucionais e direitos fundamentais exige do Estado atuação para concretizar no plano fático os seus enunciados⁹⁶. Não há, *a priori*, a determinação constitucional das medidas que deverão ser adotadas para concretização dos princípios e direitos fundamentais, cabendo a cada esfera estatal, dentro de sua competência, escolher a forma mais adequada de atuação para efetivação de cada um dos princípios valorativos constitucionalmente previstos⁹⁷. Assim, a título exemplificativo, em determinada área de disciplina jurídica, tal

⁹² POZZOLO, Susanna. op. cit., p. 190.

⁹³ DWORKIN, Ronald. op. cit., p. 42.

⁹⁴ Ibidem, p. 42/43.

⁹⁵ Neste sentido, Max Moller: "(...)na conciliação de interesses distintos e visando alcançar a totalidade do ordenamento, as constituições utilizam enunciados abertos, de conteúdo mais geral e cujo preenchimento necessitará não apenas da atividade legislativa, mas principalmente da atuação judicial na construção de um sentido jurídico dentre os vários possíveis." (MÖLLER, Max. op. cit., p. 35).

⁹⁶ Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva afirma que os princípios consubstanciam "normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes". SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais na relação entre particulares**, 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 52. Ou seja, os princípios exigem atuação concretizadora e esta concretização de alguma forma encontra limites fáticos e jurídicos, embora não seja mero sujeito das relações de poder existentes. Esta atuação concretizadora por certo não se restringe ao Estado, mas lhe é especialmente dirigida por titularizar, em regra, os poderes legislativo e jurisdicional.

⁹⁷ Neste sentido, Francisco José Laporta alerta para a importância das regras para efetivação dos catálogos de enunciados valorativos de princípios. Segundo o autor, um "mundo sem regras" implicaria na solução dos casos por "decisões ad hoc", individuais, súbitas e imprevisíveis, determinadas por quem detém o poder de decidir. Assim, em que pese o destaque dos princípios no cenário jurídico chamado pós-positivista, Laporta ressalva a importância das regras para concretizar os conteúdos dos princípios. Diz o autor: "El resultado que arroja nuestro análisis del mundo de los principios resulta extremadamente paradójico. Porque vemos que un mundo en el que puede disponerse incluso de un catálogo de enunciados valorativos de principio en favor de esa autonomía personal y de las exigencias como la dignidade humana, la libertad u la justicia, resulta que es incapaz de suministrar los elementos normativos básicos para conseguir que esos estados de cosas se realicen como fines, es

como a disciplina dos contratos empresariais, caberá ao legislador sopesar o conteúdo de uma série de princípios plurais incidentes sobre o objeto de normatização, por vezes, contraditórios entre si (livre iniciativa, liberdade, função social, justiça social, igualdade, defesa do consumidor), para estabelecer quais as normas infraconstitucionais (regras e princípios) correspondem à máxima efetivação daqueles⁹⁸.

Da mesma forma, em termos de interpretação promovida pelo Poder Judiciário, a concretização dos valores contidos nos princípios (especialmente os princípios de natureza constitucional) depende de escolhas do intérprete⁹⁹, cabendo-lhe extrair o seu sentido mais adequado, dentro das possibilidades plausíveis a partir da estrutura semântica. Neste sentido, Barroso afirma que a "moderna interpretação constitucional envolve escolhas pelo intérprete, bem como a integração subjetiva de princípios, normas abertas e conceitos indeterminados"¹⁰⁰. Por mais que, ideologicamente, seja possível sustentar a existência de uma única solução correta na aplicação de normas de estrutura aberta (tal como princípios e direitos fundamentais), a partir de uma perspectiva realista parece correto afirmar que "o processo interpretativo e decisório do juiz comporta escolhas"¹⁰¹. De fato, é possível aventar hipóteses de interpretação e aplicação de princípios constitucionais de maneira diversa por diferentes intérpretes, sem que se possa taxar nenhuma delas de equivocada ou antijurídica.

Por certo que não existe liberdade irrestrita do intérprete, eis que fica limitado às interpretações possíveis da locução normativa, sob pena de transferir ao aplicador o poder de definir subjetiva e arbitrariamente o teor das normas jurídicas¹⁰². Porém, isso não significa que não exista certa margem para que o julgador escolha a interpretação mais adequada para a concretização de determinado princípio ou direito fundamental. Aliás, não somente existe esta margem de escolha, como também é dever constitucional do Poder Judiciário orientar a interpretação e aplicação dos princípios aos casos concretos de tal modo que resultem em sua

decir, es incapaz de presentarse en forma de reglas" LAPORTA, Francisco J. **El imperio de la ley: una visión actual**. Madrid: Trotta, 2007, p. 126.

⁹⁸ Sobre esta questão, afirma Dimitri Dimoulis: "A abertura e vagueza (ou baixa densidade normativa) do texto constitucional equivalem à decisão de encarregar o legislador da concretização das normas abstratas, no âmbito do exercício de um amplo poder decisório". DIMOULIS, Dimitri. *Pressupostos, Características e Tendências do Controle de Constitucionalidade*, in **20 anos da Constituição Cidadã**. Zulmar Fachin (coord.), São Paulo: Método, p. 29-39, 2008, p. 37.

⁹⁹ Nas palavras de Guastini, "todo texto normativo es susceptible de diversas interpretaciones." (GUASTINI, Riccardo. op. cit., p. 54.

¹⁰⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação...*, op. cit. p. 347/348.

¹⁰¹ DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO Susanna. op. cit., p. 100.

¹⁰² Segundo Max Moller: "Uma norma de estrutura aberta pode, sim, proporcionar uma série de possíveis interpretações, cuja seleção ocorrerá por critérios de autoridade. No entanto, não se pode ir adiante das interpretações possíveis. Isto significa que o intérprete não está livre para aplicar qualquer sentido à norma, mas sentido dentre os diversos possíveis." MÖLLER, Max. op. cit., p. 124.

máxima efetivação, concretizando os valores neles contidos¹⁰³.

Inclusive, no paradigma do pós-positivismo, a necessidade de efetivação do conteúdo dos princípios pelo Poder Judiciário afigura-se tão contundente que é admitido que determinada regra tenha sua aplicação afastada na solução de casos concretos pelo Poder Judiciário, caso sua incidência contrarie o conteúdo de um ou mais princípios¹⁰⁴. Com efeito, consoante salienta Humberto Ávila, no contexto do ordenamento jurídico atual, a consequência previamente estabelecida em determinada regra “pode deixar de ser aplicada em face de razões substanciais consideradas pelo aplicador, mediante condizente fundamentação, como superiores àquelas que justificam a própria regra”. Segundo o autor, examina-se ou a razão que alicerça a regra (“rules purpose”), para extrair o seu conteúdo, restringindo ou ampliando a hipótese normativa, ou “se recorre a outras razões, baseadas em outras normas, para justificar o descumprimento daquela regra (“overruling”)”¹⁰⁵. Ou seja, o autor afirma a possibilidade de determinada regra ter sua aplicabilidade afastada com fundamento em um princípio, ou mesmo em outra regra. Luis Roberto Barroso também registra a possibilidade de afastamento de regras com base em princípios, afirmando ser possível “paralisar a eficácia da regra”, nos casos em que a regra, *a priori* conforme a Constituição, produza efeitos inconstitucionais em sua incidência em determinado caso concreto¹⁰⁶. Neste caso, segundo o autor, o afastamento da incidência da regra se justifica em razão dos princípios ou valores constitucionais vulnerados¹⁰⁷.

Porém, considerando a vagueza das normas principiológicas e de direitos fundamentais, a abertura semântica, a correspondência a valores que não representam um sentido unívoco, uma das preocupações do pós-positivismo jurídico é o voluntarismo na aplicação de tais normas (fenômeno do decisionismo), especialmente nos casos em que se decide pelo afastamento da eficácia de determinada regra, na aplicação do Direito ao caso

¹⁰³ Neste sentido, Katya Kozicki afirma: “Se as decisões políticas não são neutras, no sentido de fazerem opções entre valores antagônicos, o mesmo se pode dizer das decisões jurídicas. Não é possível que o encarregado da aplicação do direito possa escolher entre sentidos variados a partir de um ponto de vista neutro, apolítico ou não comprometido com suas convicções pessoais. O direito é sempre fruto de uma decisão, um ato de poder que está na sua origem e perdura no sentido de impor a sua validade através do tempo”. E, complementa: “não existe uma resposta certa de interpretação e aplicação do mesmo. A melhor forma de equacionar as relações entre o direito e a justiça é algo que, em última análise, sempre permanecerá em aberto”. KOZICKI, Katya. A interpretação do direito e a possibilidade da justiça em Jacques Derrida, *in Crítica da Modernidade: diálogos com o Direito*. Ricardo Marcelo Fonseca (org.), 2005, p.130.

¹⁰⁴ Embora haja resistência quanto à sobreposição de princípios sobre regras por parcela da doutrina, o pós-positivismo jurídico, de modo geral, se caracteriza por esta possibilidade.

¹⁰⁵ ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 38.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação...*, op. cit., p. 337.

¹⁰⁷ Idem.

concreto¹⁰⁸. Destaca Luis Pietro Sanchís, que a aplicação do Direito é potencialmente ilimitada no sentido de que, desde o mais relevante conflito político até o mais simples ato administrativo incluída em relação jurídica privada, não há esfera em que as normas constitucionais não tenham algo a dizer; e são precisamente os juízes que definem este "dizer", empregando para isso delicadas técnicas de interpretação nas quais a distancia que separa uma argumentação racional a partir da Constituição e um decisão subjetiva é com frequência demasiadamente tênue¹⁰⁹. Neste sentido, acrescenta Sanchís que, da perspectiva da aplicação, as normas materiais da Constituição podem incrementar a indeterminação do Direito e a discricionariedade do juiz, diante do grau de vagueza, ausência de uma moral comum e homogênea e em razão da falta de uma hierarquia estável e geral entre os princípios¹¹⁰.

Para controle da atividade jurisdicional, evitando que a aplicação das normas jurídicas (regras e princípios) fique ao mero alvitre do julgador, ganha relevância a argumentação, no momento da aplicação do Direito na solução dos casos concretos. Afirma Sanchís que, partindo da premissa de que argumentar equivale a justificar, o neoconstitucionalismo encarna uma exigência de justificação, isto é, de maior justificação, eis que já não é mais suficiente a justificação baseada na autoridade do órgão ou do procedimento, tal como o era no positivismo clássico. Segundo o autor, o neoconstitucionalismo impõe que se atente também para os conteúdos, estendendo a esfera da argumentação, extensão esta que vai de encontro à esfera mais decisionista dominada pela liberdade de configuração legislativa ou pela intuição subjetiva do juiz¹¹¹. Somente por meio da argumentação é possível avaliar o raciocínio trilhado pelo intérprete, bem como avaliar se a solução conferida encontra fundamentos legítimos no ordenamento jurídico. Neste sentido, havendo o afastamento da eficácia de regra por suposta afronta ao conteúdo de princípio constitucional, por exemplo, devem ser explicitados exatamente os motivos que levaram o julgador àquela conclusão, a fim de se controlar a validade dos argumentos¹¹².

¹⁰⁸ Sobre os abusos no afastamento de regras mediante a invocação de princípios, afirma Max Möller que: “principalmente no ordenamento nacional, tem sido comum detectar exageros e abusos cometidos em nome de uma “prática neoconstitucionalista”, que justificaria tudo em nome desse novo movimento, que viria para aliar o direito à justiça. Basta lembrar, nesse âmbito, o caso da aplicação de princípios; onde julgados ou argumentações simplesmente proclamam o afastamento de uma lei porque viola determinado princípio, sem sequer mencionar os outros vários princípios de mesma hierarquia que a amparam”. MÖLLER, Max. op. cit., p. 21/22.

¹⁰⁹ SANCHÍS, Luis Prieto. op. cit., p. 128.

¹¹⁰ Ibidem, p. 132.

¹¹¹ Ibidem, p. 134.

¹¹² Segundo Eros Roberto Grau, a interpretação envolve escolha da solução mais adequada, dentre as várias que se apresentam. Nesta medida, a norma extraída a partir da interpretação não é passível de demonstração, mas de justificação (argumentação) dos motivos que levam à escolha. Nas palavras de Eros Grau: “O intérprete atua

Certamente haverá uma escolha interpretativa que se apresente mais adequada, por produzir efeitos mais consentâneos à máxima otimização dos princípios, valores e interesses em disputa. Para proceder esta análise, imprescindível a análise da argumentação traçada por cada uma das escolhas, pois o controle da argumentação é ponto essencial para evitar que o sistema pós-positivista se confunda com um sistema de decisionismo subjetivo, onde o julgador profere decisões *ad hoc*, de acordo com suas convicções pessoais sobre a melhor solução às situações que analisa¹¹³.

Para efetuar este controle da argumentação, Luís Roberto Barroso registra ao menos dois critérios muito relevantes para limitação das escolhas interpretativas na aplicação das normas jurídicas na solução casos concretos. O primeiro deles "diz respeito à possibilidade de universalização dos critérios adotados pela decisão"¹¹⁴. Utilizando o imperativo de isonomia, é de se esperar que a interpretação para resolução de determinado litígio possa servir de regra geral para casos análogos. A avaliação acerca da possibilidade de generalização do parâmetro de decisão que se pretende tomar em determinada situação "projeta a argumentação desenvolvida para o caso concreto em um conjunto maior de hipóteses, facilitando a visualização de desvios e inconsistências"¹¹⁵. O segundo critério destacado por Barroso, talvez ainda mais importante do que o primeiro, envolve o "resultado do processo interpretativo", ou seja, seu efeito prático da interpretação na realidade. Trata-se de avaliar "se o produto da incidência da norma sobre o fato realiza finalisticamente o mandamento constitucional."¹¹⁶ Com efeito, a escolha de determinada via interpretativa ou legislativa sob a justificativa de concretização deste ou daquele princípio não é garantia de que efetivamente, no plano da realidade, resultará na otimização do princípio justificador. O resultado da interpretação é influenciada pelo contexto econômico, social e cultural em que é aplicada, não sendo o Direito um fenômeno isolado, que se resume ao cumprimento da lógica interna

segundo a lógica da preferência, e não conforme a lógica da consequência [Comparato]: a lógica jurídica é a da escolha entre várias possibilidades corretas. Interpretar um texto normativo significa escolher uma entre várias interpretações possíveis, de modo que a escolha seja apresentada como adequada [Larenz]. A norma não é objeto de demonstração, mas de justificação. Por isso a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao direito; no direito há apenas o aceitável (justificável). O sentido do justo comporta sempre mais de uma solução [Heller].” GRAU, Eros Roberto. op. cit., p. 36.

¹¹³ Sobre a importância da fundamentação argumentativa no cenário jurídico constitucional contemporâneo, no tocante ao juízo de ponderação, anota Paulo Gustavo Gonet Branco: "A fundamentação dos decisórios assume relevância decisiva para a legitimidade do juízo de ponderação. Toda a fórmula do juízo de ponderação dirige-se a orientar uma fundamentação que seja apta para explicar a correção do que é deliberado. A ampla participação de um universo aberto de intérpretes da Constituição somente surtirá efeitos legitimadores se houver deliberação que sopesse todos os argumentos expostos e que torne claro ao jurisdicionados os motivos por que uma ou outra linha de solução foi acolhida ou rejeitada". BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 239.

¹¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação...*, op. cit., p. 365.

¹¹⁵ Idem.

¹¹⁶ Idem.

jurídica¹¹⁷. A depender das condicionantes econômicas, sociais e culturais, é possível que determinado caminho de interpretação ou de formatação das normas jurídicas infraconstitucionais possam implicar ambientes institucionais contrários à efetivação dos próprios princípios constitucionais que lhe servem de base.

Diante da vagueza e imprecisão geralmente presentes na estrutura dos direitos fundamentais e dos princípios é complexa a tomada de decisões dos órgãos estatais, especialmente o legislativo e o judiciário, na definição do sentido dos valores protegidos nas normas constitucionais (predominantemente princípios) e na escolha das medidas adequadas a melhor concretizá-los. Esta complexidade é reflexo do próprio aumento da complexidade da sociedade contemporânea, que já não se compatibiliza com respostas absolutas, cartesianas, mas que envolve uma série de questões relativas, mutáveis, não absolutas¹¹⁸.

O pós-positivismo jurídico envolve a interconexão de todos estes aspectos que procurou-se abordar neste tópico. Sem dúvida, a interpretação, aplicação e estruturação do Direito, na concepção pós-positivista contemporânea, são muito mais complexas do que no regime anterior. Esse processo demanda escolhas, que devem estar atreladas à sólida argumentação, que leve em conta tanto aspectos de ordem de "generalização do critério de decisão" como acerca do resultado prático das escolhas na efetivação real dos mandamentos constitucionais.

Abordadas estas características do pós-positivismo jurídico, passa-se a tratar do enquadramento do sistema da Constituição Brasileira de 1988 ao sistema pós-positivista, visando fechar esta aproximação sobre o ambiente institucional (jurídico) em que atualmente se encontra inserida a disciplina jurídica dos contratos empresariais.

2.4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988 E A CONSAGRAÇÃO DO SISTEMA PÓS-POSITIVISTA

A promulgação da Constituição de 1988 marca a consolidação do novo

¹¹⁷ Neste sentido Márcia Carla Pereira Ribeiro não deixa de alertar para a importância da consideração das condicionantes econômicas e sociais e jurídicas para concretização dos mandamentos constitucionais: "As Constituições em seu conteúdo jurídico, econômico e social devem ser instrumentos que encontrem respaldo na sociedade humana, coincidente e promotor dos princípios mais caros à civilização, especialmente o da dignidade da pessoa humana. (...) Para que sejam dotadas de efetividade e não de uma conotação meramente ideológica, suas normas devem considerar princípios das Ciências Sociais, da Economia e o do Direito, em razão de sua complementaridade". RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Função Social do Contrato e da Empresa, uma perspectiva constitucional*, in **20 anos da Constituição Cidadã**. Zulmar Fachin (coord.), São Paulo: Método, p. 191-2010, 2008, p. 207/208.

¹¹⁸ Sobre a complexidade na sociedade contemporânea: BECK, Ulrich. **La sociedad de riesgo global**. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España, 2002.

constitucionalismo¹¹⁹ e, por conseqüência, do pós-positivismo no cenário jurídico brasileiro. O fenômeno de transição na concepção do Direito, que se iniciou a partir do pós Segunda Guerra na maioria dos países europeus, somente chega ao Brasil no final do século XX, com a superação do longo período ditatorial que enfrentou o país (mais de duas décadas).

Segundo José Afonso da Silva, a Constituição de 1988 é fruto de um momento denominado pela teoria constitucional de *situação constituinte*, consistente em momento de imperiosa necessidade de uma nova Constituição, para consolidar uma “nova idéia de direito e nova concepção do Estado, informados pelo princípio da justiça social”¹²⁰. Destaca o autor que, em contraposição ao regime jurídico anterior, a Constituição de 1988 condensa idéias de justiça social, que revela a “marca do constitucionalismo contemporâneo”¹²¹. Conforme José Afonso da Silva, trata-se da primeira vez que a Constituição é colocada no vértice do ordenamento jurídico brasileiro, como fundamento de validade de toda a estrutura normativa infraconstitucional, instituindo um Estado Democrático de Direito cujas leis está subordinada aos ditames constitucionais¹²².

Com efeito, na realidade institucional brasileira, os pontos cruciais que levaram à superação do positivismo legalista, consoante pormenorizado no tópico anterior (força normativa da Constituição; força normativa dos princípios; consolidação de princípios abertos, com correspondência em valores morais; necessidade de concretização dos valores constitucionais pelo poder estatal; vinculação dos poderes do estado aos ditames constitucionais; predominância da técnica de ponderação na interpretação constitucional), somente tiveram lugar com a Constituição vigente. Consoante alerta Luís Roberto Barroso, nos países de democratização tardia, o movimento da constitucionalização dos ordenamentos jurídicos é mais recente, porém bastante intenso, ingressando no contexto jurídico brasileiro e consolidando-se no discurso dos operadores do direito e da própria população¹²³.

No modelo anterior, o Direito Civil, alicerçado no Código Civil de 1916, figurava na posição de uma espécie de *direito geral*, abarcando uma série de ramos cuja autonomia até então não se reconhecia¹²⁴. A Constituição então vigente não ocupava posição central no

¹¹⁹ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 527-561, jul./dez. 2011, p. 530.

¹²⁰ SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional: sua situação no ordenamento jurídico nacional atual, in **20 anos da Constituição Cidadã**. Zulmar Fachin (coord.), São Paulo: Método, p. 67-78, 2008, p. 74.

¹²¹ Idem.

¹²² Idem.

¹²³ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), in **20 anos da Constituição Cidadã**. Zulmar Fachin (coord.), São Paulo: Método, p. 101-148, 2008, p. 123.

¹²⁴ Ibidem, p. 124.

Brasil, restringindo-se à condição de carta política, com a clássica organização e limitação formal do poder político, mas com acentuadas restrições à eficácia normativa dos “princípios” e “objetivos”, compreendidos como meras proclamações políticas contidas no texto constitucional. Na expressão de Luiz Edson Fachin, o Código Civil figurava como “Constituição do homem privado”, garantindo uma esfera de não intervenção do Estado, a fim de garantir a liberdade e igualdade formais, próprias da racionalidade que orientou o movimento das codificações do século XIX¹²⁵.

Em termos de direitos fundamentais, a característica autoritária do regime predecessor não permitia que houvesse no ordenamento jurídico a previsão de um catálogo de direitos fundamentais dos cidadãos, com garantias de sua eficácia. Ingo Wolfgang Sarlet afirma que, na Constituição de 1988, pela primeira vez, houve tratamento constitucional relevante da questão dos direitos fundamentais, conferindo-lhes “o *status* que lhes é devido e que não obteve o merecido reconhecimento ao longo da evolução do direito constitucional”¹²⁶, especialmente o brasileiro. Significa que a novel Constituição foi responsável pela elevação dos direitos fundamentais à hierarquia constitucional, incluindo-os na forma de princípios gerais com robustez valorativa, mas com baixa definição normativa, aos quais se outorga aplicabilidade imediata (art. 5º, §2º da CF), ou seja, a produção de efeitos independe de “intermediação legislativa”. Segundo Sarlet, os direitos fundamentais constituem a dimensão material da Constituição, pois contém “decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”¹²⁷, o que se coaduna com algumas das principais características do modelo pós-positivista, que envolve à aproximação entre o Direito e valores éticos e morais, estruturados em locuções abertas e de forte cunho axiológico, com reconhecimento de sua normatividade e de sua centralidade na irradiação de efeitos para todo o ordenamento jurídico.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto anota que, em que pese as críticas que possam ser feitas à Constituição Brasileira de 1988, ela “tem a imensa vantagem de ser um modelo moderno, de Constituição aberta, orientado por valores expressos, explícita e implicitamente, em inúmeros princípios balizadores”¹²⁸ Logo no artigo 1º já estão elencados os princípios que

¹²⁵ FACHIN, Luiz Edson. Internalidade e Externalidade no Debate sobre Constituição e Relações Privadas; um olhar a partir do revisitado Locke, *in* **20 anos da Constituição Cidadã**. Zulmar Fachin (coord.), São Paulo: Método, p. 159-178, 2008, p. 171.

¹²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 75.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 89.

¹²⁸ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Aspectos Jurídicos no Brasil Contemporâneo. O Pós-Positivismo Chega ao Brasil. Inaugura-se o Constitucionalismo de Transição. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº. 6, junho/julho/agosto, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 14 de setembro de 2012, às 13:21.

servem de fundamento para a República Federativa do Brasil, a saber: a) soberania; b) cidadania; c) dignidade da pessoa humana; d) valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e e) pluralismo político. No art. 3º, foi estabelecido um rol de objetivos do Estado Brasileiro, quais sejam: a) construir um sociedade livre justa e solidária; b) garantir o desenvolvimento nacional; c) erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e d) promover o bem de todos, sem qualquer preconceito ou discriminação. Não bastasse, nos capítulos I e II, do Título II, estão catalogados no corpo da Constituição direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações.

No entanto, conforme assentado no tópico anterior (caracterização do pós-positivismo jurídico), haveria pouca importância prática na consagração de princípios com referência a valores, diretrizes, direitos fundamentais, caso não lhes atribuísse força normativa, pois não teriam aptidão para produzir efeitos jurídicos. No caso da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal vêm reafirmando há tempos a força normativa dos princípios constitucionais, aplicando este postulado na solução de casos paradigmáticos e de significativa importância para a sociedade brasileira¹²⁹.

Além da previsão expressa de uma série de princípios de grande carga axiológica, princípios estruturantes e direitos fundamentais, consoante leciona Luís Roberto Barroso, na Constituição de 1988 “todos os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos seus, de maior ou menor relevância, tratados na Constituição”¹³⁰. Ramos como o direito civil, administrativo, penal, trabalho, processual civil, financeiro, orçamentário,

¹²⁹ Exemplo disso foi o recente julgamento proferido na análise da constitucionalidade da união civil entre pessoas do mesmo sexo, no qual a Corte Suprema, invocando a força normativa dos princípios constitucionais e a concepção material da democracia constitucional - como elementos que conferem suporte teórico ao neoconstitucionalismo - afirmou a possibilidade de união estável entre pessoas do mesmo sexo, à luz do conteúdo e da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana, não obstante a existência de regra constitucional (art. 226, parágrafo 3º da CF) e regra infraconstitucional (art. 1.723 do Código Civil) estabelecendo a diferença de gênero entre os companheiros como requisito essencial para a configuração de união estável (*RE 477554 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/08/2011, DJe-164 DIVULG 25-08-2011 PUBLIC 26-08-2011 EMENT VOL-02574-02 PP-00287*, cujo inteiro teor está disponível no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=626719>>, acesso em 12/09/2012, às 15:35). Este pronunciamento do Supremo Tribunal Federal é emblemático para constatar que a Constituição de 1988, efetivamente, inaugurou uma concepção teórica pós-positivista no cenário jurídico brasileiro, diante da absoluta incompatibilidade entre a solução conferida e os ditames do positivismo jurídico clássico. De fato, seria totalmente contrário à lógica do positivismo clássico o afastamento de requisito estabelecido em duas regras regularmente aprovadas e inseridas, respectivamente, na própria Constituição e no Código Civil, em razão da sobreposição de princípio aberto com evidente conotação moral (dignidade da pessoa humana). A solução judicial em comento consubstancia típica atuação jurisdicional inserida no contexto do pós-positivismo, que demanda do julgador a definição do sentido de princípios abertos, vagos, com alta carga valorativa, e a busca de concretização dos valores constitucionais na solução dos casos concretos, inclusive com possibilidade de afastamento da aplicação de regras caso identificado algum descompasso com a estrutura principiológica constitucional.

¹³⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização..., op. cit., p. 123.

tiveram algumas de suas bases transportadas para a Constituição¹³¹, na maioria das vezes no formato de princípios constitucionais, o que produz reflexos importantes em termos de hierarquia e interpretação do ordenamento jurídico, consubstanciando o fenômeno da constitucionalização do Direito brasileiro. Conforme leciona autor, no Brasil houve um processo de passagem da Constituição – com todos os seus princípios e valores – para o centro do ordenamento jurídico. Soma-se à supremacia meramente formal "uma valia material e axiológica à Constituição, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios". Segundo Barroso, esse processo envolve não apenas a colocação no texto constitucional de normas oriundas de outros ramos, "mas também a filtragem constitucional, isto é, a leitura e interpretação dos institutos jurídicos a partir da Constituição Federal"¹³². Como visto, a constitucionalização dos ordenamentos jurídicos é um dos fatores que caracterizam o movimento do neoconstitucionalismo e, conseqüentemente, é um dos aspectos que motivam a transição da concepção do positivismo liberal para o chamado pós-positivismo.

Outro ponto digno de nota diz respeito à existência, na Constituição de 1988, de capítulo específico abordando a ordem econômica e social, mediante a previsão de uma série de princípios, diretrizes e fundamentos que visam reger as relações econômicas e sociais na República Federativa do Brasil. Registra Márcia Carla Pereira Ribeiro que a Constituição brasileira pode ser analisada "não mais como Carta meramente de organização estatal e política, mas como uma Carta econômico-social, num regime capitalista"¹³³. Neste sentido, o Estado, na formatação da estrutura normativa, na definição de políticas econômicas e na aplicação do direito a casos envolvendo ramos vinculados à esfera econômica, deve observar princípios, fundamentos e diretrizes da ordem econômica definidos no art. 170 da Constituição, dentre os quais, "a valorização do trabalho humano; "livre iniciativa"; "existência digna"; "justiça social"; "função social da propriedade. Conforme sustenta Márcia Carla Pereira Ribeiro, a Constituição, que outrora desempenhava a tarefa de organização dos poderes estatais e relegava às codificações (normas infraconstitucionais) a regulamentação das questões de cunho patrimonial e econômico (relativas ao contrato, propriedade e empresa), atualmente também rege as questões econômicas. mediante o "delineamento dos contornos da atividade produtiva", através da regulamentação da concorrência,

¹³¹ Idem.

¹³² BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação...*, op. cit., 6ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 337.

¹³³ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Função Social do Contrato e da Empresa...*, op. cit., p. 195.

funcionalização da propriedade e do contrato, dentre outros¹³⁴.

Assim, a perspectiva pós-positivista também se verifica no tocante à "Constituição Econômica", visto que está assentada em princípios, fundamentos e diretrizes superiores, ligados diretamente a valores morais ("justiça social" é um exemplo), que vinculam as atividades dos poderes do estado (executivo, legislativo e judiciário) na estruturação de instituições jurídicas relativas a questões econômicas. O escopo é que as referidas instituições se compatibilizem com os valores consagrados nas normas constitucionais, especialmente no que diz respeito à confecção e aplicação de normas e institutos de Direito Empresarial, que é um ramo diretamente conectado à economia.

Desta feita, a partir dos aspectos mencionados, é possível afirmar que a Constituição de 1988 é o referencial da consolidação das bases do neoconstitucionalismo no Brasil, razão pela qual também representa o marco do pós-positivismo jurídico no ordenamento jurídico brasileiro. A percepção de que o sistema jurídico pátrio se organiza sob bases pós-positivistas produz reflexos importantes no ambiente institucional em que está inserida a disciplina jurídica dos contratos empresariais, cuja teoria geral foi desenvolvida tradicionalmente em bases de um positivismo liberal clássico. Se tradicionalmente, conforme afirma Forgioni, abordava-se a interpretação dos contratos empresariais como se a letra do contrato fosse suficiente por si só para reger a relação¹³⁵, sob o enfoque do pós-positivismo jurídico parece que a solução não é tão simples. No pós-positivismo jurídico, a disciplinas dos contratos entre empresários e solução judicial de controvérsias relacionadas a contratos empresariais também estão vinculadas à concretização dos princípios, valores e diretrizes constitucionais, pois nada mais são do que um dos instrumentos do Estado para cumprimento dos mandamentos superiores da Constituição, não representando um fim em si mesmo.

¹³⁴ Ibidem, p. 207.

¹³⁵ Cf. nota 1 deste capítulo.

3 CONTRATOS EMPRESARIAIS

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Caracterizada a transição no modelo de concepção do Direito – desde o jusnaturalismo, passando pelo positivismo jurídico liberal até o pós-positivismo – destacando as suas diferenças e os seus reflexos na estruturação dos sistemas jurídicos, e definido o Direito brasileiro como pós-positivista com o advento da Constituição de 1988; agora passe a analisar os fundamentos e alicerces da teoria geral dos contratos empresariais, tal como desenvolvido pela doutrina comercialista brasileira.

Conforme afirmado, a teoria geral dos contratos empresariais em larga medida se aproxima da concepção de contrato desenvolvida no Estado Liberal Positivista. No contexto brasileiro, desde a doutrina e jurisprudência desenvolvidas a partir do advento do Código Comercial de 1850 até os estudos mais recentes realizados à luz da disciplina dos contratos mercantis extraída do Código Civil de 2002, pode-se afirmar que, em geral, a teoria dos contratos empresariais tradicionalmente se assenta nos postulados contratuais clássicos da autonomia da vontade, força obrigatória dos contratos, liberdade contratual, segurança jurídica e previsibilidade, restrição à revisão judicial das avenças, dentre outros, justificados primordialmente nas necessidades de bom funcionamento do mercado¹³⁶. Tais postulados clássicos, em grande medida, identificam-se com a perspectiva liberal de contrato do século XIX¹³⁷, que, segundo Enzo Roppo, se fundava em abrangente liberdade contratual, sem questionamentos sobre a igualdade ou a justiça material das avenças contratuais, pressupondo que a justiça e validade dos contratos estavam assegurados pelo fato das partes contratantes livre, espontânea e conscientemente estipularem o seu conteúdo de modo consonante aos seus interesses¹³⁸.

Como afirma Fernando Martins, no Estado Liberal (positivista) o sistema jurídico era

¹³⁶ Neste sentido, emblemático o destaque de Paula A. Forgioni, para compreender a força dos postulados contratuais clássicos na disciplina tradicional aplicada aos contratos empresariais: “o funcionamento do mercado exige que os pactos sejam respeitados. Se, em outras áreas do direito, esse pressuposto foi relativizado nas últimas décadas, a tendência do direito comercial vai no sentido de impor ao comerciante o respeito aos acordos aos quais livremente se vinculou”. FORGIONI, Paula A. op. cit, p. 81.

¹³⁷ Por certo que essa aproximação não é absoluta. A atual disciplina geral dos contratos empresariais não se resume à defesa dos dogmas liberais do século XIX. Consoante afirma Forgioni, “hoje, esse direito comercial não é mais aquele do século XIX, ou início do século XX, mas um sistema que incorpora correções de rota, que, por vezes, mostrou-se excessivamente liberal (e, portanto, jurídica e socialmente inadequada)”. FORGIONI, Paula A. Interpretação dos Negócios Empresariais *in* **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. Walderley Fernandes (org.), 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97.

¹³⁸ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 35.

avesso à intervenção estatal nos contratos para garantir a aplicação de equidade, de reciprocidade nas prestações ou mesmo de justiça substancial às avenças¹³⁹, o que se coaduna, de certo modo, com o pensamento defendido tradicionalmente no tocante à disciplina geral dos contratos empresariais, segundo a qual é essencial à atividade empresarial a observância rigorosa dos princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda*, restringindo-se ao máximo a intervenção judicial na avença¹⁴⁰. Com efeito, na lição de Fabio Ulhoa Coelho, o princípio da autonomia da vontade, quando pertinente aos contratos empresariais, conecta-se aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, obstando que a liberdade de contratar dos empresários seja restringida, "para que, assim, a competição empresarial possa gerar, à coletividade, os benefícios esperados de redução dos preços e aumento da qualidade dos produtos e serviços"¹⁴¹. Isso significa que tradicionalmente no campo dos contratos empresariais tem-se significativas ressalvas quanto à modificação de cláusulas contratuais estipuladas entre as partes contratantes¹⁴², notadamente porque nesta seara se confere ampla liberdade para que os contraentes celebrem e estabeleçam o conteúdo de seus contratos da forma que melhor lhes aprouver¹⁴³, garantindo que os contratos sejam instrumentos compatíveis com a dinâmica inerente ao mercado.

Ao menos aparentemente, esse relevo conferido pela teoria geral dos contratos empresariais à autonomia da vontade e à força obrigatória dos contratos vai em direção oposta à *ratio* que tem orientado as normas relativas aos contratos civis e de consumo no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente a partir da Constituição de 1988 – marco do

¹³⁹ MARTINS, Fernando R. **Princípio da Justiça Contratual**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 87.

¹⁴⁰ Sobre a importância do respeito à autonomia privada e ao *pacta sunt servanda* para a atividade empresarial, aduz Paula Forgioni: "que tanto um quanto o outro são tidos como vértices do sistema de direito comercial não por apego a dogma liberal ultrapassado", mas porque "a autonomia privada e o respeito aos vínculos contratuais, em um sistema capitalista, possibilitam o fluxo das relações econômicas e a própria existência do mercado". FORGIONI, Paula A. *Interpretação dos Negócios Empresariais...*, op. cit., p. 113.

¹⁴¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 90.

¹⁴² Neste sentido, Haroldo Verçosa afirma que a ampla possibilidade de revisão dos contratos empresariais produz severos prejuízos à segurança e certeza do contrato livremente celebrado. Segundo ele: "Se o objeto do contrato é lícito e se a forma juridicamente adequada e a vontade da parte alegadamente prejudicada tiverem sido exercida sem a presença de erro substancial, dolo, coação, simulação, fraude, estado de perigo ou lesão, somente uma circunstância negativa ulterior e de previsão impossível poderia justificar uma intromissão judicial no acordo. Se isto é verdade para o Direito Civil, muito mais para os contratos empresariais (...) Tirante o caso do monopólio natural, os contratos empresariais se caracterizam pela oferta no mercado de produtos homogêneos, em regime de livre concorrência, existindo mais de um fornecedor no atendimento dos interessados. Neste caso, o *preço justo* será aquele formulado pelo próprio mercado, segundo os princípios econômicos que regem uma equação desta natureza". VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos: o Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 59.

¹⁴³ Neste sentido, Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior afirmam: "Para os contratos entre empresas não há disciplina legal específica e prévia aos fatos que possam interferir no estabelecimento das cláusulas contratuais ou vidência de contratos empresariais nos quais prevaleça o desequilíbrio entre as partes ou o estabelecimento de condições adversas e injustificadas para uma delas, que pudessem interferir na liberdade privada ainda na gênese do contrato". RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009, p. 49.

pós-positivismo jurídico no Brasil. Segundo Fernando Martins, no contexto do pós-positivismo, vislumbra-se acentuada preocupação com a desproporção entre as prestações e suas condições, na medida em que se extrai, da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a existência de um princípio fundamental para a disciplina dos contratos: o princípio da justiça contratual. Nesta conjuntura, conforme afirma, o princípio da justiça contratual deve ser observado no direito contratual, evitando que o contrato sirva de instrumento para inobservância dos princípios e direitos fundamentais plasmados na Constituição¹⁴⁴. Assim, consoante Martins, a justiça contratual surge como "axioma na sociedade de direito privado", operacionalizada pela "existência de cláusulas gerais que autorizam a maior mobilidade do julgador, operando no sistema tanto pela norma infraconstitucional como pela norma constitucional e pelos princípios gerais do direito"¹⁴⁵, o que acaba por permitir maior grau de intervenção estatal nos contratos (principalmente judicial), em busca da garantia de um ideal de equilíbrio, equidade e igualdade na posição das partes contratantes na operação econômica instrumentada pelo contrato.

Por certo que o intervencionismo tendente a concretizar um ideal de justiça ou de equilíbrio nos contratos pressupõe necessariamente a limitação da liberdade das partes para estipular suas cláusulas e condições contratuais, bem como a relativização da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*)¹⁴⁶. E, dessa forma, as bases teóricas dos contratos civis e de consumo, com o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002, se firmaram com crescentes limitações à autonomia privada e ao *pacta sunt servanda*, com vistas a coibir abusos da parte em posição mais privilegiada¹⁴⁷. Porém, mesmo com este movimento de crescentes restrições à autonomia privada, a doutrina comercialista dominante permanece sustentando que os contratos empresariais devem ser poupados destas limitações¹⁴⁸. Conforme será abordado a seguir, a especial relação entre a normatização empresarial e o desenvolvimento da atividade econômica no mercado capitalista¹⁴⁹ é tradicionalmente

¹⁴⁴ MARTINS, Fernando R. op.cit., p. 259.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 395.

¹⁴⁶ BRITO, Rodrigo Toscano. **Equivalência Material dos Contratos**: civis, empresariais e de consumo. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35.

¹⁴⁷ Abordando o novo sistema contratual do Código Civil de 2002, Teresa Ancona Lopez sustenta que: "O novo modelo civilístico acolheu o princípio do *equilíbrio contratual*. (...) O desequilíbrio contratual, onerando somente uma das partes, fere a justiça contratual (comutativa), que, para ser alcançada, deve estar de acordo com o princípio da boa-fé objetiva. Se um dos contratantes está sendo prejudicado pela relação negocial, o vínculo não pode ser mantido, apesar do contrato ser ato jurídico perfeito e ter como princípio da segurança contratual o *pacta sunt servanda*". LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais, in **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. Walderley Fernandes (org.), 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

¹⁴⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, Vol. 1..., op. cit., p. 90.

¹⁴⁹ Segundo Fran Martins, o Direito Comercial (Direito Empresarial) como um todo é um ramo jurídico dinâmico destinado a atender satisfatoriamente às necessidades do comércio e, portanto, do bom funcionamento

invocada para justificar que a teoria geral dos contratos empresariais se posicione mais próximo ao modelo contratual do Estado Liberal, distanciando-se do acentuado dirigismo contratual característico dos contratos de consumo e civis no contexto do pós-positivismo jurídico¹⁵⁰.

Diante disso, a proposta da presente seção é abordar esta lógica própria que é atribuída tradicionalmente aos contratos empresariais – aproximando-se mais da teoria contratual liberal positivista e de seus postulados clássicos – para compreendê-la e, a partir dessas bases, na próxima seção, colocá-la à prova perante o sistema pós-positivista (contexto brasileiro), analisando as interconexões entre a lógica da disciplina dos contratos empresariais e a lógica de funcionamento pós-positivista. Se a estrutura normativa dos contratos empresariais, em princípio, se mostra mais compatível com um modelo de concepção de Direito que não mais se sustenta no cenário jurídico brasileiro, é preciso revisitar seu arcabouço teórico para analisar em que medida a consolidação do sistema pós-positivista implica modificações na disciplina dos contratos empresariais. Para tanto, o primeiro passo é abordar as principais características da teoria geral dos contratos empresariais para, na sequência, confrontá-la com a lógica do pós-positivismo jurídico, consoante bases já delineadas na seção anterior.

3.2 DEFINIÇÃO E CARACTERÍSTICAS

3.2.1. Conceito

Para o exercício da atividade econômica, o empresário (individual e coletivo) celebra necessariamente uma série de contratos. Nas palavras de Marcelo Bertoldi, os contratos são "certamente o instrumento jurídico mais utilizado pelo empresário em sua atividade cotidiana"¹⁵¹. Desde a aquisição de insumos e matéria-prima, formação de uma sociedade empresária, contratação de serviços de contabilidade, marketing, abertura de conta corrente, admissão de empregados, locação de espaço para o estabelecimento, até comercialização dos

das operações mercantis, o que reflete nos contratos empresariais, "que são os principais atos realizados pelos comerciantes no exercício de sua profissão". MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**, 14^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 62.

¹⁵⁰ Esta aproximação com o sistema positivista clássico é, até hoje, característico do Direito Comercial como um todo. Como indício desta tendência, transcreve-se dispositivo previsto no projeto de novo Código Comercial (PL 1572/2011), que rejeita expressamente a aplicação de qualquer princípio jurídico para afastar as disposições do código: "Art. 8º. Nenhum princípio, expresso ou implícito, pode ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição deste Código ou da lei".

¹⁵¹ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**, 6^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 711.

seus produtos e serviços; todas estas operações essenciais ao exercício da atividade econômica são instrumentalizadas por meio de contratos¹⁵². Conforme assevera Paula Forgioni, a empresa "não apenas 'é', ela 'age', 'atua', e o faz principalmente por meio dos contratos"¹⁵³; revela-se mais em seu feixe de contratos do que em seu estoque de bens¹⁵⁴.

Os contratos firmados pelo empresário na exploração de suas atividades são de diversas naturezas, com diferentes regimes jurídicos: consumerista, administrativo, trabalhista, cível e comercial¹⁵⁵. Assim, nem todos os contratos firmados pelo empresário no exercício da empresa se enquadram no conceito de contratos empresariais. A exploração da atividade empresarial envolve um emaranhado de contratos, de variadas naturezas, dentre os quais alguns são classificados como empresarias.

Contratos empresariais, na definição de Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior, "são aqueles cujos contratantes são empresários, no exercício de sua atividade profissional"¹⁵⁶. Em linhas gerais, trata-se de espécie contratual que se distingue das demais em virtude dos sujeitos envolvidos, da sua história e sua função, caracterizando-se por haver, em regra, equivalência na posição das partes contratantes¹⁵⁷. Sendo ambas as partes empresários, pressupõe-se que exista similaridade nas condições de acesso à informação e na capacidade de aferição de riscos envolvidos na operação empresarial¹⁵⁸. No entendimento de Ribeiro e Galeski Junior, são considerados empresariais também os contratos celebrados por profissionais no exercício de atividade econômica, independentemente de se enquadrarem no conceito de empresário previsto no art. 966 do CC/2002¹⁵⁹.

Haroldo Verçosa, também utilizando como critério de classificação os sujeitos do contrato (critério subjetivo), define que contratos empresariais são aqueles em que "uma das partes é um empresário (ou sociedade empresária) no exercício de sua atividade, conforme os termos dos arts. 966 e 982 do NCC, e a outra parte também é empresário ou pessoa não

¹⁵² Vale a transcrição do comentário de Enzo Roppo acerca da relação entre a organização da empresa e os contratos: "o contrato é, pois, instrumento necessário para a definição dos vários aspectos da organização interna da empresa: as relações entre os empresários e os trabalhadores subordinados, isto para nos limitarmos ao exemplo mais significativo, são relações contratuais; o mesmo vale para as relações externas que a empresa estabelece com o fim de obter os bens e os serviços necessários ao desenvolvimento das suas actividades produtivas (por exemplo: contratos de aquisição das matérias primas ou dos produtos semi-transformados, contratos de leasing para a utilização das maquinarias, contratos de distribuição da energia eléctrica para o seu funcionamento etc.) ou para a difusão dos seus produtos no mercado (contratos de transporte, contratos de agência, contratos de publicidade, contratos de fornecimento aos operadores da rede distributiva, contratos de venda ao público dos consumidores...)". ROPPO, Enzo. op. cit., 2009, p. 68.

¹⁵³ FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais..., op. cit., p. 23.

¹⁵⁴ Idem.

¹⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, Vol. 3., op. cit., p. 20.

¹⁵⁶ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. op. cit., p. 16/17.

¹⁵⁷ Idem.

¹⁵⁸ Idem.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 8.

caracterizada como consumidor"¹⁶⁰. No mesmo sentido, Irineu Mariani afirma que o contrato, para ser empresarial, salvo exceção legal, necessita "(a) que em pelo menos num dos pólos haja um empresário; e (b) que esteja no exercício da respectiva atividade"¹⁶¹. Segundo esta definição, em princípio, poderiam se enquadrar como empresariais os contratos celebrados por profissional que exerce atividade econômica não empresária (atividade intelectuais, artísticas e científicas previstas no parágrafo único do art. 966) ou outro contratante não consumidor, desde que uma das partes seja empresário (coletivo ou individual).

Adotando definição mais restritiva, Fábio Ulhoa Coelho assenta que os contratos empresariais são "os contratos entre empresários, isto é, daqueles em que as duas partes são exercentes de atividade empresarial"¹⁶². Segundo este conceito, ambas as partes do contrato devem exercer atividade enquadrada como empresária para que o contrato esteja sujeito ao regime empresarial. Na mesma linha, Paula Forgioni anota que os contratos empresariais envolvem necessariamente empresas em todos os pólos da relação contratual, ou seja, para ser classificado como empresarial, as partes do contrato deverão ser necessariamente titulares de empresas¹⁶³.

Partindo destas definições, depreende-se haver: (i) uma definição *ampliativa*, que reputa empresarial não só os contratos celebrados por empresários, como também os profissionais não enquadrados no conceito de empresariedade (profissionais que exercem atividades intelectuais, artísticas e científicas); (ii) uma definição *moderada*, que exige, para a configuração do contrato empresarial, ao menos um empresário em um dos pólos do contrato, admitindo que no outro pólo haja contratante não consumidor; e (iii) e uma definição *restritiva*, que qualifica como empresarial somente os contratos celebrados entre empresários, ou seja, entre titulares no exercício de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços.

Avaliando estas definições, há que se ponderar que, tendo o legislador se preocupado em estabelecer expressamente a não empresariedade dos profissionais liberais que exercem atividade intelectuais, artísticas, científicas e literárias (art. 966, parágrafo único, do CC/2002), ao que tudo indica almejou que o regime jurídico empresarial e o regime jurídico

¹⁶⁰ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. op. cit., p. 25.

¹⁶¹ MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 14. Complementa o autor, destacando que "Por exceção exceção legal, há contrato em que deve constar empresário no exercício da atividade em ambos os pólos, por exemplo, no de concessão mercantil, e também há contrato em que pode não constar empresário algum, como eventualmente acontece no de *franchising* quando envolve *atividade não-empresariais*, porém mesmo assim *ex vi legis*, continua sendo empresarial, o mesmo ocorrendo nas alienações fiduciárias comum (regida pelo CC/02) e imobiliária (regida pela Lei 9.514/97)".

¹⁶² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, Vol. 3, op. cit., p. 21.

¹⁶³ FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais..., op. cit., p. 29.

dos profissionais que exploram tais atividades fossem diversos, diferença esta que seria mitigada em caso de extensão da disciplina dos contratos mercantis aos profissionais não enquadrados como empresários. Assim, neste trabalho, observando a *ratio legis* que motiva a não inclusão dos profissionais que se dedicam a atividades intelectuais, artísticas, científicas e literárias, no regime empresarial, adota-se a definição *restritiva*, para enquadrar como contrato empresarial somente as avenças celebradas por empresários (individuais ou coletivos) no exercício de suas respectivas atividades econômicas, embora não se rechace a possibilidade de se considerar empresarial contrato celebrado por profissional no exercício de atividade não empresarial, desde que a atividade e a peculiaridade da avença se equipare à contratação de natureza empresarial (contrato empresarial por equiparação).

3.2.2 Características

Na caracterização do contrato empresarial, ao lado do aspecto subjetivo (destacado em sua conceituação), um primeiro ponto tradicionalmente destacado pela doutrina é a onerosidade que lhe é inerente. Ao contrário de outras espécies contratuais, nas quais a motivação de contratar pode consistir em interesses outros que não o lucro, nos contratos empresariais existe sempre o escopo de lucro por ambos os pólos do contrato¹⁶⁴. Consoante Fran Martins, os "contratos comerciais são sempre onerosos, pois, tendo invariavelmente o comerciante intuito de lucro nas operações que pratica, não se admite possam existir contratos comerciais a título gratuito"¹⁶⁵. Sendo o fim último e razão principal das empresas a obtenção de lucro¹⁶⁶, é intuitivo concluir que os contratos celebrados entre as partes na exploração da empresa também necessariamente o serão; afinal de contas, como será melhor esmiuçado a seguir, o contrato empresarial é um instrumento jurídico formulado com vistas principalmente a atender as necessidades ínsitas ao exercício da atividade econômica¹⁶⁷.

Historicamente, os contratos mercantis surgem a partir da necessidade de estruturação

¹⁶⁴ Segundo Paula Forgioni, o fato de ambas (ou todas) as partes atuarem visando o lucro "imprime viés totalmente peculiar aos negócios jurídicos entre empresários". FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais..., op. cit., p. 29.

¹⁶⁵ MARTINS, Fran. op. cit., p. 63.

¹⁶⁶ Segundo Paula A. Forgioni: "A empresa não atua no mercado por outra razão última que não a obtenção de lucro; assim, pode-se legitimamente supor que a celebração dos contratos interempresariais dá-se porque todas as partes acreditam que seus interesses estão sendo satisfeitos". FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais..., op. cit., p. 57.

¹⁶⁷ Consoante Ricardo Lupion, "os contratos empresariais podem desempenhar importante papel no funcionamento da empresa porque representam uma das formas do livre exercício das relações interempresariais e, assim sendo, é preciso reconhecer certa liberdade na autonomia negocial em se tratando de relações patrimoniais". LUPION, Ricardo. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 108.

de fórmula contratual mais adequada ao exercício da atividade econômica pelos profissionais do comércio (comerciantes). Sendo os contratos civis inadequados à dinamicidade das transações mercantis, considerando sua maior formalidade, solenidade e sua dimensão mais estática, os contratos comerciais aparecem para atender os anseios da classe comerciante (classe empresarial), a fim de imprimir às transações qualidades importantes para o adequado desenvolvimento da atividade econômica, tais como a simplicidade de formas, rapidez nas transações, elasticidade de ação e ampla liberdade na formatação das avenças¹⁶⁸. Nesta esteira, Enzo Roppo destaca que a criação de um regime contratual autônomo para os contratos comerciais representa resposta à exigência de uma disciplina compatível com o grau de desenvolvimento das atividades produtivas organizadas¹⁶⁹. No âmbito do direito mercantil, Eros Roberto Grau afirma que são os próprios empresários os responsáveis pela "criação das fórmulas adequadas à solução de seus problemas concretos"¹⁷⁰, problemas estes relacionados ao exercício cotidiano da atividade econômica no mercado. Neste prisma, especialmente para o direito contratual empresarial, a vontade das partes, orientadas à facilitação e otimização das transações mercantis, "caracteriza-se como uma expressiva fonte de direito contratual, notando-se neste campo uma impressionante e rica capacidade criadora dos comerciantes"¹⁷¹.

Esta apontada vinculação entre a conjuntura de funcionamento do mercado e a disciplina jurídica empresarial já indica a estreita ligação entre o objeto regulado (atividade econômica organizada) e a estrutura normativa de Direito Empresarial. Consoante ilustra Irineu Mariani, o "empresário vai à frente criando as técnicas, abrindo os caminhos, segundos as necessidades; inspirado nele, o jurista faz a pavimentação, ou seja, a estrutura dos

¹⁶⁸ Fran Martins destaca a especificidade da disciplina de direito comercial, para atender as necessidades surgidas no exercício da atividade econômica. Segundo ele: "Se, em regra geral, a obrigação é uma só, decorra de atos de natureza civil ou comercial, é inegável que as resultantes dos atos comerciais sofrem a influência deles e, por isso mesmo, em determinados aspectos divergem das obrigações civis. Sabe-se que o Direito Comercial tem características próprias, que retratam justamente o dinamismo do comércio, em contraste com a posição conservadora, de certo modo estática, dos atos de natureza civil. Assim, enquanto o Direito Civil é um direito tradicional, preso a antigas regras, de lenta evolução, o Direito Comercial, para atender às exigências do desenvolvimento do comércio, é um direito que se renova a cada instante, prescindindo, quando necessário, de fórmulas solenes, adaptando-se ao progresso e, de certa forma, procurando acompanhar as contingências econômicas dos diversos povos. E porque as relações comerciais exigem prontas soluções para fatos que surgem a cada momento, o direito mercantil procura dar ao comerciante maior elasticidade de ação, mais ampla liberdade, mais facilidade para que os casos surgidos sejam resolvidos com a rapidez que as transações comerciais requerem. Caracteriza-se assim, o Direito Comercial, como já anteriormente assinalamos, pela simplicidade de suas fórmulas, pela internacionalidade de suas regras e institutos, pela rapidez de sua aplicação, pela elasticidade de seus princípios e também pela onerosidade de suas operações. Neste sentido, distancia-se grandemente o Direito Comercial do Direito Civil, em regra formalístico, nacional, lento, restrito". MARTINS, Fran. op. cit., p. 131.

¹⁶⁹ ROPPO, Enzo. op. cit., p. 68.

¹⁷⁰ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **Estado, a Empresa e o Contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 283.

¹⁷¹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. op. cit., p. 36.

princípios"¹⁷². Assim, o Direito Empresarial disciplina a atividade empresarial acompanhando as necessidades nascidas na esfera do desenvolvimento cotidiano do mercado.

No que tange aos contratos empresariais, as normas jurídicas que lhe são aplicáveis possuem especial relação de interdependência com as relações econômicas que regulam: ao mesmo tempo em que interferem na realidade das relações econômicas, são definidas visando o melhor desenvolvimento do mercado, consoante ditames do sistema econômico capitalista¹⁷³. De fato, tanto o Direito influencia a Economia pelos mecanismos de intervenção, como a Economia influencia a elaboração dos dispositivos normativos e a interpretação jurídica, razão pela qual, segundo Marcia Carla Pereira Ribeiro e Galeski Junior, as “relações econômicas, muito frequentemente instrumentalizadas pelos contratos, estão inseridas em circunstâncias econômicas e sociais, e, o sistema jurídico a que estão sujeitas não é imune aos efeitos da economia para a sociedade e, por consequência, para o Direito”¹⁷⁴. Neste sentido, assevera Eros Roberto Grau que as normas contratuais (inclusive empresariais) sempre serão estabelecidas visando a viabilizar a fluência das relações econômicas, somente abrindo no sistema jurídico normas compatíveis com tal escopo¹⁷⁵.

Estas considerações sobre a relação entre a função econômica e os contratos empresariais, por ora, bastam para caracterizá-los, reservando-se a abordagem pormenorizada sobre sua função na economia capitalista para tópico posterior. A esta altura, é relevante registrar apenas que a relação de interdependência entre a disciplina dos contratos empresariais e o funcionamento da economia (prática do mercado) – em virtude da especial conexão entre o Direito Empresarial e o objeto por ele regulado – lhes impõe regime jurídico e características peculiares, cujos fundamentos encontram alicerce primordialmente em aspectos econômicos, sob o discurso (ou o propósito) de garantir o melhor desenvolvimento das relações econômicas no mercado¹⁷⁶.

¹⁷² MARIANI, Irineu. op. cit., p. 15.

¹⁷³ Neste sentido, Enzo Roppo assevera que os contratos não podem ser compreendidos satisfatoriamente se analisados apenas sob o enfoque jurídico. Segundo elucidativa explicação, alerta Roppo: “(...) o conceito de contrato não pode ser entendido a fundo, na sua essência íntima, se nos limitarmos a considerá-lo numa dimensão exclusivamente jurídica (...) para conhecer verdadeiramente o conceito do qual nos ocupamos, se torne necessário tomar em atenta consideração a realidade econômico-social que lhe subjaz e da qual ele representa a tradução científico-jurídica: todas aquelas situações, aquelas relações, aqueles interesses reais que estão em jogo, onde quer que se fale de contrato (o qual, nesta sequência, já se nos não afigura identificável com o conceito puro e exclusivamente jurídico). (...) As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser reunidos na ideia de *operação econômica*. De facto, falar de contrato significa sempre remeter - explícita ou implicitamente, directa ou mediatamente - para a ideia de *operação econômica*”. ROPPO, Enzo. op. cit., p. 7/8.

¹⁷⁴ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. op. cit., p. 175.

¹⁷⁵ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. op. cit., p. 23.

¹⁷⁶ Neste sentido, destacam Luciano Timm e João Guarisse que muitos dos princípios e regras legislativas e jurisprudenciais que compõem o chamado *direito contratual* têm em seu pano de fundo a racionalidade

Assim, para iniciar a abordagem de tais características, destacadas doutrinariamente como próprias aos contratos empresariais, cita-se os atributos dos contratos empresariais mencionados por Haroldo Verçosa. Segundo ele, os contratos empresariais se caracterizam pela “objetivação, padronização e ‘mercadorização’”¹⁷⁷. A objetivação diz respeito à desconsideração de subjetivismos, visando o bom fluxo das trocas mercantis, pois – segundo se afirma – tais negócios precisam de segurança e previsibilidade para funcionar adequadamente (incompatíveis com tratamentos jurídicos de acordo com o substrato pessoal de cada empresário)¹⁷⁸. A padronização relaciona-se à uniformização dos contratos mercantis, a fim de conferir agilidade e eficiência às contratações, livrando os empresários, ao menos em parte, da necessidade de ponderações individuais sobre as contrapartes¹⁷⁹. E, no que tange à *mercadorização*, registra o autor que “o regime jurídico contratual mercantil sofre um importante efeito da regulação jurídica do mercado”¹⁸⁰, denotando aproximação entre a disciplina dos contratos empresariais e o modo de estruturação das normas do mercado. Conforme se pode constatar, todas estas características estão relacionadas diretamente à vinculação entre a disciplina dos contratos empresariais e a economia. É dizer: afirma-se as características da regulação jurídica dos contratos empresariais, justificando-as mediante a invocação de motivos econômicos. As características das normas de contrato empresarial estão invariavelmente atreladas, direta ou indiretamente, à otimização do tráfico mercantil.

Outra característica atribuída tradicionalmente ao regime jurídico dos contratos empresariais, com evidente vinculação a motivações econômicas, é o respeito mais acentuado à força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), com afirmação do descabimento de intervenção judicial no contrato mercantil que desconsidere o risco inerente às contratações no exercício da atividade econômica ou que corrija o erro do empresário em suas escolhas estratégicas na exploração de sua atividade¹⁸¹. Conforme destaca Ricardo Lupion, o ambiente

econômica, representando “uma resposta aos problemas concretos [falhas de mercado] que surgem em relações comerciais e que precisam ser endereçados pelos legisladores” (TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*. In **Direito e Economia** no Brasil. TIMM, Luciano Benetti (org.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 158-178, p. 170.

¹⁷⁷ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. op. cit., p. 27.

¹⁷⁸ Sobre a objetivação na regulamentação dos contratos empresariais, justifica Enzo Roppo que: “Atribuir grande relevo à vontade - o que constitui a substância do negócio jurídico - significaria, na verdade, personalizar a troca, individualizá-la, e portanto acabaria por atrapalhar o tráfego, cujas dimensões, agora de massa, impõem que se desenvolva de modo mais estandarizado e impessoal (em concreto: que aconteceria se cada uma das inúmeras vendas de bens de consumo quotidianamente concluídas por uma empresa pudesse ser posta em discussão pelo consumidor adquirente, que inovasse uma sua atitude mental para fazer valer o processo imperfeito da formação da sua vontade e assim anular a troca?).” ROPPO, Enzo. op. cit., p. 69.

¹⁷⁹ Ibidem, p. 27/28.

¹⁸⁰ Ibidem, p. 28.

¹⁸¹ Ilustra esta característica dos contratos empresariais o projeto de novo Código Comercial (PL 1572/2011), que, em seus artigos 272, 273 e 281, restringe significativamente a possibilidade de revisão dos negócios

concorrencial e a assunção de riscos pelos empresários no exercício de sua atividade – questões nitidamente de natureza econômica – não podem ser atenuados pela intervenção do Poder Judiciário, sob pena de interferir na essência da atividade empresarial¹⁸². No mesmo sentido, Fábio Ulhoa Coelho sustenta que as normas jurídicas não podem subverter a lógica econômica de funcionamento da concorrência, segundo a qual deve ser premiado o concorrente que acertou em suas escolhas (mesmo que o acerto decorra de fatores que fogem ao seu controle) e o concorrente que errou deve sofrer as consequências de seu equívoco¹⁸³. Complementa Enzo Roppo, afirmando que a intervenção para tutela de interesses subjetivos específicos de determinados *players*, desconsiderando os riscos indissociáveis a cada operação econômica e as regras do jogo mercadológico, poderia prejudicar o mercado como um todo, pois alteraria "todo o sistema e a racional dinâmica das relações econômicas"¹⁸⁴. Não há dúvida que tal característica, própria do regime jurídico dos contratos empresariais, também está diretamente vinculada a aspectos econômicos, ou seja, diretamente atreladas ao objeto normatizado pelo direito contratual empresarial.

Somam-se aos atributos que norteiam a disciplina jurídica dos contratos empresariais, a peculiaridade de, nesta seara, os deveres anexos ao princípio da boa-fé objetiva, vícios de consentimento e teoria da imprevisão. Segundo Ricardo Lupion, o profissionalismo "pode ser considerado um dos principais elementos dos contratos empresariais"¹⁸⁵. Pressupõe-se que os empresários (individuais ou coletivos) possuam expertise negocial, própria ao cotidiano negocial. Tratando-se de sociedades empresárias, por disposição legal expressa (art. 153 da Lei 6.404/76 e art. 1.011 do CC/2002), os administradores possuem dever de diligência perante a sociedade que representam, cujo padrão de conduta está acima do homem médio.

Por tais razões, tratando-se de contratos celebrados entre profissionais no exercício da atividade econômica que lhes é habitual, tem se afirmado que ficam mitigadas as possibilidades da ocorrência de vício na vontade manifestada para a formação do contrato. Partindo-se do pressuposto que nos pólos do contrato estão empresários, assessorados dos conhecimentos técnicos porventura necessários, tradicionalmente afirma-se ficarem mais

empresariais. Dispõe os dispositivos mencionados, respectivamente, que "as obrigações contraídas pelo empresário somente podem ser revistas em juízo, em razão da superveniência de fatos imprevisíveis, quando demonstrado que elas não decorreram de decisão equivocada na condução da empresa"; "Não é suficiente para a revisão judicial de qualquer obrigação contraída por empresário a onerosidade excessiva de seu cumprimento ou a vantagem excepcional da outra parte"; e que "É livre a pactuação dos juros moratórios entre os empresários". A redação utilizada no projeto de novo Código em tais dispositivos denota a importância que se confere a força obrigatória dos contratos mercantis, restringindo-se ao máximo a possibilidade de intervenção na avença.

¹⁸² LUPION, Ricardo. op. cit., p. 139/141.

¹⁸³ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, Vol. 1. op. cit., p. 74/75.

¹⁸⁴ ROPPO, Enzo. op. cit., p. 225/226.

¹⁸⁵ LUPION, Ricardo. op. cit., p. 147.

restritas as hipóteses de desconhecimento sobre os efeitos do contrato, de equívoco sobre as bases e os riscos do negócio, ou de imprevisão quanto a superveniência de fatos que possam alterar as perspectivas de lucro do empresário¹⁸⁶. Com relação à teoria da imprevisão, por exemplo, Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior assinalam que a "possibilidade de invocação da teoria da imprevisão nos contratos entre empresas é especial em razão da álea normal dos contratos relacionados à prática econômica"; segundo eles, com relação aos contratos empresariais somente pode ser admitida a revisão com base na teoria da imprevisão em casos realmente extraordinários, que escapem aos limites dos riscos inerentes ao negócio e/ou assumidos, pois os contratos interempresariais estão necessariamente sujeitos a riscos, sendo estes inerentes à atividade empresarial¹⁸⁷.

No tocante à boa-fé objetiva, é inegável que se aplica no âmbito empresarial – até mesmo porque o direito empresarial muito contribuiu para a objetivação do princípio da boa-fé¹⁸⁸. No entanto, consoante sustenta Ricardo Lupion, o dever de cooperação e o solidarismo que integram o conceito de boa-fé objetiva, na seara dos contratos empresariais, devem ser compreendidos de maneira apropriada “ao ambiente de competição de concorrência que ocorre nas relações empresariais”¹⁸⁹. Significa que, diferente de outros regimes, os efeitos e alcances do dever de cooperação devem estar adequadamente dimensionados, pois aplicá-los tal qual se faz na disciplina dos contratos de consumo seria inadequado ao ambiente empresarial, que se particulariza pela rivalidade e concorrência entre empresários (profissionais) que visam aperfeiçoar seus resultados mediante a busca de vantagens competitivas no mercado.

Para encerrar essa abordagem geral sobre as características que tornam os contratos empresariais espécie contratual peculiar, na perspectiva da doutrina comercialista tradicional, anota-se a simplicidade de suas formas e a especial eficácia jurídica dos usos e costumes.

¹⁸⁶ Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça tem manifestado a inaplicabilidade da teoria da imprevisão para revisão do contrato empresarial de compra e venda de safra futura de soja. A corroborar, transcreve-se: "DIREITO EMPRESARIAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA DE COISA FUTURA (SOJA). TEORIA DA IMPREVISÃO. INAPLICABILIDADE.

1. Agravo regimental que apenas reitera os argumentos do recurso especial, sem impugnar especificamente a fundamentação da decisão agravada.

2. *Jurisprudência consolidada do STJ no sentido de ser inaplicável a teoria da imprevisão aos contratos de compra e venda de safra firmados por produtores rurais de soja.*

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 975.954/GO, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 25/05/2012)

¹⁸⁷ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. op. cit., p. 35/36.

¹⁸⁸ Destaca Ricardo Lupion que “Código Comercial de 1850 continha dispositivos legais que reconheciam a boa-fé objetiva como cláusula geral dos contratos firmados pelos então comerciantes”, enquanto no Código Civil de 1916 não havia esta previsão. No entanto, embora reconheça o pioneirismo da legislação comercial a este respeito, pondera a pouca efetividade prática de tais previsões à época”. LUPION, Ricardo. op. cit., p. 43/44.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 149/150.

Segundo Waldirio Bulgarelli, a disciplina dos contratos entre profissionais da atividade econômica organizada é contaminada com algumas das características que abrangem o Direito Empresarial como um todo, a saber: simplicidade das formas, celeridade de aplicação, agilidade e eficácia jurídica dos usos e costumes como fonte normativa¹⁹⁰ Trata-se de características destacadas como típicas do ramo empresarial, decorrentes da prática da atividade econômica organizada, que refletem em toda a estrutura normativa das empresas, inclusive no regime dos contratos empresariais.

Neste sentido, Haroldo Verçosa aponta que “no direito comercial, sempre tiveram fundamental importância e ainda hoje mantêm a sua relevância, embora sombreada pela expressão desmesurada da presença do *Estado legiferante*”¹⁹¹ Assevera Verçosa que, não obstante não haver menção específica nas leis empresariais brasileiras aos usos e costumes como fonte do direito empresarial, após a revogação dos art.s 154, 168, 179, 186, 207 e 291 do Código Comercial Brasileiro, ainda assim se mostra atual a importância dos usos e costumes empresariais¹⁹². Essa atualidade da eficácia jurídica dos usos e costumes mercantis vem sendo confirmada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em precedentes recentes da Corte¹⁹³. Assim, em homenagem à dinamicidade das relações empresariais no mercado, muitas vezes incompatível com a velocidade das mudanças na esfera normativa formal, prestigia-se os usos e costumes como fontes especialmente relevantes para o regime jurídico dos contratos empresariais.

Pode-se afirmar que estes são os principais atributos apontados tradicionalmente para a caracterização dos contratos empresariais. Por certo que poderiam ser citadas outras características geralmente apontadas, como, por exemplo, a afinidade entre contratos empresariais e os contratos relacionais¹⁹⁴ (contrato de distribuição, representação, assistência técnica, dentre outros). A abordagem realizada não exaure os elementos que poderiam ser mencionados na caracterização dos contratos empresarias. Porém, muito embora não seja

¹⁹⁰ BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 1997, p. 36.

¹⁹¹ VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. op. cit., p. 33.

¹⁹² *Ibidem*, p. 35.

¹⁹³ Neste sentido: REsp 877.074/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 12/05/2009, DJe 17/08/2009; REsp 1013976/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17/05/2012, DJe 29/05/2012.

¹⁹⁴ Contratos relacionais são os contratos Ronaldo Porto Macedo Junior aborda os elementos que caracterizam os contratos relacionais: “Em primeiro lugar, é impossível especificar completamente o contrato relacional em termos de preço, quantidade e entrega, dada a sua mutabilidade constante. Neste sentido ele é um contrato muito mais aberto e flexível. Isto porquanto ele envolve elementos não facilmente mensuráveis e visa regular situações que demandam alto grau de flexibilidade. Em segundo lugar, dadas as contínuas mudanças no produto ou características do serviço prestado, é impossível prever todas as contingências do futuro e especificar os termos dos ajustes nos contratos relacionais”. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Direito à informação nos contratos relacionais de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 35, jul-set, p. 113.

exauriente, a análise aqui empreendida pretende-se suficiente para transparecer a estreita vinculação entre o modo de estruturação e funcionamento da economia e a disciplina jurídica dos contratos empresariais. Como visto, a maioria – senão todas – as características do regime jurídico dos contratos empresariais, segundo a doutrina especializada, encontram algum fundamento ou justificativa em questões econômicas. Corroborando esta afirmação, é de se notar que em obra recente sobre a teoria geral dos contratos empresariais, Paula Forgioni dedica todo um capítulo para tratar dos “Vetores de Funcionamento dos Contratos Mercantis”, no qual trabalha pormenorizadamente vários conceitos econômicos, elementos inerentes à prática da atividade empresarial e questões estruturais de funcionamento do mercado, os quais qualifica como “diretrizes içadas do funcionamento próprio ao sistema do direito comercial”¹⁹⁵, sem as quais não seria possível uma reflexão global sobre os contratos empresariais. Este fato, sem dúvida, vai ao encontro da importância de se ter em conta o efetivo funcionamento da economia e da atividade empresarial no momento de delinear e aplicar as normas de direito contratual empresarial, diante da já destacada interdependência entre o objeto regulado e a conformação jurídica que lhe é conferida.

3.3 DISTINÇÃO DE OUTRAS ESPÉCIES CONTRATUAIS

Para completar a definição dos contratos empresariais, mostra-se pertinente diferenciá-lo de outras espécies de contrato encontradas no ordenamento jurídico brasileiro, evitando confusão sobre os regimes jurídicos aplicáveis a cada uma das espécies contratuais. Conforme destacado, os contratos celebrados no exercício da atividade econômica estão sujeitos a diversas disciplinas jurídicas (civil, consumidor, trabalhista, administrativo, empresarial). Ao contrário do que a nomenclatura poderia induzir, nem todos os contratos celebrados pelo empresário (individual ou coletivo) na exploração da empresa são contratos empresariais, submetidos ao regime contratual de direito empresarial.

A diferenciação demonstra maior relevância com relação aos contratos civis, de consumo e empresariais. O enquadramento dos contratos privados em uma dessas espécies contratuais é matéria objeto de acaloradas discussões no âmbito judicial cotidianamente. Corriqueiramente os Tribunais são chamados a definir, em dada relação contratual concreta, se trata-se de contrato civil, de consumo ou empresarial¹⁹⁶. O mesmo não se verifica com

¹⁹⁵ FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais..., op. cit., p. 56.

¹⁹⁶ A corroborar esta afirmação, cita-se alguns julgados das turmas do Superior Tribunal de Justiça, proferidos apenas no ano de 2012, nos quais houve discussão em torno da definição da natureza do contrato como de

relação aos contratos de trabalho e administrativos, vez que as diferenças deste com os contratos empresariais são tão manifestas, que passa a não ser factível a necessidade de debate se determinado contrato é de trabalho, administrativo ou empresarial; nestes casos, a simples análise do objeto do contrato permite que se confira a exata natureza jurídica da avença. Por isso, a comparação neste caso concreto se limita aos contratos civis, de consumo e empresariais.

3.3.1 Contratos empresariais e contratos de consumo

Inicia-se diferenciando os contratos empresariais dos contratos de consumo.

Os contratos de consumo são os contratos celebrados, de um lado, por um consumidor e, de outro, por um fornecedor¹⁹⁷. Os conceitos de consumidor e fornecedor estão previstos, respectivamente, nos arts. 2º e 3º, do CDC: consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire ou usufrui de serviço ou produto como *destinatário final*¹⁹⁸; e fornecedor é toda a pessoa física ou jurídica, ou ente despersonalizado, que realiza atividade de produção, comercialização, distribuição, transformação etc. de produtos ou serviços¹⁹⁹. Para configuração do contrato de consumo, ambos os pólos contratantes devem se enquadrar respectivamente nos conceitos de fornecedor e consumidor²⁰⁰. Conforme destaca Fábio Ulhoa Coelho, “a caracterização de apenas uma das partes como consumidor ou fornecedor, sem a correspondente e inversa caracterização da outra, importa a correspondente e inversa caracterização da outra, importa a configuração de contrato estranho à relação de consumo”²⁰¹.

Desse modo, sendo uma das partes habitual na produção ou fornecimento de produtos ou serviços (fornecedor), para a configuração do contrato de consumo basta que o outro pólo

consumo, empresarial ou civil, a fim de definir o regime jurídico aplicável: AgRg no REsp 1193293/SP; REsp 647743 / MG; AgRg no AREsp 13536 / SP; REsp 1256227 / RS; REsp 938979 / DF.

¹⁹⁷ AZEVEDO, Fernando Costa. Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 69, 2009, p. 62.

¹⁹⁸ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

¹⁹⁹ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

²⁰⁰ Vale registrar posicionamento contrário ao adotado neste trabalho, defendido por Irineu Mariani. Para ele, os contratos de consumo não são categorias contratuais autônomas. Segundo ele, o CDC tem incidência não quando há “contrato de consumo”, mas sim quando há relação de consumo em determinadas espécies de contrato, como, por exemplo, contrato civil ou empresarial. Assim, o autor admite a incidência do CDC para reger contratos empresariais. MARIANI, Irineu. op. cit., p. 19. Ao contrário, segundo a classificação aqui trabalhada, somente são contratos empresariais os contratos aos quais se aplica o direito contratual empresarial, sendo entendidos como contratos de consumo inclusive os estabelecidos entre empresários aos quais se aplica o CDC.

²⁰¹ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Vol. 3, op. cit., p. 212.

contratual esteja preenchido por pessoa que esteja adquirindo ou utilizando produto ou serviço como destinatário final. E neste ponto – definição do destinatário final – é que reside as maiores controvérsias. A doutrina e jurisprudência se dividem, basicamente, em três correntes: os maximalistas, os finalistas e os adeptos do finalismo mitigado²⁰².

Em síntese, os maximalistas sustentam a existência de contrato de consumo desde que o adquirente ou tomador seja destinatário fático do produto ou serviço, mesmo que posteriormente realize a transformação do bem para reinserção no mercado ou apenas realize sua intermediação para comercialização. O entendimento assenta-se principalmente em dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, que generalizam sua aplicação a pessoas que *a priori* não seriam tuteladas pelas normas protetivas. Segundo esta corrente, o Código de Defesa do Consumidor seria o novo diploma das transações no mercado, pois abrangeria a maior parte dos contratos celebrados neste âmbito; bastaria a destinação fática para caracterizar a posição de consumidor, independentemente de a pessoa ser ou não destinatária econômica do produto ou serviço²⁰³. Já os finalistas defendem uma interpretação restritiva do conceito de *destinatário final*, sustentando que somente seriam consumidores os adquirentes de produtos ou serviços para utilização própria ou de sua família, ou seja, sem reinserção do bem no mercado de consumo. Neste prisma, apenas os destinatários finais econômicos se enquadrariam como consumidores, afastando da tutela do CDC os contratos em que ambas as partes contratam visando o exercício de atividade econômica, como, por exemplo, a transformação do produto adquirido para produção de outro bem para inserir no mercado ou a aquisição de produto para revenda²⁰⁴. Por derradeiro, na ótica do finalismo mitigado, atualmente adotado pelo Superior Tribunal de Justiça em diversos julgados, prepondera o entendimento finalista segundo o qual apenas os destinatários finais econômicos se classificam como consumidores, mas flexibiliza-se este posicionamento caso se verifique que a pessoa física ou jurídica que contrata visando o exercício de uma atividade econômica é vulnerável perante o fornecedor²⁰⁵. Trata-se de corrente que se situa na zona intermediária

²⁰² Segundo Paula Forgioni: O debate entre maximalistas e minimalistas, acerca da aplicação do CDC, "deriva da questão prática ligada ao ônus da prova nos processos judiciais e (...) ao foro competente para a propositura da ação contra o fornecedor". FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais., op. cit., p. 33. Significa dizer que, segundo Forgioni, a importância prática da caracterização de determinado contrato como sujeito ao CDC está conectada principalmente ao ônus da prova e ao foro competente para ajuizamento de eventual demanda.

²⁰³ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 304/305.

²⁰⁴ AZEVEDO, Fernando Costa. op. cit., p. 63.

²⁰⁵ A guisa de exemplo, cita-se trecho de julgado do ano de junho de 2011, da relatoria do Ministro Sidnei Beneti: "A jurisprudência desta Corte, no tocante à matéria relativa ao consumidor, tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte

entre o maximalismo e o finalismo, buscando limitar a aplicação da tutela protetiva do CDC apenas aos casos em que a vulnerabilidade de uma das partes venha a ensejar a necessidade da proteção do estatuto consumerista.

Sem dúvidas, a corrente maximalista é praticamente incompatível com a existência de um regime contratual autônomo aos contratos empresariais. De fato, prevalecendo a corrente maximalista, vários dos contratos tradicionalmente enquadrados como empresariais seriam classificados como contratos de consumo e, portanto, regulados pelo Código de Defesa do Consumidor. Contratos como o de distribuição, compra e venda para fornecimento de insumos, transferência de estabelecimento, dentre outros, por conter empresário adquirente como destinatário fático do bem, seriam contratos de consumo sob a lógica maximalista, afastando o regime empresarial de sua normatização, aplicando-lhe os ditames da tutela de proteção ao consumidor.

Paula A. Forgioni, representando o posicionamento comercialista dominante, afirma: "se o vínculo estabelece-se em torno ou em decorrência da atividade empresarial de ambas as partes, premidas pela busca do lucro, não se deve subsumi-lo à lógica consumerista, sob pena de comprometimento do bom fluxo de relações econômicas"²⁰⁶. Sustenta-se que as normas de proteção do consumidor somente se justificam em caso de desequilíbrio entre as partes, consubstanciado na vulnerabilidade da parte consumidora²⁰⁷. Tratando-se de contrato celebrado entre profissionais empresários, parte-se do pressuposto de que não seria necessário tutelar especialmente a posição de ambas as partes, ou seja, deveria prevalecer o tratamento jurídico paritário entre os polos contratantes. Por certo que isso não implica afastar os empresários contratantes de mecanismos de proteção, em caso de abusos praticados por uma parte em detrimento da outra. No entanto, essa coibição de abusos deve se dar de acordo com a lógica e regime jurídico empresariais, não devendo se socorrer da normatização consumerista, sob pena de se produzir instabilidade no sistema, aplicando estrutura jurídica que possui outra lógica e outros fundamentos, por vezes incompatíveis com o bom

(pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade" (STJ, REsp 1027165/ES, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 14/06/2011).

²⁰⁶ FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais..., op. cit., p. 34.

²⁰⁷ Neste sentido, Fábio Konder Comparato, um dos precursores da tutela do direito do consumidor no direito brasileiro: "O consumidor é, pois, de modo geral, aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários. É claro que todo produtor, em maior ou menor medida, depende por sua vez de outros empresários, como fornecedores de insumos ou financiadores, por exemplo, para exercer a sua atividade produtiva; e, nesse sentido, é também consumidor. Quando se fala, no entanto, em proteção do consumidor quer-se referir ao indivíduo ou grupo de indivíduos, os quais, ainda que empresários, se apresentam no mercado como simples adquirentes ou usuários de serviços, sem ligação com a sua atividade empresarial própria". COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de Direito Público** n. 80. São Paulo: Revista dos Tribunais. out.-dez., 1988.

funcionamento das relações interempresariais.

Considerando a possibilidade, em tese, da existência de vulnerabilidade de um empresário perante outro, reclamando, em certos casos, a aplicação da tutela protetiva do CDC, mostra-se mais coerente, na esteira da atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a corrente finalista mitigada, para definir como consumidor, em regra, os destinatários finais econômicos dos produtos e/ou serviços, aplicando-se o CDC somente de forma excepcional às relações contratuais entre empresários (individuais ou coletivos) no exercício de atividade econômica, quando estiver caracterizada a vulnerabilidade de uma das partes.

Definida a adoção da teoria finalista mitigada, é plenamente possível distinguir os contratos empresariais dos contratos de consumo. Os primeiros são celebrados entre empresários no exercício de suas atividades econômicas, com finalidade de lucro, estando, em regra, submetidos às normas de direito contratual empresarial. Os segundos são entabulados entre um fornecedor e um consumidor, e tem por objeto a aquisição de produtos ou serviços para uso da pessoa, sem reintrodução do bem no mercado de consumo, estando sujeitos à proteção contratual definida no Código de Defesa do Consumidor²⁰⁸.

Destaca-se que é possível que uma sociedade empresária figure na condição de consumidora, desde que adquira produtos ou serviços para utilização própria, sem finalidade de reintrodução do bem no mercado, mediante transformação ou intermediação. Vale lembrar que o art. 2º garante a aplicação do Código de Defesa do Consumidor também às pessoas jurídicas, mas, para tanto, deve estar satisfeito o pressuposto de destinação final (econômica) do produto ou serviço. Logo, pode haver a celebração de contrato de consumo por empresário sociedade empresária, assim como é admitido, excepcionalmente, que a proteção contratual prevista no Código de Defesa do Consumidor seja aplicada a determinados contratos empresariais, caso configurada a vulnerabilidade de um dos empresários (individual ou coletivo) envolvidos na transação (corolário da adoção da teoria finalista mitigada). No entanto, estas excepcionalidades de maneira alguma podem confundir o regime jurídico dos contratos empresariais e dos contratos de consumo. Enquanto os contratos empresariais se caracterizam pela lógica própria dos negócios entre empresários, partindo do pressuposto da

²⁰⁸ Esta diferenciação está de acordo com a classificação subjetiva mencionada por Márcia Carla Pereira Ribeiro, Irineu Galeski Junior. Segundo o critério subjetivo, os contratos se dividem em: contratos de consumo, empresariais e de trabalho: "A classificação pelo sujeito decorre da aceitação da existência de condições especiais do sujeito que justificam disciplina normativa e interpretação especiais. Nos contratos de consumo e de trabalho é possível o destaque da disparidade intelectual, econômica e de acesso à informação, de forma a sustentar a necessidade de interferência da Lei na tentativa de reequilibrar os interesses, desequilibrados em razão da referida disparidade. Uma intervenção do Estado na elaboração das condições de contratação, uma limitação à autonomia privada calçada na especificidade das condições do sujeito e no princípio da autonomia" RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. op. cit., p. 16.

paridade entre as partes, consoante caracterização trabalhada no tópico anterior, os contratos de consumo seguem a lógica de proteção da parte vulnerável (consumidor), ou seja, pressupõe a regulação de uma relação entre contratantes em posição desigual. A confusão entre as disciplinas jurídicas, aplicando a tutela protetiva consumerista à relações contratuais nas quais, em regra, não há disparidade de informação ou no poderio das partes, consoante Paula A. Forgioni, gera instabilidade no sistema empresarial²⁰⁹; em outros termos, a *consumerização* da relação empresarial não se coaduna com seus fundamentos, características e modo de funcionamento da atividade empresarial, somente se justificando a aplicação da proteção contratual do CDC em caso de vulnerabilidade de um dos empresários envolvidos²¹⁰.

3.3.2 Contratos empresariais e contratos civis

Superada a distinção entre contrato empresarial e contrato de consumo, passa-se a abordar as diferenciações que separam os contratos empresariais dos contratos civis. Desde logo, adianta-se que, especialmente no direito brasileiro, há certa tendência de tratar os contratos civis e empresariais como se estivessem sujeitos à mesma disciplina jurídica, por estarem ambos regulados, em grande parte, pelo mesmo diploma – Código Civil de 2002²¹¹. Esta tendência se verifica também na jurisprudência, que muitas vezes analisa os contratos civis e empresariais sob a mesma ótica, de acordo com a mesma lógica, sem qualquer distinção, o que induz ao questionamento sobre a existência do contrato empresarial como categoria autônoma desprendida do contrato civil.

A aproximação entre os contratos civis e contratos empresariais decorre da tentativa de unificação das obrigações e contratos civis e comerciais, inaugurada nos países de tradição romanística em 1942, com a edição do Código Civil italiano. O *Codice Civile* passou a disciplinar a matéria civil e a matéria comercial, com intuito de promover a unificação das leis

²⁰⁹ FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais..., op. cit., p. 34.

²¹⁰ Paula Forgioni pondera que a não incidência da lógica consumerista aos contratos empresariais, "não deve levar à conclusão de que o empresário em posição de sujeição ao poder do outro não seja digno de tutela. Finque-se bem, contudo, a seguinte advertência: essa proteção deverá se dar em conformidade com as regras e os princípios típicos do direito mercantil e não da lógica consumerista, incompatível com as premissas daquele sistema (...) Desenvolve-se cada vez mais a repressão ao abuso da dependência econômica, tanto no campo do direito antitruste, quando do direito contratual empresarial" (Ibidem, p. 35).

²¹¹ Neste sentido, embora ressalve a autonomia do direito comercial, Rosa Maria de Andrade Nery afirma: "o CC regula as relações jurídicas civis, vale dizer, as que possam ser de sua titularidade. Dispõe, também, sobre temas centrais fundamentais do direito comercial, unificando, por assim dizer, o direito obrigacional". NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 209.

de direito privado²¹². No Brasil, consoante registram Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior, o Código Civil vigente teve como uma de suas aspirações a unificação do direito privado, almejando afastar a dualidade de disciplina da atividade econômica organizada e da atividade civil²¹³. Esta pretensão de tratamento unitário das relações jurídicas privadas transparece "na adoção do conceito de empresa em substituição à de comerciante, definida no Código Comercial de 1850, e na revogação da dualidade de disciplina dos contratos privados pela revogação do Código Comercial em seus artigos 121 a 286"²¹⁴.

Em que pese a tentativa de unificação²¹⁵, a doutrina comercialista rejeita, mesmo após a edição do Código Civil de 2002, que o tratamento jurídico dos contratos civis e empresariais tenha sido unificado. Conforme Fábio Ulhoa Coelho, não é correto afirmar que o Código Civil vigente teria implicado unificação do direito das obrigações, pois os contratos empresariais nunca estiveram sujeitos exclusivamente a este diploma. Segundo ele, a legislação empresarial determina regras específicas para as obrigações entre empresários, bem como princípios próprios somente aplicáveis aos contratos empresariais, razão pela qual se mostra inapropriado falar em unificação dos contratos civis e empresariais²¹⁶. Para Fábio Ulhoa Coelho, o "princípio do pleno respeito à autonomia da vontade e do informalismo contratual conferem à disciplina jurídica dos contratos entre empresários nuances que não se estendem à generalidade das obrigações civis"²¹⁷.

No mesmo sentido, Marcelo Bertoldi se posiciona pela incoerência de unificação do direito contratual privado. Segundo Bertoldi, o direito privado se divide nos ramos de direito civil e direito empresarial: enquanto o direito civil "se ocupa de regular as relações jurídicas relacionadas à família, à sucessão, ao estado da pessoa e às obrigações sobre a ótica individualista", o direito comercial "ocupa-se em regular uma atividade, a atividade

²¹² COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Vol. 1, op. cit., p. 31.

²¹³ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. op. cit, p. 3.

²¹⁴ Idem.

²¹⁵ A propósito, Waldirio Bulgarelli aborda o processo histórico brasileiro de tentativas de unificação do direito privado, destacando que: "No Brasil, de há muito se intenta a unificação do Direito Obrigacional, e mesmo, a unificação do Direito Privado. (...) A primeira tentativa de realce ocorreu com Teixeira de Freitas que, conforme é sabido, encarregado de elaborar um anteprojeto de Código Civil, propôs em 1867 ao Governo Imperial a sua transformação num anteprojeto de Código de Direito Privado. (...) No Brasil, várias tentativas se verificaram após aquela frustrada de Teixeira Freitas; assim a de Herculano Marcos Inglês de Souza, que, em 1911, incumbido de apresentar um projeto de Código Comercial, pelo governo, foi autorizado (Decreto 2.379, de 4 de janeiro de 1911) a transformá-lo em código privado que, embora concluído e remetido ao Congresso, não teve seguimento. (...) Em 1941, foi elaborado anteprojeto de Código de Obrigações pelos ministros do Supremo Tribunal Federal, Philadelfo Azevedo, Orozinho Nonato e Hahnemann Guimarães; em 1949 foi apresentado esboço de projeto, de autoria do Desembargador Florêncio de Abreu, que, embora encaminhado em 1950 ao Congresso, também não teve êxito." Em 1965 e em 1975 também foram apresentados projetos no sentido da unificação das obrigações privadas. (BULGARELLI, Waldirio. op. cit., p. 39/40).

²¹⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Vol. 1, op. cit., p. 42.

²¹⁷ Idem.

empresarial"²¹⁸. Consoante afirma, esta diferença de objeto de regulação não se alterou com o advento do atual Código Civil, pois "mesmo com um único corpo legislativo, ainda assim podemos diferenciar, com precisão e proveito metodológico, os contratos civis dos mercantis"²¹⁹.

Também no sentido da rejeitar a unificação do direito obrigacional e contratual civil e empresarial, ainda vale registrar o posicionamento de Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior, bem como as considerações de Penalva Santos sobre o tema. Para Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior, "a [tentativa de] unificação do Direito Privado não resistiu às especificidades do Direito de Empresa, assim como o Direito de Empresa não se encontra limitado à disciplina do Código Civil"²²⁰. As normas concorrenciais e as normas relativas à falência e recuperação de empresas seriam alguns exemplos da especificidade da disciplina normativa relacionada à prática comercial, denotando que o sistema de direito empresarial está sujeito a normas outras, estranhas ao Código Civil, e que influenciam o direito contratual empresarial²²¹. E, para arrematar, Penalva Santos assevera que "os contratos comerciais não passam a ser civis pela mera circunstância de terem sido inseridos no novo diploma, no qual estão compreendidos os contratos civis e alguns comerciais"²²², pois a natureza dos contratos está vinculada à sua tipologia jurídica e aos princípios que orientam sua causa e seu objeto²²³.

Assim, superada a unificação das normas contratuais civis e empresariais, à luz da doutrina comercialista dominante²²⁴, parte-se à distinção propriamente dita entre contratos civis e contratos empresariais, repisando alguns dos fundamentos já utilizados para a rejeição da unificação do direito obrigacional e contratual privado.

Talvez o principal fator que diferencie a lógica e as normas contratuais empresariais e civis seja a dimensão dinâmica dos primeiros, frente à dimensão estática dos segundos²²⁵. Conforme Fernando Boiteux, o direito comercial se ocupa da normatização de uma atividade,

²¹⁸ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. op. cit., p. 712.

²¹⁹ Idem.

²²⁰ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. op. cit., p. 15.

²²¹ Idem.

²²² SANTOS, Joaquim Antônio Penalva. **Os contratos mercantis à luz do Código Civil**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 16.

²²³ Idem.

²²⁴ O entendimento, embora dominante, não é unânime. Em sentido contrário, entendendo pela conveniência da unificação, para aplicar o direito contratual empresarial também aos contratos civis, cita-se o entendimento de Enzo Roppo: "Com o advento da produção, da distribuição e dos consumos de massa, um tal desenvolvimento acabou por alargar-se a todo o sistema económico, e perderam importância - como se viu - as razões de um duplo regime jurídico dos contratos: toda a disciplina contratual se adequou uniformemente às exigências da empresa, por que a empresa se tornou a *forma geral das actividades económicas*". ROPPO, Enzo. op. cit., p. 68.

²²⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit., p. 184/185.

ao contrário do direito civil, que trata de atos isolados²²⁶. Este fator motiva uma série de normas específicas na disciplina dos contratos empresariais, voltadas ao melhor desenvolvimento da atividade empresarial, conferindo a dinamicidade necessária ao bom funcionamento do mercado, dinamicidade esta que não se mostra essencial no âmbito de contratação civil. Nesta esteira, Marcelo Bertoldi registra que é característica dos contratos mercantis "o caráter dinâmico da propriedade no direito comercial, em contraposição à característica estática com que ela é vista pelo direito civil, impondo assim um tratamento diverso e específico"²²⁷. Nesta medida, Bertoldi elenca, como diferenças entre os contratos civis e empresariais, a maior informalidade dos contratos entre empresários, visando conferir celeridade aos negócios empresariais, e uniformização de procedimentos e normas relativas à atividade empresarial²²⁸.

Em função deste contexto específico que caracteriza a atividade dos empresários – estranhos às contratações civis em geral – o critério de classificação dos contratos em civis ou empresariais, passa, além do objeto e finalidade da contratação (contrato celebrado no exercício de atividade econômica habitual com escopo de lucro), também pelo aspecto subjetivo. Com efeito, pode-se afirmar que os contratos civis são os celebrados por não empresários, ou seja, ambas as partes não são contratantes habituais daquele negócio, nem mesmo exercem profissionalmente aquele tipo de transação, sendo regidos, portanto, pelo regime jurídico de Direito Civil. Já os contratos empresariais são os firmados por empresários na exploração de suas atividades econômicas, as quais pressupõem habitualidade e profissionalidade, estando regidos pelas normas do Código Civil e das leis empresariais, interpretadas e aplicadas à luz das características próprias dos contratos empresariais (conforme abordado no tópico anterior)²²⁹. Não por outra razão, tradicionalmente defende-se que algumas normas contratuais extraídas com referência às disposições do Código Civil, tais como o princípio da autonomia privada, princípio do *pacta sunt servanda* ou a teoria da imprevisão, devem ser interpretadas e aplicadas de maneira diversa, conforme se trate de contrato civil ou de contrato empresarial²³⁰.

²²⁶ BOITEUX, Fernando Netto. **Contratos Mercantis**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 9.

²²⁷ BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. op.cit., p. 713.

²²⁸ Idem.

²²⁹ Neste sentido, Cláudia Lima Marques afirma que, enquanto os consumidores são presumidamente vulneráveis, como relação "aos profissionais e às pessoas jurídicas vale a presunção em contrário, isto é, que devem possuir conhecimentos jurídicos mínimos e sobre a economia para poderem exercer a profissão ou que devem poder consultar advogados e profissionais especializados antes de obrigar-se". MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p. 106.

²³⁰ Segundo Orlando Gomes, a distinção entre contratos civis e empresariais é operacional: "Os contratos empresariais apresentam importantes peculiaridades de tratamento, v.g., no que diz respeito à interpretação (papel mais acentuado dos usos empresariais), à alteração das circunstâncias (menor possibilidade de revisão

Sendo assim, o contrato empresarial consubstancia categoria contratual autônoma que não se confunde com o contrato civil, muito menos com o contrato de consumo. Os contratos celebrados pelos empresários no exercício de suas atividades econômicas, como visto, apresentam características singulares e seu regime jurídico deve ser delineado em respeito às suas peculiaridades, não devendo ser tratados como se estivessem sujeitos ao CDC ou ao regime contratual civil.

3.4 CONTRATOS EMPRESARIAIS E SUA FUNÇÃO NA ECONOMIA CAPITALISTA

Em tópico anterior, afirmou-se a interdependência entre questões ligadas ao funcionamento do mercado (aspectos econômicos) e a disciplina jurídica dos contratos empresariais, destacando-se a estreita vinculação entre o ramo jurídico empresarial e o objeto por ele regulado (atividade econômica organizada)²³¹. Na oportunidade, foi demonstrado que a grande maioria (senão todos) os vetores tradicionais do direito contratual empresarial encontram fundamento direto ou indireto em aspectos econômicos, com vistas a que as normas jurídicas imprimam bom funcionamento às relações econômicas no mercado²³². Nesta toada, para concluir o raciocínio sobre a relação necessária entre as normas de contratos empresariais e a estruturação da economia, convém abordar a função dos contratos empresariais no sistema econômico capitalista, aclarando a importância de que sua disciplina jurídica seja conformada no sentido de otimizar o relevante papel que – antecipa-se – este instituto jurídico desempenha no atual modelo de organização da economia.

Conforme já consignado, na exploração da empresa, o empresário se vale de uma série de obrigações, constituindo os negócios jurídicos necessários à prática econômica²³³. Dentre os negócios entabulados, além dos celebrados com consumidores e empregados, desponta os celebrados entre empresários, tais como: compra e venda de insumos, ajuste de parceira,

contratual e à aplicação dos princípios da boa-fé e da função social do contrato”. GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizado por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 22.

²³¹ Rosa Maria de Andrade Nery, debruçando-se sobre os contratos de direito privado, registra: “não se pode negar a importância socioeconômica da estrutura jurídico-sistemática do contrato, pena de se ver comprometida a segurança da vida do direito, a estabilidade da economia e a própria essência da liberdade humana, pois uma base econômica inspira e *condiciona as relações jurídicas negociais*”. NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit. p. 229.

²³² Segundo Irineu Mariani: “Os contratos empresariais se originam sempre no exercício da atividade econômica, chamada atividade-fim, ou a ela relacionados. (...) os contratos empresariais têm origem: (a) na prática de atos comerciais por natureza (os que constituem o objeto social do empresário ou atividade-fim); e (b) na prática de atos acessórios ou conexos (os que instrumentalizam a atividade-fim, como a compra dos equipamentos necessários ao respectivo exercício). MARIANI, Irineu. op. cit., p. 14.

²³³ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. op. cit., p. 14.

representação comercial, distribuição, dentre outros. Pode-se afirmar, de um modo geral, que os contratos instrumentalizam os negócios estabelecidos no exercício da empresa²³⁴, enquanto os contratos empresariais são o instrumento utilizado pelos empresários para operar seus negócios com outros empresários²³⁵. Nesta medida, os contratos demonstram caráter instrumental, pressupondo sempre uma operação econômica subjacente; no caso dos contratos empresariais, no seu pano de fundo invariavelmente haverá uma operação de cunho econômico estabelecida entre empresários no exercício de suas atividades econômicas.

Consoante sustenta Enzo Roppo, a formalização do contrato "nunca é construída (com os seus caracteres específicos e peculiares) como um fim em si mesma, mas sim com vista e em função do arranjo que se quer dar às operações econômicas"²³⁶. Significa que o contrato, como instituto jurídico, é instrumento da operação econômica²³⁷, servindo-lhe de base e estruturado consoante os interesses que se pretende tutelar naquela relação²³⁸. Na esfera das operações entre empresários no exercício de suas atividades, os contratos empresariais são indispensáveis para possibilitá-las, instrumentalizando "a circulação de riquezas indispensável à prática empresarial"²³⁹. A atividade empresarial precisa "ser assegurada, otimizada e viabilizada pelo contrato e, conseqüentemente, pelo sistema jurídico aplicável aos contratos"²⁴⁰.

Conforme será delineado na próxima seção, a segurança e a previsibilidade das relações econômicas são essenciais para o bom funcionamento do mercado e são asseguradas, primordialmente, pelos contratos e pelas instituições jurídicas que lhe conferem sustentação²⁴¹. Segundo Enzo Roppo, "as regras que governam o controle de funcionamento

²³⁴ Na expressão de Waldirio Bulgarelli, os contratos representam "o núcleo básico da atividade empresarial" BULGARELLI, Waldirio. op. cit., p. 25.

²³⁵ Neste sentido, vale registrar a lição de Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior "O empresário lança mão de inúmeras obrigações, operando no sistema de constituição de negócios jurídicos indispensáveis à prática econômica. Negócios que são identificáveis na escolha e aquisição de matéria prima, na escolha e contratação de empregados e prestadores de serviço, na escolha dos parceiros, e, no transpasse dos produtos e serviços aos consumidores. Na instrumentalização destes negócios desponta o contrato. Especialmente os contratos relacionados à vinculação dos empresários entre si, seja na compra e venda de insumos, ou no estabelecimento de uma parceria". RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. op. cit., p. 14.

²³⁶ ROPPO, Enzo. op. cit., p. 9/10.

²³⁷ Esclarece Enzo Roppo o que se entende por operação econômica: "existe operação econômica - e portanto possível matéria de contrato - onde existe *circulação da riqueza*, actual ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro (naturalmente, falando de riqueza não nos referimos só ao dinheiro e aos outros bens materiais, mas consideramos todas as utilidades susceptíveis de avaliação econômica, ainda que não sejam coisas em sentido próprio)". Ibidem, p. 13.

²³⁸ Idem.

²³⁹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. op. cit., p. 17.

²⁴⁰ Idem.

²⁴¹ Nesta esteira, Orlando Gomes leciona: "A vida econômica desdobra-se através de imensa rede de contratos que a ordem jurídica oferece aos sujeitos de direito para que regulem com segurança seus interesses. Todo contrato tem uma função econômica (...)". GOMES, Orlando. op. cit. p. 22.

dos contratos, reflectem pontualmente *regras de bom funcionamento do mercado*”²⁴². Isso porque a racionalidade, previsibilidade e calculabilidade são atributos indispensáveis para a circulação de riquezas no sistema econômico capitalista. Assevera Enzo Roppo que, não houvesse contrato para conferir estabilidade e segurança às operações econômicas, predispondo a solução em caso de superveniência de acontecimentos imprevisíveis, inadimplemento contratual ou operação fundada em erro das partes, o mercado estaria exposto ao risco de ser, “em seu complexo, um *mercado totalmente irracional* (e bem longe de garantir - segundo os postulados ideológicos da economia clássica – o melhor aproveitamento dos recursos e com ele a maximização do bem-estar colectivo)”²⁴³. Por isso, não há dúvidas acerca do “*papel do contrato como instrumento essencial para a gestão de uma economia capitalista*”²⁴⁴.

É tal a importância dos contratos para o funcionamento do mercado (especialmente os contratos empresariais, que se ligam diretamente à atividade econômica organizada), que, na lição de Paula Forgioni, o mercado identifica-se “com um emaranhado de relações contratuais, tecido pelos agentes econômicos”²⁴⁵. Esta relação entre contrato e mercado é elucidativamente trabalhada por Paulo Nalin; segundo ele, o contrato se amolda à forma de organização da economia em cada época, transformando-se de acordo com o contexto em que está inserido, mas sempre desempenhando seu papel fundamental no capitalismo de mercado: “a função de instrumento da liberdade de iniciativa econômica”²⁴⁶.

A liberdade de iniciativa, por escolha constitucional, é um dos fundamentos da atividade econômica brasileira²⁴⁷. Preferencialmente, a liberdade de iniciativa está concentrada nos agentes privados, para que a exerçam individual ou coletivamente (sociedades) mediante a organização de uma atividade empresarial²⁴⁸, reservando-se ao Estado a iniciativa econômica apenas nas hipóteses previstas no art. 173, *caput*, da Constituição de 1988²⁴⁹. De qualquer modo, seja a liberdade de iniciativa exercida pelos particulares ou por entidades estatais, os contratos estão presentes para possibilitar que a exploração da atividade econômica se desenvolva. Não é factível, ao menos no contexto atual

²⁴² ROPPO, Enzo. op. cit., p. 223/224.

²⁴³ Idem.

²⁴⁴ Idem.

²⁴⁵ FORGIONI, Paula A. op. cit., p. 25.

²⁴⁶ NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno, Curitiba: Juruá, 2002, p. 109.

²⁴⁷ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. op. cit., p. 47.

²⁴⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 804/805.

²⁴⁹ Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

de organização capitalista, que alguma empresa seja explorada sem a celebração de contratos ou mesmo sem o entabulamento de contratos empresariais²⁵⁰. Pelos próprios modelos de gestão e organização da atividade empresarial predominantes no atual contexto econômico, caracterizados pelo enxugamento do quadro de trabalhadores e do espaço físico dos empreendimentos, com grande tendência de terceirização de atividades-meio²⁵¹, torna-se quase inevitável a celebração de contratos interempresariais. Aliás, pode-se afirmar que, tirante os casos de fraude à legislação trabalhista, o fenômeno econômico-social da terceirização é instrumentalizada por contratos empresariais.

Enzo Roppo destaca a transição no papel do contrato: de meio instrumental e funcional da propriedade à instituto instrumental e funcional da empresas. Nas palavras de Roppo:

Se o contrato adquire relevância maior com o progressivo afirmar-se do primado da iniciativa da empresa relativamente ao exercício do direito de propriedade, é também porque este constitui um *instrumento indispensável ao desenvolvimento profícuo e eficaz de toda a actividade económica organizada*. Poderia assim dizer-se, para resumir numa fórmula simplificante a evolução do papel do contrato, que de mecanismo funcional e instrumental da propriedade, ele se tornou *mecanismo funcional e instrumental da empresa*.²⁵²

Conforme destaca Eros Roberto Grau, todas as avenças firmadas entre empresários possuem uma razão, ou seja, uma função econômica²⁵³. Quer dizer que, antes da formalização jurídica do contrato empresarial, existe uma transação econômica que as partes almejam no exercício dinâmico da empresa²⁵⁴. Em virtude disso, Orlando Gomes chega a classificar os contratos de acordo com as funções econômicas que desempenham. Segundo este critério, o autor divide os contratos em sete categorias:

- a) para promover a circulação de riqueza;
- b) de colaboração;
- c) de prevenção de risco;
- d) de conservação e acautelatórios;
- e) para prevenir ou dirimir uma controvérsia;
- f) para a concessão de crédito;
- g) constitutivos de direitos reais de gozo, ou de garantia.²⁵⁵

²⁵⁰ Consoante sustenta Paula A. Forgioni: "É preciso adquirir insumos, distribuir produtos, associar-se para viabilizar o desenvolvimento de novas tecnologias, a abertura de mercados, etc.; tudo exige que se estabeleça relações com terceiros. Essa ação recíproca (empresas - outros agentes) interessa ao direito na medida em que dá à luz a contratos e, conseqüentemente, a relações jurídicas". FORGIONI, Paula A. op. cit., p. 24.

²⁵¹ Sob o crescimento do fenômeno da terceirização e seus reflexos, vide DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 8ª ed., São Paulo: LTr, 2008, p. 407/416.

²⁵² ROPPO, Enzo. op. cit., p. 67.

²⁵³ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. op. cit., p. 283.

²⁵⁴ Nas palavras de Paula Forgioni, "o negócio jurídico [empresarial] há de ser visto como meio empregado pelas partes na concreção de seus escopos". FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais..., op. cit., p. 59).

²⁵⁵ GOMES, Orlando. op. cit., p. 22.

Além de a operação econômica subjacente significar importante pauta de interpretação dos contratos empresariais, sua existência – na base dos negócios empresariais – transparece, mais uma vez, a função instrumental do contrato empresarial no contexto da economia de mercado. Assentando-se o sistema capitalista no princípio da livre iniciativa, devem ser delineadas instituições jurídicas que deem conta de possibilitar de maneira mais adequada o desenvolvimento da produção e circulação de riquezas no mercado, sob pena de o sistema econômico não funcionar de maneira minimamente satisfatória²⁵⁶. Sendo os contratos empresariais e os contratos em geral instrumentos jurídicos voltados à consecução do objetivo de bom funcionamento do mercado, sua estrutura normativa, na lição de Eros Roberto Grau, "segue e seguirá viabilizando a fluência das relações econômicas", somente se admitindo em seu regime jurídico normas e institutos compatíveis com essa função²⁵⁷.

Isso não significa que a disciplina contratual esteja sujeita de forma absoluta aos ditames mercadológicos. É possível a inclusão na estrutura normativa dos contratos (inclusive empresariais) normas que visem fins outros, valores que não se relacionam diretamente com os imperativos econômicos. Entretanto, esta possibilidade encontra limite a partir do momento em que fere a lógica de funcionamento do mercado capitalista²⁵⁸, especialmente quando tais normas implicam instabilidade, incerteza e insegurança nas *regras do jogo* contratual. Em tempos de competição a nível global (fenômeno da globalização), quanto mais próxima a disciplina jurídica dos contratos empresariais de atender a função de instrumentalizar as operações econômicas, conferindo-lhe certeza, segurança, previsibilidade e confiança entre os empresários contratantes, maior será a atração da atividade empresarial para a economia nacional, pela facilitação do fluxo econômico²⁵⁹.

A partir do momento em que o direito contratual empresarial e suas instituições são

²⁵⁶ Sobre o tema, destaca Orlando Gomes que o motivo determinante da tutela jurídica do contrato está atrelada à sua função econômico-social. Nas palavras do autor: "A função econômico-social do contrato foi reconhecida, ultimamente, como a razão determinante de sua proteção jurídica. Sustenta-se que o Direito intervém, tutelando determinado contrato, devido à sua função econômico-social". *Ibidem*, p. 23/24.

²⁵⁷ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. *op. cit.*, p. 23.

²⁵⁸ E assim o é porque, consoante aponta Orlando Gomes: "Tamanha é a importância dos contratos como *fato econômico*, que sua disciplina jurídica constitui a estereotipação do regime a que se subordina a economia de qualquer comunidade". GOMES, Orlando. *op. cit.*, p. 23.

²⁵⁹ Abordando esta temática da globalização e contratos empresariais, registra Fabio Ulhoa Coelho: "Com o desenvolvimento da globalização da economia, os empresários procuram localizar seus estabelecimentos industriais em países de direito-custo mais atraente. Em vista disso, os interessados em atrair investimentos, como é o caso do Brasil, terão maior ou menor sucesso na medida em que os respectivos direitos passem a representar vantagens competitivas. Quanto maior a liberdade reconhecida pela ordem jurídica para os próprios agentes econômicos definirem, por contrato, seus direitos e obrigações, maior será a atração de investimentos. A globalização, assim, revigora a autonomia da vontade". COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 3, *op. cit.*, p. 32.

conformados em descompasso com sua função para o funcionamento da economia capitalista, todo o sistema econômico pode sofrer reflexos negativos, inclusive pela perda competitiva perante outros países. Os contratos, especialmente os empresariais, são pilares de estruturação da economia capitalista, pois instrumentalizam e possibilitam o exercício da livre iniciativa pelos agentes econômicos. No contexto brasileiro, havendo nítida opção por este modelo econômico (capitalismo), não se pode descuidar de seu papel/função (dos contratos empresariais) para o bom funcionamento da economia de mercado, sob pena de a disciplina jurídica da atividade empresarial estar em descompasso com o modelo econômico estabelecido.

3.5 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS E AS DISPOSIÇÕES GERAIS DOS CONTRATOS NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Conforme registrado, com o advento do Código Civil de 2002, os contratos empresariais passaram a ser regulados em grande parte pelo corpo legislativo que rege os contratos civis, em uma tentativa de unificação do regime contratual civil e empresarial. Conquanto, segundo a doutrina comercialista dominante, não tenha havido unificação do direito contratual civil e empresarial, é certo que o atual código tornou uniformes vários dispositivos da disciplina contratual que são aplicáveis para ambos os segmentos. Esta coincidência de dispositivos ocorre especialmente no que tange à teoria geral dos contratos.

A teoria geral dos contratos civis e a teoria geral dos contratos empresariais atualmente buscam referência nos artigos do Código Civil de 2002 para, via interpretação, estruturar seus respectivos arcabouços normativos. Considerando que o texto não se confunde com a norma, a qual, para ser extraída, depende da atividade interpretativa²⁶⁰, não há dúvidas de que a referência aos mesmos textos normativos não significa que a teoria geral dos contratos passou a ser a mesma para o âmbito civil e empresarial. Sendo a norma produto da interpretação, plenamente possível – como, de fato, ocorre – que, partindo dos mesmos textos legais (normas contratuais gerais estabelecidas no CC/2002), a atividade interpretativa orientada de forma particularizada conforme a lógica inerente a cada ramo (civil e empresarial) resulte em diferentes normas perante a teoria geral dos contratos civis e teoria

²⁶⁰ A este respeito, leciona Eros Roberto Grau: “O que em verdade se interpreta são os textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo (...) O conjunto de textos – disposições, enunciados – é apenas ordenamento em potência, um conjunto de possibilidades de interpretação, um conjunto de normas potenciais”. GRAU, Eros Roberto. op. cit., p. 27.

geral dos contratos empresariais. A guisa de exemplo, partindo do texto do art. 478 do Código Civil, que consagra a teoria da imprevisão no âmbito das disposições gerais dos contratos, a interpretação promovida na órbita da disciplina dos contratos empresariais pode ser no sentido de restringir as hipóteses de aplicação da revisão contratual fundada na imprevisão, em homenagem às características e lógica próprias desse sistema²⁶¹, enquanto, partindo do mesmo texto, pode-se extrair norma, na esfera contratual civil, que configure ampliação dos casos de incidência da revisão do contrato em hipóteses de incidência da teoria da imprevisão.

Considerando a proposta da pesquisa, que se ocupa da disciplina geral dos contratos empresariais no contexto do pós-positivismo jurídico – motivada pelas significativas mudanças ocorridas na estruturação do Direito, com potenciais reflexos no regime jurídico dos contratos empresariais – não se ocupará da análise de todas as disposições de teoria geral dos contratos em tese aplicáveis aos contratos empresariais. Em termos gerais, importa destacar, apenas, que todas as disposições contidas no Título I, Capítulo I, do CC/2002 ("Do Negócio Jurídico: Disposições Gerais"), bem como todos os dispositivos estabelecidos no Título V do CC/2002 ("Dos Contratos em Geral: Disposições Gerais") atualmente são aplicáveis aos contratos empresariais como disposições gerais, ressalvando-se que as normas extraídas a partir destes dispositivos não raras vezes apresentam peculiaridades quando comparadas às normas aplicáveis aos contratos civis.

De acordo com os fins da pesquisa, a abordagem das disposições gerais do Código Civil se limita àquelas relacionadas à *socialidade*, *eticidade* e *operabilidade*²⁶² que caracterizam a disciplina contratual a partir do advento do Código Civil de 2002²⁶³. Quando

²⁶¹ Defendendo esta peculiaridade de interpretação do art. 478 na esfera contratual empresarial, Fabio Ulhoa Coelho possui posicionamento restritivo sobre a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos empresariais. Segundo o autor, “não basta, para autorizar a revisão judicial do contrato empresarial, a onerosidade excessiva de uma parte ou a vantagem extraordinária da outra”, pois pode ser que a desvantagem em um contrato seja compensado em termos de vantagem em outras avenças. Além disso, “também é insuficiente, para a revisão judicial dos contratos empresariais, a mera imprevisibilidade do fato superveniente que frustrou a expectativa de um dos contraentes”, considerando que o sistema deve privilegiar as decisões acertadas e penalizar as decisões equivocadas, não podendo a revisão judicial servir como neutralizador das conseqüências de cada decisão empresarial. Assim, se não houve precaução contra os riscos, mesmo que não previsíveis, deve o empresário arcar com essa escolha. COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, Vol. 3., op. cit. p. 91/92.

²⁶² Nas palavras de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, o Código Civil de 2002 “foi elaborado para atualizar o direito privado, naquilo em que a experiência jurídica já está consolidada pela ciência, e para torná-lo compatível com a evolução da sociedade contemporânea, agregando ao novo sistema jurídico as conquistas mais significativas e atuais da ciência do direito. Para isso o código – como sistema jurídico – adotou valores considerados essenciais para se atingir essa atualização normativa, compatível com os anseios da sociedade contemporânea. Esses valores são: a *eticidade*, a *socialidade* e a *operabilidade*”. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 194.

²⁶³ Até mesmo antes do advento do CC/2002, a doutrina já destacava essa tendência à *socialidade* e *eticidade*, fundada na constitucionalização do CC/1916, isto é, utilizar as normas e valores constitucionais como balizadoras da interpretação dos institutos previstos no antigo *codex*. Assim, em obra anterior a CC/2002, Paulo

comparado ao código anterior, o Código Civil vigente “tem forte inspiração ética e abre espaço para valores como: probidade, boa-fé, correção”, reconhecendo que “a aplicação da norma de direito privado pelo juiz deve se dar num ambiente que favoreça os interesses sociais”²⁶⁴. O novo Código almejou romper com o modelo contratual individualista e patrimonialista delineado no Código Civil de 1916, privilegiando o solidarismo, a dignidade humana, a boa-fé objetiva²⁶⁵.

A ruptura do modelo contratual do código anterior, assentado em normas fechadas (mera subsunção do fato à norma), está atrelada diretamente à sua incompatibilidade ao modelo de contrato extraído a partir das normas da Constituição de 1988. Conforme já assentado, a Constituição de 1988 estabeleceu princípios, diretrizes e objetivos que são antagônicos ao individualismo e ao patrimonialismo²⁶⁶, colocando a pessoa humana como elemento central de proteção do Direito, em todas as suas dimensões, e com base na solidariedade e cooperação de todos na concretização dos direitos fundamentais²⁶⁷. Com a fixação da Constituição como vértice do ordenamento jurídico (fenômeno do neoconstitucionalismo), fortalece-se a ideia de constitucionalização de todos os ramos do direito, inclusive o Direito Civil e o Direito Empresarial²⁶⁸, para estabelecer as normas constitucionais como parâmetro para a interpretação e construção de todo o Direito²⁶⁹. Neste

Nalin registrava, a respeito da constitucionalização do Código Civil, especificamente com relação aos contratos, que interpretar o Código Civil à luz da Constituição implica “o distanciamento do individualismo e da patrimonialidade contratual, justificada no Código Civil e que avança, não em sentido de ‘revogar’ tal opção ideológica do legislador da época, mas o de relocá-lo e recondicioná-lo na moldura dos direitos fundamentais à pessoa humana”. NALIN, Paulo. op. cit., p. 36.

²⁶⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit., p. 194.

²⁶⁵ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. A propósito do Novo Código Civil Brasileiro in **Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho**, 2003, São Paulo: LTr. José Affonso Dallegrave Neto e Luiz Eduardo Gunther (org.), p. 12/14.

²⁶⁶ Segundo Luciano Timm, esta mudança no paradigma contratual: “Trata-se, portanto, de uma tentativa de correção do egoísmo, do individualismo, e mesmo, para alguns, do capitalismo. É esse ideário solidarista que se encontra, em primeiro lugar, na Constituição Federal (vide, por exemplo, os seus arts. 1º e 3º). Mas também uma visão que aparece claramente nas diretrizes do novo Código Civil – socialidade e eticidade – e em diversos artigos espalhados pelo corpo do texto legal (vide, por exemplo, os art.s 157, 187, 421, 422, 424 e 1228)”. TIMM, Luciano Benetti. As origens do contrato no novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e aos solidarismo contratual. **Revistas dos Tribunais**, vol. 884, p. 91-92.

²⁶⁷ A respeito da repersonalização do ordenamento jurídico, registra Paulo Lôbo: “A patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, no sentido de primazia, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotados pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira (art. 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário”. LÔBO, Paulo. op. cit., p. 48.

²⁶⁸ Neste sentido, destaca Rosa Maria de Andrade Nery: “a Carta Magna, a Constituição Federal, a Lei Maior de uma nação contém em si os fundamentos institucionais e políticos de toda a legislação ordinária, e, por isso, cada disciplina do direito, disciplinas essas que regulam os diversos setores da vida jurídica, se submete à principiologia que ela adota. (...) Situação diferente não se passa com as disciplinas (direito civil e direito empresarial) do ramo de direito privado”. NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit., p. 229.

²⁶⁹ Neste sentido, Ricardo Lupion afirma: “O Código Civil de 2002 consagrou hermenêutica de interpretação contratual fundada na dignidade da pessoa humana, na supremacia da ordem pública, na função social, na boa-fé

prisma, para garantir a concretização dos novos valores atrelados à disciplina contratual, a autonomia absoluta da vontade declinou como elemento constitutivo do contrato, em favor de uma maior intervenção estatal no conteúdo dos contratos²⁷⁰. O dirigismo contratual no CC/2002, motivado pela massificação das relações contratuais e prevalência do interesse público e social, ensejou maior intervenção estatal no domínio econômico e refletiu uma nova concepção voltada à funcionalização social dos institutos e categorias jurídicas²⁷¹.

No tocante à estrutura das disposições que representam este novo paradigma contratual, destaca Teresa Ancona Lopez que o legislador de 2002 utilizou a técnica de enunciados gerais, abertos, configurando disposições “extremamente genéricas que se aplicam a todo e qualquer caso que se subsuma aos seus requisitos”, em contraposição à técnica de previsão de hipótese normativa casuística²⁷². Consoante Luiz Edson Fachin, as normas de estrutura aberta “têm por finalidade trazer para o fenômeno jurídico aquilo que foi denominado válvula para exigências éticos-sociais”²⁷³. Significa que, por sua estrutura aberta, permitem a inserção de valores éticos na disciplina jurídica, inclusive contratual, além de permitir uma maior adaptabilidade às mudanças sociais²⁷⁴. De fato, conforme sustenta Manuel Atienza, as disposições de estrutura fechada, baseadas em hipóteses casuísticas aplicadas segundo a técnica de subsunção, não são adequadas para a tutela de questões materiais ou de conteúdo, adequando-se apenas como critérios para correção formal²⁷⁵. Assim, considerando que a preocupação, no marco do pós-positivismo pós-Constituição de 1988, repousa exatamente em questões de justiça e equilíbrio materiais, a abertura do sistema normativo contratual do Código Civil, mediante previsão de disposições de estrutura aberta, representa

objetiva”. LUPION, Ricardo. op. cit., p. 36.

²⁷⁰ Orlando Gomes elenca três alterações no regime jurídico do contrato voltadas a um maior equilíbrio contratual, visando corrigir os desequilíbrios anteriormente verificados na esfera contratual: “A primeira consistiu na promulgação de grande número de leis de proteção à categoria de indivíduos mais fracos econômica ou socialmente, compensando-lhes a inferioridade com uma superioridade jurídica. A segunda patenteia-se na legislação de apoio aos grupos organizados, como os sindicatos, para enfrentar em pé de igualdade o contratante mais forte. A terceira, no *dirigismo contratual*, exercido pelo Estado através de leis que impõem ou proíbem certo conteúdo de determinados contratos, ou sujeitam sua conclusão ou sua eficácia a uma autorização do poder público”. GOMES, Orlando. op. cit., p. 9.

²⁷¹ COUTINHO, Aldacy Rachid. *Autonomia Privada na Perspectiva do Novo Código Civil*, in **Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho**, José Affonso Dallegrave Neto e Luiz Eduardo Gunther (org.), São Paulo: LTr., 2003, p. 78.

²⁷² LOPEZ, Teresa Ancona. op. cit., p. 24.

²⁷³ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil Brasileiro**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 304.

²⁷⁴ Neste sentido, Irineu Mariani registra que: “O legislador, cada vez mais, utiliza a técnica dos *tipos legais abertos* ou das *cláusulas gerais*, contrastando com os *tipos legais fechados* ou *cláusulas específicas*. Isso se deve à velocidade das mutações sociais, com frequência tornando-os superados, fenômeno ocorrente de modo especial a partir de meados do séc. XX”. MARIANI, Irineu. op. cit., p. 19.

²⁷⁵ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2000, p. 33/34.

uma necessidade para sua adequação ao modelo de estruturação normativa delineada na Constituição.

São exemplos de disposições estruturadas mediante enunciados abertos, vagos, imprecisos, os artigos 421 e 422, que consagram, respectivamente, a função social do contrato e a boa-fé objetiva. Estes dispositivos, além de consubstanciarem enunciados abertos, foram delineados mediante conceitos indeterminados, denotando um sistema aberto e incompleto, demandando preenchimento de seu conteúdo pelo intérprete/julgador²⁷⁶. Segundo Ana Paula Barcellos, vislumbra-se atualmente uma tendência ao emprego, nos textos das Constituições e nas leis infraconstitucionais recentes, de “expressões gerais – como e.g. *boa-fé e função social do contrato* –, de conteúdo fluido e sentido não inteiramente determinado²⁷⁷. Desse modo, segundo a autora, “o legislador acaba transferindo a delimitação do sentido e alcance dos enunciados normativos para o intérprete”²⁷⁸. Utilizando esta técnica legislativa²⁷⁹, repisa-se que o Código Civil vigente procurou se aproximar dos valores constitucionais, inserindo em suas disposições gerais contratuais estruturas normativas que permitem ao intérprete-julgador atuar no sentido de concretizar, mediante labor integrativo e interpretativo, os axiomas consagrados na Constituição também na esfera dos contratos.

Toda esta modificação tem impacto especialmente no tocante à parte geral dos contratos, demonstrada pela expressa consagração do princípio da boa-fé objetiva (arts. 113 e 422), do princípio da função social do contrato (art. 421), da vedação do enriquecimento ilícito (art. 884), da vedação ao abuso de direito (art. 187), da possibilidade de revisão das avenças fundada em lesão (art. 157) ou estado de perigo (art. 156), da proteção contratual do contratante aderente (art. 423 e 424) dentre outros. Sendo estes dispositivos também aplicáveis aos contratos empresariais – seja por integrar o capítulo das disposições gerais dos contratos ou por consubstanciar dispositivo aplicável a todos os ramos de direito privado – relevante a análise de suas características e conteúdos para avaliar seus possíveis impactos na disciplina jurídica dos contratos empresariais.

²⁷⁶ Rosa Maria de Andrade Nery define os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais: “Os conceitos legais indeterminados e as cláusulas gerais são enunciações abstratas feitas pela lei, que exigem valoração para que o juiz possa preencher o seu conteúdo. (...) Preenchido o conteúdo valorativo por obra do juiz, este decidirá de acordo com a consequência previamente estabelecida pela lei (conceito legal indeterminado) ou construirá a solução que lhe parecer a mais adequada para o caso concreto (cláusula geral)”. NERY, Rosa Maria de Andrade. *op. cit.*, p. 209/210.

²⁷⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividades jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 12/13.

²⁷⁸ *Idem*.

²⁷⁹ A técnica legislativa contemporânea se traduz primordialmente na utilização de cláusulas gerais, princípios jurídicos e conceitos indeterminados. Sobre a diferenciação destas três categorias, vide WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória**, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 151/175.

3.5.1 Boa-fé objetiva

O princípio da boa-fé objetiva vem contido nos artigos 113 e 422 do Código Civil e diz respeito à conduta proba, honesta e cooperativa que as partes contratantes devem adotar nos negócios que celebram²⁸⁰. Envolve uma série de deveres anexos de conduta, referentes ao que objetivamente se espera das partes no trato de seus negócios, independentemente do seu *animus* subjetivo (convicção pessoal acerca da correição de sua conduta). Trata-se de um "modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico"²⁸¹. Estão englobados no conteúdo do princípio da boa-fé objetiva os deveres de informação, transparência, diligência, cooperação, honradez. Em síntese, pode-se afirmar que a boa-fé objetiva consubstancia uma norma de comportamento legal, que exerce funções hermenêutica, criadora de deveres jurídicos e de limitação a direitos subjetivos²⁸².

A boa-fé objetiva inadmite aplicação mecânica, mediante a técnica de subsunção. Com efeito, segundo Judith Martins-Costa, não se mostra possível, *a priori*, determinar o "significado de valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das circunstâncias do caso"²⁸³. Por esta razão, distancia-se do sistema jurídico fechado, caracterizando-se pela sua abertura para valoração no caso concreto. Isso significa que, somente diante dos elementos concretos, é que se poderá analisar, de modo objetivo, se as condutas das partes corresponderam ao padrão de comportamento leal, probo e cooperativo, corolários do princípio da boa-fé objetiva²⁸⁴, a fim de orientar a solução do caso.

No campo do direito contratual civil, os teóricos vêm afirmado que a boa-fé objetiva, ao lado de outros princípios, está destinada à concretização de valores constitucionais, tais

²⁸⁰ Segundo Cláudia Lima Marques, a boa-fé objetiva "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 excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes" MARQUES, Cláudia Lima. op. cit., p.107.

²⁸¹ MARTINS-COSTA, Judith. op. cit., p. 411.

²⁸² FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil., op. cit., p. 307.

²⁸³ Ibidem, p. 412.

²⁸⁴ Sobre a definição da boa-fé objetiva, transcreve-se os ensinamentos de Haroldo Verçosa: "a boa-fé se constrói como uma *regra de conduta*, fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e principalmente no respeito ao interesse da outra parte, o qual deve ser visto como membro de um conjunto social juridicamente tutelado. O exercício da boa-fé objetiva se dá pela atuação da parte com honradez, *probidade*, honorabilidade, transparência, diligência, responsabilidade e sem reticência, como alguns dos devedores decorrentes do caráter normativo do instituto ora considerado". VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. op. cit., p. 103.

como a solidariedade, a justiça contratual e o respeito à pessoa humana²⁸⁵. O papel da boa-fé objetiva, nesta perspectiva, passa pela criação de deveres instrumentais, de natureza lateral, que escapam ao que foi estabelecido pelas partes contratantes²⁸⁶. Estes deveres manifestam natureza genérica, impondo-se às partes independentemente se fundados no contrato celebrado, vez que decorrem da tutela da justa expectativa exigível em todas as relações sociais²⁸⁷. O descumprimento dos deveres anexos decorrentes do princípio da boa-fé objetiva configura violação positiva do contrato²⁸⁸ ou mesmo inadimplemento²⁸⁹, podendo ter como consequência, conforme o caso, rescisão contratual, declaração de nulidade de cláusula, indenização da parte prejudicada e/ou interpretação dos termos de modo mais favorável ao prejudicado. Em suma, o descumprimento dos deveres de conduta definidos pelo intérprete como indispensáveis à boa-fé objetiva tem potencial de acarretar a intervenção na avença, com imposição de consequências não esperadas no momento da celebração do contrato

Na esfera dos contratos empresariais – conforme visto no tópico em que se abordou sua definição e características – a doutrina vem sustentando que o princípio da boa-fé objetiva deve ser dimensionado de acordo com a lógica própria da atividade empresarial²⁹⁰. Significa que os deveres anexos à boa-fé objetiva devem estar afinados às características do funcionamento da atividade econômica e do papel central da empresa neste contexto, evitando que sua aplicação implique, por exemplo, mitigação dos equívocos dos empresários ao estipularem seus negócios. No que tange ao dever de cooperação, Ricardo Lupion afirma que "pode ser relativizado pelo ambiente concorrencial dos negócios empresariais e pelo padrão de cuidado e diligência empresarial que cabe a cada empresa"²⁹¹. O mesmo pode ser

²⁸⁵ Registra Paulo Nalin, a este respeito: "A boa-fé objetiva encerra o circuito da atual justiça contratual, somada a princípios contemporâneos outros, dela derivados – transparência, confiança e equidade – sendo o dado mais claro da afirmação do desejo constitucional de um contrato solidário e socialmente justo". NALIN, Paulo. op. cit., p. 139.

²⁸⁶ LUPION, Ricardo. op. cit., p. 37.

²⁸⁷ NALIN, Paulo. op. cit., p. 141.

²⁸⁸ Entendendo que a inobservância da conduta inerente à boa-fé objetiva configura violação positiva do contrato, vide o posicionamento de Carlos Alberto da Mota Pinto: PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão de contrato**. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 284.

²⁸⁹ Neste sentido, dispõe o enunciado 24 do Centro de Estudos Judiciários - CEJ, do Conselho da Justiça Federal: "Art. 422: Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa".

²⁹⁰ Neste sentido, afirma Wanderley Fernandes que, não obstante os deveres anexos à boa-fé objetiva, "é preciso estimular os negócios e um empresário não deve ser penalizado por tentar convencer seu cliente de que detém o melhor produto. Este é o esforço de todo vendedor e de todo comprador, mesmo os mais simplórios sabem disso. Por outro lado, todo vendedor é suficientemente esperto para saber que seu cliente pretende determinada utilidade ao buscar seu produto e espera ter satisfeitas suas expectativas. Assim, ambas as partes têm, a partir da função específica de certos negócios, a consciência do que pretende a outra parte ao dar início às negociações. FERNANDES, Wanderley. O Processo de Formação do Contrato, in **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. Walderley Fernandes (org.), 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 250.

²⁹¹ LUPION, Ricardo. op. cit., p. 37.

consignado no tocante ao dever de informação, que pode (e, muitas vezes, deve) ser flexibilizado em razão dos padrões de diligência e cuidado dos empresários no momento de entabular seus negócios, considerando em especial a expertise que se pressupõe terem os empresários no trato de seus negócios²⁹².

Não obstante, verifica-se que, via de regra, o princípio da boa-fé objetiva vem sendo aplicado indistintamente no ramo empresarial, sem maior atenção acerca das peculiaridades da função econômica do contrato empresarial, quando comparado ao contrato de natureza civil²⁹³. Em virtude disso, há risco de a integração de deveres anexos pelo intérprete vir a causar instabilidades nos contratos celebrados entre empresários na exploração de suas atividades econômicas, mediante definição de deveres (fundados em valores éticos e morais) incompatíveis com a lógica empresarial.

Por outro lado, em razão da fluidez dos contornos da boa-fé objetiva, ainda que haja a intenção de atender às características peculiares dos contratos empresariais, permanece havendo grandes margens para, com base na dogmática da teoria geral dos contratos empresariais, firmarem-se entendimentos diversos sobre o conteúdo da boa-fé objetiva na solução dos casos concretos envolvendo esta temática²⁹⁴. Em outros termos, a existência de ampla margem para construção do intérprete, em razão da técnica jurídica eleita para estabelecer o princípio da boa-fé objetiva no ordenamento jurídico brasileiro, faz com que haja significativa margem de atuação do julgador/intérprete para definir os contornos da boa-fé objetiva de acordo com os elementos presentes em cada caso, sendo factível que esta definição sofra influência de posicionamentos subjetivos ou de ideologias do intérprete sobre os valores preponderantes²⁹⁵.

²⁹² *Ibidem*, p. 160.

²⁹³ Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, a boa-fé objetiva vem sendo aplicada, em regra, de acordo com os mesmos parâmetros no âmbito dos contratos civis e dos contratos empresariais. Confira-se: REsp 857.299/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/05/2011, DJe 13/06/2011; REsp 1255315/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 27/09/2011; cujos votos não trazem, expressa ou implicitamente, qualquer diferenciação no conteúdo do princípio da boa-fé objetiva no âmbito contratual civil e na esfera empresarial.

²⁹⁴ Conforme alerta Luciano Timm, “o exato conteúdo de princípio [da boa-fé objetiva] ainda é objeto de discordância na doutrina e jurisprudência”. TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *op. cit.*, p. 172/173.

²⁹⁵ Assim, por exemplo, na compra e venda de estabelecimento empresarial (trespasse), diante da responsabilização do empresário adquirente por passivo trabalhista oculto à época do negócio (com base na legislação do trabalho) – fato conhecido pelo empresário alienante – e havendo estipulação de cláusula genérica responsabilizando o adquirente pelo passivo trabalhista, seria plausível a interpretação de que, com base no dever de informação decorrente do princípio da boa-fé objetiva, deveria o empresário alienante ter informado o adquirente sobre este passivo oculto, razão pela qual caberia ao vendedor responder, via regressiva, perante o adquirente, pelo que este despende para quitar os respectivos débitos. De outro lado, partindo da mesma situação de fato, também seria plausível extrair que o adquirente é empresário e, nesta condição, caberia-lhe tomar as diligências e cuidados antes de adquirir o estabelecimento empresarial, razão pela qual não haveria ofensa ao dever de informação, eis que este resta mitigado nos contratos empresariais em função do modo de

Portanto, ainda que se considere a conjuntura concorrencial na definição do conteúdo da boa-fé objetiva nos contratos empresariais, subsiste margem para que interpretações divergentes sobre deveres não estabelecidos no instrumento contratual, o que torna o sistema positivamente mais flexível, mas, ao mesmo tempo, é fator de incerteza e instabilidade na relação contratual empresarial.

3.5.2 Função social do contrato

O mesmo contexto se verifica com relação ao princípio da função social dos contratos, contemplada no art. 421 do CC/2002. Como desdobramento da função social da propriedade, consagrada expressamente na Constituição de 1988, a funcionalização também passou a atingir o instrumento que por excelência permite a circulação da propriedade: o contrato²⁹⁶. Deixando de lado a crítica dirigida por parte da doutrina à funcionalização dos institutos jurídicos, é de se observar que, ao contrário do que ocorre com a função social da propriedade, cujos requisitos de atendimento estão elencados objetivamente na legislação infraconstitucional, não há definição dos elementos que traduziriam o cumprimento da função social do contrato.

Em razão disso, encontra-se posicionamentos, como o de Rachel Sztajn, no sentido da ausência de conteúdo jurídico do princípio da função social do contrato, diante da indeterminação de suas características, que não permite que lhe sejam extraídos efeitos jurídicos²⁹⁷. Entendendo de maneira diversa, há entendimento no sentido da juridicidade e da relevância do princípio da função social do contrato, na medida em que limita a autonomia privada, em prol de interesses externos aos contratos, podendo ser aplicado na contenção de externalidades desfavoráveis aos interesses da sociedade²⁹⁸, tais como contratos prejudiciais ao meio ambiente, avenças que impliquem significativa restrição à concorrência; evitando que o contrato esteja em contradição aos demais valores contemplados no ordenamento

funcionamento do sistema, que pressupõe o conhecimento e esperteza dos empresários; ou seja, se não foi contratada auditoria pelo adquirente, foi porque no momento do negócio ele entendeu que o custo da diligência tornava mais vantajoso correr o risco de arcar com as despesas de eventual passivo trabalhista oculto, de modo que sua decisão equivocada não deve ser corrigida pelas instituições jurídicas. Por este exemplo já se verifica a nova conjuntura ensejada por algumas inovadoras disposições gerais dos contratos no Código Civil de 2002, as quais, ligadas à *eticidade* e à *socialidade*, produzem reflexos relevantes tanto na estruturação do direito contratual civil, como, também, na disciplina dos contratos empresariais.

²⁹⁶ Segundo Paulo Lôbo, uma das tendências decorrentes da repersonalização do ordenamento empreendida pela Constituição de 1988 foi a funcionalização da propriedade e do contrato. LÔBO, Paulo. op. cit., p. 60.

²⁹⁷ SZTAJN, Rachel. Função social do contrato e direito e empresa. **Revista de Direito Mercantil**, v. 139. São Paulo: Malheiros, 2006.

²⁹⁸ Neste sentido: SALOMÃO FILHO, Calixto. Função Social do Contrato: Primeiras Anotações. **Revista de Direito Mercantil**, n. 132, outubro/dezembro de 2003, p. 7-24.

jurídico²⁹⁹⁻³⁰⁰.

Na perspectiva jurisprudencial brasileira, tem se verificado a admissão do princípio da função social do contrato como limitador da autonomia privada e da força obrigatória dos contratos³⁰¹. Conforme registrado em ementa de julgado recente do Superior Tribunal de Justiça, do ano de 2009 (relatoria da Ministra Nancy Andrigli), a apreciação da função social do contrato "é um convite ao Poder Judiciário, para que ele construa soluções justas, rente à realidade da vida, prestigiando prestações jurisdicionais intermediárias, razoáveis, harmonizadoras", as quais são encontradas no exame dos casos concretos, com a ressalva de que a aplicação da função social não deve extirpar outros valores contidos no ordenamento jurídico³⁰². Entretanto, os posicionamentos sobre os efeitos do princípio da função social dos contratos na solução das controvérsias não são uniformes. Há precedentes nos quais o princípio da função social dos contratos é utilizado como fundamento para proteção da parte contratante mais frágil na relação contratual; há julgados mais restritivos à aplicação da função social dos contratos para relativizar a autonomia privada; há precedentes que invocam a função social para garantir a comutatividade nas prestações.

No campo empresarial, semelhante ao que ocorre com relação à boa-fé objetiva, busca-se atenuar a influência do princípio da função social como flexibilizador da autonomia privada dos empresários contratantes, tendo em vista a importância mais acentuada da autonomia privada na órbita dos negócios empresariais. Sustenta-se a compreensão da função

²⁹⁹ Neste sentido, registra Rosa Maria de Andrade Nery: "Já não é mais possível preservar a ideia de que o contrato opera efeitos apenas entre as partes que o celebram. Há na compreensão moderna do contrato, bem como da empresa que opera o mercado e da propriedade privada, um sentido funcional, da empresa que opera no mercado e da propriedade privada, um sentido funcional, de promoção social que ultrapassa os limites da funcionalidade do ato e do negócio, como mera experiência particular de um sujeito. Os institutos de direito de obrigações não podem abdicar de sua função construtiva de uma sociedade mais justa." (...) "Pode-se também perguntar se a aplicação da teoria da função social do contrato visa ao equilíbrio do contrato ou à preservação dos interesses da parte menos favorecida. Parece-nos que se destina a compreender o contrato como um elemento da socialidade e de manutenção da totalidade do tecido social, de forma harmônica e não contraditória". NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit., p. 229.

³⁰⁰ Embora de forma limitada, Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior admitem a função social do contrato como instituto voltado à contenção de externalidades contratuais negativas. Para eles: "uma possibilidade de incorporação de externalidades se dá pela Lei, quando prevê formas de proteção de terceiros pelos efeitos dos contratos de forma expressa, na tentativa de minimizar tais efeitos – se negativos. O princípio da função social dos contratos é um deles, além das normas específicas – de proteção ao meio ambiente e à concorrência, por exemplo. Porém, 'o princípio da função social do contrato só legitima a intervenção nas relações privadas em hipóteses especiais'". RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. op. cit., p. 179.

³⁰¹ A guisa de exemplo, vide REsp 1255315/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 27/09/2011, disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22fun%27%E3o+social+do+contrato%22+revis%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7#>. Acesso em 25/10/2012, às 22:35.

³⁰² REsp 972.436/BA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 12/06/2009, disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=%22fun%27%E3o+social+do+contrato%22+revis%E3o&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=12#>. Acesso em 25/10/2012, às 22:40.

social do contrato aproximada à sua função econômica, ao respeito à operação que as partes almejam com a avença, desde que não implique desrespeito aos cânones do funcionamento do mercado, tais como a livre iniciativa e a livre concorrência³⁰³. Mas, mesmo nesta perspectiva, tal qual se asseverou com relação à boa-fé objetiva, ainda persiste grande margem para construção do julgador/intérprete acerca dos efeitos concretos do princípio da função social do contrato, quando aplicado na solução de conflitos envolvendo contratos empresariais. A convicção do julgador sobre a função do contrato na vida social certamente influencia a extensão conferida ao princípio da função social com relação aos contratos mercantis. Como visto, o sentido que se tem conferido ao princípio da função social do contrato é bastante variável, bem como seus desdobramentos.

Assim, embora a doutrina comercialista insista em identificar a função social do contrato com sua função econômica, especialmente como critério de interpretação das avenças empresariais, ainda assim trata-se de disposição que pode servir de alicerce retórico para intervenções inesperadas nas bases dos contratos empresariais.

3.5.3 Abuso de direito, lesão, estado de perigo, proteção contratual do aderente

Finalizando a abordagem sobre algumas das transformações ocorridas na parte das disposições gerais dos contratos prevista no Código Civil de 2002 – que modificaram o modelo contratual anterior e, nesta medida, impactam na teoria geral dos contratos empresariais – comenta-se a consagração expressa da teoria do abuso de direito no código civil vigente (art. 187); a previsão de dispositivos estabelecendo o instituto da lesão (art. 157) e do estado de perigo (art. 156) como novas hipóteses de vício de consentimento; e a proteção contratual do aderente (arts. 423 e 424). Pode-se afirmar, desde logo, que estas disposições, quando aplicadas aos contratos (civis ou empresariais), se voltam, em maior ou menor medida, à garantia de equilíbrio entre os contratantes, evitando que o poderio de uma das partes exponha a outra a abusos, à expropriação dos seus bens e/ou à onerosidade excessiva³⁰⁴.

³⁰³ Neste sentido, afirma Irineu Mariani que “a observância da *função social* do contrato está conectada à razão pela qual ele existe na sociedade como alternativa ou utilidade para conciliar interesses e necessidades das pessoas, portanto instrumento de circulação de bens ou riquezas”. MARIANI, Irineu. op. cit., p. 22.

³⁰⁴ Sobre o equilíbrio contratual efetivo, destaca Haroldo Verçosa que, na perspectiva atual, “o direito contratual está firmado no reconhecimento de sua construção dentro de um conjunto de relações sociais de caráter patrimonial, sejam elas privadas, sejam exercidas como atividade econômica profissional. Neste sentido, o contrato não se configura como instituto destinado a proteger o interesse de uma das partes que possa ter alguma ascendência sobre a outra, mas apto a proporcionar um vínculo equilibrado, segundo cada situação concreta”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. op. cit., p. 103.

O abuso de direito está previsto no art. 187 do CC/2002, cuja redação é a seguinte: *"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"*. Embora não seja dispositivo previsto no capítulo específico de direito contratual, ele irradia seus efeitos por todo o Direito Civil, inclusive para a disciplina dos contratos. Na esfera contratual consumerista, a noção de exercício abusivo foi bastante explorada na proteção contratual prevista no Código de Defesa do Consumidor, existindo neste diploma menção expressa à nulidades das cláusulas contratuais *abusivas*. Na esfera do direito empresarial, principalmente no que tange à proteção da concorrência (Lei Antitruste – nº 12529/2011), encontra-se sanções ao abuso do poder econômico, abuso da posição dominante e/ou à exploração abusiva de propriedade intelectual, industrial tecnologia ou marca, denotando a preocupação do regime jurídico empresarial em obstar que os empresários exerçam seus direitos em desconformidade com os seus respectivos fins – especialmente quando o fazem mediante contratos que celebram na exploração de suas atividades econômicas.

Interpretando a hipótese normativa do art. 187 do CC/2002, verifica-se que se reputa ilícito o exercício de direito em desconformidade manifesta aos seus fins econômicos, sociais, à boa-fé ou aos bons costumes. Assim, exemplificativamente, o ato de estipular cláusulas contratuais, mesmo sendo um direito inerente à condição de contratante, quando exercido em desacordo aos seus fins econômicos (onerosidade excessiva para uma das partes, por exemplo), configura ato ilícito, sofrendo, em regra, sanção de nulidade. Neste sentido, segundo Haroldo Verçosa, a norma que veda o abuso de direito incide para tornar viciado o contrato que não tenha sido avençado de forma economicamente isonômica. Afirma Verçosa que este "entendimento encontra guarida no artigo 187 do NCC, a partir do qual seria considerado ato ilícito a imposição de um direito (de contratar, no caso), exercido manifestamente além dos limites impostos pelo seu fim econômico"³⁰⁵. Por certo que o viés econômico não é o único a ser considerado no que se refere à aferição do abuso de direito (até mesmo porque o dispositivo menciona também os bons costumes, a boa fé e os fins sociais), mas, no campo contratual (especialmente empresarial), não há dúvida de que ganha especial relevo a análise da compatibilidade com os fins econômicos.

Por outro enfoque, há que se observar que os elementos que compõe a hipótese de incidência do art. 187 do CC/2002 são conceitos abertos, incompletos, que permitem ampla margem para o intérprete integrar o sentido da norma³⁰⁶. Retomando a lição de Orlando

³⁰⁵ Ibidem, p. 100/101.

³⁰⁶ A propósito, registra Oksandro Gonçalves que "A crítica que se faz ao emprego do abuso de direito refere-se

Gomes, alerta-se que a dimensão ideológica dos intérpretes pode alterar ou distorcer o sentido de conceitos chave para a configuração do abuso de direito³⁰⁷. Com efeito, a definição dos fins econômicos e sociais de determinado direito contratual, dos imperativos de boa-fé ou dos bons costumes, e do substrato fático concreto que caracteriza a o *excesso manifesto*, demandam ampla margem de atividade interpretativa, que expõe o sentido da norma a influências ideológicas, ainda mais por envolver valorações sobre características da sociedade na qual o intérprete está inserido (finalidades sociais e econômicas dos institutos, boa fé, bons costumes).

Desse modo, também aqui – semelhante ao que já asseverado no que tange à função social e à boa-fé objetiva – a aplicabilidade do enunciado contido no art. 187 do CC/2002 na disciplina dos contratos empresariais implica abertura e indeterminação das disposições referentes a sua teoria geral, ensejando potenciais divergências sobre a configuração de *abusividade* (e conseqüente ilicitude) nas cláusulas contratuais em contratos mercantis. Muito embora haja na lei referência a parâmetros para avaliação da abusividade – fins econômicos e sociais, boa-fé e bons costumes – somente na análise do caso concreto é que, mediante análise do intérprete, será extraído o sentido do abuso de direito. Conforme destaca Rosa Maria de Andrade Ney, os conceitos legais indeterminados são preenchidos pelo juiz “por meio de valores éticos, morais, sociais, econômicos e jurídicos, o que transforma o conceito legal indeterminado em conceito determinado pela função”³⁰⁸. Segundo ela, nos “conteúdos das ideias de *boa-fé* (CC 422), *bons costumes* (CC 187), *ilicitude* (CC 186), *abuso de direito* (CC 187) está implícita a determinação funcional do conceito, como elemento de previsão”, considerando que o magistrado/intérprete deverá concretizar os mencionados preceitos, observando as peculiaridades do significado de boa-fé, bons costumes, ilicitude ou abuso de direito no caso concreto analisado³⁰⁹.

No mesmo passo, registra-se que outras disposições inovadoras no âmbito da teoria geral dos contratos fixada no Código Civil de 2002, tais como a previsão de novas hipóteses de vício de consentimento – lesão (art. 157) e estado de perigo (art. 156) – e o estabelecimento de normas de proteção ao contratante aderente (arts. 423 e 424), também se enquadram na estrutura normativa de conceitos legais indeterminados, cláusulas abertas,

a sua vacuidade, o que deixa ao arbítrio do julgador ‘sindicar discricionariamente o mérito das modalidades de exercício do direito subjetivo por parte do titular’. Essa vacuidade, porém, é uma tendência que pode ser observada em outras passagens do mesmo Código Civil, como, por exemplo, à boa-fé e a função social do contrato”. GONÇALVES, Oksandro. **A relativização da responsabilidade limitada dos sócios**. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 109/110.

³⁰⁷ GOMES, Orlando. **Novos Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 101/109.

³⁰⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit. p. 211.

³⁰⁹ Ibidem, p. 212.

princípios vagos, bem como se identificam com a finalidade valorativa de equilíbrio entre as partes, de alcance de uma espécie de justiça contratual. Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior alertam que, no campo empresarial, tais hipóteses deverão levar em conta a exigibilidade de expertise empresarial no tocante à lesão, afastando-a caso fosse exigido da parte lesada destreza própria dos empresários no exercício de sua atividade econômica. Além disso, afirmam que ambas as situações devem ser superadas, caso isso seja possível "mediante equalização dos interesses das partes"³¹⁰, em prol da continuidade do exercício da atividade econômica. Não obstante, estas peculiaridades não afastam o papel do julgador/intérprete na definição do conteúdo de tais normas nos casos concretos, mediante análise das peculiaridades de cada caso.

3.5.4 Novas disposições gerais dos contratos no CC/2002 e os reflexos na disciplina dos contratos empresariais

Conforme será melhor trabalhado na próxima seção – momento em que se debruçará mais detidamente sobre tais disposições –, a conjugação de uma série de princípios consagrados na Constituição de 1988 com determinadas normas previstas no Código Civil de 2002 (especialmente as mencionadas no presente tópico), enseja o hodierno paradigma contratual brasileiro, que se volta, em linhas gerais, ao equilíbrio e à equivalência material dos contratos privados (dentre os quais os contratos empresariais), impondo ao julgador/intérprete atitude proativa voltada à concretização deste vértice do regime jurídico contratual.

Por ora, relevante destacar que as disposições gerais dos contratos no CC/2002 sofreram a inserção de enunciados que visam conferir maior *socialidade*, *eticidade* e *operabilidade* ao direito contratual, os quais não estavam presentes no modelo contratual delineado no Código Civil de 1916. Estas novas disposições – dentre as quais, função social dos contratos, boa-fé objetiva, vedação do abuso de direito, instituto da lesão, estado de perigo, proteção da posição do contratante aderente – encontram-se estruturadas em enunciados amplos, vagos, conceitos indeterminados, por vezes em forma de cláusulas gerais e princípios, demandando importante atuação do intérprete/julgador na definição de seus efeitos na solução dos casos concretos. Assim o é porque a estrutura normativa flexível, aberta, é a única que se coaduna com a inserção de valores morais e éticos no âmbito contratual, como desdobramento da carga axiológica irradiada da Constituição de 1988³¹¹.

³¹⁰ Idem.

³¹¹ Neste sentido, Paulo Lôbo afirma que a repersonalização do sistema jurídico estabelecida pela Constituição

Na medida em que, na atual conjuntura, as normas gerais dos contratos empresariais são extraídas, em grande parte, a partir das disposições gerais previstas no Código Civil de 2002, pode-se afirmar que a teoria geral dos contratos empresariais sofre relevante influência das inovações trazidas pelo código civil vigente – orientadas que foram no sentido da consagração de valores não contemplados na teoria geral dos contratos até então. Ainda que o produto da interpretação de tais disposições do CC/2002 possa variar conforme se trate de contrato civil ou empresarial, considerando que cada ramo possui sua lógica própria, vinculando a interpretação dos textos normativos, não se pode negar que a interpretação não pode se distanciar totalmente do texto, ou seja, a interpretação é influenciada diretamente pelo texto, embora com este não se confunda³¹².

Sendo assim, o fato de existirem enunciados abertos, genéricos, com conceitos legais indeterminados, com grande carga axiológica, impacta sobre a teoria geral dos contratos empresariais, trazendo-lhe nova dimensão e modo de estruturação estranhos ao modelo contratual mercantil tradicional, o qual, como visto, estava centrado predominantemente na lógica de subsunção de regras casuísticas, lastreadas na segurança jurídica e nos pressupostos da liberdade e igualdade formais das partes contratantes.

de 1988 tem como desdobramento "a ampla utilização de princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados, [como vistas] a permitir a humanização efetiva das soluções jurídicas, a partir das soluções concretas". LÔBO, Paulo. op. cit., p. 60.

³¹² A este respeito, leciona José de Oliveira Ascensão: "A letra não é só o ponto de partida, é também um elemento irremovível de toda interpretação. Quer isto dizer que o texto funciona bem como limite da busca do espírito (...) Além disto, porém, não se estaria a interpretar a lei mas a postergá-la, chegando-se a sentidos que não encontrariam no texto qualquer apoio". ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral**, 13.ª Edição, Coimbra: Lisboa, p. 409.

4 A TENSÃO ENTRE O PÓS-POSITIVISMO E A ADEQUADA ESTRUTURAÇÃO JURÍDICA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

4.1. A IMPORTÂNCIA DA SEGURANÇA JURÍDICA NA DISCIPLINA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Na seção anterior, na parte em que se abordou a caracterização dos contratos empresariais, foi apontado, como característica inerente aos contratos empresariais, o relevante papel que a segurança jurídica ocupa na condição de atributo que deve orientar sua disciplina jurídica. No tópico em que se tratou da função econômica dos contratos empresariais, também houve menção à essencialidade da segurança jurídica para o (bom) funcionamento mercado capitalista. Agora, nesta fase, já apresentados os contornos da teoria geral dos contratos empresariais, na perspectiva defendida pela doutrina comercialista, e demonstradas as significativas mudanças na concepção e estruturação do Direito (transição do positivismo jurídico clássico para o pós-positivismo), principalmente com a promulgação da Constituição de 1988 e o advento do Código Civil de 2002, é necessário aprofundar a abordagem sobre a estreita relação entre segurança jurídica e a disciplina dos contratos empresariais. Com este aprofundamento, visa-se obter subsídios para evidenciar a tensão entre as características do modelo pós-positivista e a regulação jurídica dos contratos empresariais, considerando – tal como explanado anteriormente – que as bases do pós-positivismo jurídico por vezes se posicionam na contramão dos postulados da segurança jurídica.

Um ponto de partida para a abordagem da importância da segurança jurídica nos contratos empresariais consiste na definição de seu conteúdo e de seu alcance. Tratando-se de termo que permite variadas significações, é indispensável sua delimitação. Sem esta definição, corre-se o risco de não se compreender em que sentido afirma-se que a *segurança jurídica* é indispensável à estrutura normativa aplicável aos contratos empresariais.

Em uma primeira aproximação, seguindo a lição de Humberto Ávila, pode-se considerar segurança jurídica em três planos: segurança jurídica como fato; segurança jurídica como valor; e segurança jurídica como norma-princípio. A segurança jurídica como fato diz respeito ao estado fático no qual se entende haver segurança jurídica. Quando se fala, por exemplo, que não há segurança jurídica no Estado brasileiro, diante da existência de leis e de julgados conflitantes entre si, está-se abordando a segurança jurídica como um fato, algo extraído da análise de determinada realidade. Já a segurança jurídica como valor significa a avaliação da segurança jurídica como algo preferível em relação à insegurança jurídica;

quando se afirma que um ordenamento jurídico em que haja segurança jurídica é melhor do que um ordenamento no qual impere a insegurança, a referência condiz com a segurança jurídica como "valor substancial da vida humana". E a segurança como norma-princípio consubstancia uma prescrição voltada a orientar comportamentos visando atingir uma situação fática de maior grau possível de previsibilidade e de segurança³¹³. No caso, quando se afirma a importância da segurança jurídica no tocante à disciplina dos contratos empresariais, a referência tanto pode contemplar a relevância do estado fático de previsibilidade e de confiabilidade no que diz respeito ao direito contratual empresarial, como também a importância da segurança jurídica como norma (princípio), que, incidindo na orientação dos comportamentos e das soluções jurídicas, visa conferir maior grau de confiabilidade e previsibilidade aos contratos empresariais.

Porém, a menção aos sentidos (planos) do termo segurança jurídica – embora importante – não é suficiente para consolidar sua definição. Assim, para completá-la, mais uma vez apoiando-se na lição de Humberto Ávila, pode-se afirmar que segurança jurídica (como fato ou como princípio) é resultado da conjugação de uma gama de fatores na atividade de aplicação do Direito. É composta, basicamente, pelos elementos confiabilidade e calculabilidade das soluções jurídicas³¹⁴. Confiabilidade diz respeito à “exigência de um ordenamento jurídico protetor de expectativas e garantidor de mudanças estáveis”³¹⁵. Não se trata de uma segurança absoluta, a qual pressuporia necessariamente um sistema jurídico imutável, que estivesse imune às mudanças nas disposições legais ou no produto da interpretação dos dispositivos. Algum grau de incerteza e insegurança se mostra necessário para se evitar a estagnação social e petrificação do Direito, mas as mudanças, em observância à confiabilidade, devem observar as expectativas geradas na coletividade, procedendo "estabilidade na mudança"³¹⁶. Já calculabilidade consiste na "capacidade de o cidadão prever,

³¹³ ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**: Entre a permanência e a mudança no Direito Tributário. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 110. Completa Ávila, a respeito da diferença entre segurança jurídica como fato e como norma-princípio: "uma coisa é o *estado de fato* indicador da possibilidade de o cidadão antecipar efeitos jurídicos de atos presentes; outra é a *norma* que prescreve a instituição e a aplicação de normas sejam realizadas de maneira a incrementar a capacidade de o cidadão antecipar efeitos jurídicos futuros de atos presentes: enquanto lá a segurança jurídica refere-se a um fato, aqui ela diz respeito a uma *norma-princípio*". ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...*, op. cit., p. 110.

³¹⁴ José Joaquim Gomes Canotilho, na definição de segurança jurídica, acrescenta, além dos elementos de previsibilidade e calculabilidade, um princípio que chama de *determinabilidade de leis*. Segundo o autor: “A idéia de segurança jurídica reconduz-se a dois princípios materiais concretizadores do princípio geral de segurança: princípio da determinabilidade de leis expresso na exigência de leis claras e densas e o princípio da proteção da confiança, traduzido na exigência de leis essencialmente estáveis, ou, pelo menos, não lesivas da previsibilidade e calculabilidade dos cidadãos relativamente aos seus efeitos jurídicos”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 371/372.

³¹⁵ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...*, op. cit., p. 124.

³¹⁶ Idem.

em grande medida, os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica"³¹⁷; ou seja, trata-se da capacidade de antecipar as consequências jurídicas dos atos, prevendo, em grau satisfatório, os efeitos jurídicos dos comportamentos. A reunião destes elementos, com acentuado grau de concreção, é: (i) pressuposto para se afirmar a existência de segurança jurídica como fato; e (ii) finalidade que deve ser alcançada pela estrutura normativa, em decorrência da eficácia da segurança jurídica como norma-princípio.

Estes atributos da segurança jurídica – calculabilidade e confiabilidade – estão diretamente relacionados à forma de organização do mercado no modelo econômico capitalista³¹⁸. Segundo Natalino Irti, o mercado é uma ordem regular e previsível, ou seja, as condutas no mercado são padronizadas, uniformes, possibilitando calculabilidade do futuro e dos comportamentos dos demais agentes econômicos³¹⁹. Para Irti, a economia pressupõe o Direito, como condição determinante de sua estrutura, eis que são as normas jurídicas que conferem regularidade, uniformidade, normalidade e ordem³²⁰, possibilitando, assim, a segurança e racionalidade das relações econômicas³²¹. Neste sentido, Paula A. Forgioni, retomando os ensinamentos de Max Weber, afirma que uma das bases do capitalismo moderno é o *calculable law*. Segundo ela, sendo racional o modo de organização do capitalismo "deve depender de um processo decisório, decisões e administração calculáveis, previsíveis. E esse sistema dependerá do direito, pois é impossível calcular a jogada do outro agente na ausência de um sistema jurídico racional"³²².

Esta essencialidade da calculabilidade, previsibilidade e confiabilidade para o funcionamento do mercado transporta-se ao principal instrumento de circulação de riquezas: o contrato³²³. Nas relações contratuais formam-se expectativas recíprocas entre as partes acerca

³¹⁷ *Ibidem*, p. 126.

³¹⁸ Neste sentido, afirma Marco Aurélio Mello: “Nós vivemos em um sistema em que é princípio básico do Estado, da Nação, a segurança jurídica. E aí nós temos certeza mínima quanto ao que pode ou não ocorrer no dia a dia na sociedade, no dia a dia do comércio, não só do cidadão, como também da atividade econômica como um todo”. MELLO, Marco Aurélio. Depoimento do Ministro Marco Aurélio Mello, in **Direito e Economia: 30 anos de Brasil**, Tomo I, Maria Lúcia L. M. Pádua Lima (coord.), p. 143-148, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 143.

³¹⁹ IRTI, Natalino. Teoria generale del diritto e problema del mercato. **Rivista di Diritto Civile**, anno XLV, n. 1, gennaio-febbraio, 199, p. 22/23.

³²⁰ *Idem*.

³²¹ Também neste sentido, destaca Fernando Araújo: “como a história tem copiosamente demonstrado, a liberdade dos mercados não é, nem pode ser, *a-jurídica*: bem pelo contrário, ela está contingentemente dependente de um quadro jurídico estrito e sólido que não apenas facilite a interdependência induzindo uma normalidade de condutas e um ponto focal das expectativas (mormente aí onde essas características não ocorram espontaneamente por falta de conhecimento personalizado entre as partes envolvidas nas trocas – como se esperará que suceda em ambientes de generalizada impessoalidade e de massificação da interdependência)”. ARAÚJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos – a abordagem econômica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. In: **Direito & Economia**, 2ª ed., TIMM, Luciano Benetti (org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 97-174, p. 110.

³²² FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais..., op. cit., p. 77.

³²³ Consoante destaca Rachel Sztajn, o contrato, além de jurídico, “é uma instituição social cuja função serve

de seus comportamentos. Especialmente com a massificação e conseqüente impessoalidade nas trocas econômicas, mais acentuadamente os agentes atuam no mercado com base na legítima expectativa de que os outros agentes com quem contratam ajam de maneira uniforme, regular e padronizada, de acordo com o chamado *padrão de mercado*. Todo o planejamento estratégico dos agentes econômicos se dá com base nestes padrões esperados, razão pela qual as normas contratuais extraídas do processo interpretativo não devem se distanciar do respeito a estas legítimas expectativas, sob pena de sacrificar a segurança jurídica³²⁴. Portanto, a estabilidade, a uniformização, a padronização, a segurança, são atributos desejados nas relações contratuais formadas no contexto da economia de mercado. Espera-se que as normas contratuais, em sua aplicação concreta, não só contribuam para promover maior grau de calculabilidade e previsibilidade, mas também evitem que sua interferência implique instabilidade e insegurança jurídica³²⁵.

Segundo destaca Eros Grau, o “vínculo contratual (vínculo jurídico) instala uma situação de certeza e segurança jurídicas”³²⁶. Significa dizer que as partes depositam no instituto do contrato a confiança de que o pacto será cumprido, sob pena de responsabilização da parte que atuar em desacordo com o estipulado³²⁷. De acordo com Grau, justamente em

para dar segurança aos agentes econômicos nas relações patrimoniais que entre si venham a ajustar. Essa função não encontra paralelo em qualquer outro instituto jurídico, nem pode ser absorvido por qualquer deles”. SZTAJN, Rachel. Função social do contrato e direito e empresa. **Revista de Direito Mercantil**, v. 139. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 29.

³²⁴ Neste sentido, Paula A. Forgioni: "Ao contratar, uma parte tem a legítima expectativa de que a outra comportar-se-á de determinada forma, daquela maneira anônima e repetida a que fizemos referência. Daí que ambos os empresários planejam sua jogada e efetivamente se comportam de acordo com esse padrão 'de mercado'. Portanto, não é desejável que seja dada ao contrato uma interpretação diversa daquela que pressupõe o comportamento normalmente adotado (usos e costumes). Isso levaria ao sacrifício da segurança e da previsibilidade jurídicas a um nível insuportável" (FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais..., op. cit., p. 77).

³²⁵ Neste sentido, Bradson Camel e Marina Lemos Pires anotam: “Numa sociedade onde vigoram fortemente o comércio e a indústria, torna-se, então, de primeira importância o interesse social na estabilidade das promessas como uma própria instituição social e econômica. (...) “Nesse sentido, o direito contratual é o principal instrumento para assegurar a cooperação no comportamento humano, particularmente, no que concerne à troca, fornecendo o suporte necessário às partes para que tenham confiança nas promessas cujos conteúdos ainda não foram realizados”. CAMEL, Bradson; PIRES, Marina Lemos. Estudo Comparativo e Análise Econômica do Direito Contratual Estadunidense e Brasileiro. **Economic Analysis of Law Review**, V. 2, nº 2, p. 321-340, Jul-Dez, 2011, p. 323/324.

³²⁶ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. op. cit., p. 16.

³²⁷ No entanto, há que se registrar a ressalva destacada por Enzo Roppo. Roppo, em que pese reconheça a importância econômica dos contratos como instrumentos de circulação de riquezas, destaca que "num grande número de casos, mais do que recorrer ao aparato legal predisposto pelo direito dos contratos, os operadores econômicos preferem contar com a palavra de cavalheiro dada com uma simples carta informal ou com um aperto de mão ou, então, com a honestidade e correção comum – até mesmo quando o negócio implica exposição a riscos não menosprezáveis, e, neste sentido, recusam formalizar este último numa veste contratual completa, e, sobretudo, activar o completo mecanismo sancionatório constituído pelas regras jurídicas que deveriam institucionalmente governar todo o desenvolvimento da relação, e, em particular, intervir na hipótese da sua não actuação. (...) por vezes, o emprego do contrato e do direito dos contratos, não sendo simplesmente supérfluo, arrisca-se frequentemente a determinar resultados contraproducentes e antieconómicos: lentidões e

busca de um contexto de certeza e de segurança é que as partes acomodam-se ao vínculo contratual e o ordenamento jurídico o tutela³²⁸. Nesta medida, pode-se afirmar que, na condição de instituto jurídico, a função primordial do contrato é traduzir segurança e calculabilidade para permitir o fluxo das relações econômicas no mercado³²⁹.

Se isto é verdadeiro com relação aos contratos em geral (civil, consumo, administrativo, dentre outras espécies), ainda mais o é com relação aos contratos empresariais. Os agentes econômicos, na organização estratégica de suas empresas para inserção no regime de concorrência no mercado, necessitam de instrumentos que confirmam satisfatório patamar de segurança³³⁰. A possibilidade de investimentos expressivos, planejamento de médio e longo prazo, depende da confiabilidade e da calculabilidade no sistema jurídico, especialmente com relação aos contratos³³¹. Alerta Humberto Ávila que a desconfiança nos efeitos jurídicos originados da realização de seus atos afasta os agentes das grandes realizações, limitando a livre iniciativa, “já que a liberdade significa, justamente, a possibilidade de plasmar a própria vida de acordo com os próprios projetos”³³². Neste sentido, afirma o autor que a segurança jurídica manifesta “caráter instrumental relativamente à liberdade: quanto maior a segurança, maior o grau de liberdade, isto é, maior a capacidade de o indivíduo planejar o seu futuro

retardamentos na conclusão dos negócios; rigidez e escassas margens de adaptação ao imprevisto na sua execução; exposição a elevados custos legais e judiciais quando se decida fazer valer em tribunal os direitos contratuais; deterioramento ou rotura a que o exercício de uma acção legal intentada para fazer valer o contrato geralmente conduz, no quadro das relações económicas entre as partes coenvolvidas, e que, de outro modo, poderiam ser evitadas com uma solução da controvérsia, por assim dizer, 'extralegal', não mediada pelo direito dos contratos e pelo seu aparato coercitivo". ROPPO, Enzo. op. cit., p. 19/21. Por certo que isto não coloca em dúvida a importância dos contratos para estabilização das relações econômicas, porém alerta que em alguns casos o instituto do contrato é evitado justamente com vistas a um melhor tráfico mercantil.

³²⁸ Idem.

³²⁹ Em reforço a esta ideia, Geraldo Ataliba entende que o Direito como um todo é uma ferramenta de segurança, e não somente o instituto do contrato. Afirma o autor: "O Direito é, por excelência, acima de tudo, instrumento de segurança. Ele é que assegura a governantes e governados os recíprocos direitos e deveres, tornando viável a vida social. Quanto mais segura uma sociedade, tanto mais civilizada. Seguras são as pessoas que têm certeza de que o Direito é objetivamente um e que os comportamentos do Estado ou dos demais cidadãos dele não discrepam". ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011, p. 180/181.

³³⁰ Demonstrando, *a contrario sensu*, a importância da segurança jurídica para o desenvolvimento econômico, afirma Guido Mantega, ao tratar do contexto econômico brasileiro nos últimos 30 anos, após a redemocratização: "a incerteza jurídica ameaça as atividades econômicas. Ao diminuirmos a incerteza jurídica, que era grande no passado, com regras mais claras, poderes definidos e deveres estabelecidos com mais clareza temos contribuído para o desenvolvimento". MANTEGA, Guido. Depoimentos de Importantes Atores da Cena Brasileira nos Últimos Trinta Anos, *in* **Direito e Economia: 30 anos de Brasil**. Tomo I, LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua Lima (org.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 76.

³³¹ Segundo Fabio Ulhoa Coelho, a segurança no cumprimento dos contratos tem grande relevo em termos de competitividade global entre os países. Segundo ele: "Com o desenvolvimento da globalização da economia, os empresários procuram localizar seus estabelecimentos industriais em países de direito-custo mais atraente. Em vista disso, os interessados em atrair investimentos, como é o caso do Brasil, terão maior ou menor sucesso na medida em que os respectivos direitos passem a representar vantagens competitivas. Quanto maior a liberdade reconhecida pela ordem jurídica para os próprios agentes econômicos definirem, por contrato, seus direitos e obrigações, maior será a atração de investimentos. A globalização, assim, revigora a autonomia da vontade". COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Vol. 3..., p. 32.

³³² ÁVILA, Humberto. Segurança Jurídica..., op. cit., p. 63.

conforme aos seus ideais"³³³. Não por outra razão, anota Ávila que a calculabilidade do agir estatal, em suas diversas esferas (executiva, legislativa e judiciária), é fundamental para a liberdade individual e para a ação empresarial³³⁴.

Neste passo, sendo os contratos empresariais o principal instrumento da atividade econômica organizada no mercado, já que originados necessariamente no exercício da atividade econômica (diretamente ou a ela relacionada)³³⁵, torna-se intuitivo concluir a importância de se garantir a segurança jurídica (como fato e como princípio) em sua disciplina jurídica³³⁶, até mesmo para concretizar com maior intensidade o princípio da livre iniciativa. De fato, visto que a segurança jurídica apresenta-se como princípio e fator instrumental com relação à liberdade de atuação empresarial, quanto maior a segurança jurídica na estrutura normativa dos contratos empresariais, maior o respeito à livre iniciativa consagrada na Constituição de 1988³³⁷.

Esta relação entre segurança jurídica e livre iniciativa tem caráter recíproco (interdependência). Ao mesmo tempo em que a segurança jurídica enseja maior concretude do princípio da livre iniciativa, por permitir que o agente calcule e planeje seus projetos de ação na esfera econômica, reduzindo-lhe os custos da incerteza normativa, a observância da livre iniciativa – no sentido de respeitar a eficácia das escolhas dos agentes privados na autorregulação de seus interesses – também contribui para que haja ambiente como maior segurança jurídica.

Esta nuance foi reconhecida em recente julgamento proferido pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no voto da relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em

³³³ Idem.

³³⁴ Ibidem, p. 57/58.

³³⁵ MARIANI, Irineu. op. cit., p. 13.

³³⁶ Em complementação, vale transcrever comentário de Paula Forgioni sobre a relevância, para os negócios empresariais, da calculabilidade do comportamento dos empresários no mercado: "a função econômica do negócio no direito comercial assume importância, porque permite a objetivação do comportamento do comerciante no mercado e, com isso, a possibilidade de seu cálculo pelo outro; a atenção à causa do negócio transforma-se em fator ligado à proteção da legítima expectativa da outra parte, da chamada boa-fé objetiva e, como quer Roppo, à 'gestão de uma economia capitalista' ou às 'regras de bom funcionamento do mercado'". FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais..., op. cit., p. 229.

³³⁷ Na esfera internacional, também a segurança jurídica vem sendo destacada como um dos fatores essenciais para o desenvolvimento econômico dos países, na medida em que representa estímulo à realização de negócios. À guisa de exemplo, registra-se que o Banco Mundial, em seu relatório anual *Doing Business 2012* – relatório sobre as regulamentações que aprimoram e as que restringem os negócios – assenta como uma de suas premissas fundamentais que "a atividade econômica exige regras mais sólidas: regras que estabeleçam e esclareçam os direitos de propriedade e reduzam o custo de resolução de litígios; regras que aumentem a previsibilidade das interações econômicas e ofereçam segurança jurídica e proteção contra abusos às partes contratantes. O objetivo é que as regulamentações sejam eficientes, acessíveis a todos e de fácil implementação". Relatório *Doing Business 2012*, disponível em: <http://portugues.doingbusiness.org/~media/FPDKM/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/Foreign/DB12-Portuguese.pdf>, acesso em 23/12/2012, às 14:05.

cuja fundamentação ficou assentado que a "necessidade de efetiva segurança jurídica na circulação de bens impele a ideia de responsabilidade contratual, mas de forma restrita aos limites do contrato. O exercício da liberdade contratual exige responsabilidade quanto aos efeitos dos pactos celebrados"³³⁸. Significa dizer que a responsabilidade pelo cumprimento dos pactos celebrados é elemento essencial à segurança jurídica, ao passo que o exercício da liberdade na celebração dos contratos (corolário da livre iniciativa) está atrelada à segurança de que as avenças vincularão as partes. No referido voto, que analisava o cabimento de revisão de contrato de prestação de serviços de expansão de shopping center (contrato empresarial), concluiu-se pela inexistência de motivos para modificação do que fora pactuado entre os empresários envolvidos, asseverando-se que "a intervenção do Estado no campo do Direito Privado, mais precisamente no plano do Direito Empresarial (...), deve ser mínima, em respeito à vontade manifestada de forma efetivamente livre pelas partes"³³⁹. No mesmo sentido, a Ministra Nancy Andrighi, analisando o mesmo caso, acompanhou o voto do relator, registrando que a "necessidade de se conferir segurança jurídica às relações negociais exige que se priorize, sempre que possível, a força obrigatória dos contratos, admitindo-se a sua modificação apenas em situações excepcionais (...)"³⁴⁰.

Portanto, verifica-se o reconhecimento, inclusive jurisprudencial, da íntima conexão entre segurança jurídica, livre iniciativa e força obrigatória dos contratos. Neste diapasão, Fernando Martins afirma que a intervenção estatal nos contratos, fundada na busca de equidade, pode colocar "em xeque e de lado aspectos valiosíssimos como a confiança, a segurança no tráfego jurídico e a força obrigatória"³⁴¹, se não for conferida maior atenção aos efeitos econômicos e sociais da avença, na forma que foi estipulada entre as partes³⁴². Por esta razão, destaca o autor que, ainda que tenha sofrido mitigações, até os dias atuais o brocardo *pacta sunt servanda* continua sendo elemento justificante do contrato³⁴³. Nas palavras de Teresa Arruda Alvim Wambier, sem a observância da força obrigatória, o contrato deixaria de ser contrato, pois este, por definição, "trata-se de avença que deve ser cumprida, nos termos

³³⁸ STJ - REsp 1158815/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 17/02/2012, disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=shopping+center&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7#>.

³³⁹ Idem.

³⁴⁰ STJ - REsp 1158815/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 17/02/2012, disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=20198163&sReg=200901954260&sData=20120217&sTipo=3&formato=PDF.

³⁴¹ MARTINS, Fernando R. op. cit., p. 135.

³⁴² Idem.

³⁴³ Idem.

em que foi combinada”³⁴⁴.

Para Eros Grau, até mesmo o propugnado novo paradigma contratual, com o grande destaque conferido à boa-fé e à função social, “não é orientad[o] pela busca de *justiça*, mas sim do *melhor funcionamento do mercado*, pois reforça a *confiança* dos agentes econômicos no sistema, aumentando a previsibilidade, o cálculo do comportamento da outra parte”³⁴⁵. A calculabilidade do comportamento das partes serve de base para a fixação das expectativas sobre o contrato, ensejando a estabilidade necessária para que o contrato cumpra seu papel no mercado³⁴⁶. Neste sentido, segundo Ferrante e Yeung, a segurança jurídica visa “facilitar a coordenação entre as partes (...) de modo a reduzir a incerteza e dando confiança aos indivíduos de que suas práticas quando coerentes com as normas legais produzirão os efeitos previstos pela lei”³⁴⁷.

Para tanto, ao lado da legislação³⁴⁸, vem-se propugnando a necessidade de o Poder Judiciário exercer suas funções em consonância com os ditames da segurança jurídica, devendo garantir que os contratos sejam cumpridos e que haja respeito aos direitos de propriedade, de modo a fomentar a performance econômica e os investimentos³⁴⁹. Pode-se afirmar que esta perspectiva, por vezes, tem sido reconhecida pelos próprios Tribunais, especialmente no que se refere à intervenção judicial nos contratos empresariais³⁵⁰.

³⁴⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as “cláusulas gerais” do Código Civil de 2002 – A função social do contrato, **Revista dos Tribunais**, nº 831/11, p. 76, item 10.

³⁴⁵ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. op. cit., p. 22/23. No mesmo sentido, Fran Martins relaciona o respeito à boa-fé entre as partes como medida para garantia da segurança jurídica nas relações comerciais: “Quer a lei, desse modo, resguardar a boa-fé das partes contratantes, princípio de largo alcance no campo do Direito Comercial, pois a boa-fé, característica das operações mercantis, serve para dar maior rapidez e segurança aos atos de comércio”. MARTINS, Fran. op. cit., p. 69.

³⁴⁶ AKAIISHI, Juliana Tiemi Mizumoto. Quebra Eficiente de Contratos Bilaterais e a Teoria dos Incentivos. **Economic Analysis of Law Review**, vol. 1, nº 2, p. 241-243, Jul-Dez, 2010, p. 246.

³⁴⁷ FERRANTE, Marcelo Paiva Gomes; YEUNG, Luciana Luk-Tai. Tendências de Decisões do TJSP sobre Quebras de Contratos Privados. **Economic Analysis of Law Review**, V. 3, nº 1, p. 148-169, Jan-Jun, 2012, p. 151.

³⁴⁸ Demonstrando o papel da legislação na concretização de segurança jurídica nos contratos empresariais, verifica-se que, nos Estados Unidos, mesmo a fonte principal do *common Law* sendo os precedentes judiciais, “a Comissão Nacional de Uniformização das Leis Estaduais, entendendo que as relações comerciais necessitavam de maior segurança e previsibilidade jurídica, elaborou regras escritas, conhecidas como o *Uniform Commercial Code* – UCC, que estavam mais próximas da realidade comercial do país. Dos cinquenta estados, apenas a Louisiana não adotou plenamente o UCC, refutando o artigo II que se refere aos contratos para a venda de bens tangíveis”. CAMELO, Bradson; PIRES, Maria Lemos. op. cit., p. 325.

³⁴⁹ *Idem*. Em complementação ilustrativa da importância da estabilidade das normas e da eficiência do Poder Judiciário, convém citar trecho de notícia veiculada na Gazeta Mercantil, no dia 13 de agosto de 1998: “Em 1992, o então deputado Nelson Jobim ouviu um megainvestidor contar, num evento em Hong Kong, que remetera ao Canadá algo em torno de US\$ 40 bilhões. Jobim fez-lhe a pergunta óbvia: por que não mandar parte desse capital ao Brasil, cujo potencial desenvolvimentista o investidor acabara de elogiar? A resposta: porque o Brasil não exhibe as premissas básicas para atrair e tranquilizar investidores – regras do jogo estáveis e Judiciário eficiente. Sem isso, disse-lhe o investidor, nada feito”. Gazeta Mercantil, 31 de agosto de 1998, p. A20.

³⁵⁰ Segundo Paula A. Forgioni: “a racionalidade econômica do empresário sempre foi considerada pelo direito comercial e pela jurisprudência; evita-se a tomada de decisões judiciais que fujam da racionalidade própria do

Exemplificativamente, cita-se trecho extraído da ementa de acórdão da relatoria do Ministro Antônio Carlos Ferreira, na qual restou consignado que “Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças”³⁵¹. O posicionamento em questão denota preocupação com a instabilidade que pode ser gerada por decisões judiciais que se distanciem da lógica dos empresários na autorregulação dos seus interesses e na organização de seus negócios.

Entretanto, este – ao menos aparente – *consenso* sobre a importância da segurança jurídica para os contratos empresariais não afasta a tensão existente com relação ao modo de estruturação pós-positivista. Conforme será abordado no decorrer desta seção, um Direito delineado com base em disposições abertas, enunciados amplos, com alta carga valorativa e baixa densidade normativa, bem como assentado em imposição constitucional de concretização de valores também no campo contratual empresarial, abre espaço para escolhas interpretativas que, muitas vezes, são orientadas pela ideologia do julgador, tanto na definição do conteúdo e da preponderância dos valores aplicáveis aos contratos empresariais, como também sobre os meios necessários para a concretização de tais valores. A partir do momento em que se encontra grande margem para definição ideológica da disciplina jurídica dos contratos empresariais, haverá crise de segurança jurídica no direito contratual empresarial, diante da fluidez e descontinuidade do pensamento ideológico. Neste ponto reside, especificamente, um dos maiores desafios contemporâneos da disciplina dos contratos empresariais: manter a segurança jurídica necessária ao *bom funcionamento do mercado* em um contexto de amplo espaço para construção das normas contratuais empresariais fundadas na pré-compreensão ideológica do intérprete/legislador sobre conceitos fluídos como *equilíbrio contratual*, *justiça contratual*, *equidade*, *função social*, dentre outros.

agente, rebatida na boa-fé e na proteção da legítima expectativa; a previsão do standard do homem 'ativo e probo' nada mais significa senão a assunção de uma racionalidade própria aos empresários (socialmente típica), depurada pelo direito como mínimo padrão interpretativo (...). a proteção de eficiência das decisões empresariais também é outra fonte na qual há muito se fartam os intérpretes autênticos e o ordenamento jurídico brasileiro; a imposição de decisões que comprometem a segurança e a previsibilidade do mercado sempre causou preocupação, assim como as decisões que colocam em xeque a lógica do sistema" FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais..., op. cit., p. 229.

³⁵¹ STJ, REsp 936.741/GO, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 03/11/2011, DJe 08/03/2012.

4.2 AS ESCOLHAS NA INTERVENÇÃO ESTATAL CONCRETIZADORA DOS VALORES CONSTITUCIONAIS: NECESSIDADE DE PERTINÊNCIA ENTRE MEIOS E FINS

4.2.1 A atuação estatal voltada à implementação dos valores constitucionais

No tópico em que se trabalhou a caracterização do modelo do pós-positivismo jurídico³⁵², ficou assentado que, contemporaneamente, os princípios e direitos fundamentais estão situados no vértice dos ordenamentos jurídicos constitucionais, especialmente com o reconhecimento da força normativa da Constituição e da força normativa dos princípios. Todavia, procurou-se demonstrar que a modificação na concepção do Direito não se resume simplesmente a uma mudança na hierarquia das normas, mas também e, em especial, uma modificação na estrutura das normas hierarquicamente superiores, baseadas em enunciados amplos, imprecisos, flexíveis e, por vezes, contraditórios (normas-princípio e direitos fundamentais). Dessa forma, asseverou-se que, esta peculiar estrutura das disposições constitucionais principiológicas, aliada ao reconhecimento de sua força normativa, impõe ao Estado atuação por meio de seus poderes (legislativo, executivo e judiciário), a fim de definir seus conteúdos (sentidos jurídicos) e implementar os meios necessários para concretizá-las no plano fático³⁵³.

Isso porque não se encontra na Constituição ou em outros diplomas a previsão acerca das medidas de cunho legislativo, executivo ou judicial que devem ser adotadas para efetivação dos valores constitucionais (materializados em princípios e direitos fundamentais)³⁵⁴. Dentro das balizas constitucionais, compete a cada órgão estatal, na sua respectiva esfera de atuação, adotar as medidas que julgar adequadas para cumprimento do

³⁵² Vide Capítulo II, item 2.3.

³⁵³ Não obstante, não é possível afirmar que a concretização dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais dependam exclusivamente da ação estatal, pois não se pode esquecer a responsabilidade individual dos demais agentes sociais pela efetivação dos valores constitucionais. Em que pese a ressalva, não há dúvida de que a atuação do Estado é muito importante para tal desiderato, embora não seja a única.

³⁵⁴ Segundo Rosa Maria de Andrade Nery, a Constituição apenas confere ao legislador (e também ao julgador) um parâmetro, um critério, do qual ele não tem possibilidade de se distanciar. Nas palavras da autora: “a Constituição Federal adianta para o legislador ordinário um critério, uma viga mestra, de que ele não pode se afastar, de sorte que se possa afirmar que também pelo direito civil e pelo direito empresarial se realizam os direitos fundamentais. (...) Quando se fala em eficácia civil dos direitos fundamentais, portanto, fala-se justamente desse fenômeno de as disciplinas do direito privado respeitarem os direitos fundamentais insculpidos na Constituição e todos os regramentos que ela adota, como maneira de realização do bem comum e de produção de efeitos jurídicos compatíveis com o respeito aos direitos fundamentais, essenciais à preservação da dignidade do ser humano”. NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit., p. 229.

comando de concretização dos valores e diretrizes consagradas na Constituição³⁵⁵. E neste sentido, não há dúvida que existe margem de escolha dos meios jurídicos destinados à realização dos princípios valorativos constitucionais. Conforme leciona Flávio Galdino, a efetiva realização dos direitos está vinculada a ações positivas do Estado, as quais são definidas a partir das escolhas públicas que produzem efeitos na realidade³⁵⁶.

A opção por maior abstração nas disposições normativas, com a consequente abertura de espaço para escolhas do intérprete/julgador, se deve, segundo Humberto Ávila, à grande gama de interesses que demandam atendimento pelo Direito, aliada à rapidez nas transformações sociais, que exigem flexibilidade e isonomia, as quais não podem ser atingidas com a edição de normas de hipótese de incidência fechada. Neste contexto, impera a necessidade de “normas gerais e abstratas com elevado grau de indeterminação”³⁵⁷, visando acomodar a necessidade de regulação jurídica ao constante embate de interesses e mudanças sociais. Segundo o autor, a maior abstração e generalidade das disposições facilita a sua compreensão, porém torna menos previsível o seu conteúdo, em virtude da ausência de elementos concretos que permitam avaliar exatamente o que é proibido, obrigatório ou permitido³⁵⁸. Esta concretude ganha corpo com a atuação dos poderes estatais, *a posteriori*, especialmente pelo agir da atividade jurisdicional, que se encarrega de determinar, na solução dos casos concretos submetidos à sua apreciação, a extensão e alcance das disposições normativas, sejam elas de natureza constitucional ou infraconstitucional.

4.2.2 As escolhas do intérprete

Muito embora haja alguma resistência em se admitir, a tutela jurisdicional demanda escolhas políticas dos seus julgadores, na determinação das normas aplicáveis na resolução dos conflitos de interesse³⁵⁹. Consoante destaca Bruno Salama, havendo espaço amplo de

³⁵⁵ Neste sentido, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que os direitos fundamentais “reclamam uma atuação concretizadora dos órgãos estatais, especialmente do legislador”, muito embora não seja negada a eficácia e aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais, conforme previsto no artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição de 1988. SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 259. Segundo Sarlet, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais imputa aos poderes estatais o dever de agir de forma a extrair das normas de direito fundamental a maior eficácia possível, de acordo com a “forma de positividade, do objeto e da função que cada preceito desempenha”. Ibidem, p. 265/266.

³⁵⁶ GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005, p. 228.

³⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica...*, op. cit., p. 46.

³⁵⁸ Idem.

³⁵⁹ A este respeito, elucida Ricardo Ribeiro: “é preciso reconhecer que, raramente, a norma a ser interpretada e aplicada pelo juiz contém determinações detalhadas sobre como o magistrado deveria julgar ou não, pois as peculiaridades dos casos concretos julgados e a própria norma de direito positivo geram uma margem de livre

indeterminação das normas, a atividade jurisdicional não se limita a “aplicar normas gerais a casos concretos”: neste contexto, “sua atividade [do magistrado] é também política”³⁶⁰. Evidente que não há poder absoluto de escolha, estando o intérprete vinculado às balizas extraídas das disposições constitucionais e infraconstitucionais, analisadas como sistema e de acordo com seus fins. No entanto, o grau de abstração e indefinição de determinados enunciados normativos abre margem para ampla gama de escolhas do intérprete, incumbindo-lhe da função de definir seus desdobramentos na regulação da vida social³⁶¹. Reafirma-se aqui as palavras de Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo: “o processo interpretativo e decisório do juiz comporta escolhas”³⁶².

Essas escolhas interpretativas, salvo as que estiverem em manifesto conflito com as disposições interpretadas, não podem ser taxadas, do ponto de vista jurídico, como corretas ou incorretas. Por exemplo: é factível que duas decisões sejam proferidas visando a observância do princípio da função social do contrato, com adoção de soluções diametralmente opostas, sem que se possa taxar qualquer delas como ilícita ou equivocada³⁶³. Consoante destaca Fabio Ulhoa Coelho, “os enunciados doutrinários acerca do conteúdo de uma certa norma jurídica não são verdadeiros ou falsos, mas adequados ou inadequados à aplicação do preceito”³⁶⁴. Significa dizer que, ao analisar as possíveis decisões a serem proferidas em aplicação a determinada disposição (constitucional ou infraconstitucional), o que se avalia são os meios mais ou menos adequados para atingir determinada finalidade predisposta no sistema normativo. Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, “independente da razão de ser vislumbrada

apreciação. Nesse sentido, indeterminações intencionais (expressamente estabelecidas pela norma) ou não intencionais (vaguidade e ambiguidade da norma) permitem que o juiz tenha certa discricionariedade para julgar (...) Portanto, a razão pela qual os juízes decidem não pode ser explicada por normas previamente estatuídas. Há a influência, sobre a decisão judicial, de fatores não previstos em direito positivo. Daí, dificilmente, juízes poderiam ser considerados neutros quanto aos valores morais e políticos, tendo em conta sua tarefa concreta de julgar por atos de vontade, competência não muito diferente da do legislador”. RIBEIRO, Ricardo. Preferências, Custos da Decisão e Normas Jurídicas no Processo Decisório das Cortes: o modelo de múltiplos comportamentos *Economic Analysis of Law Review*, V. 2, nº 2, p. 264-296, Jul-Dez, 2011, p. 267.

³⁶⁰ SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner, *in* **Direito e Economia: 30 anos de Brasil**. Maria Lúcia L. M. Padua Lima (coord.), Tomo I, p. 283-323, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 320.

³⁶¹ Neste sentido, destaca Irineu Mariani: “Tratando-se de tipo legal aberto, se o legislador não reservou, de algum modo, a si próprio, a tarefa de colmatar ou de preencher a lacuna, então delegou-a ao intérprete para fazê-lo no mundo dos fatos, assimilando permanentemente as *novas verdades sociais*”. Contudo, ressalva: “É oportuno lembrar que a interpretação da norma não é uma atividade livre, mas vinculada à ordem jurídica. Descabe, pois, no exercício da arte de interpretar as normas, revelar o valor próprio. Não. O valor a ser revelado é o da norma. A interpretação não pode se constituir em ato legiferante”. MARIANI, Irineu. op. cit., p. 15.

³⁶² DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO Susanna. op. cit., p. 100.

³⁶³ Do ponto de vista jurídico, não é possível afirmar equívoco. Porém, por certo que, de acordo com outros parâmetros (econômicos, sociológicos, antropológicos...) é possível avaliar as escolhas e concluir por seu equívoco, de acordo com os postulados e lógica própria de cada ângulo de análise. Afirma-se, tão somente, que, *juridicamente*, desde que respeitem as balizas contidas nas disposições constitucionais ou infraconstitucionais, as escolhas não podem ser consideradas equivocadas.

³⁶⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Vol. 1., op. cit., p. 44.

no direito, o conhecimento do conteúdo das normas jurídicas postas não pode ser mais que o estudos dos meios aptos (inapto, mais ou menos aptos etc.) a propiciarem que o direito cumpra suas finalidades"³⁶⁵.

No campo dos contratos empresariais, verifica-se a incidência, em tese, de uma série de dispositivos constitucionais contendo expressões abertas, locuções abstratas, com ampla margem de construção do intérprete e do legislador. Na esfera constitucional, tem aplicabilidade aos contratos empresariais, dentre outros, os princípios da livre concorrência, livre iniciativa, liberdade, função social, equilíbrio contratual, solidariedade, isonomia, os quais, conjugados, em muitos aspectos, apresentam vetores conflitantes. Todos estes princípios reclamam, simultaneamente, edição de outras normas infraconstitucionais e construção interpretativa dos julgadores, para que haja a definição de seus contornos no plano concreto.

No tocante à edição de normas infraconstitucionais, conforme já abordado, encontra-se disposições do Código Civil de 2002 tratando da parte geral aplicável aos contratos empresariais. No entanto, a existência de tais dispositivos, por si só, não torna a disciplina contratual empresarial imune às escolhas do julgador/intérprete, pois enunciados normativos centrais à sua disciplina geral foram concebidos mediante a técnica de conceitos indeterminados, cláusulas abertas, previsões genéricas. Com efeito, no âmbito infraconstitucional, tem aplicabilidade aos contratos empresariais, dentre outros, os princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato, abuso de direito, vedação do enriquecimento ilícito, autonomia privada, relatividade dos contratos, força obrigatória das avenças, os quais se caracterizam pela inexistência de predisposição dos seus exatos conteúdos e desdobramentos, ao passo que, por vezes, suas noções indicam soluções antagônicas entre si. Assim, a disciplina geral dos contratos empresariais é influenciada pelas escolhas (políticas) tanto do legislador, na definição das normas legais voltadas à concretização dos valores constitucionais aplicáveis aos contratos empresariais, como do julgador/intérprete, na aplicação direta das previsões constitucionais ou das disposições infraconstitucionais.

Por esta razão é que, a título de exemplo, na análise de pedido de revisão de prêmio de produtividade em contrato de prestação de serviços de gerenciamento e expansão de *shopping center* (contrato empresarial), fundada em revés nos resultados do empreendimento gerenciado, é factível que, com base na invocação dos princípios da função social do contrato, autonomia privada e boa-fé objetiva, tanto se decida pela modificação da cláusula³⁶⁶ como

³⁶⁵ Ibidem, p. 44/45.

³⁶⁶ STJ - REsp 1158815/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado

pela manutenção da estipulação contratual³⁶⁷, conforme o conteúdo e extensão que se dê às normas mencionadas, sem que seja possível afirmar que algumas das decisões não seja jurídica, ou que seja *errada*, à luz do direito contratual empresarial. Em tese, ambas as argumentações são juridicamente defensáveis, cabendo ao julgador posicionar-se, exercendo certo grau de escolha na decisão a ser adotada.

4.2.3 As escolhas do intérprete Vs Segurança Jurídica

Em virtude da imprecisão no conteúdo das normas gerais aplicáveis aos contratos empresariais, havendo impasse entre as partes contratantes, fica difícil calcular e prever exatamente qual a solução ditada pela disciplina jurídica dos contratos empresariais. A resposta sofre influência da escolha do aplicador do Direito, seja no que tange ao conteúdo, seja no que toca à definição da preponderância entre normas *a priori* aplicáveis³⁶⁸, ainda mais considerando a já mencionada possibilidade de sobreposição das normas-princípio sobre regras imperativas, que é uma das características do pós-positivismo jurídico. A redução da *calculabilidade e confiabilidade* acerca do conteúdo e aplicação das normas regentes dos contratos empresariais – decorrente da diversidade das soluções de conflitos interempresariais envolvendo contratos e da amplitude de interpretação das disposições gerais relativas aos contratos empresariais – gera diminuição de segurança jurídica, a qual representa um dos vetores da disciplina dos contratos empresariais, conforme abordado no tópico anterior. Neste ponto encontra-se a já mencionada tensão entre o modelo pós-positivista e a disciplina dos contratos empresariais: enquanto esta espécie contratual tem como um de seus pilares a segurança jurídica, a estrutura das disposições normativas que caracterizam o pós-positivismo contribuem para diminuição da calculabilidade e confiabilidade acerca do seu conteúdo e aplicação³⁶⁹.

em 07/02/2012, DJe 17/02/2012, disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=shopping+center&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7#>, acesso em 11/12/2012, às 17:52.

³⁶⁷ TJ/RJ – Embargos Infringentes nº 2008.005.00104 - Décima Nona Câmara Cível - Rel. DES. DENISE LEVY TREDLER - Julgamento: 19/08/2008, disponível em <http://srv85.tjrj.jus.br/ConsultaDocGedWeb/faces/ResourceLoader.jsp?idDocumento=000331B29BEB52975F3D5CBFBF675B699C07CC4020E2D44>, acesso em 11/12/2012, às 17:49.

³⁶⁸ Vale a transcrição sobre a *politização* do poder jurisdicional: "A própria existência de múltiplas possibilidades interpretativas favorece decisões pautadas em preferências das mais diversas ou, ainda, comportamentos sensíveis ao ambiente político. O próprio direito positivo, portanto, oferece incentivo a um comportamento político da magistratura". RIBEIRO, Ricardo. Preferências, Custos da Decisão e Normas Jurídicas no Processo Decisório das Cortes: o modelo de múltiplos comportamentos. **Economic Analysis of Law Review**. 2, nº 2, p. 264-296, Jul-Dez, 2011, p. 268.

³⁶⁹ E esta situação se agrava ao se considerar que o sistema processual brasileiro, no qual, em regra, não há

Por certo que esta tensão não se resolve simplesmente pela rejeição dos dispositivos de estrutura aberta, para privilegiar a segurança jurídica, tal como parecem defender alguns expoentes da doutrina comercialista. Também não se resolve com a negação da possibilidade dos princípios (constitucionais ou infraconstitucionais) se sobreporem às regras na esfera empresarial, tal como previsto no art. 8º projeto de novo Código Comercial (PL 1572/2011): "Nenhum princípio, expresso ou implícito, pode ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição deste Código ou da lei". Tampouco é solucionada pela restrição extrema de intervenção judicial nos contratos empresariais, invocando a vinculação plena das partes contratantes à vontade manifestada, com restrição quase absoluta à revisão contratual em juízo³⁷⁰.

Como visto na análise das bases históricas do pós-positivismo jurídico, relevantes foram os motivos que levaram à transição do modelo positivista clássico para a chamada concepção pós-positivista, com a elevação das normas-princípio, valores e cláusulas gerais ao *status* de elementos estruturantes do ordenamento jurídico como um todo. Igualmente, a intervenção e o dirigismo contratual estatal também surgem para dar conta de importante momento histórico na evolução cultural, marcada pela percepção coletiva da necessidade de garantir não só o interesse individual das partes contratantes, mas também o interesse coletivo nos contratos, o que dificilmente pode ser alcançado com a ampla e irrestrita observância da vontade manifestada pelas partes³⁷¹. Neste prisma, não se mostra aconselhável defender a impossibilidade de revisão judicial dos contratos ou enveredar para o sistema subsuntivo de normas fechadas, desconsiderando todo o contexto que motivou o abandono deste modo de concepção do sistema jurídico, mesmo que a intenção seja a efetivação da necessária segurança jurídica na disciplina contratual empresarial.

vinculação dos julgadores aos precedentes. Caso existisse, em tese, poderia haver atenuação do impacto negativo dos enunciados abertos sobre a segurança jurídica. Humberto Ávila defende interessante tese sobre a existência de vinculação a precedentes judiciais no Direito brasileiro, fundado principalmente no princípio da isonomia. Com a vinculação, segundo o autor, o Poder Judiciário protege a confiança e a calculabilidade do sistema jurídico ÁVILA, Humberto, *Segurança Jurídica...*, op. cit., p. 462/465.

³⁷⁰ Exemplificativamente, cita-se o art. 305, *caput*, do Projeto de Novo Código Comercial, que assim dispõe: "No contrato empresarial, a vinculação ao contratado é plena".

³⁷¹ Sobre a intervenção estatal, vale transcrever trecho de autoria de Rosa Maria de Andrade Nery: "a ampla intervenção estatal nos mercados ocasionou-lhes a perda do caráter de instituição privada, e a evolução dessa prática pública de política econômica sobre o mercado inspira hoje totalmente sua ideia institucional, dotando-a, em certa medida, de aspectos de coercibilidade própria da que se verifica presente durante o exercício da autoridade do Estado. (...) O direito privado tem se esforçado para empreender tarefa técnica e científica capaz de compreender as necessidades de seu momento histórico, fazendo evoluir seus institutos tradicionais, porque as mudanças que a evolução cultural impõe à ordem jurídica e a necessidade de novas fórmulas jurídicas que atendam à realidade de seu tempo temperam e impulsionam essa evolução (...) Tanto importa para o direito privado a necessidade individual de cada sujeito, *de cujo estímulo depende a prosperidade do agrupamento humano*, quanto importa o elemento social que é a *razão de ser e a finalidade transcendente do direito*". NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit., p. 223/224.

A chave para solucionar esta tensão parece estar na compatibilização entre (i) a flexibilidade e abertura normativas decorrentes do modo de estruturação do ordenamento jurídico, no marco do pós-positivismo jurídico; (ii) a intervenção estatal nos contratos empresariais visando a concretização dos valores constitucionais, mediante atividade de interpretação construtiva (escolhas); e (iii) a necessidade de segurança jurídica na disciplina dos contratos empresariais. Deve-se encontrar uma harmonia entre estes três elementos, de tal modo que os dois primeiros não solapem o terceiro, ao mesmo tempo em que o terceiro não extirpe os dois primeiros. De fato, já destacada a importância das características do pós-positivismo jurídico e também da segurança jurídica para os contratos empresariais, o propósito é que ambos sejam observados em patamar mais elevado possível, o que somente pode ocorrer mediante harmonização que considere o contrabalanço entre estes fatores relativamente antagônicos.

4.2.4 A via de equilíbrio: limitação das escolhas e pertinência entre meios e fins na atividade interpretativa empresarial

Assim, a proposta de equilíbrio aponta para a manutenção do âmbito de escolhas do intérprete, permitindo-lhe margem para construir a solução mais adequada na perspectiva individual e coletiva visando a concretude dos valores constitucionais aplicáveis e respeitadas as balizas legais e constitucionais, porém sem que o espaço de escolha seja tão elástico a ponto de as soluções interpretativas nos contratos empresariais ficarem a mercê de voluntarismos e ideologias do intérprete. É dizer: há que se admitir a atuação concretizadora dos princípios e valores aplicáveis aos contratos empresariais pelo intérprete/julgador, mas esta atuação não deve ser de tal amplitude que praticamente não haja calculabilidade ou confiabilidade na disciplina contratual empresarial. Para tanto, inevitável certo grau de limitação às escolhas interpretativas, admitindo-as com flexibilidade compatível ao respeito à segurança jurídica.

Não se ignora que o texto dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais, por si só, já representam um limite à interpretação³⁷². Entretanto, defende-se que, além dos limites semânticos, deve haver outros limites que orientem a atividade do intérprete em suas escolhas na aplicação do Direito, especialmente com relação aos contratos empresariais. Por vezes, o texto confere tão ampla margem à interpretação, que praticamente não se encontra nenhum

³⁷² GRAU, Eros Roberto. op. cit., p. 42.

limite à definição do conteúdo e efeitos da norma resultante do processo interpretativo. Esta amplitude, aliada à relativa liberdade que cada julgador tem de decidir conforme sua convicção³⁷³, são fatos que potencialmente ensejam insegurança jurídica, diante da elevação das chances de oscilação na definição do conteúdo e extensão das normas que regem os contratos empresariais.

Considerando que, em *ultima ratio*, o grande vetor do sistema jurídico pós-positivista é a concretização dos valores constitucionais em cada uma das ramificações do Direito, ou seja, há grande preocupação com a realização das *finalidades constitucionais*, a necessidade de limitação das escolhas do intérprete aponta para a utilização de um critério de natureza consequencialista³⁷⁴, para exigir que haja prévio juízo de meios e fins para orientar as escolhas interpretativas relativas à disciplina dos contratos empresariais. Em linhas gerais, este parâmetro pode ser exemplificado da seguinte forma: diante de contrato empresarial em que se pretende a modificação de cláusulas fundada em alegado desequilíbrio nas prestações, a incidência do princípio da função social do contrato não possui sentido e consequência unívocos, podendo, em tese, ser aplicado tanto como fundamento para determinar a revisão contratual pretendida, como para rejeitá-la; assim, para orientar a escolha do intérprete na definição dos desdobramentos do princípio da função social do contrato na solução do caso concreto, obrigatoriamente deve ser avaliado se a interpretação do princípio em questão (neste ou naquele sentido), quando aplicados à realidade subjacente, produz efeitos práticos *finalisticamente* consonantes com o próprio princípio invocado e os demais valores incidentes sobre o caso.

Com efeito, destaca Luis Roberto Barroso, o intérprete "não pode perder-se no mundo jurídico, desconectando-se da realidade e das consequências práticas de sua atuação"³⁷⁵. Consoante mencionado por ocasião da caracterização do paradigma pós-positivista, um dos pontos essenciais apontados pelos teóricos para evitar o *decisionismo* no pós-positivismo jurídico é que o intérprete tenha sua atuação pautada pelo resultado da atividade interpretativa, isto é, os efeitos práticos do processo interpretativo na realidade. Conforme já

³⁷³ Os artigos 131 e 436 do CPC são os dispositivos classicamente citados como fundamento do princípio da livre convicção do juiz. Dispõe os artigos, respectivamente, "O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento" e "O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos".

³⁷⁴ Ressalva-se, desde logo, que o consequencialismo propugnado não é o definido por Arnold Wald, segundo o qual consequencialismo "é a tese de acordo com a qual os tribunais devem julgar as causas tendo em vista exclusivamente as suas consequências econômicas, independentemente da Justiça". WALD, Arnold. Depoimentos de Importantes Atores da Cena Brasileira nos Últimos Trinta Anos, in **Direito e Economia**: 30 anos de Brasil. Tomo I, Maria Lúcia L. M. Padua Lima (org.). São Paulo: Saraiva, 2012, p. 42.

³⁷⁵ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo..., op. cit., p. 344.

afirmado na primeira seção, para controle das escolhas do intérprete, é essencial analisar "se o produto da incidência da norma sobre o fato realiza finalisticamente o mandamento constitucional"³⁷⁶. Isso porque o resultado da interpretação sofre influência da conjuntura econômica, social e cultural em que é aplicada³⁷⁷. Neste prisma, estas condicionantes podem ensejar que determinada escolha interpretativa possa ocasionar contextos contrários à efetivação dos próprios princípios que lhe motivaram.

Explica Luis Roberto Barroso que este consequencialismo se aproxima do defendido por MacCormick, que defende as *razões finalistas* como razões preponderantes para a justificação das decisões judiciais, no sentido de que uma dada escolha de aplicação normativa justifica-se por realizar um estado de coisas, considerado desejável. Tais finalidades são as preestabelecidas como corretas em cada ramo jurídico e, principalmente, pela Constituição, que vincula a todos, deixando claro que os fins estão inseridos no próprio ordenamento constitucional³⁷⁸. Para MacCormick, o julgador deve estar consciente que sua opção interpretativa, reiterada diversas vezes e consolidada como entendimento geral, deve fazer cumprir o direito, não apenas no caso específico analisado, mas também em um contexto geral (coletivo)³⁷⁹.

Analisando julgados da Cortes Superiores brasileiras – STJ e STF – constata-se a existência de alguns precedentes de cujas fundamentações se extrai a necessidade de observância da limitação das escolhas interpretativas (análise de adequação entre meios e fins). A título de exemplo, cita-se trecho de decisão de Ministro Luiz Fux, no qual invoca expressamente razões finalistas para orientar a escolha da solução jurisdicional adotada: “diante da ausência de uma resposta unívoca do ordenamento jurídico para um problema específico, recomenda-se adotar aquela solução que produza os melhores resultados práticos para a sociedade, em geral, e para os envolvidos, em particular”³⁸⁰. Também neste sentido, em voto no julgamento do REsp 1158815/RJ, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, analisando

³⁷⁶ Idem.

³⁷⁷ Neste sentido Márcia Carla Pereira Ribeiro não deixa de alertar para a importância da consideração das condicionantes econômicas e sociais e jurídicas para concretização dos mandamentos constitucionais: “As Constituições em seu conteúdo jurídico, econômico e social devem ser instrumentos que encontrem respaldo na sociedade humana, coincidente e promotor dos princípios mais caros à civilização, especialmente o da dignidade da pessoa humana. (...) Para que sejam dotadas de efetividade e não de uma conotação meramente ideológica, suas normas devem considerar princípios das Ciências Sociais, da Economia e o do Direito, em razão de sua complementaridade.” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Função Social do Contrato e da Empresa...*, op. cit., p. 207/208).

³⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...*, op. cit., p. 344.

³⁷⁹ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 137.

³⁸⁰ STF - MS 31228 MC / DF - DISTRITO FEDERAL – decisão liminar - Relator(a): Min. LUIZ FUX - DJe-203 DIVULG 16/10/2012 PUBLIC 17/10/2012

especificamente lide envolvendo contrato empresarial, fez constar na fundamentação, como reforço ao argumento de rejeição do pedido de revisão contratual, que a revisão do contrato entabulado entre as partes não é permitida pela simples "menção a princípios de direito contratual, sem a demonstração (...) de que tal medida promoveria o estado de coisas visado por estes princípios"³⁸¹.

Na doutrina comercialista também se encontra alusão à necessidade de que o intérprete, nas decisões sobre intervenção judicial nos contratos empresariais, ponderem sobre a pertinência entre o entendimento adotado, os fins visados e os efeitos práticos depreendidos da incidência da norma sobre a realidade. Neste sentido, segundo Rodrigo Toscano de Brito, um dos critérios que deve orientar a intervenção judicial nos contratos empresariais é a proporcionalidade, de acordo com três preceitos que lhe servem de sustentáculo.

"Primeiro, o da adequação da idoneidade, quando se deve perquirir se o meio escolhido contribui para a obtenção do resultado pretendido. Segundo, o da necessidade ou da exigibilidade, indicando que, diante de um caso concreto, ao se verificarem todas as possíveis soluções do conflito, deve-se optar pela que seja mais adequada e que exija o menor grau possível de restrição de direitos. O último preceito (...) é o da proporcionalidade em sentido estrito, que trata da análise das possibilidades jurídicas existentes para alcançar a melhor relação meio-fim para o conflito"³⁸².

Observa-se que o autor transporta o princípio da proporcionalidade, mais comumente invocado nas relações diretas entre cidadão e Estado, para utilizá-lo como critério orientador das soluções interpretativas nos contratos empresariais, justamente visando que a atividade interpretativa não descuide dos seus efeitos práticos, que, nos casos dos contratos empresariais, está diretamente vinculado à estrutura de funcionamento do mercado em um contexto de economia capitalista.

Esta preocupação com os efeitos das escolhas interpretativas relacionadas ao direito dos contratos também é destacada por Teresa Arruda Alvim Wambier. Segundo ela, "numa sociedade onde os poderosos são perseguidos, não há crédito, não há emprego, não há circulação de bens de consumo", e complementa "A proteção exagerada 'faz sair o tiro pela culatra'. Se a licença-maternidade for de um ano, mulheres não terão emprego!"³⁸³. No pano de fundo deste posicionamento, percebe-se a preocupação com os efeitos de determinadas

³⁸¹ STJ - REsp 1158815/RJ, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 17/02/2012, disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=shopping+center&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7#>.

³⁸² BRITO, Rodrigo Toscano de. op. cit., p. 168.

³⁸³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. op. cit., p. 71-2, item 7.

escolhas interpretativas. Seguindo a linha de raciocínio de Teresa Arruda Alvim Wambier, a interpretação dos princípios contratuais da função social do contrato, boa-fé objetiva ou vedação ao enriquecimento ilícito, caso seja conduzida como fator de simples privilégio à parte mais fraca na relação contratual, conquanto possa se mostrar discurso *politicamente correto*, pode implicar menor realização destes princípios na realidade concreta. Na mesma toada, Arruda Alvim sintetiza esta preocupação com o efeitos concretos das escolhas interpretativas: "se um juiz decide numa relação contratual – *pietatis causa* – porque ficou com pena do devedor – perguntar-se-ia, então: esse juiz está cumprindo a função social do contrato? (...) Acho que isso é agir também contra a função social do contrato" (ou um dos aspectos da função social do contrato)³⁸⁴.

Sendo assim, um importante fator para limitação das escolhas interpretativas – em prol da harmonização de um sistema jurídico de estrutura aberta (pós-positivismo jurídico) à necessidade de observância da segurança jurídica nos contratos empresariais – está na exigência de que o intérprete, antes de decidir seu posicionamento sobre a aplicação de determinado dispositivo, proceda um juízo de avaliação acerca da pertinência entre a opção interpretativa e o estado de coisas (efeitos práticos) almejado pela disposição normativa no momento em que o resultado da interpretação se insere na realidade. Como visto, o ambiente econômico, social e cultural em que a norma é aplicada é fator determinante para os efeitos que produzirá na realidade sensível, em especial no que tange à disciplina dos contratos empresariais, que se relaciona diretamente com a economia, ambos influenciando-se reciprocamente. Desse modo, a pertinência entre meios e fins na aplicação do direito contratual empresarial não pode ser ignorado, sendo um dos fatores essenciais para que, no contexto do pós-positivismo jurídico, a disciplina dos contratos empresariais consiga concretizar em grau satisfatório a necessária segurança jurídica.

4.3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL E O ASPECTO IDEOLÓGICO NA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DOS CONTRATOS

4.3.1 Análise de pertinência entre meios e fins somente na interpretação aplicada aos contratos empresariais?

A partir das considerações tecidas até aqui, nas quais se deu enfoque especial à

³⁸⁴ ALVIM, Arruda. A Função Social dos Contratos no Novo Código Civil, *Revista dos Tribunais* 815/11, p. 30.

necessidade de compatibilização entre o modelo pós-positivista e a segurança jurídica na disciplina dos contratos empresariais, poder-se-ia questionar se esta preocupação com a segurança jurídica no marco do pós-positivismo jurídico seria característica do direito contratual empresarial, ou se seria algo comum a todos os ramos jurídicos. Sendo considerada peculiaridade exclusiva dos contratos empresariais, não teria sentido falar-se genericamente em crise de segurança jurídica na concepção pós-positivista do Direito, pois seria fenômeno exclusivo de uma área específica, dentro do ramo Direito Empresarial. Por outro lado, sendo considerado problema comum em gênero e grau a todos os ramos jurídicos, não faria sentido debruçar-se especificamente sobre a questão na esfera dos contratos empresariais, sobretudo porque seria tratado um problema geral e, portanto, mais adequado de se abordar no âmbito da pura teoria geral do direito.

Nem um, nem outro. Na realidade, conquanto a tensão entre segurança jurídica e o modelo de estruturação do pós-positivismo ocorra em diversos ramos do Direito, este aspecto se torna mais crítico no ramo empresarial, especialmente quando se trata de contratos celebrados por empresários no exercício de atividade econômica organizada. Pode-se afirmar, desse modo, que o desencontro entre os postulados da segurança jurídica e o sistema normativo organizado com predomínio das disposições abertas provoca maior preocupação no Direito Empresarial, embora não deixe de ser considerado em outros ramos do direito.

Afirma-se isto, em primeiro lugar, com base na argumentação trazida no início da seção sobre a *especial* importância da segurança jurídica para a disciplina contratual empresarial. Não se olvida da relevância da segurança jurídica também para outros ramos do Direito, até mesmo porque a segurança jurídica é considerada princípio constitucional³⁸⁵ e valor fundamental do Estado Democrático de Direito³⁸⁶, irradiando efeitos, portanto, para todo o ordenamento jurídico. Não obstante, pelo que ficou assentado até aqui, a observância dos postulados inerentes à segurança jurídica (combate à insegurança jurídica) se mostra mais essencial à disciplina dos contratos empresariais (e do Direito Empresarial como um todo), em virtude de sua especial conexão com o funcionamento do mercado, da economia e com os desdobramentos do princípio da livre iniciativa. Trata-se de uma diferença de grau de importância: enquanto o princípio da segurança jurídica tenha menor preponderância em outras searas (como, por exemplo, no Direito de Família), no Direito Empresarial configura

³⁸⁵ ARAÚJO, Luiz Alberto David de; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**, 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 89/90. Complementam os autores: “É incontroverso, por outro lado, que no âmbito de qualquer ordenamento reside o objetivo de segurança das relações jurídicas”. (p. 50).

³⁸⁶ Neste sentido, julgado de dezembro de 2012 do Supremo Tribunal Federal, da relatoria do Ministro Celso de Mello: STF - RE 659803 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/11/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 12-12-2012 PUBLIC 13-12-2012

pedra angular, notadamente nos contratos empresariais.

Em segundo lugar, a afirmação acerca da especial atenção que se deve conferir à tensão entre o pós-positivismo e a segurança jurídica na disciplina contratual empresarial está conectada a uma peculiaridade do direito dos contratos, que é a busca de concretização do princípio do equilíbrio contratual. Conforme será abordado a seguir, o equilíbrio contratual é considerado princípio constitucional e, como os demais princípios, vincula a atividade interpretativa. Sua aplicação, por vezes, ocorre à margem de qualquer análise de pertinência entre meios e fins nas escolhas interpretativas, considerando o seu conteúdo genérico e abstrato, bem como a interferência ideológica a que está suscetível, agravando o descompasso com os postulados da segurança jurídica. É o que se passa a demonstrar.

4.3.2 O princípio constitucional do equilíbrio contratual

Embora a Constituição brasileira de 1988 não tenha previsto dispositivo estabelecendo expressamente o princípio do equilíbrio contratual, a doutrina vem defendendo de forma praticamente unânime que este seria um princípio constitucional implícito, incidente sobre as categorias contratuais de maneira geral (civil, consumidor, empresarial, administrativo). Em síntese, afirma Teresa Negreiros que “o equilíbrio econômico do contrato (...) encontra-se fundamentado na Constituição”³⁸⁷.

Segundo Negreiros, a vedação à existência de prestações ou vantagens desproporcionais entre as partes contratantes é um dos desdobramentos do princípio da igualdade material, prevista no art. 3º, inciso III, da CF/88. Sustenta a autora que a igualdade substancial – corolário do princípio da justiça social – impõe que o contrato não seja utilizado como instrumento para permitir que uma parte obtenha vantagem exagerada perante a outra, com amparo na igualdade formal³⁸⁸. Destaca Rodrigo Toscano de Brito que a noção de igualdade substancial, em contraponto à igualdade formal, é extraída a partir do princípio da justiça social³⁸⁹. Assim, como ponto de partida da construção da idéia de norma-princípio do equilíbrio contratual, está o princípio da justiça social, que adentra a disciplina contratual no sentido de obstar a *injustiça social* ou a *desigualdade substancial*, que, no caso dos contratos, revelar-se-ia pela vantagem exagerada de um dos contratantes em detrimento do outro.

Porém, não só o art. 3º, inciso III, da Constituição, é apontado como fundamento do

³⁸⁷ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 155/156.

³⁸⁸ Idem.

³⁸⁹ BRITO, Rodrigo Toscano. op. cit., p. 60.

propugnado princípio constitucional do equilíbrio contratual. Rodrigo Toscano de Brito, debruçando-se sobre o tema, afirma que o princípio da justiça social (art. 3º, III, da Constituição de 1988) representa a base fundamental que permite a intervenção judicial nos contratos visando o restabelecimento do equilíbrio, mas que também deve ser levado em conta, no balizamento do equilíbrio contratual, o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição de 1988)³⁹⁰. Acrescenta o autor, ainda, que de modo mais específico que o art. 3º, a Constituição prevê, no art. 170, uma ordem econômica fundada em uma relação de equilíbrio entre livre iniciativa e os parâmetros decorrente da dignidade da pessoa humana e justiça social³⁹¹. Em síntese, da conjugação dos princípios da justiça social, dignidade da pessoa humana e dos princípios da ordem econômica (dentre os quais: função social da propriedade, livre iniciativa, defesa do consumidor e redução das desigualdades regionais e sociais), vem se defendendo como desdobramento o princípio constitucional implícito do equilíbrio nos contratos.

Sintetizando este posicionamento, mas acrescentando outros fundamentos, Fernando R. Martins afirma a existência das seguintes bases informadoras do princípio do equilíbrio contratual (denominado pela autor de princípio da justiça contratual): “(i) a dignidade da pessoa humana; (ii) a liberdade; (iii) a igualdade, (iv) a segurança, (v) a informação, (vi) a defesa do consumidor, (vii) a ordem econômica, e, por fim (viii) os objetivos constitucionais perseguidos pela república.”³⁹² Martins sustenta que todos estes princípios fundamentam a proteção da justiça (equilíbrio) nos contratos, destacando que o programa previsto na Constituição de 1988 visa, sobretudo, “o equilíbrio para a afirmação da sociedade pluralista, reafirmando a defesa da vida digna”³⁹³, o que não se coaduna com a admissão de contratos que se prestem como instrumentos de dominação de uma das partes pela outra³⁹⁴.

Também Haroldo Verçosa, seguindo raciocínio semelhante, afirma que, nos limites da autonomia das partes, espera-se que os contratos sejam justos, sendo “um dos pressupostos do contrato o equilíbrio econômico da relação a ser estabelecida entre as partes”, sob pena de vício genético decorrente do descumprimento de sua função econômica e função social³⁹⁵.

Desse modo, com base em tais fundamentos, é possível afirmar a existência de

³⁹⁰ Ibidem, p. 64.

³⁹¹ Ibidem, p. 69.

³⁹² MARTINS, Fernando R. op. cit., p. 263.

³⁹³ Idem.

³⁹⁴ Neste sentido, Haroldo Verçosa afirma: “o contrato não se configura como instituto destinado a proteger o interesse de uma das partes que possa ter alguma forma de ascendência sobre a outra, mas apta a proporcionar um vínculo contratual equilibrado, segundo cada situação concreta”. VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. op. cit., p. 103.

³⁹⁵ Ibidem, p. 100/101.

princípio constitucional do equilíbrio contratual, o qual – ainda que implícito e ainda que os seus desdobramentos sejam *a priori* indefinidos – irradia efeitos para o direito dos contratos, inclusive para a disciplina dos contratos empresariais³⁹⁶.

Neste passo, destaca Rodrigo Toscano de Brito que não somente os contratantes devem observar o princípio do equilíbrio contratual. Segundo ele, também o julgador, em sua atividade interpretativa e de resolução de conflitos, deve seguir tal princípio, “com o fito de encontrar e determinar o equilíbrio da contratação, notadamente à luz do art. 3º, III, da Constituição, que exige a manutenção de uma relação justa, igual e equilibrada, em detrimento da igualdade formal”³⁹⁷. Consoante defende, considerando a posição do contrato como “principal motor propulsor do capital e da circulação de riqueza”, não se deve deixar que ultrapasse seus relevantes objetivos, “para servir de ponte para o acaso ou ruína das partes, nem de meio para retirar vantagens indesejadas, pelo próprio fundamento do instituto”³⁹⁸. Em suma, o Estado, seja pela atividade legislativa, seja pela atividade jurisdicional, não pode permitir que o contrato se torne instrumento de afronta ao programa previsto na Constituição³⁹⁹.

Assim, não somente afirma-se a existência do princípio constitucional do equilíbrio contratual, como também argumenta-se a necessidade de concretização legislativa e jurisdicional do princípio, para que haja efetividade no plano concreto. Isso porque, conforme alerta Fernando Martins, em virtude da amplitude do princípio do equilíbrio contratual e dos que lhe são correlatos (justiça social, dignidade da pessoa humana, vedação ao enriquecimento ilícito), “por vezes produzirão efeitos indeterminados, utilizando-se de meios múltiplos”⁴⁰⁰, impondo a produção de regras especificando melhor seu conteúdo e desdobramentos. Estas *regras especificadoras* são obtidas fundamentalmente a partir da atividade legislativa e da atuação do julgador na aplicação do direito contratual aos casos concretos. Significa dizer que o conteúdo e efeitos da incidência do princípio constitucional do equilíbrio contratual nos contratos empresariais (da mesma forma que ocorre com relação aos contratos civis ou de consumo) somente serão melhor definidos com a atuação estatal no âmbito da confecção da legislação infraconstitucional e da interpretação aplicada aos casos

³⁹⁶ Orlando Gomes afirma a existência do princípio do equilíbrio contratual também no Código Civil de 2002. Segundo ele: “O princípio do equilíbrio econômico do contrato, ou do *sinagma*, encontra-se presente no Código Civil primordialmente como fundamento de duas figuras, a lesão e a revisão ou resolução do contrato por excessiva onerosidade superveniente” (GOMES, Orlando. Contratos..., op. cit., p. 48).

³⁹⁷ BRITO, Rodrigo Toscano. op. cit., p. 62/63.

³⁹⁸ Idem.

³⁹⁹ Ibidem, p. 70.

⁴⁰⁰ MARTINS, Fernando R. op. cit., p. 263.

concretos⁴⁰¹.

4.3.3 O viés ideológico na interpretação e aplicação do princípio do equilíbrio contratual

Neste ponto, tal como destacado com relação a outras normas abertas, reafirma-se a existência de margem de escolha na atividade interpretativa, pois existe uma série de alternativas de interpretação e aplicação que encontram amparo, ao menos argumentativamente, no princípio do equilíbrio contratual. No entanto, a situação é peculiarmente complexa com relação aos contratos (inclusive empresariais), diante do acentuado potencial de contaminação da interpretação pela ideologia nesta seara.

As relações contratuais consubstanciam a externalização do poder econômico ínsito ao sistema econômico adotado no Brasil (e em diversos países ocidentais): o capitalismo⁴⁰². Com efeito, o contrato consubstancia o instituto que, por excelência, instrumentaliza as trocas econômicas, de acordo com a lógica capitalista⁴⁰³. Sem ele, não é possível imaginar o exercício da livre iniciativa e da livre concorrência – dois dos pilares de funcionamento do sistema capitalista. Assim, de certa forma, pode-se afirmar que os contratos refletem a relações de poder dentro da economia de mercado, por vezes colocando nos polos contratuais partes em posição econômica e social muito diversas. No campo dos contratos empresariais o panorama não é diferente: existem contratos envolvendo empresários em diferentes patamares em termos de poderio econômico e financeiro; existem contratos empresariais nos quais há dependência de uma das partes perante a outra, e assim por diante.

Desse modo, é possível antever maior tendência de a interpretação e aplicação do princípio do equilíbrio contratual, na esfera empresarial e nas demais, sofrer influência das impressões pessoais do intérprete/julgador. O entendimento sobre o conteúdo do princípio, visando o equilíbrio na relação entre as partes contratantes, pode oscilar conforme a valoração do julgador sobre o modelo capitalista, sobre o modo de organização do mercado financeiro, sobre a relação entre fornecedores e consumidores. Dependendo do posicionamento subjetivo

⁴⁰¹ Também Waldirio Bulgarelli, no âmbito do Direito Comercial, defende a ideia de observância do equilíbrio contratual: "A técnica, portanto, que o direito deve pôr a serviço das práticas negociais, há de ser inspirada em princípios de equidade, a fim de que se mantenha o equilíbrio contratual, violentamente rupturado pelo crescimento das empresas a impor suas condições aos contratantes mais débeis". BULGARELLI, Waldirio. op. cit., p. 26.

⁴⁰² Segundo Eros Roberto Grau, "a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema, o sistema capitalista". Este modelo é aberto, flexível, mas não permite que hajam modificações extremas, ou seja, sob pontos essenciais ao funcionamento do capitalismo". GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 307.

⁴⁰³ ROPPO, Enzo. op. cit., p. 36/40.

do intérprete, haverá reflexos na interpretação, ora tendente à proteção de certos indivíduos ou grupos, ora produzindo soluções *ad hoc* sob a justificativa de justiça contratual no caso concreto. Por este raciocínio, supõe-se que um intérprete com posicionamento ideológico marxista tenderá a conduzir sua atividade interpretativa e de aplicação do direito contratual de modo contrário às grandes companhias, tendendo a proteger a parte mais frágil da relação, porque, no fundo, sua compreensão acerca do equilíbrio a ser concretizado passa pela inexistência de ascendência de uma pessoa sobre outra. Da mesma forma, um intérprete que entenda que as instituições financeiras possuem posição excessivamente vantajosa no cenário econômico capitalista tenderá a compensar esta superioridade com interpretações de direito contratual que favoreçam a outra parte, pois, a partir de sua ótica, o equilíbrio buscado no direito contratual deve ser concretizado a partir da redução das prerrogativas dos bancos.

Em suma, pode-se afirmar que as escolhas interpretativas relacionadas aos contratos (incluindo os empresariais) sofrem particular influência do posicionamento ideológico do intérprete⁴⁰⁴. Isso porque, havendo necessidade de concretizar o princípio do equilíbrio contratual e havendo margem de escolha dos meios para atingir tal finalidade, a perspectiva ideológica pode acabar orientando a interpretação/aplicação eleita como mais adequada para promoção do equilíbrio na relação entre as partes contratantes.

A ideologia mencionada refere-se a ideias ou representações construídas para explicar determinada realidade, ou para orientar determinadas condutas, mas que ficam apartadas da realidade em si, como se fossem algo completamente independente⁴⁰⁵. Segundo Marilena Chauí, uma das principais características que define a ideologia é justamente a separação entre as representações da realidade (ideias) e a própria realidade, fazendo com que a realidade social fique ocultada pela ideia ou pela representação que se tem dela⁴⁰⁶. Trata-se de um conjunto de convicções e conceitos que orientam e simplificam as escolhas sociais e políticas, formando postulados que são utilizados independentemente do contexto real em que serão aplicados. Para Enzo Roppo, a ideologia tem "função parcial de ocultamento ou disfarce da realidade, operado com o fim de melhor prosseguir ou tutelar determinados interesses"⁴⁰⁷

⁴⁰⁴ Enzo Roppo alerta que "o direito dos contratos não se limita a revestir passivamente a operação econômica de um véu legal *de per se* não significativo, a representar a sua mera tradução jurídico-formal, mas, amiúde, tende a incidir sobre as operações econômicas (ou até sobre a sua dinâmica complexiva), de modo a determiná-las e orientá-las segundo objetivos que bem se podem apelidar de políticos *lato sensu*". ROPPO, Enzo. op. cit., p. 23. Nesta linha, deixa-se claro que há questões político-ideológica que não se pode desconsiderar quando se trata de disciplina contratual.

⁴⁰⁵ CHAUI, Marilena. O que é ideologia?, São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 8/9, 1998, disponível em <http://www.nhu.ufms.br/Bioetica/Textos/Livros/O%20QUE%20C3%89%20IDEOLOGIA%20-Marilena%20Chaui.pdf>

⁴⁰⁶ Ibidem, p. 4.

⁴⁰⁷ ROPPO, Enzo. op. cit., p. 29.

Assim, por exemplo, quando se fala em ideologia liberal no campo contratual, está-se referindo a um conjunto de postulados e/ou convicções que afirmam a necessidade de respeito quase absoluto à autonomia da vontade dos particulares, bem como a necessidade de se evitar ao máximo a intervenção estatal nas avenças, projetando-se que de tais medidas resultarão melhores resultados econômicos e maior adequação na distribuição de recursos⁴⁰⁸. Note-se que se trata de convicções que não exatamente correspondem à realidade; existem e são invocadas independente se efetivamente, no plano real, a observância da autonomia da vontade produz os efeitos projetados. São protótipos, representações, que podem ser aplicadas na realidade, sem que lhe seja tirada a autonomia. Ideologia é assim designada para definir convicções, ideias, representações, que se referem à realidade, por vezes até mesmo ocultando-a, mas que com ela não se confundem.

Transportando esta definição à interpretação e aplicação do direito contratual empresarial, reafirma-se que a ideologia dos intérpretes/julgadores acaba influenciando significativamente as escolhas interpretativas, quando diante da aplicação de normas de estrutura aberta como os princípios da boa-fé objetiva, função social do contrato, vedação ao enriquecimento ilícito, vedação ao abuso de direito e, em especial, do equilíbrio contratual.

Diante da necessidade de pertinência de meios e fins entre as escolhas interpretativas e os efeitos concretos do produto da interpretação – como fator essencial à compatibilização entre o pós-positivismo e a necessária segurança nas relações econômicas – muitas vezes os julgadores adotam vias interpretativas (meios) prospectando, ideologicamente, que resultarão determinados efeitos no plano fático (fins). Exemplificativamente, diante de pedido da franqueada de anulação de cláusula de obrigatoriedade de compra mínima mensal, em contrato de franquia, é factível que o julgador, ao identificar o maior poderio da franqueadora e a dificuldade da franqueada de esgotar o estoque, declare a abusividade da cláusula⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ A respeito da ideologia liberal, registra Enzo Roppo: "O facto é que na época liberal, num contexto sócio-económico governado pelo princípio da 'laissez-faire', a ideologia dominante acreditava, como sabemos, que o interesse público consistia propriamente em deixar o operadores económicos privados livres de agir e de contratar, com o máximo de discricção e o mínimos de controlos, afirmando que o bem-estar geral decorria 'naturalmente' da soma dos egoísmos privados em competição entre eles". Ibidem, p. 223.

⁴⁰⁹ Neste sentido, à guisa de exemplo, decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em julgado assim ementado: APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA COLIGADO A CONTRATO DE FRANQUIA. AGRAVO RETIDO. NÃO REITERADO. Não comporta conhecimento agravo retido que não foi reiterado por ocasião das razões de apelação. Inteligência do art. 523, § 1º, do CPC. Agravo retido não conhecido. RESOLUÇÃO CONTRATUAL. DANOS MATERIAIS DEVIDOS. As cláusulas analisadas no contrato de compra e venda se afastaram do objetivo da franquia inicialmente contratada, representando flagrante desequilíbrio econômico entre os contratantes, em desacordo com a boa-fé objetiva, bem como de seus deveres anexos de cooperação e lealdade que têm que nortear a relação contratual. O aumento do custo fixo das franqueadas com o aluguel de outros locais para armazenar o estoque acumulado devido às imposições de compras de produtos em quantidades muito superiores às necessidades do mercado; às constantes alterações da linha de produção sem aviso prévio à franqueada; sem contar as mudanças de preços causando

Ideologicamente, o escopo do veredicto pode ser (e normalmente é) a concretização do princípio do equilíbrio contratual, da solidariedade entre as partes contratantes, da função social do contrato, da vedação ao abuso de direito, visando obstar que o contrato de franquia sirva de instrumento para exploração de um empresário em detrimento de outro. No entanto, não existe nenhuma segurança de que efetivamente a convicção do julgador (ideologia) corresponderá à realidade.

De fato, argumentativamente, no campo da ideologia, parece razoável acreditar que os efeitos pretendidos serão obtidos por meio daquela decisão. Porém, infelizmente, nem sempre é assim. Por vezes bem intencionadas escolhas interpretativas adotadas sob o argumento ideológico de concretização deste ou daquele princípio contratual (equilíbrio, função social, boa-fé, vedação ao enriquecimento ilícito, dentre outros) acabam por produzir efeitos reais que finalisticamente contrariam o próprio princípio que se buscou tutelar ou concretizar⁴¹⁰. O produto da interpretação (norma), quando encontra o ambiente em que será aplicada (realidade), sofre o impacto deste contexto de aplicação, não podendo ser considerado como algo independente, apartado, como se produzisse exatamente os resultados predispostos pelo Direito⁴¹¹. As condicionantes econômicas, sociais e culturais influenciam os efeitos concretos

prejuízos à contratante – sistemática adotada pela franqueadora – acabou sufocando completamente as parceiras comerciais. Logo, no caso em análise, deve ser mitigado o princípio da *pacta sunt servanda* diante da existência de contrato unilateralmente imposto às franqueadas, partes economicamente mais frágeis na relação, que assegurou vantagem excessiva para a franqueadora, impondo-se o reequilíbrio contratual em nome do princípio da equidade e da função social do contrato. DANOS MORAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE INDENIZAR. Embora incontroverso o cabimento de indenização por danos extrapatrimoniais à pessoa jurídica, entendimento este consolidado pela Súmula nº 227 do STJ, é necessário que haja ofensa à sua honra objetiva e a devida comprovação dos danos morais suportados. Na espécie, não restou comprovada ofensa à honra objetiva e à reputação da pessoa jurídica autora. Caso concreto em que não se mostram presentes os requisitos do dever de indenizar. Falta de provas dos alegados danos morais. AGRAVOS RETIDOS NÃO CONHECIDOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70047160510, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 25/04/2012).

⁴¹⁰ Conforme destaca Enzo Roppo, esta é uma das características da ideologia, ela sempre carrega consigo elementos de verdade (no caso, apresenta correlação aparentemente perfeita entre meios e fins), mas invariavelmente contém elementos de deturpação ou dissimulação da realidade (no caso, os reais efeitos da interpretação). Para Roppo, a ideologia possui uma "necessária e particularmente complicada interligação entre a verdade e falsidade: ela parte da realidade para distorcê-la; distorce a realidade, mas partindo desta não pode deixar de, por algum modo, reflecti-la". ROPPO, Enzo. op. cit., p. 31.

⁴¹¹ Neste sentido, asseveram Luciano Timm e João Guarisse: "Em muitos casos as intervenções do legislador [ou do julgador] parecem favorecer um certo grupo, mas uma análise mais profunda mostra que esse alegado benefício traz consigo um custo. Um exemplo é a aplicação, na Alemanha, da Diretiva europeia do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certos aspectos da vendas de bens de consumo e das garantias a elas relativas. Antes da internalização dessa diretiva, o Tribunal de Justiça Federal Alemão (Bundesgerichtshof) admitia a exclusão da responsabilidade por defeitos em contratos de venda de carros usados, argumentando que seria irracional impor responsabilidade do vendedor nesses casos. A norma europeia contraria esse raciocínio e determina a responsabilidade do vendedor por defeitos em carros usados pelo período de um ano após a compra. Isso resultou num aumento sensível no preço de carros usados na Alemanha, visto que os vendedores de carro agora precisariam contratar seguros para se proteger de eventuais demandas. Ainda que não haja pesquisas empíricas nesse sentido, é provável que os danos aos consumidores causados por esse aumento de preço ultrapassem os benefícios gerados por garantias extendidas. (...) Aqui também se poderia pensar nas

das normas jurídicas, razão pela qual qualquer concepção formalista do fenômeno jurídico, que o compreenda dissociado de todo o contexto social (objeto de estudo de outras ciências sociais, como a Sociologia, Economia, Antropologia), não passa de uma visão míope da realidade, que não consegue compreender as normas jurídicas como elas realmente são.

No exemplo trabalhado, é possível que a decisão declarando a abusividade de cláusula de aquisição mínima mensal, com vista à proteção da franqueada e o *reequilíbrio do contrato*, estendida a outros casos, se torne entendimento jurisprudencial e acabe tornando desinteressante para as franqueadoras milhares de contratos com cláusula idêntica, considerando que tal estipulação contratual (obrigatoriedade de aquisição mínima mensal) possui função econômica e é essencial à viabilidade de várias avenças de franquia. Assim, um posicionamento adotado para alguns casos específicos, buscando o *equilíbrio no caso concreto*, pode produzir reflexos desestimuladores da celebração de contratos de franquia em geral, o que, indiretamente, pode atingir negativamente aquele grupo que se buscou tutelar em um primeiro momento: os empresários franqueados.

Estes paradoxos ocorrem muito em razão da inexistência na ciência jurídica de teorização sobre os efeitos concretos das normas jurídicas. Consoante destaca Ivo Gico Junior, falta aos juristas "qualquer instrumental analítico robusto para descrever a realidade sobre a qual exercem juízos de valor ou para prever as prováveis consequências de decisões jurídico-políticas"⁴¹². Desse modo, é atribuída aos intérpretes a tarefa de concretizar normas abertas e abstratas no campo contratual, esperando-se que adotem as soluções mais adequadas ao escopo de máxima efetivação dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis, mas, no entanto, o Direito, por si só, sem o diálogo interdisciplinar, não consegue prever as consequências das próprias escolhas interpretativas que produz.

Para agravar este quadro, há que se considerar que, no Brasil, em regra, cada intérprete/julgador pode aplicar a convicção (ideologia) que lhe aprouver na atividade interpretativa, desde que promova a devida fundamentação (art. 165 c/c art. 458 do Código de Processo Civil). Desse modo, asseveram Marcelo Ferrante e Luciana Yeung que "as divergências ideológicas que se refletem em diferentes interpretações dos casos analisados mantêm um alto grau de insegurança jurídica". E complementam:

consequências da intervenção judicial nos contratos de financiamento habitacional. Ela gerou benefícios globais positivos para toda a sociedade ou apenas para aquelas pessoas que ingressaram com ações judiciais? Ou nas intervenções nos contratos de 'soja verde' em Goiás. Qual foi o benefício global da revisão judicial? Quem saiu ganhando e quem perdeu? Também a frequente intervenção judicial nos contratos de seguro se presta para esta análise. Há sempre o risco de operadores saírem do mercado quando o custo gerado pela intervenção judicial não puder ser compensado". TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. op. cit., p. 177/178.

⁴¹² GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, V. 1, nº 1, p. 7-32, Jan-Jun, 2010, p. 8.

"Com o baixo grau de previsibilidade, nenhuma das partes sabe qual será a decisão do juiz, e por isso, ambas as partes acreditam na sua vitória judicial e têm fortes incentivos para litigar. O resultado prático é que algumas partes, mesmo tendo perdido em processos com conteúdos idênticos, não hesitam em entrar com novos processos, e inclusive, recorrer até a última instância legalmente possível. Acreditando no viés ideológico dos outros magistrados o perdedor da ação sempre tem a esperança de que, se recorrer, o próximo juiz poderá reverter a decisão negativa. Este seria o caso das decisões sobre disputas comerciais (na qual nossa análise é baseada), onde não raro existem jurisprudências com decisões contrárias uma das outras versando sobre o mesmo assunto⁴¹³.

Talvez por estas razões, Calixto Salomão Filho rejeita que o poder jurisdicional possa intervir nos contratos para efetuar um *reequilíbrio difuso*. Segundo ele, o equilíbrio dos contratos deve ser objeto de política pública incidente sobre determinadas categorias, que deve ser realizada via iniciativas legislativas coerentes. Para Calixto Salomão Filho, aceitar um reequilíbrio difuso ou casuístico "além de provavelmente não garantir qualquer redistribuição de riqueza efetiva – exatamente por ser assistemático – criaria situação de insegurança jurídica, extremamente danosa para os contratos"⁴¹⁴.

Em que pese este posicionamento, já está sedimentada como característica do contexto atual pós-positivista a extensão do papel jurisdicional, para abarcar também o papel de promover decisões políticas sobre os caminhos interpretativos mais adequados à concretização das normas abertas constitucionais e infraconstitucionais. Portanto, a solução não está simplesmente em negar que o Poder Judiciário atue ao lado do Poder Legislativo, também promovendo escolhas políticas na prestação da tutela jurisdicional. Em um sistema de dispositivos abertos, princípios, valores abstratos, não faz sentido falar em neutralidade do intérprete ou em limitação do julgador à aplicação do que diz às disposições emanadas da atividade legislativa.

Ao contrário, reconhece-se que o intérprete efetivamente promove escolhas políticas em sua atividade, mas que esta dever estar limitada em prol da segurança jurídica. Estas limitações passam, em primeiro lugar, pela necessidade de pertinência entre a escolha interpretativa e o estado de coisas almejado pelo conjunto de princípios incidentes, de modo a lhe conferir o maior grau de concreção possível. Em segundo lugar, esta adequação entre meios e fins não pode ocorrer meramente no campo ideológico, devendo se utilizar ferramental teórico adequado (científico)⁴¹⁵ para demonstrar esta pertinência, buscando na

⁴¹³ FERRANTE, Marcelo Paiva G.; YEUNG, Luciana Luk-Tai. op. cit., p. 151.

⁴¹⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. op. cit., p. 84.

⁴¹⁵ Consoante destaca Ivo Gico Junior, "a ciência supera o senso comum, essa compreensão superior à intuição permite um exercício informado de diagnóstico e prognose que, por sua vez, é fundamental para qualquer

interdisciplinaridade com outras ciências sociais arcabouço conceitual do qual a ciência jurídica isoladamente não dispõe, para prever as consequências reais de suas decisões jurídico-políticas.

A ideologia não deve dominar a atividade interpretativa, pois além de variar de intérprete para intérprete, torna a argumentação suscetível de manipulação conforme a vontade subjetiva do aplicador do Direito. Em um contexto pós-positivista, em especial no ramo dos contratos empresariais, é preciso que a construção interpretativa, voltada à concretização de princípios como o do equilíbrio contratual, função social do contrato, boa-fé objetiva, esteja amparada em parâmetros relativamente seguros quanto à adequação entre os meios utilizados e os fins (estado de coisas) almejados. Focando sobre a efetividade do Direito, não é suficiente que a aplicação do direito contratual empresarial mostre-se *politicamente correta*, agradável à opinião pública ou popularesca. No campo empresarial, notadamente com relação aos contratos, a atuação interpretativa deve observar rigorosamente seus efeitos, pois é importante elemento para a promoção do desenvolvimento econômico. E justamente em virtude da vinculação direta entre contratos empresariais e o funcionamento do mercado, ganha especial relevo o diálogo de sua disciplina jurídica com a ciência econômica.

Por esta razão, conforme será abordado na quarta seção, o movimento denominado *Direito & Economia* ou *Análise Econômica do Direito* apresenta teorização de fundamental importância para que, na concretização dos princípios constitucionais e infraconstitucionais incidentes sobre os contratos empresariais, haja melhor critério de avaliação sobre a pertinência entre as escolhas interpretativas e o estado de coisas (finalidades) predispostas por tais princípios, suprimindo esta deficiência identificada na ciência jurídica isoladamente.

5 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED) COMO INSTRUMENTO LIMITADOR DAS ESCOLHAS NA ESTRUTURAÇÃO DA DISCIPLINA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

5.1 O MOVIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

5.1.1 Definição

Embora a interconexão entre Direito e Economia seja fenômeno há muito tempo reconhecido na academia⁴¹⁶, já no século XVIII estudada por Adam Smith e Jeremy Bentham⁴¹⁷, os estudos a este respeito somente se intensificaram a partir de 1960, com o surgimento e desenvolvimento de um movimento denominado genericamente de *Law and Economics*⁴¹⁸ (no Brasil, denominado *Direito e Economia* ou *Análise Econômica do Direito*⁴¹⁹). Em linhas gerais, considera-se integrantes deste movimento correntes teóricas destinadas a promover o diálogo entre a ciência jurídica e a ciência econômica, mediante aplicação do ferramental analítico desenvolvido pela Economia na compreensão do fenômeno jurídico. Neste prisma, segundo conceitua Bruno Salama, a AED consubstancia "um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições juridico-políticas"⁴²⁰.

José Reinaldo de Lima Lopes afirma que a AED consubstancia "um exercício de

⁴¹⁶ Afirma Bernardo Gouthier Macedo que a "interação entre Direito e Economia é muito anterior ao debate contemporâneo, que se situa no âmbito da "nova" disciplina denominada *Law and Economics*. De fato, o Direito foi influência muito importante para a própria constituição da Economia como uma campo específico do conhecimento - então denominada Economia Política". MACEDO, Bernardo Gouthier. *Economia e Direito: um diálogo entre iguais*, in **Direito e Economia: 30 anos de Brasil**. Tomo I, Maria Lúcia L. M. Padua Lima (coord.), p. 213-229, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 213.

⁴¹⁷ SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*, in **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Décio Zylberstajn e Rachel Sztajn (org.), p. 74-83, Rio de Janeiro: Elsevier. 2005, p. 74.

⁴¹⁸ Registra Ronaldo Porto Macedo Junior: "O momento inaugural do Movimento da Análise Econômica do Direito (Law and Economics Analysis), doravante AED, é identificado à publicação do paradigmático artigo de Ronald Coase "*The Problem of Social Cost*" (1960) e às análises de Guido Calabresi desenvolvidas em "*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*" (1961)", muito embora ressalve que a popularização do movimento no mundo acadêmico ocorreu somente na década seguinte, especialmente com a publicação do "Economic Analysis of Law" (1973), por Richard Posner. MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Posner e a Análise Econômica do Direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo, in **Direito e Economia: 30 anos de Brasil**, Tomo I, Maria Lúcia L. M. Pádua Lima (coord.), p. 262-281, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 262.

⁴¹⁹ Esclarece Bruno Salama, a respeito da terminologia: "A expressão "Direito e Economia" é, portanto, tradução ao pé da letra da expressão original em inglês, "Law and Economics". Essa terminologia vigora também na Alemanha (onde é comum adotar a expressão *Recht und Ökonomik* para designar a disciplina) e na Itália (*Diritto ed Economia*). Na Espanha, e também em toda a América hispânica, em geral utiliza-se *Análisis Económico del Derecho*, o que se deu talvez por influência da popular obra de Richard Posner, *Economic Analysis of Law*. Da mesma forma, em Portugal adotou-se *Análise Económica do Direito*. Na França, utiliza-se também a expressão "Economia do Direito" (*Economie du Droit*). SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia?. *Cadernos Direito GV*, v. 5, p. 4-58, 2008, p. 5/6.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 9.

economia aplicado ao ordenamento jurídico, uma análise de como, uma vez constituídas as regras do mercado, as outras regras afetam o andamento do mercado”⁴²¹. Segundo ele, a ciência econômica volta-se a analisar as consequências das normas jurídicas⁴²². Na mesma esteira, Alejandro Bugallo Alvarez consigna que a AED “caracteriza-se pela aplicação da teoria econômica na explicação do direito”⁴²³. Consoante Alvarez, partindo de conceitos microeconômicos, a AED ocupa-se de explicar o comportamento dos agentes diante das normas jurídicas e os seus efeitos em termos de eficiência⁴²⁴. Ivo Gico Junior, por sua vez, define a AED, de forma mais abrangente, como o ramo de conhecimento que visa “empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências”⁴²⁵.

Analisando tais conceitos – por ora suficientes para construir uma definição – é possível extrair que todos eles convergem em caracterizar a AED como ramo ou método de compreensão do fenômeno jurídico a partir do corpo teórico da Economia, mediante utilização de noções e princípios econômicos que, uma vez aplicados à análise do Direito, permitem inclusive (e em especial) o esclarecimento dos reais efeitos concretos (consequências) das normas jurídicas na realidade.

Esta aplicação do ferramental da ciência econômica à análise de questões jurídicas tradicionalmente é separada em duas grandes dimensões na AED: uma dimensão denominada de *positiva*, que se concentra na previsão das consequências fáticas reais das instituições jurídicas, sob a ótica meramente descritiva; e outra dimensão, denominada de *normativa*, com maior âmbito de abrangência, que objetiva orientar a confecção e interpretação dos dispositivos conforme os efeitos prospectados a partir da teoria econômica, posicionando-se sobre os arranjos institucionais mais adequados do ponto de vista da Economia⁴²⁶. Enquanto a abordagem positiva da AED se limita a analisar alternativas de arranjos institucionais

⁴²¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito e Economia: os caminhos do debate, in **Direito e Economia**: 30 anos de Brasil, Tomo I, Maria Lúcia L. M. Pádua Lima (coord.), p. 231-260, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 245.

⁴²² Idem.

⁴²³ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade** - v.9 - n.29 - p 49-68 - jul/dez 2006, p. 52.

⁴²⁴ Ibidem, p. 53.

⁴²⁵ GICO JUNIOR, Ivo T. op. cit., p. 8.

⁴²⁶ É comum destacar duas dimensões, ou dois níveis epistemológicos, da disciplina de Direito e Economia: a dimensão positiva (ou descritiva) e a dimensão normativa (ou prescritiva). À primeira dá-se o nome de Direito e Economia Positivo, e à segunda de Direito e Economia Normativo. São duas dimensões distintas e independentes. O Direito e Economia Positivo se ocupa das repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos; o Direito e Economia Normativo se ocupa de estudar se, e como, noções de justiça se comunicam com os conceitos de eficiência econômica, maximização da riqueza e maximização de bem-estar" (SALAMA, Bruno Meyerhof. op. cit., p. 9).

possíveis, identificando os prováveis efeitos de cada qual, comparando-os em termos de eficiência, a abordagem normativa é capaz de ofertar sugestões sobre a decisão ou a interpretação mais adequada para resolver determinado caso ou para atingir um objetivo previamente estipulado⁴²⁷. Trata-se de duas perspectivas diferentes de aplicação da ciência econômica ao Direito⁴²⁸. A positiva coloca seu foco "no direito como ele é, ou seja, o direito válido e vigente, aqui e agora"⁴²⁹. Já a dimensão normativa diz respeito ao dever-ser (como o direito deveria ser), centrando-se sobre "proposições *de lege ferenda* do jurista e/ou do economista, no sentido de tornar a norma mais justa ou mais eficiente, dependendo do valor que se quer obter"⁴³⁰.

De maneira geral, percebe-se certa resistência de parte da doutrina em aceitar a dimensão normativa da AED, com vistas a obstar que o fenômeno jurídico seja reduzido a um utilitarismo inconciliável com valores inerentes à estrutura do Direito. Calixto Salomão Filho, por exemplo, é partidário desta corrente, manifestando expressa rejeição à abordagem normativa, admitindo somente a dimensão positiva (analítico-descritiva). Segundo ele, é "necessário restringir a análise econômica do direito a um instrumento exclusivamente analítico, sem atribuir-lhe qualquer caráter valorativo. Então sim, a teoria tem verdadeira utilidade (...)"⁴³¹.

No atual estágio de desenvolvimento da AED não resta dúvida de que o Direito não pode ser limitado à posição de mera sujeição aos postulados econômicos, eis que o fenômeno jurídico não se resume a simples questões econômicas. Não obstante, isso não implica rejeitar a possibilidade de a AED, em uma perspectiva normativa, propor os meios mais adequados de predispor os enunciados legislativos, visando melhor concretizar determinados escopos previstos na Constituição. Não se pode confundir a perspectiva normativa da AED com a aceitação da eficiência econômica como finalidade última do sistema jurídico. Tal como apresentada, a AED normativa se dedica a valorar e propor as medidas mais adequadas para se alcançar determinados fins, mas estes fins não são estabelecidos pela teoria econômica, e

⁴²⁷ GICO JUNIOR, Ivo T. op. cit., p. 19/20.

⁴²⁸ Steven Shavell destaca que essas dimensões estão atreladas a duas perguntas fundamentais da análise econômica sobre o Direito. A primeira, de natureza exclusivamente descritiva, questiona os impactos das normas jurídicas no comportamento dos agentes e os respectivos resultados concretos. A segunda, de caráter normativo, indaga a conveniência de determinadas normas ou instituições jurídicas considerando as finalidades valoradas como relevantes pela sociedade. SHAVELL, Steven. **Economic analysis of law**. New York: Foundation Press, 1994, p. 1.

⁴²⁹ CARVALHO, Cristiano. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma introdução, *in* **Direito e Economia: 30 anos de Brasil**. Maria Lúcia L. M. Padua Lima (coord.), Tomo III, p. 27-52, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 30.

⁴³⁰ Idem.

⁴³¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 40.

sim pelo próprio sistema jurídico, notadamente pela Constituição. Desta feita, as duas dimensões são úteis e se complementam, não sendo justificável a insurgência contra a perspectiva normativa como se significasse a proposição das normas jurídicas de acordo com o fim último de maximização da eficiência econômica.

Assim, a fim de abarcar na conceituação epistemológica da AED, ambas as dimensões (positiva e normativa), mostra-se adequada a definição de Cristiano Carvalho, segundo o qual a AED é uma metodologia interdisciplinar voltada à aplicação ao fenômeno jurídico do instrumental teórico desenvolvido pela ciência econômica, "com o fim de observar compreender e prever o comportamento humano em um contexto normativo, bem como propor alterações no próprio direito positivo de modo que este possa alcançar de forma mais eficiente os valores e fins almejados socialmente"⁴³².

Antes de finalizar esta caracterização geral e definição do objeto da AED, convém salientar que, muito embora comumente todos os estudos que se dedicam à análise do Direito pela perspectiva econômica sejam incluídos como integrantes do movimento da Análise Econômica do Direito, dentro deste movimento, existem várias correntes divergentes entre si, que partem de diferentes pontos de análise⁴³³. Conforme registra Ronaldo Porto Macedo Junior, a literatura que trata de AED cada vez mais vem acentuando a inexistência de “um acordo monolítico entre os diversos autores que se alinham nesta tradição ou movimento”⁴³⁴. No entanto, a classificação de todas elas como *Análise Econômica do Direito* é justificada pela similaridade entre seus pressupostos nucleares, os quais se identificam pela finalidade comum de possibilitar o intercâmbio entre os instrumentais teóricos da Economia e do Direito⁴³⁵.

5.1.2 Porque analisar o Direito pela perspectiva econômica. Os motivos da reaproximação entre ciência econômica e Direito

A reaproximação entre Economia e Direito, mediante aplicação de ferramental analítico da primeira para compreensão dos fenômenos próprios ao segundo, está relacionada a diversos fatores. Se antes estas disciplinas – de origem comum – haviam se distanciado,

⁴³² CARVALHO, Cristiano. op. cit., p. 31.

⁴³³ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 85.

⁴³⁴ MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Posner e a Análise Econômica do Direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo, in **Direito e Economia: 30 anos de Brasil**, Maria Lúcia L. M. Pádua Lima (coord.), Tomo I, p. 262-281, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 262/263.

⁴³⁵ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. op. cit., p. 53.

dedicando-se a Economia por longo período quase exclusivamente à construção de modelos abstratos e à matematização de suas teorias, enquanto o Direito se isolava como se fosse ciência auto-suficiente, concentrada sobre a classificação e interpretação (hermenêutica) de normas em abstrato⁴³⁶, esse quadro se altera com a mudança de perspectivas tanto no Direito como na Economia.

Na teoria jurídica, a ascensão de movimentos como o do realismo jurídico, com perspectiva mais preocupada com os efeitos reais das normas jurídicas, com a pragmática e efetividade social do Direito – rejeitando a mera análise dogmática formal do fenômeno jurídico isolada das demais ciências sociais⁴³⁷ –, somada à intenção de analisar o Direito de acordo com bases mais científicas, exatas e estáveis⁴³⁸ (praticamente não desenvolvidas na tradição jurídica), motivou que os juristas buscassem em outras ciências sociais o instrumental analítico necessário para empreender esta análise mais centrada nas consequências e realidade prática das estruturas jurídicas. Certamente que esta preocupação pragmática, voltada à visão realista sobre os efeitos do arcabouço jurídico no plano prático, está diretamente vinculada ao pós-positivismo jurídico, na medida em que uma de suas características é a imposição de atuação *concretizadora* dos valores consubstanciados nas normas constitucionais, o que incita, inevitavelmente, uma reflexão sobre os *efeitos concretos* das normas jurídicas, a fim de confrontá-los com o *estado de coisas* aspirado pelos valores constitucionais.

Esta aspiração a um instrumental teórico-analítico para auxiliar em uma compreensão mais realista do Direito vai ao encontro das transformações ocorridas na Economia em termos de objeto e finalidades. Com efeito, sem descartar a utilidade de outras ciências sociais, o ferramental analítico ambicionado pela comunidade jurídica, ao tempo do incremento da preocupação com os efeitos reais das estruturas jurídicas, já se encontrava especialmente desenvolvido na ciência econômica, notadamente em virtude da mudança de foco ocorrida

⁴³⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito e Economia**: os caminhos do debate, in *Direito e Economia: 30 anos de Brasil*, Tomo I, Maria Lúcia L. M. Pádua Lima (coord.), p. 231-260, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 234/235.

⁴³⁷ Comenta Ivo Gico Junior, sobre o realismo jurídico norte americano: "No Realismo Jurídico norte-americano, a reação ao juspositivismo resultou em um clamor pela interdisciplinaridade com as demais ciências para aproximar direito da realidade social, afastando-se de seu formalismo estéril. Esse movimento acabou por gerar várias escolas de pensamento jurídico interdisciplinares, não necessariamente convergentes, que tentavam enxergar o mundo de forma mais realista e pragmática pela ciência, como a Análise Econômica do Direito¹⁶ e os Estudos Críticos do Direito (*Critical Legal Studies*)¹⁷, entre outros movimentos" (GICO JUNIOR, Ivo T. op. cit., p. 12)

⁴³⁸ Ronaldo Porto Macedo Junior registra que, ao lado do realismo jurídico, outra "importante matriz presente especialmente na primeira fase da AED é aquela relacionada ao cientificismo jurídico do século XX, usualmente associado especialmente ao nome de Christopher Columbus Langdell. O projeto intelectual de Langdell previa a criação de uma metodologia científica, formal, exata, rigorosa para a análise do direito" MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. op. cit., p.265).

nesta área de conhecimento: a Economia deixou de se concentrar apenas em questões eminentemente econômicas, para, de forma mais abrangente, desenvolver uma teorização sobre o comportamento humano. Explica Michael J. Sandel que, em período anterior, os economistas dedicavam-se exclusivamente a questões destacadamente econômicas, tais como: inflação, preços, juros, poupança. Porém, atualmente, segundo Sandel, muitos economistas vêm se dedicando a perspectivas mais ousadas, que não se limitam apenas a estes objetos classicamente econômicos, buscando desenvolver uma ciência sobre o comportamento humano⁴³⁹. Esta mudança de perspectiva é evidenciada pela própria conceituação contemporânea de Economia. Lionel Robbins, por exemplo, define a Economia como sendo a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios, nos quais os meios são escassos e possuem variadas utilidades⁴⁴⁰. Na mesma esteira, Fabio Nusdeo afirma que a Economia é o estudo científico “do comportamento humano e das relações e fenômenos dele decorrentes, que se estabelecem em sociedade permanentemente confrontada com a escassez”⁴⁴¹. Portanto, no cerne do objeto de estudo da Economia, atualmente, diferente de outrora, está a teorização sobre o comportamento humano. Este pressuposto representa um alicerce teórico fundamental para a almejada prospecção das consequências práticas das normas jurídicas.

Consoante sustenta Ivo Gico Junior, os juristas têm dificuldade de prospectar as consequências de suas decisões ou interpretações em virtude da ausência de uma teoria sobre o comportamento humano em seu arcabouço teórico⁴⁴². Conforme já destacado, o período de isolamento do Direito das demais ciências sociais, ocorrido principalmente sob as bases do paradigma positivista clássico, levou os juristas a ficarem e permanecerem “sem qualquer instrumental analítico adequado para avaliar as consequências de suas decisões ou interpretações, atendo-se a uma retórica formalista sem maiores preocupações empíricas”⁴⁴³. Segundo Robert Cooter e Thomas Ulen, antes da reaproximação entre o Direito e a ciência econômica, a previsão dos juristas acerca dos efeitos das leis era efetuada mediante a consulta da intuição e de outros fatos que porventura estivessem disponíveis. Destacam os autores que

⁴³⁹ SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**. 1ª ed., trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 50.

⁴⁴⁰ “[Economy is] the science which studies human behaviour as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses.” ROBBINS, Lionel. **An Essay on the Nature and Significance of Economic Science**. 2nd Ed. Rev. and Ext. London: Macmillan and Co., Limited., 1945, p. 16. Disponível no endereço www.mises.org/books/robbinsessay2.pdf.

⁴⁴¹ NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010, p. 28.

⁴⁴² GICO JUNIOR, op. cit., p. 8.

⁴⁴³ Ibidem, p. 11/12.

a ciência econômica trouxe ao Direito "uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento"⁴⁴⁴.

Portanto, a reaproximação entre ciência jurídica e ciência econômica – com o consequente surgimento do movimento da AED – ocorre no contexto apresentado: de um lado, a teoria jurídica, preocupada com os efeitos reais de suas estruturas e carente de suporte analítico para prever as consequências práticas de suas decisões e construções normativas, precisava recorrer a outras disciplinas sociais para escapar do simples formalismo dogmático; de outro lado, a Economia, ampliando seu espectro para se tornar uma ciência sobre o comportamento humano⁴⁴⁵, já havia desenvolvido robusto e confiável instrumental teórico sobre as escolhas na atuação dos agentes, com densidade suficiente para ser aplicado de maneira consistente na previsão dos impactos da interpretação e aplicação das normas jurídicas em determinada conjuntura social⁴⁴⁶.

Assim, a interação que está na base da Análise Econômica do Direito envolve a aplicação da teoria econômica, para prever as reações dos agentes perante as instituições jurídicas. Conforme asseveram Robert Cooter e Thomas Ulen, "essa teoria, baseada em como as pessoas reagem a incentivos, suplanta a intuição da mesma maneira como a ciência suplanta o bom senso"⁴⁴⁷. Como visto, especialmente no contexto pós-positivista, baseado na ideia de eficácia e efetivamente dos princípios e valores constitucionais, é imprescindível que, no debate sobre aplicação e interpretação de normas jurídicas,

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 e institucional em que será implementada. Em suma, precisamos de uma teoria sobre

⁴⁴⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5ª ed. tradução Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa, Porto Alegre: Bookman. 2010, p. 25.

⁴⁴⁵ Sobre a teorização do comportamento humano e a Economia, Cristiano Carvalho anota: "a Economia fornece um método de análise do comportamento humano, ou seja, é a partir de tal observação que os analistas constroem seus modelos, que buscam deslindar determinadas interações e consequentemente prever comportamentos futuros. Isso possibilita que as lentes econômicas sejam capazes de discernir não apenas interações de mercado em sentido estrito, mas também situações extramercado, tais como crime, saúde etc". CARVALHO, Cristiano. op. cit., p. 30.

⁴⁴⁶ Neste sentido Maurício Vaz Lobo Bittencourt afirma: "A Economia trata não só do dinheiro ou das leis econômicas, mas das implicações da escolha racional, e por essa razão é uma ferramenta essencial para entendermos os impactos e as implicações das normas legais, de modo que esta avaliação serve para decidir quais normas devem ser estabelecidas ou modificadas dentro de determinado contexto" BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 27-37, p. 27/28.

⁴⁴⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit., p. 25.

o comportamento humano⁴⁴⁸.

A Economia atende a este anseio da ciência jurídica, ao apresentar teorias com acentuado grau de cientificidade para promover a análise das instituições jurídicas a partir de seus efeitos concretos, permitindo prognósticos, por exemplo, acerca das prováveis consequências de determinada modificação legislativa ou de interpretação dos Tribunais, bem como avaliações a partir de noções eminentemente econômicas, tais como eficiência e custos⁴⁴⁹. Operando tal instrumental, os juristas têm maior clareza sobre os efeitos de suas decisões e interpretações, podendo moldá-las para alcançar maior concretização dos valores constitucionais por meio das instituições jurídicas⁴⁵⁰.

Há que se ressaltar que existem abordagens econômicas que ultrapassam estes limites, buscando lançar, por exemplo, a eficiência (no sentido da maximização da riqueza social) como objetivo a ser perseguido pelo ordenamento jurídico e suas instituições. Esta perspectiva é característica do início do movimento da AED, defendida emblematicamente nos primeiros estudos publicados por Richard Posner⁴⁵¹. Entretanto, contemporaneamente, os estudiosos dedicados à AED vêm, maciçamente, reposicionando a aplicação da teoria econômica ao Direito, estabelecendo como seu principal papel e escopo a análise dos efeitos reais das instituições jurídicas (natureza descritiva), para avaliação da pertinência entre os meios jurídicos e as finalidades do ordenamento, podendo sugerir as melhores opções para a realização de finalidades pré-estabelecidas pelo sistema jurídico (caráter normativo). Embora haja diversas correntes divergentes quanto aos seus ângulos de análise e pressupostos, dificilmente se verifica, atualmente, trabalhos defendendo outro papel à teoria econômica (quando aplicada ao Direito), que ultrapasse o de instrumento para compreender o fenômeno

⁴⁴⁸ GICO JUNIOR, Ivo T. op. cit., p. 15.

⁴⁴⁹ Robert Cooter e Thomas Ulen destacam outros aspectos positivos da teoria econômica em sua aplicação como instrumental de compreensão do Direito, além da teoria comportamental: "Além de uma teoria científica do comportamento, a economia fornece um padrão normativo útil para avaliar o direito e as políticas públicas. As leis não são apenas argumentos arcanos, técnicos, elas são instrumentos para atingir objetivos sociais importantes. Para conhecer os efeitos das leis sobre esse objetivos, os juízes e outros legisladores precisam ter um método para avaliar os efeitos das políticas públicas sobre a eficiência. A eficiência sempre é relevante para a definição de políticas já que é melhor atingir qualquer política dada a um custo menor do que um custo mais alto. As autoridades públicas nunca defendem o desperdício de dinheiro". (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit., p. 26.

⁴⁵⁰ Neste sentido, afirma Ivo Gico Junior: "um jurista se vê como um praticante da "ciência da escolha humana" e é precisamente nessa qualidade que a abordagem econômica é de maior utilidade para o direito ao auxiliar a compreensão (diagnóstico) e a previsão (prognose) das consequências sociais de cada escolha. A abordagem econômica é um método que pode nos fornecer o arcabouço teórico (conjunto de ferramentas) robusto o suficiente para nos auxiliar a compreender como o ser humano reagirá a cada alteração de sua estrutura de incentivos e, em última instância, como o direito pode elaborar tal estrutura para alcançar maior bem-estar social". GICO JUNIOR, Ivo T. op. cit., p. 28.

⁴⁵¹ A primeira versão de maior impacto de Richard Posner foi o *Economic Analysis of Law*, de 1973: POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. Nova York: Little Brown and Co., 1973.

jurídico de modo mais realista, considerando as prováveis reações dos agentes e esclarecendo aos juristas os meios jurídicos mais adequados para alcançar os fins por eles almejados. Conforme alerta Flávio Galdino, é arriscado a "economicização do Direito", ou seja, a redução da compreensão do ser humano e do sistema jurídico ao mero escopo de maximização de riquezas sob a perspectiva econômica⁴⁵², de modo que os próprios adeptos da AED constantemente rejeitam a possibilidade de a Economia estabelecer os valores que deverão ser perseguidos pela estrutura jurídica⁴⁵³; assim, dadas as finalidades do sistema jurídico (concretização dos valores constitucionais), o papel da AED se limita a analisar os meios jurídicos mais adequados a tais finalidades, a avaliar a adequação dos meios jurídicos existentes, sem entrar na discussão sobre a conveniência de se buscar a concretização deste ou daquele valor⁴⁵⁴.

Por esta razão, diante da pergunta sobre o porquê de se analisar o Direito sobre a perspectiva econômica, pode-se afirmar, na esteira do pensamento de Bruno Salama, que a ciência econômica auxilia os estudiosos e profissionais do Direito, pois “fornece ferramentas úteis para iluminar a relação entre meios jurídicos e fins normativos”⁴⁵⁵, e, nesta medida, tem importância fundamental, especialmente, em um contexto pós-positivista no qual se mostra essencial a avaliação da correspondência entre as normas, interpretação e decisões jurídicas, e as finalidades e valores estabelecidos na Constituição.

5.1.3 No contexto do pós-positivismo jurídico, como a análise econômica pode ser útil para resolver a crise de segurança jurídica na disciplina dos contratos empresariais

Na seção anterior, reafirmou-se a existência de uma tensão entre o modelo e características do pós-positivismo jurídico e a adequada regulação jurídica dos contratos empresariais. Conforme explanado, para que os contratos empresariais atendam ao seu papel no mercado, espera-se que um dos pilares de sua disciplina seja a garantia de segurança jurídica, por meio do estabelecimento de normas claras que, uma vez aplicadas, ensejem nos

⁴⁵² GALDINO, Flávio. op. cit., p. 244/246.

⁴⁵³ Para Ivo Gico Junior, “a AED é incapaz de dizer o que é justo, o que é certo ou errado. Essas categorias encontram-se no mundo dos valores e são, portanto, questões subjetivas”. GICO JUNIOR, Ivo T. op. cit., p. 27.

⁴⁵⁴ “Os instrumentos da economia aplicados ao direito não têm a pretensão de predizer o que é melhor, no sentido moral do que 'deve ser', mas sim do que é eficiente”. DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 39-47, p. 45.

⁴⁵⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner, *in* **Direito e Economia: 30 anos de Brasil**. Maria Lúcia L. M. Padua Lima (coord.), Tomo I, p. 283-323, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 320.

agentes a confiança de que as condutas deverão ser orientadas de acordo com os enunciados normativos, sob pena de consequências jurídicas adversas. Ao mesmo tempo, destacou-se que o modo de estruturação dos sistemas jurídicos pós-positivistas dificulta tal desiderato da disciplina contratual empresarial (promoção de segurança jurídica), pois, além de haver certo predomínio de disposições normativas abertas, abstratas, com conteúdos flexíveis e indefinidos (estrutura encontrada especialmente nas normas-princípio), por vezes estão carregadas de valores que oscilam segundo a concepção do intérprete sobre o tema, provocando incerteza e imprevisibilidade sobre os exatos conteúdos das normas jurídicas.

Neste contexto, reconhecendo as relevantes razões que justificam a organização e manutenção de um sistema com predomínio de disposições normativas abertas e levando em conta a necessidade de promoção de segurança jurídica na disciplina contratual empresarial, foi apresentada uma via de equilíbrio para esta tensão, consubstanciada na limitação consequentialista das escolhas do intérprete: não se nega que o intérprete promova escolhas na interpretação e aplicação de normas contratuais, notadamente as de estrutura aberta (tais como princípio do equilíbrio contratual, função social do contrato ou boa-fé objetiva), porém estas escolhas ficam limitadas a uma análise de sua adequação com as finalidades concretas almejadas pela norma aplicada (pertinência entre meios e fins).

No entanto, registrou-se que, tratando-se de contratos (inclusive empresariais), o fator ideológico envolvido faz com que a segurança jurídica não seja garantida pela simples menção à necessidade de pertinência entre meios e fins nas escolhas interpretativas. Conforme destacado, o juízo de adequação baseado na ideologia ou na intuição do intérprete não basta, sendo necessário um critério científico, cujo arcabouço teórico não só confira maior concretude aos prognósticos na análise abstrata entre meios jurídicos (decisões e interpretações) e o estado de coisas finalisticamente almejados pelos comandos normativos aplicados, como também evite eventuais manipulações argumentativas do intérprete.

Diante desse quadro, justamente oferecendo este instrumental teórico-científico, é que a análise econômica contribui para a compatibilização entre o sistema pós-positivista e a segurança esperada da disciplina jurídica dos contratos empresariais. Conforme consignado, a teoria econômica oferece ao Direito um instrumental analítico consistente sobre o comportamento humano, instrumental este essencial para a análise dos efeitos concretos das instituições jurídicas e, conseqüentemente, essencial para avaliar a correspondência entre meios jurídicos e fins normativos. Desse modo, a análise econômica pode auxiliar o intérprete, orientando-o acerca das escolhas interpretativas e de aplicação dos princípios contratuais empresariais mais consentâneas com a promoção do quadro fático objetivado a

partir dos valores incidentes nesta esfera. Com isso, limita-se o âmbito de escolhas possíveis do intérprete, ao passo que torna mais previsível o raciocínio a ser utilizado pelo intérprete no momento da aplicação das normas abertas de direito contratual empresarial⁴⁵⁶, contribuindo para a redução da insegurança jurídica decorrente das múltiplas possibilidades de escolha interpretativa *a priori* existentes na aplicação de princípios, como o da função social do contrato, equilíbrio contratual, boa-fé objetiva, dentre outros.

Transportando o ferramental teórico da análise econômica do direito para balizar as escolhas interpretativas na aplicação do direito contratual empresarial, os debates acerca das decisões e interpretações relativas aos contratos empresariais se distanciam do campo ideológico e de argumentação meramente retórica. Um dos problemas verificados no contexto do pós-positivismo jurídico é que a busca de concretização dos princípios contratuais consagrados na esfera constitucional e infraconstitucional, na atual conjuntura, por vezes ficam a mercê da intuição ou da ideologia do intérprete/julgador, o que potencializa o risco de que os resultados práticos não sejam os esperados⁴⁵⁷. Além disso, a ampla oscilação da intuição/ideologia também é fator de insegurança jurídica, pois torna muito dificultosa tanto a tarefa de prever o sentido em que será promovida a aplicação dos dispositivos incidentes (aplicação variante conforme a inclinação ideológica e intuitiva do julgador), como também a possibilidade de antecipação das consequências jurídicas dos atos (consequências variam acompanhando a oscilação ideológica). Nesta conjuntura, justificável que, na interpretação e aplicação de normas contratuais de estrutura aberta (princípios, cláusulas gerais, etc.), ao invés de confiar em convicções permeadas por ranços ideológicos, recorra-se a um instrumental teórico-analítico mais robusto e com maior preocupação empírica, tal como o disponibilizado pela teoria econômica.

Conforme pontuado na segunda seção, com a promulgação da Constituição de 1988 e especialmente a partir do advento do Código Civil de 2002 (diplomas alinhados ao paradigma

⁴⁵⁶ Neste sentido, segundo Victor Hugo Domingues, "a maior vantagem desta metodologia [análise econômica do direito] é autorizar a implosão dos ideários, no exato momento em que as ideias não têm semelhança com a realidade". DOMINGUES, Victor Hugo. op. cit., p. 46. Ou seja, a análise econômica rejeita as variadas ideologias, focando-se rigorosamente na realidade causa-efeito, razão pela qual afirma-se que sua utilização limita a amplitude de escolhas e torna mais calculável o raciocínio utilizado pelo intérprete na aplicação das normas de direito contratual empresarial.

⁴⁵⁷ Conforme destaca Ivo Gico Junior: "Apesar da clara preocupação com os valores, o *neoconstitucionalismo* não se preocupa suficientemente com as reais consequências de determinada lei ou decisão judicial. Não que ignore a realidade social em suas considerações, tão somente digo que seu foco tem sido elaborar justificativas teóricas e abstratas para a flexibilização da lei e sua compatibilização com princípios de conteúdo indeterminado, segundo algum critério de justiça, pretensamente racional e não voluntarista. O desenvolvimento de instrumentos analíticos capazes de auxiliar o intérprete a identificar, prever e mensurar tais consequências no mundo real é que foi relegado a segundo plano ou para outros ramos do conhecimento humano com os quais o direito tradicionalmente não dialoga". GICO JUNIOR, Ivo T. Introdução ao Direito e Economia. In: **Direito e Economia no Brasil**. TIMM, Luciano Benetti (org.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 1-33, p. 10.

pós-positivista), proliferam-se as disposições normativas de conteúdo aberto na esfera contratual, tanto civil como empresarial, o que culminou na ampliação da atividade de interpretação e aplicação do direito, passando a recair sobre o intérprete/julgador maior âmbito de liberdade na construção das normas via atividade interpretativa⁴⁵⁸. Saiu-se de um sistema preponderantemente baseado em regras, as quais favoreciam a segurança jurídica na disciplina contratual empresarial⁴⁵⁹, para consagrar a vigência, eficácia e predominância de uma série de princípios, cuja vagueza e abertura semântica imputam a cada intérprete, subjetivamente, o dever de definir seu conteúdo e extensão na solução dos casos concretos.

É certo que os princípios e demais enunciados abertos, em prol da realização de determinados objetivos (valores), conferem ao direito contratual empresarial uma maleabilidade não encontrada no sistema rígido de regras, permitindo que o intérprete acomode situações nas quais a aplicação das regras em si conduziria a soluções jurídicas contrárias aos valores reconhecidos no ordenamento jurídico. Contudo, se estiver imune à crítica sobre seus efeitos concretos, o manejo interpretativo desta estrutura principiológica – que admite, inclusive, a sobreposição de princípios em face de regras imperativas⁴⁶⁰ – tem potencial de gerar um ambiente de instabilidade na disciplina dos contratos empresariais, com prevalência de embates retóricos e de argumentação hermenêutica abstrata, sem maiores preocupações sobre o resultado da interpretação no funcionamento do mercado⁴⁶¹. Sem este olhar confrontando realidade e produto da interpretação, mediante ferramental analítico apropriado, aumenta a probabilidade de a aplicação de princípios e outras normas de estrutura aberta (princípio do equilíbrio contratual, princípio da função social do contrato, cláusula geral da boa-fé objetiva, princípio da vedação ao enriquecimento ilícito, dentre outros) ocorrer em descompasso com os pilares sobre os quais tradicionalmente se assenta o direito contratual empresarial, dentre os quais: previsibilidade, diminuição dos custos envolvidos nas relações comerciais entre empresários, segurança, confiança no sistema, calculabilidade, estímulo à atividade empresarial, dentre outros.

Assim, constatando a necessidade e utilidade de um instrumental teórico que confira

⁴⁵⁸ SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Obrigações Empresariais no Novo Código Civil. **Revista Direito GV**, SÃO PAULO 4(1) | P. 097-134 | JAN-JUN 2008, p. 103/104.

⁴⁵⁹ Neste sentido, explica Cristiano Carvalho: “a objetividade das regras garante a previsibilidade necessária para que os indivíduos possam coordenar suas atividades, i.e., lhes garante segurança jurídica”. CARVALHO, Cristiano. op. cit., p. 43/44.

⁴⁶⁰ Cf. nota 112 do primeiro capítulo.

⁴⁶¹ Na ilustrativa expressão de Christiane Leles Rezende e Decio Zylberstajn, a falta de consideração dos efeitos reais da interpretação contratual representa “miopia econômica” do intérprete. REZENDE, Christiane Leles; ZYLBERSTAJN, Decio. Quebras Contratuais e Dispersão de Sentenças. **Revista Direito GV**, São Paulo 7(1) , p. 155-176, jan/jun 2011, p. 174.

sustentação científica ao necessário juízo de adequação entre as escolhas de interpretação e aplicação do direito contratual empresarial e as finalidades normativas da disciplina dos contratos empresariais (realidade fática prospectada a partir dos valores incidentes nesta esfera), importante o auxílio da análise econômica na hermenêutica contratual empresarial⁴⁶². Consoante salientam Marcia Carla Pereira Ribeiro e Eduardo Agostinho, as perspectivas consequencial e utilitarista da AED podem servir como parâmetro para avaliação da adequação da norma (entendida como produto da interpretação do enunciado normativo), do ponto de vista de validade e eficácia frente aos princípios constitucionais que lhe serviram de fundamento⁴⁶³.

No campo dos contratos empresariais, por exemplo, em determinada lide envolvendo relação contratual entre empresários, o arcabouço analítico desenvolvido pela teoria econômica poderia desvelar que eventual intervenção judicial no contrato para redução do preço, com fundamento no princípio do equilíbrio contratual, incentivaria comportamentos oportunistas no mercado, implicando situação fática dissonante do estado de coisas objetivado por outros princípios constitucionais, como o da segurança jurídica, da função social do contrato e da livre iniciativa⁴⁶⁴. Nesta hipótese, o embasamento conferido pela análise

⁴⁶² Conforme anotam Luciano Timm e João Guarisse, “a análise econômica do direito não tem voz apenas para desvelar a racionalidade subjacente às regras disciplinadoras do contrato, especificando quando uma intervenção será eficiente. A análise econômica também permite tecer considerações de política legislativa ou judiciária, fornecendo ao jurista os meios para manter a coerência do Direito, questionar sua adaptação às alterações de circunstâncias, sugerir e avaliar reformas legislativas etc. (...) Além disso, ela poderia contribuir muito trazendo ao intérprete as consequências esperadas de uma intervenção legal ou judicial em um determinado contrato, permitindo ponderar os custos e benefícios desta opção, valendo-se o intérprete de um ferramental analítico potente”. TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco MENEGOL, op. cit., p. 177.

⁴⁶³ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; AGOSTINHO, Eduardo Oliveira. Apontamentos sobre a hermenêutica do Direito Empresarial Constitucional a partir da Análise Econômica do Direito. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza – CE, p. 429-439, junho/2010, p. 435.

⁴⁶⁴ Esta situação é ilustrada, de maneira concreta, em interessante pesquisa de análise de caso formulado por Christiane Leles Rezende e Decio Zylberstajn, na qual foram examinadas as situações de quebras contratuais intentadas por agricultores, via judicial, em contratos de compra e venda antecipada de soja (contrato de soja verde). No estudo, aplicando o instrumental teórico da análise econômica do direito (especificamente a partir dos pressupostos da corrente da Nova Economia Institucional) e com base em consistente pesquisa empírica, verificou-se que, a partir das safras de 2002/2003 e 2003/2004, o aumento do preço da soja ensejou discrepância entre o valor ajustado no momento da celebração do contrato de compra antecipada de soja e a cotação do produto momento da entrega, causando nos produtores o sentimento de que estariam sendo lesados pelos contratos. Assim, diante de uma enxurrada de ações judiciais dos agricultores visando a revisão dos contratos, houve grande divergência na jurisprudência acerca do cabimento de intervenção judicial para readequação do preço da soja aos patamares de mercado. Consoante destacado no estudo, “75% das decisões favoráveis aos produtores rurais estavam relacionadas à 'nova orientação da teoria contratual', que compreende os princípios da função social do contrato, de boa-fé e do equilíbrio econômico” (p. 165). Não obstante a invocação de tais princípios por significativa parcela dos julgadores, o efeito prático de tais veredictos, segundo a pesquisa, foi de a redução do volume de contratos de venda antecipada de soja, maior exigência de garantias para obtenção de crédito e maior dificuldade na maleabilidade de negociação entre adquirentes e produtores. Significa dizer, consoante conclusão de Rezende e Decio Zylberstajn, que, ao interpretar em favor da parte mais frágil na relação, invocando a principiologia de viés social, foram gerados efeitos reflexos contrários, que acarretaram a diminuição dos contratos e maior dificuldade de negociação futura para todos os envolvidos no setor REZENDE,

econômica permitiria ao intérprete aquilatar de maneira real, e não fictícia, os valores em jogo e as consequências de sua decisão interpretativa, podendo prospectar tanto os interesses privilegiados como os sacrificados em cada opção possível dentro da moldura do enunciado normativo⁴⁶⁵.

Para Ivo Gico Junior, este é o principal papel da AED no campo da epistemologia jurídica. Segundo ele, partindo do pressuposto que a análise de adequação de determinada norma jurídica está diretamente ligada aos seus reais efeitos sobre a sociedade, a análise econômica demonstra relevância ímpar para esta avaliação, considerando que: (i) seu embasamento teórico supera o senso comum e a intuição, sendo aplicável até mesmo em âmbitos não relacionados diretamente com a economia; (ii) traz ao Direito a perspectiva empírica que lhe falta; e (iii) possui flexibilidade suficiente para se adaptar e dialogar com outras áreas do conhecimento, permitindo uma visão interdisciplinar do fenômeno jurídico⁴⁶⁶.

Certamente que estas vantagens da análise econômica não se limitam à esfera da hermenêutica dos contratos empresariais no contexto do pós-positivismo jurídico. Porém, esta abordagem demonstra especial pertinência no direito contratual empresarial, em virtude de sua íntima ligação com a esfera econômica. As peculiaridades do objeto regulado inevitavelmente contaminam o ramo jurídico correspondente, não sendo diferente com a disciplina jurídica dos contratos empresariais. Se o objeto desta ramificação do Direito Empresarial são as relações comerciais entre empresários no exercício da atividade econômica, muito da realidade factual destas relações acaba sendo filtrada e juridicizada, para fazer parte do arcabouço normativo dos contratos empresariais⁴⁶⁷. Não por outra razão, alguns dos pilares de estruturação do direito contratual empresarial correspondem a elementos eminentemente econômicos⁴⁶⁸, o que torna ainda mais relevante a aplicação do instrumental analítico da teoria econômica também como parâmetro de limitação das escolhas do intérprete

Christiane Leles; ZYLBERSTAJN, Decio. op. cit.. Este é um exemplo emblemático de uma situação concreta em que a interpretação e aplicação de enunciados abertos, notadamente princípios contendo valores de índole social, na esfera contratual empresarial, acaba ocasionando consequências reais contrárias ao próprio estado de coisas almejado pelas normas-princípio invocadas.

⁴⁶⁵ Isso quer dizer que nem sempre a utilização da AED pelo intérprete conduzirá à escolha da opção interpretativa que apresente maior eficiência alocativa ou maximização da riqueza social. A análise econômica apenas auxiliará a desvelar as consequências práticas de determinada opção na realidade, aclarando os valores que estão sendo concretamente privilegiados em cada opção, para que o intérprete, com base nesta análise, adote a solução que entender mais consentânea aos ditames constitucionais. A análise econômica, na forma proposta, age como instrumento de análise de adequação entre meios jurídicos e fins normativos, sendo que estes últimos são definidos pelo ordenamento jurídico.

⁴⁶⁶ GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica, op. cit., p. 15.

⁴⁶⁷ Segundo Ligia Paula Pires Pinto Sica, este foco sobre a realidade é uma característica do Direito Empresarial como um todo. Neste sentido, afirma: “é requisito necessário para criação da norma de Direito Empresarial o olhar sobre a realidade. Faz parte dessa realidade a situação factual de aplicação da regra, emoldurada pela praxe do empresário e, principalmente, pelo mercado”. SICA, Ligia Paula Pires Pinto. op. cit., p. 107.

⁴⁶⁸ Cf. nota 190 do capítulo 2.

na aplicação de disposições normativas de estrutura aberta no âmbito dos contratos empresariais.

Analisado o papel da análise econômica, na compatibilização entre o sistema pós-positivista baseado em enunciados normativos abertos e a necessidade de segurança jurídica na disciplina contratual empresarial, passa-se à abordagem dos pressupostos fundamentais do método analítico desenvolvido pela ciência econômica aplicada ao fenômeno jurídico, visando compreender de que forma este instrumental pode ser utilizado pelo Direito, notadamente no que tange ao direito contratual empresarial.

5.2 PRESSUPOSTOS TEÓRICOS FUNDAMENTAIS À COMPREENSÃO DO MÉTODO DA AED

5.2.1 A corrente teórica de análise econômica utilizada na pesquisa

No início desta seção, ao apresentar e definir o movimento da análise econômica do direito, alertou-se que, em seu bojo, embora sejam consideradas integrantes do mesmo movimento, existem várias correntes teóricas independentes e até mesmo divergentes entre si, no tocante a seus pressupostos e suas bases teóricas, convergindo, por vezes, apenas no que toca ao instrumental analítico utilizado: instrumental econômico. Jairo Saddi e Armando Castellar Pinheiro citam algumas dessas diferentes correntes teóricas da análise econômica, dentre as quais, Escola da Public Choice, Escola de Chicago, Movimento dos Estudos Críticos, Institucionalistas, Nova Economia Institucional (Neo-Institucionalistas)⁴⁶⁹. Destacam os autores que estas correntes teóricas, bem como as demais integrantes da análise econômica do direito “convergem em relação ao instrumental analisado, mas diferem no tocante ao seu ponto de partida para a aplicação desses instrumentos”⁴⁷⁰.

Dessa maneira, antes de adentrar na abordagem dos pressupostos para a compreensão do ferramental analítico econômico em sua aplicação ao estudo de questões jurídicas, necessariamente há que se esclarecer, como medida preliminar, a partir de qual corrente teórica se está trabalhando a análise econômica, pois algumas premissas teóricas podem se alterar, conforme a escola adotada. Nesta tarefa, não se mostra necessário caracterizar as várias correntes de análise econômica, pois o trabalho de definição e comparação entre as

⁴⁶⁹ PINHEIRO, Armando Castellar; SADDI, Jairo. op. cit., p. 85.

⁴⁷⁰ Idem. Para ilustrar estas divergências entre as correntes teóricas da AED, Pinheiro e Saddi registram: “Por exemplo, para a Escola de Chicago, o agente econômico está sempre procurando maximizar sua satisfação, num processo racional, enquanto, na Escola da Public Choice, o objetivo é maximizar a reputação”. Idem.

escolas demandaria um extenso trabalho autônomo e pormenorizado. Para os fins da presente pesquisa, cabe apenas referir as características da corrente teórica escolhida e os motivos pelos quais se entende que a corrente eleita é adequada às finalidades e ao objeto da presente pesquisa.

Assim, esclarece-se que os pressupostos da análise econômica do direito abordados a seguir o são do ponto de vista da Escola Neo-Institucionalista, que foca no estudo do impacto das instituições em termos de desempenho econômico e do comportamento dos agentes no mercado. Liderada principalmente pelos trabalhos de Oliver Williamson e Douglas North, a corrente Neo-Institucionalista centra-se no estudo das instituições jurídicas e não-jurídicas, formais e informais, analisando os motivos de sua existência e estruturação a partir de sua aptidão para reduzir custos nas trocas econômicas⁴⁷¹. Concentra-se tanto na análise do ambiente institucional, entendido como as regras políticas, jurídicas e sociais que regem as relações no mercado, como no arranjo institucional, compreendido como um arranjo entre os agentes econômicos organizado visando incentivar a diminuição de custos e riscos⁴⁷². Em ambos os focos, visa analisar a influência das instituições nos custos de transação e, conseqüentemente, no desenvolvimento da economia e na conduta estratégica dos agentes.

A adoção desta corrente teórica se deve à maior conexão de seus pressupostos com a realidade da disciplina dos contratos empresariais. A base teórico-analítica da escola Neo-Institucionalista contém elementos-chave para a compreensão da realidade concreta das relações contratuais empresariais, bem como das peculiaridades que orientam as decisões dos agentes econômicos nesta seara. Com efeito, o neoinstitucionalismo traz em seu instrumental conceitos que melhor explicam o contexto das relações no mercado, como, por exemplo, as noções de racionalidade limitada, custos de transação, comportamento oportunista, custos de transferências de ativos, dentre outros⁴⁷³. Tais alicerces teóricos apresentam maior

⁴⁷¹ Segundo Marcia Carla Pereira Ribeiro e Eduardo Oliveira Agostinho, as premissas que orientam a Escola Neoinstitucionalista são as seguintes: "(i) as instituições são importantes para a análise econômica; (ii) a determinação dessas instituições pode ser compreendida e explicada por meio do instrumental da teoria econômica; (iii) as instituições afetam o desempenho econômico de maneira sistemática e preditiva. (...) Tem-se assim como pressupostos fundamentais: (i) a assunção de que os indivíduos seguem o autointeresse consoante com sua racionalidade, a qual é sujeita a limitações mais numerosas do que aquelas assumidas pelos neoclássicos; (ii) os indivíduos buscam a maximização da riqueza, cuja concepção é a de persecução de estruturas institucionais que aprimorem a capacidade de produção na sociedade. (...) Nesse quadro são conceitos centrais para a Nova Economia Institucional, (i) a propriedade, (ii) o contrato e (iii) os custos de transação". RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. *Economia institucional e nova economia institucional*. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 121/128, p. 124/125.

⁴⁷² WILLIAMSON, Oliver. **The Mechanisms of Governance**. Oxford University Press, 1996.

⁴⁷³ Neste sentido, Bruno Salama aponta a teoria neoinstitucionalista como a mais proveitosa para embasamento teórico da análise econômica do direito. Afirma Salama: "Um dos possíveis panos de fundo para o Direito e Economia - a meu juízo, o mais proveitoso - está na Teoria Neo-Institucionalista. Da Teoria Neo-

consistência para explicação dos incentivos do sistema contratual empresarial (essencial para a predição de efeitos concretos das normas jurídicas), quando comparado a outras correntes, tal como a neoclássica, que parte de alguns modelos teóricos mais distanciados da realidade concreta, dentre os quais: pressuposto de que a racionalidade dos agentes é ilimitada, a premissa de que as transações ocorrem a custo zero e a admissão de custo zero na transferência de ativos.

Assim, por melhor se aproximar dos aspectos reais das relações contratuais interempresariais no mercado, opta-se por explorar a corrente neoinstitucionalista como fundamento teórico da análise econômica abordada no presente trabalho. Se a proposta da pesquisa é avaliar a utilidade da análise econômica do direito, como instrumental analítico voltado à verificação de adequação entre escolhas interpretativas na disciplina contratual empresarial e as finalidades normativas concretas nesta seara, a partir de seu ferramental de prospecção das consequências das normas jurídicas sobre o comportamento dos agentes, logicamente a corrente teórica a ser considerada é a cujo suporte analítico melhor se coaduna com o contexto real dos contratos empresariais.

Cumprido frisar que, quando se afirma a utilidade da análise econômica do direito como importante critério limitador das escolhas interpretativas na disciplina dos contratos empresariais, esta relevância não se limita à perspectiva de análise da Escola Neoinstitucionalista. Outras abordagens também apresentam relevância na compatibilização entre o contexto do pós-positivismo jurídico e a necessária segurança jurídica nos contratos empresariais, vez que, embora de diferentes maneiras e pontos de análise, também utilizam a teoria econômica para iluminar os efeitos reais das normas jurídicas. Entretanto, o papel do Neoinstitucionalismo permanece destacado, tendo maior potencial para cumprir com este desiderato, considerando a maior correspondência entre seus sustentáculos teóricos e a realidade do mercado.

Realizada a apresentação e justificativa da corrente teórica de AED escolhida, passa-se a abordar alguns pressupostos básicos de sua teoria, esclarecendo-se que análise econômica

Institucionalista surgem pelo menos três idéias importantes: (a) o reconhecimento de que a Economia não tem existência independente ou dada, ou seja, de que a história importa pois cria contextos culturais, sociais, políticos, jurídicos etc. que tornam custosas, e às vezes inviáveis, mudanças radicais (o que se convencionou chamar de “dependência da trajetória”, tradução de “path dependence”); (b) o reconhecimento de que a compreensão do Direito pressupõe uma análise evolucionista e centrada na diversidade e complexidade dos processos de mudança e ajuste (daí a importância da abertura para todas outras disciplinas além da Economia, mas também a utilidade da Teoria da Escolha Racional e da Teoria dos Jogos para estudar a complexidade dos processos de ação e decisão coletiva); e (c) a preocupação com a compreensão do mundo tal qual ele se apresenta, o que conduz ao estudo das práticas efetivamente observadas e do Direito tal qual de fato aplicado (ênfatizando a racionalidade limitada, a incerteza e os custos de transação)". SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia?... op. cit., p. 9.

aqui apresentada parte da ótica neoinstitucionalista, sem negar a existência de outras escolas úteis na aplicação do instrumental econômico à compreensão do fenômeno jurídico.

5.2.2 Premissas iniciais: escassez, necessidades e escolhas

O ponto de partida para compreensão do instrumental analítico econômico, não só na perspectiva neoinstitucionalista como também nas demais correntes teóricas, é assumir a premissa de que os bens e recursos disponíveis para a satisfação das necessidades humanas são finitos, ou seja, são escassos. Segundo Bruno Salama, caso os recursos fossem infinitos, ilimitados, não haveria problemas em termos de distribuição dos bens, pois todos poderiam ter o que desejassem, na quantidade que almejassem⁴⁷⁴. A *contrario sensu*, pode-se afirmar que, havendo escassez de recursos, não há recursos suficientes para que todos disponham de tudo o que querem, na quantidade de querem, ao mesmo tempo. Isso se deve, além da limitação dos recursos, a uma característica das necessidades humanas.

As necessidades humanas são entendidas, em geral, como todo desejo, manifestado socialmente, que motiva uma ação na busca de sua satisfação, sendo consideradas como tal independentemente do juízo que se possa fazer delas (reprovação, repulsa, imoralidade). Porém, ao contrário dos recursos, as necessidades humanas caracterizam-se por serem ilimitadas⁴⁷⁵. Conforme leciona Fabio Nusdeo, "não é possível antever um limite para as necessidades humanas. Ou seja, elas podem ser vistas como tendentes a se multiplicarem ao infinito"⁴⁷⁶. Explica o autor que a escassez dos recursos a inexistência de limites para as necessidades humanas representam dois postulados fundamentais para compreender a economia, pois, confrontadas, permitem identificar a raiz da necessidade de escolhas no mercado⁴⁷⁷.

Com efeito, a insuficiência de recursos para dar conta de necessidades ilimitadas leva à necessidade de administração da escassez, o que se faz mediante escolhas na alocação dos bens, ou seja, opta-se pelo atendimento de determinadas necessidades com os recursos disponíveis⁴⁷⁸. Significa dizer, consoante Bruno Salama, que "a escassez força os indivíduos a

⁴⁷⁴ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia?..., op. cit., p. 9.

⁴⁷⁵ Destaca Eduardo Oliveira Agostinho: "Todo ser humano busca individualmente a maximização da sua utilidade de forma infinita em um mundo cujos bens são finitos". AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. *As Tragédias dos Comuns e dos Anticomuns*. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 49-61, p. 52.

⁴⁷⁶ NUSDEO, Fabio. op. cit., p. 23.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 28.

⁴⁷⁸ Segundo Ivo Gico Junior, também em razão da escassez de recursos é que se justifica a existência e relevância do Direito. Segundo ele a escassez "motiva o direito: se os recursos não fossem escassos, não haveria

realizarem escolhas"⁴⁷⁹. Como corolário da necessidade de escolha, a cada opção de destinação dos recursos ocorre um *trade-off*, isto é, o não atendimento de alguma necessidade que não está sendo atendida em razão de os recursos estarem sendo utilizados na satisfação de outra ou outras necessidades. Salama explica que os "*trade-offs* são, na verdade, “sacrifícios”: para se ter qualquer coisa é preciso abrir mão de alguma outra coisa – nem que seja somente o tempo"⁴⁸⁰.

Este *trade-off* é denominado pela economia de custo de oportunidade. Toda escolha, necessariamente, implica um custo de oportunidade, que nada mais é do que os benefícios que se obteria caso se tivesse escolhido a opção preterida. Nas palavras de Cristiano Carvalho, custo de oportunidade representa "o custo em que incorre o indivíduo por deixar de ter escolhido a segunda melhor alternativa"⁴⁸¹. Pode-se afirmar que há custo de oportunidade em diversas escolhas humanas, não somente nas econômicas realizadas no mercado. Por exemplo, vislumbra-se a existência de custo de oportunidade na escolha de determinada interpretação no tocante ao conteúdo do princípio do equilíbrio contratual aplicado a determinado conflito envolvendo contrato empresarial. A opção por estender o conteúdo do princípio, afirmando sua eficácia para redução da multa contratual estipulada no contrato, pode representar um custo de oportunidade consistente na inobservância (ou flexibilização) do princípio da força obrigatória dos contratos e na redução da segurança jurídica no âmbito contratual, os quais também são pontos importantes na disciplina contratual empresarial. Por outro lado, a adoção de interpretação restritiva do princípio pode manifestar o custo de oportunidade de não se concretizar satisfatoriamente os princípios da justiça social, função social do contrato, risco de falência do empresário devedor, dentre outros. A análise dos custos de oportunidade atrelados a cada escolha interpretativa na aplicação às disposições normativas de estrutura aberta, provoca no intérprete o início da reflexão sobre os efeitos concretos de sua atividade, reflexão esta que é complementada pela aplicação dos demais pressupostos teóricos da análise econômica.

O entendimento destas premissas – escassez, necessidades e escolhas – e de suas interconexões são essenciais para a compreensão das bases do instrumental analítico da teoria econômica e de que forma ela explica o comportamento e as reações dos agentes econômicos

conflito, sem conflitos, não haveria necessidade do direito, pois todos cooperariam *ex moto proprio*. A escassez dos bens impõe à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excludentes (senão não seria uma escolha, não é mesmo?)". GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica..., op. cit., p. 21. Nesta medida, o Direito aparece também na definição da opções alocativas dos recursos escassos.

⁴⁷⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia?..., op. cit., p. 16.

⁴⁸⁰ Idem.

⁴⁸¹ CARVALHO, Cristiano. op. cit., p. 30.

no mercado.

5.2.3 Comportamento racional e sua limitação

Partindo do pressuposto de que os agentes necessariamente promovem escolhas de conduta na busca da satisfação de seus interesses, a análise econômica teoriza sobre os critérios que orientam tais escolhas.

Assim, de acordo com a teorização econômica clássica, o comportamento individual é orientado por um agir racional, consistente na ponderação de benefícios e prejuízos vinculados à determinada ação ou omissão⁴⁸². Conforme destaca Ronald Coase, diante de duas ou mais alternativas de conduta, o ser humano julga, dentre as opções, qual lhe oferece melhor custo-benefício, escolhendo a mais vantajosa⁴⁸³. Nas palavras de Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, o "ser humano sempre procura aquilo que considera ser o melhor para si, preferindo mais a menos satisfação. Formalmente, diz-se que os agentes econômicos agem de maneira racional, procurando maximizar sua utilidade."⁴⁸⁴. Significa dizer que, de acordo com o pressuposto de racionalidade no comportamento, os agentes agem visando a maximização dos seus interesses, adotando a opção que resulte na maior satisfação possível⁴⁸⁵.

No entanto, sob a ótica das correntes de análise econômica de maior relevância na atualidade – dentre as quais a escola neoinstitucionalista – embora racionalmente o agente sempre busque otimizar seus resultados, nem sempre a ponderação de prejuízos e benefícios é realizada em consonância com a realidade. Segundo Douglas North, somente em um mundo ideal seria plausível imaginar que todos os agentes, em razão de sua racionalidade, teriam conhecimento claro sobre seus interesses e sobre os meios aptos a satisfazê-los. Para North, os mitos, os dogmas, a ideologia influenciam as escolhas dos agentes, sendo possível que tais fatores motivem escolhas inadequadas aos resultados esperados, inclusive com relação aos

⁴⁸² Anota Mauricio Vaz Lobo Bittencourt: "A análise econômica do fenômeno jurídico parte da premissa de que, quando depare com mais de uma opção de atuação, ou mais de uma conduta possível, o homem racional inevitavelmente levará em consideração a relação custo-benefício entre as opções possíveis, de modo a optar pela que melhor atende os seus interesses. BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. op. cit., p. 29.

⁴⁸³ COASE, Ronald. **The Firm, the market and the Law**. Chicago: Chicago University Press. 1988, p. 27.

⁴⁸⁴ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo, op. cit., p. 89.

⁴⁸⁵ Vale registrar que, no pano de fundo da afirmação de que cada um orienta seus comportamentos de acordo com seus próprios interesses, está o pressuposto de que o ser humano é capaz de colocar seus interesses em uma ordem de preferências, sempre fazendo uma escala decrescente do que lhe é ou mais útil. A respeito do tema: LAUDA, Bruno Bolson. A Análise Econômica do Direito: uma dimensão da cremástica no Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, vol. 4, n. 1, março/2009. p. 10/11.

resultados econômicos⁴⁸⁶. Esta limitação na racionalidade pode ter origem tanto na assimetria de informação⁴⁸⁷, ou seja, a parte não dispõe de total compreensão sobre os meios de realizar seu interesse porque as informações disponíveis são insuficientes ou os custos para obtê-las é elevado, como própria na limitação da processamento dos dados pela mente humana⁴⁸⁸. Nesta esteira, Oliver Williamson registra que “os atores humanos buscam ser racionais, mas apenas conseguem sê-lo de modo limitado”⁴⁸⁹.

Portanto, a racionalidade de caráter limitado é a matriz comportamental defendida pela análise econômica neoinstitucionalista, segundo a qual afirma-se que a escolha individual de conduta pauta-se pela opção que, sob a perspectiva subjetiva do agente, lhe trará maiores vantagens, consideradas as desvantagens⁴⁹⁰. É de se observar que este postulado concentra-se em um ponto de vista individual, no qual o indivíduo busca tão somente a maximização de seu interesse pessoal, sem considerar eventuais efeitos coletivos. Não por outra razão, Paula Forgioni, ao abordar o pressuposto da racionalidade utilizado pela análise econômica, afirma que, para a AED, “as decisões individuais dos agentes econômicos são marcados pelo desejo egoístico de satisfação de suas necessidades(...)”⁴⁹¹.

Por certo que esta visão egoística do comportamento humano encontra resistências. O modelo é criticado principalmente por não considerar fatores importantes nas decisões comportamentais, como as crenças, religião e moral. Por certo que tais aspectos são relevantes, porém sua desconsideração pela análise econômica não afasta o seu potencial de prospectar com significativo grau de acerto⁴⁹² as prováveis condutas e reações dos agentes

⁴⁸⁶ NORTH, Douglas. **Economic Performance Through Time**. The American Economic Review, vol. 84, no. 3 (Jun., 1994), p. 359-368, p. 359.

⁴⁸⁷ Segundo leciona Fábio Leandro Tokars, a assimetria informacional é inerente às relações econômicas, podendo se apresentar em maior ou menor grau. A assimetria informacional é explicada da seguinte forma por Tokars: “em uma relação econômica, uma das partes naturalmente tem um conhecimento mais acurado sobre o objeto da transação” (TOKAR, Fábio Leandro. *Assimetria Informacional*. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 89-95, p. 89/90.

⁴⁸⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro. *Racionalidade Limitada*. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 63-69, p. 66/67.

⁴⁸⁹ WILLIAMSON, Oliver. *Por que Direito, Economia e Organizações?*. Tradução: Décio Zylberstajn in **Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Org. Décio Zylberstajn e Rachel Sztajn. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 21/22.

⁴⁹⁰ Afirma Michael Sandel: “A ideia sustentada por tais economistas é que, em todas as esferas da vida, a conduta humana baseia-se no princípio de que “as pessoas decidem o que fazer sopesando os custos e benefícios das opções à sua frente e escolhendo aquela que acreditam ser capaz de lhes proporcionar maior bem-estar ou que tenha maior utilidade”. SANDEL, Michael J. op. cit., p. 50.

⁴⁹¹ FORGIONI, Paula A. “Análise Econômica do Direito (AED): Paranóia ou mistificação?”. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, jul/set de 2005, p. 248.

⁴⁹² Explica Fabio Nusdeo que, segundo a Lei dos Grandes Números, os comportamentos humanos discrepantes, imprevisíveis ou condutas isoladas “tendem a se reduzir drasticamente quando vistos em seu contexto global”. As reações a fenômenos comuns no cotidiano (nascimento, morte, acidente, aumento de preços, desemprego,...)

frente a determinada instituição jurídica⁴⁹³. Conforme alerta Flávio Galdino, as oscilações nas reações comportamentais motivadas por paixões, religião, moral, ideologia, encontram grande dificuldade de enquadramento dentro de um modelo teórico-analítico, em razão da impossibilidade de uma avaliação segura⁴⁹⁴. Por esta razão, o reducionismo aqui encontra justificativa, na medida em que a intenção é desenvolver um modelo analítico útil para aplicar na compreensão da realidade, o que seria prejudicado pela consideração de tão instáveis fatores⁴⁹⁵.

Assim, o postulado do comportamento racional limitado apresenta grande utilidade para compreensão da lógica das escolhas comportamentais dos atores sociais, especialmente na esfera econômica, mas também em outras searas⁴⁹⁶. Dominando esta lógica, é possível utilizá-la para predição da conduta concreta dos agentes frente a determinada instituição jurídica, concentrando-se sobre as vantagens e desvantagens colocadas diante do agente em cada opção comportamental para estimar qual seria a conduta mais vantajosa (e, portanto, mais provável)⁴⁹⁷. De acordo com esse suporte analítico, na seara contratual empresarial, é

apresentam significativo grau de uniformidade e regularidade, razão pela qual permite à Economia notável capacidade de previsão de comportamentos. NUSDEO, Fabio. op. cit., p. 68.

⁴⁹³ Segundo destaca Bruno Salama, "a força dos modelos econômicos está na sua capacidade preditiva, não na sua capacidade de capturar a racionalidade de cada comportamento individualmente tomado". SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia?..., op. cit., p. 19. Portanto, na medida em que a análise econômica manifeste precisão empírica de seus prognósticos, ela é útil ao Direito e deve ser utilizada, independentemente de representar apenas parcialmente a realidade.

⁴⁹⁴ GALDINO, Flávio. op. cit., p. 241.

⁴⁹⁵ Certamente que não se afasta o potencial de outras ciências sociais, tais como a filosofia, sociologia, antropologia, para complementar este modelo. Segundo Robert Cooter e Tomar Ulen, a teoria econômica consegue explicar o Direito apenas parcialmente, não conseguindo extrair todas as nuances do fenômeno jurídico em seus modelos. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit., p. 1260.

⁴⁹⁶ Explica Bruno Salama que o pressuposto da maximização racional é apenas instrumental, não sendo intenção da análise econômica comprovar que todos os indivíduos se enquadram no conceito de homem econômico. Em suas palavras, a "noção de maximização racional é instrumental. Ela serve para formular hipóteses e construir teorias que permitam simplificar, compreender e prever a conduta humana. A pesquisa em Direito e Economia Positivo não almeja provar que dentro de cada indivíduo viva um *homo oeconomicus*, nem provar que o comportamento dos indivíduos seja decorrência de alguma faculdade específica da mente humana ou de propensão inata. A noção de racionalidade também não significa que necessariamente haja um cálculo consciente de custos de benefícios (embora este cálculo frequentemente ocorra, e qualquer advogado processualista sabe disso porque age estrategicamente no curso processo). Não por outro motivo, 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 (ou simplesmente não terão acesso a todas as informações pertinentes), os mesmos passam a ser vistos como "intencionalmente racionais" ainda que limitados por aptidões cognitivas. SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia?..., op. cit., p. 18.

⁴⁹⁷ Alerta Francisco Renato Codevila Pinheiro Filho que os indivíduos não orientam suas condutas apenas por suas preferências e sim pelos custos e benefícios atrelados às suas opções. Segundo ele, "o agente racional não toma decisões baseado, apenas, nas suas preferências. Além das preferências, leva em consideração a utilidade extraída de cada bem e os custos para obtê-lo. Se isso é verdade, pode-se dizer que a diminuição da utilidade e o aumento dos custos (as pessoas reagem a incentivos), apesar de não alterarem as preferências, afetam as escolhas". PINHEIRO FILHO, Francisco Renato Codevila. Teoria da Agência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 97-109, p. 102.

possível, por exemplo, antever, com significativo grau de segurança se, após a criação do instituto da alienação fiduciária em garantia de bens imóveis⁴⁹⁸, os agentes tenderiam, na formalização de contratos de compra e venda de imóvel à prazo com garantia, a optar pela alienação fiduciária ou pelo tradicional instituto da hipoteca, bastando, para tanto, debruçar-se sobre a análise da opção que se apresentaria mais vantajosa (benefícios descontados os prejuízos) aos olhos do vendedor.

5.2.4 Direito como indutor de condutas: estrutura de incentivos

Os desdobramentos do pressuposto da racionalidade do comportamento humano indicam sob que perspectiva a teoria econômica enxerga o sistema jurídico. A partir da premissa de que os agentes orientam suas condutas racionalmente, a teoria econômica afirma que eles sempre (ou, ao menos, em regra) irão pautar sua atuação sopesando vantagens e desvantagens atreladas a cada comportamento, adotando os que interpretarem mais benéficos para maximização de seus interesses. Considerando que estas vantagens e desvantagens vinculadas a cada comportamento podem ser alteradas por diversos fatores, o postulado da racionalidade comportamental assume, como corolário, que a mudança na relação custo-benefício de determinada conduta pode fazer com que os agentes mudem de comportamento, pois racionalmente buscarão agir de acordo com o que, sob o novo contexto de benefícios e prejuízos, apresente melhores resultados em termos de maximização de interesses⁴⁹⁹. Vale dizer, as pessoas respondem à mudanças na relação de custos e benefícios, reagem a incentivos⁵⁰⁰.

Considerando a capacidade do Direito de influir nas vantagens e desvantagens atreladas aos comportamentos – sancionando determinadas condutas e premiando outras –, do ponto de vista da análise econômica, o Direito e suas instituições representam nada mais do que uma estrutura de incentivos destinada a influenciar a conduta dos agentes na sociedade⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ O instituto da alienação fiduciária de imóveis foi criado no sistema jurídico brasileiro por meio da Lei Federal nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.

⁴⁹⁹ Bruno Salama, neste sentido, afirma que o comportamento dos indivíduos como maximizadores racionais de seus interesses demonstra que são capazes de responder a incentivos. *Ibidem*, p. 21/22.

⁵⁰⁰ Ivo Gico Junior anota que o postulado de que as pessoas respondem a incentivos é também uma das premissas fundamentais do Direito. Para ele, "Todo o direito é construído sobre a premissa implícita de que as pessoas responderão a incentivos. Criminosos cometerão mais ou menos crimes se as penas forem mais ou menos brandas, se as chances de condenação forem maiores ou menores, se houver mais ou menos oportunidades em outras atividades mais atrativas. As pessoas tomarão mais ou menos cuidado se forem ou não responsabilizadas pelos danos que causarem a terceiros". GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica..., op. cit., p. 21.

⁵⁰¹ "(...)as leis são comandos de autoridade que impõem custos ou benefícios aos participantes de uma transação

Segundo Paula Forgioni, uma das premissas da análise econômica é que as normas jurídicas configuram incentivos ou desincentivos, figurando as sanções como simples *preços* que tem o condão de modificar a relação custo-benefício vinculada às condutas reguladas juridicamente⁵⁰². Certamente que estes incentivos consubstanciados em sanções ou premiações não se resumem a benefícios ou prejuízos financeiros. Na lição de David Friedman, as relações entre Economia e Direito não dizem respeito simplesmente a uma questão de dinheiro, mas sim de verificar, a partir do paradigma da escolha racional, as consequências das normas jurídicas sobre os comportamentos⁵⁰³. Assim, os *preços* referidos podem não estar ligados à pecúnia, mas a outras questões como a perda de reputação social, dispêndio de tempo, dentre outros⁵⁰⁴.

Desse modo, para a análise econômica, o potencial da norma jurídica de nortear o comportamento dos agentes se deve especificamente à capacidade de alterar as vantagens e desvantagens ligadas à cada conduta regulada. Quanto maior a certeza do indivíduo de que a realização das condutas sancionadas lhe ocasionarão prejuízos/desvantagens (financeiros, tempo, reputação), maior será a influência da norma na orientação de suas condutas, pois, racionalmente, tenderá a escolher condutas não sancionadas pelo Direito, abstenendo-se da violação ao comando jurídico como medida voltada à maximização de seus interesses (minimização dos prejuízos, aumentando consequentemente os benefícios)⁵⁰⁵. Destarte, a decisão dos agentes sobre agir conforme ou desconforme aos comandos normativos envolve um raciocínio acerca da espécie e intensidade da sanção ou premiação, sopesando a probabilidade de efetiva concretização da sanção/premiação⁵⁰⁶.

na economia e que sofrem incentivos (positivos ou negativos) no processo de seu cumprimento” PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo, op. cit., p. 13.

⁵⁰² FORGIONI, Paula A. “Análise Econômica do Direito (AED): Paranóia ou mistificação?”..., op. cit., p. 248.

⁵⁰³ FRIEDMAN, David D. **Law’s Order: what economics has to do with law**. Princeton: Princeton University Press, 2000, p. 8/9.

⁵⁰⁴ Segundo Fernando Araújo, nas relações comerciais é dado muito valor à reputação moral dos contratantes, pois é ela que permite a participação em transações, em especial nas relações duradouras. ARAÚJO, Fernando. op. cit., p. 115.

⁵⁰⁵ Nesta esteira, Robert Cooter e Thomas Ulen afirmam: “Equiparando a sanção legal a um preço atrelado à conduta sancionada (preço implícito), o custo esperado em decorrência do descumprimento de determinada norma jurídica depende de dois fatores: probabilidade de aplicação da sanção e tamanho da sanção. Considera-se o custo esperado de descumprimento como o produto entre a probabilidade e o tamanho da sanção, o que significa que o aumento de um e a redução proporcional de outro não altera o custo esperado”. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit., 27.

⁵⁰⁶ Confira-se o exemplo de Bruno Salama a este respeito: “de acordo com o Código Nacional de Trânsito, exceder o limite de velocidade em uma rodovia enseja o pagamento de multa. Portanto, ao dirigir um automóvel em alta velocidade cada motorista irá sopesar, de um lado, (a) o benefício auferido com o aumento da velocidade (devido, por exemplo, ao prazer de dirigir em alta velocidade ou ao menor tempo do percurso) e, de outro, (b) o custo da multa por excesso de velocidade ponderado pela probabilidade de que haja autuação e imposição da multa. Neste caso específico, os incentivos legais resultam do limite de velocidade estabelecido em lei, do valor da multa e da eficácia da fiscalização. SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e

Note-se que, para a análise econômica, a vigência formal das normas jurídicas não garante que será observada por seus destinatários. A observância ou não das disposições normativas depende dos incentivos e desincentivos percebidos pelos atores sociais, sendo factível aventar a existência de leis com reduzida capacidade de influir no comportamento dos agentes, caso a estrutura de incentivos aponte para vantagens no descumprimento de suas disposições⁵⁰⁷. Conforme assevera Ivo Gico Junior, na perspectiva da análise econômica, o cumprimento das normas jurídicas "não apenas não é pressuposta como muitas vezes é negada, isto é, admite-se que regras jurídicas enquanto incentivos – em algum caso concreto – podem ser simplesmente ignoradas pelos agentes envolvidos"⁵⁰⁸.

Esta perspectiva, aplicada à disciplina jurídica dos contratos empresariais, indica a relevância de se avaliar quais os incentivos do direito contratual empresarial brasileiro e de suas instituições na atualidade, verificando se estes incentivos estão em consonância com os objetivos concretos extraídos dos valores que regem esta seara. Se a estrutura de incentivos estiver dissonante de tais objetivos, goza de pouca efetividade a proclamação retórica de princípios e valores, tais como segurança jurídica, equilíbrio contratual, desenvolvimento da atividade empresarial, pois os incentivos motivarão os agentes a atuarem conforme a maximização de seus próprios interesses, independentemente dos efeitos dessa conduta em uma perspectiva macroeconômica⁵⁰⁹. Sem esta preocupação pragmática, as normas contratuais empresariais, em especial as de estrutura aberta baseada em conceitos abstratos, acabam sendo aplicadas pelo intérprete em evidente *miopia econômica*, gerando graves riscos de o Direito não cumprir com uma de suas principais funções, que é a construção de um ambiente favorável ao desenvolvimento econômico. Conforme já assentado, a pertinência entre as escolhas interpretativas e os fins normativos é salutar para que a disciplina contratual empresarial seja confiável, previsível e calculável, no contexto do pós-positivismo jurídico.

Economia?..., op. cit., p. 22.

⁵⁰⁷ Alerta Mauricio Vaz Lobo Bittencourt: "Para o economista, não se deve prestar atenção apenas na observação das consequências das ações dos indivíduos, mas na observação das consequências erradas. Ou seja, as regras jurídicas devem ser julgadas pela estrutura de incentivos que estabelecem e as consequências de como as pessoas alteram seu comportamento em resposta a esses incentivos". BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. op. cit., p. 28.

⁵⁰⁸ GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica..., op. cit., p. 21.

⁵⁰⁹ Ronald Coase afirma que o objetivo da política econômica é justamente estruturar os incentivos de modo que as escolhas individuais dos agentes correspondam à melhor escolha do ponto de vista dos interesses coletivos. Afirma Coase que: "O objetivo da política econômica é garantir que as pessoas, quando decidem que caminho seguir, escolham aquele que resulta na melhor escolha para o sistema como um todo (...) Já que, na maior parte das vezes, as pessoas optam por fazer aquilo que elas pensam que promove o seu próprio bem-estar, a forma de alterar o seu comportamento na esfera econômica é fazer com que seja do seu interesse fazer isso (agir como é melhor para o sistema). A única forma disponível para os governos fazerem isso (que não por meio da exortação, em geral completamente ineficaz) é alterar a lei ou a sua aplicação" (tradução livre de COASE, Ronald. **The firm, the market and the Law**. Chicago: Chicago University Press, 1988, p. 27/28).

Esta análise, por certo, passa pela verificação de quais incentivos estão sendo provocados nos agentes, como decorrência de cada escolha interpretativa possível, avaliando inclusive os custos de oportunidade de cada interpretação, para verificar qual delas, pragmaticamente, melhor se coaduna com os princípios que regem a disciplina dos contratos empresariais.

5.2.5 Custos de transação e as instituições

No núcleo do suporte analítico desenvolvido pela análise econômica, soma-se aos pressuposto da racionalidade e à teoria dos incentivos, a teoria dos custos de transação, conectado ao estudo do papel das instituições no mercado.

Os custos de transação são os recursos despendidos para concretizar uma operação econômica no mercado (troca, comércio, mútuo, dentre outros)⁵¹⁰. Segundo Oliver Williamson, os custos de transação consubstanciam os custos gerados para movimentar o sistema econômico, não se confundindo com os custos de produção, que dizem respeito, por exemplo, a gastos com matéria-prima, mão de obra, maquinário⁵¹¹. Na definição de Yoram Barzel, custos de transação são as despesas relacionadas à transferência, aquisição e proteção de direitos⁵¹². Logo, pode-se afirmar que se enquadram na categoria de custos de transação todas as despesas atreladas aos atos que conferem dinamicidade à propriedade no mercado, notadamente operações de transferência de bens ou utilidades.

Um dos pilares da escola neoinstitucionalista é a constatação de que os custos são inerentes ao fluxo econômico⁵¹³. Não há transação econômica que não gere custos, nem mesmo as mais simples, pois é inevitável o dispêndio, ao menos, para transporte do produto, para encontrar alguma pessoa idônea para celebração do negócio, para buscar o cumprimento forçado do contrato na hipótese de inadimplemento. Anotam Armando Castellar Pinheiro e Jairo Saddi que os custos de transação envolvem as despesas de cinco atividades geralmente

⁵¹⁰ Bernardo Gouthier Macedo conceitua custos de transação nos seguintes termos: "dispêndio de recursos econômicos para planejar, adaptar e monitorar as interações entre os agentes, de forma a garantir que o cumprimento dos termos contratuais se faça de maneira satisfatória para as partes envolvidas e compatível com a sua funcionalidade econômica" (MACEDO, Bernardo Gouthier. op. cit., p. 219).

⁵¹¹ WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism: Firms, Markets, Relational Contracting*. Nova York: The Free Press. 1985. p. 18/19.

⁵¹² BARZEL, Yoram. *Economic analysis of property rights*. 2 ed., Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

⁵¹³ A premissa de custo de transação positivo destacadamente foi uma evolução no suporte teórico-analítico da AED, substituindo o modelo ideal da teoria econômica clássica que desconsidera a existência de custos de transação. Segundo Pinheiro e Saddi, a opção por desconsiderar os custos de transação e os efeitos das instituições na economia pode ser útil para a compreensão de muitos conceitos, mas não se presta à compreensão de situações nas quais os custos de transação são a principal explicação para o objeto em análise. PINHEIRO, Armando Castellar; SADDI, Jairo, op. cit., p. 61.

necessárias para concretizar uma transação no mercado: (i) busca de informação sobre as regras incidentes, sobre os insumos utilizados e sobre o comportamento de compradores e vendedores; (ii) negociação sobre os termos da avença; (iii) formalização dos contratos e registro nos órgãos competentes ; (iv) monitoramento da conduta do parceiro contratual para verificação do cumprimento dos termos do contrato; e (v) correta aplicação do contrato, mediante ajuizamento de ações visando o adequado cumprimento contratual⁵¹⁴.

Na classificação proposta por Robert Cooter e Thomar Ulen, estas atividades (que em regra fazem parte do processo de concretização dos negócios) geram três espécies de custos de transação: custos com a busca de interessados em materializar a transação; custos para negociação e formalização da transação; e custos de fiscalização e para execução forçada do contrato (em caso de inadimplemento)⁵¹⁵. Certo é que os custos se fazem presentes em todas as etapas para a concretização de uma transação no mercado, não se mostrando factível a extirpação total dos custos de transação⁵¹⁶. Não obstante, estes custos podem ser reduzidos significativamente mediante adequada estruturação do ambiente institucional, notadamente mediante a previsão de instituições jurídicas afinadas com o escopo de redução dos custos nas relações econômicas.

Entende-se como instituições as *regras* que regem o *jogo* das transações no mercado (formais e informais)⁵¹⁷. Em conjunto, as instituições formam o chamado ambiente institucional, que consiste no conjunto de normas sociais, políticas e legais que consubstanciam o alicerce para as atividades de produção, troca e distribuição⁵¹⁸. São as instituições que conferem estabilidade às condições de realização das transações econômicas, evitando a necessidade de pactuação e repactuação destas bases a cada momento. Ao evitar a necessidade de barganha sobre as bases mínimas sobre as quais se assentam os negócios, as

⁵¹⁴ Ibidem, p. 62.

⁵¹⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op.cit.. p. 105.

⁵¹⁶ Segundo Fernando Araújo, os custos de transação produzem impacto inestimável na esfera contratual: “seja por que eles interferem directamente no cômputo do bem-estar gerado pelas trocas, podendo chegar a inviabilizar trocas pela elementar razão de excederem em valor absoluto o bem-estar total que as trocas gerariam (o caso de todas as ‘barreiras naturais ao comércio’); seja porque, na cooperação que mesmo assim *vale a pena*, os custos de transação introduzem as mais variadas distorções, bastando referirmos o já aludido problema genérico do ‘contrato incompleto’, o problema da interrupção das negociações a um nível de incompletude que pode vir a revelar-se prematuro (as partes que, para não perderem tempo, se contentam com uma estipulação ‘minimilista’ que pouco ou nada previne quanto a danos *ex post*, e quando muito se cinge e estabelecer os meios *adjectivos* de dirimir conflitos e de integrar lacunas); ou a limitação das partes a posições de ignorância racional (a parte que repousa na sua credulidade ou nos seus preconceitos estigmatizadores porque não está para empenhar-se numa dispendiosa busca de informação ulterior), suscetíveis de amplificar grandemente os efeitos das assimetrias informativas, das falhas de coordenação e das atitudes oportunistas”. ARAÚJO, Fernando. op. cit., p. 139/140.

⁵¹⁷ Douglas North afirma que as instituições – inclusive as jurídicas – formam “the rules of the game” [as regras do jogo]. NORTH, Douglas C. op. cit., p. 361.

⁵¹⁸ A este respeito, vide WILLIAMSON, Oliver. *The Mechanisms of Governance*. Oxford University Press, 1996.

instituições desde logo influem nos custos de transação, pois se parte das condições já estão pré-estabelecidas nas instituições, elimina-se os custos que seriam despendidos caso estas bases tivessem que ser negociadas pelas partes. Além disso, as instituições afastam a incerteza sobre as bases sobre as quais se assentam os negócios, possibilitando assim melhor capacidade de as partes calcularem os custos e benefícios de suas ações, o que minimiza, a um só tempo, os riscos de comportamento oportunista e os custos despendidos para tentar evitar eventuais prejuízos decorrentes de insegurança e oportunismo⁵¹⁹. Nesta medida, conforme destacam Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn, as instituições produzem efeitos sobre os custos de troca e de produção, determinando os custos de transação, razão pela qual "afetam decisivamente a *performance* econômica"⁵²⁰.

Na tarefa redução dos custos de transação, tem papel preponderante as instituições jurídicas. O direito contratual, inclusive empresarial, é um dos exemplos destacados de instituição jurídica delineada para redução dos custos de transação. Ao pré-estabelecer direitos e deveres de informação, de lealdade entre as partes, normas supletivas para reger os contratos, o direito contratual contribui para a diminuição de custos de informação, fiscalização do cumprimento do contrato e negociação das bases contratuais. Neste sentido, a análise econômica reconhece que o Direito como um todo, e em especial o direito contratual, desempenham um relevante papel de *azeitamento do fluxo econômico*, mediante a redução dos custos atrelados às transações no mercado.

Esta função não pode ser desconsiderada na hermenêutica contratual empresarial. O intérprete, ao definir o conteúdo e a aplicação da disciplina dos contratos empresariais, deve refletir sobre os efeitos de suas escolhas interpretativas em termos de aumento ou redução dos custos de transação. Os custos de transação, quando elevados, desestimulam o fluxo econômico, considerando que a racionalidade dos atores sociais os afasta de alternativas

⁵¹⁹ Explica Huáscar Fialho Pessali, com base nos ensinamentos de Williamson, que a falta de calculabilidade das ações no campo econômico e a existência de potencial comportamento oportunista são fatores que aumentam os custos de transação: "Com relação ao comportamento humano, Williamson destaca a racionalidade limitada e o potencial oportunismo das pessoas como fontes de custos de transação. A racionalidade limitada caracteriza tanto nosso intuito de calcular custos e benefícios de cada opção ou decisão, quanto nossa incapacidade de contemplar todas as conjecturas e possibilidades, ainda mais sob a exiguidade do tempo que caracteriza a maioria dos processos decisórios. Já o oportunismo, lido como autointeresse mal-intencionado, pode não ser característica permanente de todos nós, mas sua existência em alguns de nós em algum momento imprevisto a faz muito relevante. Algumas pessoas podem ser oportunistas em algum momento e aproveitar em benefício próprio as brechas inevitáveis das conjecturas e dos imprevistos presentes num acordo entre partes transacionantes. E por não ser fácil detectar *a priori* quem será ou não oportunista numa certa transação, todos ficamos sujeitos a incorrer em custos para tentar evitar que o oportunismo apareça. PASSALI, Huáscar Fialho. Custos de transação. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 79-88, p. 82

⁵²⁰ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações, in **Direito & Economia**: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Org. Décio Zylberstajn e Rachel Sztajn. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 3.

custosas. Assim, sempre que possível (do ponto de vista dos valores constitucionais), o intérprete deve pautar sua atividade optando pelas vias que contribuam para a redução dos custos de transação, sendo este um dos pontos fulcrais para o desenvolvimento econômico⁵²¹. Com esta reflexão sobre os efeitos do modo de organização e aplicação do direito contratual empresarial sobre os custos de transação, a análise econômica concentra-se sobre os efeitos reais da atividade interpretativa, permitindo verificar se a aplicação dos princípios e demais disposições de estrutura aberta nesta seara estão em consonância com o estado de coisas almejado pela disciplina jurídica dos contratos empresariais, dentre os quais a minimização dos custos de transação para otimizar as trocas no mercado.

5.2.6 Eficiência

O escopo de minimização dos custos de transação está diretamente ligada à busca de maior eficiência nas relações econômicas.

A eficiência é um dos objetivos principais da teoria econômica e consiste, genericamente, na alocação e disposição dos recursos escassos de tal forma que resulte em maximização de satisfação das necessidades. Uma série de modelos teóricos foram formulados para definição da eficiência econômica. Marcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior registram dois modelos de eficiência que são os mais tradicionalmente

⁵²¹ Não somente o intérprete/julgador deve se atentar para os efeitos de suas escolhas em termos de custos de transação. Também o legislador, ao formatar as normas legais de direito contratual empresarial devem se preocupar - quando possível e consentâneo aos demais valores do sistema - em adotar os modos de regulação que promovam menores custos de transação possíveis. Irineu Galeski Junior dá exemplo de atuação legislativa voltada à redução nos custos de transação. Segundo ele, a nova lei que previu a concessão liminar de desocupação do imóvel em 15 dias, em caso de inadimplemento em contrato de locação sem garantia, favoreceu a redução dos custos nas transações locatícia. Afirma Galeski Junior que, "até o advento dessa lei nova, a celebração contrato de locação era cercada de custos de transação iniciais, em outras palavras, o locador e o locatário precisavam realizar uma série de atividades e despender valores para a celebração de garantias e para a pesquisa de informações cadastrais, considerando que o ordenamento jurídico não garantia um meio eficiente e célere de rompimento do contrato de locação. Assim, após todos os procedimentos preparatórios, inadimplido o contrato, o locador precisava atravessar um longo processo de despejo, recebendo seus alugueres após um lapso não menor que dois anos, do locatário ou fiador. (...) Com a simples inclusão do mencionado inciso, revela-se mais interessante ao locador abrir mão das garantias, para com isso ganhar direito a uma desocupação célere e realização de nova locação em seguida. (...) Desse modo, troca o crédito, no final do processo, pela disponibilização do imóvel para nova locação. Essa alteração que, em um primeiro momento, poderia parecer mais vantajosa para os locadores, em verdade, traz benefício também para o mercado dos locatários, pois diminuirá os custos de transação iniciais, bem como o próprio valor dos alugueres, em razão da maior proteção dos locadores, que provocará uma maior dinâmica na oferta de imóveis" GALESKI JUNIOR, Irineu. *Economia dos contratos*. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 129-139, p. 137/138. Este exemplo demonstra que as escolhas políticas do legislador também podem ser auxiliadas pelo instrumental teórico da análise econômica, como no caso, em que valores como a função social da propriedade, a maior concretização do direito fundamental à moradia, dentre outros, foram otimizados por uma opção legislativa voltada à diminuição dos custos de transações nas relações contratuais locatícias.

apresentados na ciência econômica: o ótimo de Pareto e o de Kaldor-Hicks⁵²². Segundo o modelo de eficiência desenvolvido por Pareto, dado arranjo é eficiente quando não é possível melhorar a situação de uma das partes envolvidas sem piorar a situação de outra parte.⁵²³ No modelo de Kaldor-Hicks, um arranjo é considerado eficiente quando, mesmo piorando a situação de algum dos envolvidos, o prejuízo causado é menor do que o ganho coletivo, permitindo que as perdas possam ser compensadas pelos ganhos, resultando em maximização da riqueza social.

A crítica que geralmente se faz aos modelos de eficiência econômica é que está dissociado da noção de equidade⁵²⁴. Neste sentido, Rachel Sztajn explicita que a crítica que se formula em relação ao ótimo de Pareto, por exemplo, é que se mostra possível alocações consideradas eficientes com distribuições de recursos muito desiguais⁵²⁵. Da mesma forma, a partir da eficiência de Kaldor-Hicks seria possível, em tese, considerar eficientes arranjos que flagrantemente desrespeitem direitos das minorias, sob a justificativa de aumento da riqueza sob a perspectiva coletiva.

Entretanto, nem sempre o conceito de eficiência está afastado da equidade⁵²⁶. Pode-se entender a eficiência tal como propugnado por Galdino, ou seja, orientada por valores e vinculada às condicionantes sociais, políticas e econômicas⁵²⁷. Nesta medida, a busca de eficiência nas instituições jurídicas não significaria simplesmente tornar a eficiência econômica o escopo de todo o fenômeno jurídico. Na realidade, a eficiência seria buscada nos limites dos valores morais e éticos da sociedade, notadamente os consagrados na Constituição, buscando observá-los conforme as medidas que maximizem a satisfação de tais valores.

Desse modo, ao contrário do que sustentam alguns, não há incompatibilidade entre eficiência econômica e justiça. Não se questiona que os valores que se busca concretizar na esfera jurídica não são definidos pela teoria econômica. A Economia, por si só, é absolutamente incapaz de afirmar o critério para definição do justo. No entanto, uma vez preestabelecidos os valores visados pelo sistema jurídico, os quais estão elencados em sua maioria na Constituição, a teoria econômica consegue dizer quais meios jurídicos apresentam maior eficiência para atingir os fins propostos para o sistema. Consoante registra Ivo Gico Junior, na posição de juseconomista: "Não sabemos o que é justo, mas sabemos que a

⁵²² RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. Teoria Geral dos Contratos..., op. cit., p. 85/86.

⁵²³ DOMINGUES, Victor Hugo. op. cit., p. 40.

⁵²⁴ BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. op. cit., p. 31.

⁵²⁵ SZTAJN, Rachel. Law and Economics..., op. cit. 2005. p. 76.

⁵²⁶ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. Teoria Geral dos Contratos..., p. 85/86.

⁵²⁷ GALDINO, Flávio. op. cit., p. 261.

ineficiência é sempre injusta, por isso, não consigo vislumbrar qualquer conflito entre eficiência e justiça, muito pelo contrário, uma é condição de existência da outra”⁵²⁸. Significa dizer que os meios jurídicos para concretização dos valores constitucionais devem ser eficientes, sob pena de não se afinarem com os ditames da justiça, vez que não existe qualquer justificativa de ordem moral ou ética para que haja desperdícios⁵²⁹.

No campo do direito contratual empresarial, o auxílio da análise econômica na interpretação e aplicação de suas regras e mormente de seus princípios aponta para a necessidade de ponderação da eficiência das escolhas interpretativas, em relação às finalidades normativas neste campo. As vias interpretativas devem se pautar pela máxima eficiência na concretização de valores como o desenvolvimento econômico sustentável, equilíbrio contratual, livre iniciativa, valorização do trabalho, segurança jurídica, dentre outros.

Desse modo, ponderando aspectos como a racionalidade dos agentes, a estrutura de incentivos, o papel das instituições, a necessidade de minimização dos custos de transação, o combate às externalidades negativas⁵³⁰, a eficiência, dentre outros, a interpretação e aplicação do direito contratual empresarial passa a ter melhor noção sobre seus impactos na realidade do mercado, facilitando que o intérprete adote soluções que se mostrem satisfatórias, do ponto de vista da transformação da realidade dos contratos empresariais em um ambiente concreto cada vez mais consentâneo com os valores constitucionais incidentes nesta esfera. Este é o papel essencial que a análise econômica manifesta na disciplina dos contratos empresariais no contexto do pós-positivismo jurídico, evitando a prevalência de decisões interpretativas irretocáveis em termos de retórica e no jogo de palavras, mas concretamente inadequadas ou ineficientes para produzir os efeitos esperados no plano concreto⁵³¹.

⁵²⁸ GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica..., op. cit., p. 27.

⁵²⁹ Idem.

⁵³⁰ Ari Francisco de Araujo Jr e Claudio Djissey Shikida explicam o que são as externalidades positivas e negativas: “Quando uma ação individual gera, não apenas custos (benefícios) individuais, mas também custos (benefícios) para terceiros, dizem que existem *externalidades* negativas (positivas)” ARAUJO JR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. In **Direito e Economia no Brasil**. TIMM, Luciano Benetti (org.), São Paulo: Atlas, 2012, p. 34-73, p. 67.

⁵³¹ Neste sentido, assevera Mauricio Vaz Lobo Bittencourt: “Compreendemos que, ao promover uma verificação dos custos da decisão, em comparação aos benefícios que esta pode trazer não só às partes litigantes, mas também aos demais integrantes do corpo social, bem como ao utilizar, como critério de decisão, as consequências que esta trará ao meio social, sejam essas consequências jurídicas ou econômicas, o julgador consegue uma distribuição muito mais eficiente dos recursos em litígio. BITTENCOURT, Mauricio Vaz Lobo. op. cit., p. 35.

6 CONCLUSÃO

A última metade do século XX foi marcada por modificações profundas no modo de compreensão e estruturação do Direito nos Estados Nacionais. A superação de alguns dos postulados clássicos que caracterizavam o modelo positivista clássico, motivada pelo contexto social, político e cultural surgido a partir do momento pós-Segunda Guerra Mundial, trouxe uma nova concepção do Direito e novas bases para a organização das instituições jurídicas. A insuficiência do positivismo clássico para dar conta daquele momento histórico ensejou uma forma diferente de entender o Direito, de estruturar suas disposições normativas e de organizar a hierarquia entre as normas jurídicas. Da mescla de aspectos positivistas e jusnaturalistas, surgiu um novo paradigma: o chamado pós-positivismo jurídico, assimilado no ordenamento jurídico brasileiro com a promulgação da Constituição de 1988.

Conforme demonstrado na primeira seção, este novo paradigma caracterizou-se, basicamente: pela reinserção de valores (morais) no vértice dos ordenamentos estatais, incluindo-os nas Constituições na forma de princípios e direitos fundamentais (expressos e implícitos); pelo reconhecimento da centralidade e da força normativa das normas constitucionais, com efeito irradiante para todo o ordenamento jurídico (constitucionalização do Direito); pelo predomínio de enunciados normativos de estrutura aberta, com densa carga valorativa, mas sem definição exata de seu conteúdo e extensão; pela grande preocupação com o aspecto material do Direito, concentrando-se no objetivo de concretização dos valores constitucionais; pela vinculação dos poderes estatais (legislativo, executivo e judiciário) à busca de efetivação dos valores previstos na Constituição, impondo que sua atuação seja orientada de acordo com tal escopo; pelas escolhas políticas na eleição dos meios para concretização dos valores constitucionais, inclusive no âmbito da atividade de interpretação e aplicação do Direito promovida pelo Poder Judiciário; pela relevância da argumentação no processo decisório, especialmente na atuação dos poderes legislativo e judiciário; e pela possibilidade de não aplicação de regras imperativas para a solução de casos concretos, sob o argumento de se observar este ou aquele valor previsto constitucionalmente.

No contexto brasileiro, este novo paradigma, ao mesmo tempo em que solucionou problemas do modelo anterior (positivismo clássico), produziu reflexos negativos em termos de segurança jurídica. Com efeito, um ordenamento jurídico cujos comandos nucleares consubstanciam disposições abertas, enunciados indefinidos, com referência a valores com alto grau de abstração, e, além disso, baseado em exigência constitucional de concretização de valores, exige escolhas na eleição dos meios jurídicos destinados a tal desiderato, exigência

esta que dificulta a calculabilidade e confiabilidade sobre o direito aplicável. A construção interpretativa da norma sofre influência do intérprete, tanto no que diz respeito ao conteúdo, como na definição da preponderância entre as normas em tese incidentes (inclusive com possibilidade de sobreposição de normas-princípio sobre regras imperativas). Nesta medida, a possibilidade de antecipação do exato conteúdo e aplicação das normas jurídicas fica prejudicada, reduzindo os predicados que compõe a noção de segurança jurídica (calculabilidade e confiabilidade).

No que tange à disciplina dos contratos empresariais, o sistema pós-positivista vincula a atividade interpretativa/jurisdicional ao escopo de concretização dos valores constitucionais também nesta esfera e, com isso, tende a diminuir a certeza e a estabilidade das relações contratuais, admitindo até mesmo o afastamento de regras legais e contratuais sob argumento de preponderância de princípios como o do equilíbrio contratual, da função social do contrato, cláusula geral da boa-fé objetiva. A grande margem para a ideologia e voluntarismos na definição do conteúdo e extensão destas normas de estrutura aberta contribuem para uma redução na previsibilidade e calculabilidade do direito contratual empresarial.

Essa diminuição de segurança jurídica vai de encontro a um dos pilares que orientam o direito contratual empresarial desde o seu surgimento, que é justamente a necessidade de garantia de segurança e estabilidade às relações contratuais entre empresários no exercício de suas atividades econômicas. A segurança jurídica há muito tempo é apontada como fator essencial para garantia do bom fluxo das relações na economia de mercado, em especial nos negócios envolvendo empresários, considerando que a certeza e a previsibilidade nas transações torna desnecessário o dispêndio de recursos para contingenciamento de riscos e situações inesperadas na avença, facilitando as operações econômicas (segurança jurídica é fator de redução dos custos de transação). Os contratos, especialmente os empresariais, são pilares de estruturação da economia capitalista, pois instrumentalizam e possibilitam o exercício da livre iniciativa pelos agentes econômicos, tendo como principal função justamente promover a certeza e segurança necessárias às transações interempresariais.

Por esta razão, temendo um ambiente de insegurança jurídica na disciplina dos contratos empresariais, a doutrina comercialista tradicionalmente rejeita que eventual argumentação principiológica afaste a aplicação das regras estipuladas na legislação e das cláusulas contratuais estipuladas pelas partes. Esta resistência se refletiu inclusive no Projeto de Novo Código Comercial em trâmite (PL nº 1572/2011), no qual consta disposição vedando a aplicação de qualquer princípio, expresso ou implícito, para afastar disposições do Código Comercial ou da lei (art. 8º), em nítida tentativa de obstar surpresas decorrentes de eventual

sobreposição de normas-princípio (constitucionais ou infraconstitucionais) às regras de Direito Empresarial. Em virtude da especial relação entre as normas de direito empresarial e o desenvolvimento da atividade econômica no mercado capitalista, tradicionalmente defende-se que o direito contratual empresarial deve se aproximar do modelo contratual liberal-positivista, distanciando-se do acentuado dirigismo contratual característico dos contratos de consumo e civis no contexto do pós-positivismo jurídico

Entretanto, ainda que importante o zelo pela calculabilidade e confiabilidade nos contratos empresariais, não é possível rejeitar a normatividade dos dispositivos de estrutura aberta (função social do contrato, equilíbrio contratual, vedação ao abuso de direito, dentre outros) para garantir segurança jurídica em sua disciplina jurídica, tampouco negar a possibilidade de os princípios (constitucionais ou infraconstitucionais), em certos casos, prevalecerem sobre regras imperativas na esfera empresarial. Relevantes as razões que motivaram a promoção das normas-princípio, valores e cláusulas gerais à posição de elementos nucleares do ordenamento jurídico. Da mesma forma, a intervenção e o dirigismo contratual surgem como fatores fundamentais para garantir também o interesse coletivo na disciplina dos contratos (inclusive empresariais), o que dificilmente pode ser realizado se houver rigorosa observância da vontade manifestada pelas partes. Ademais, há que se considerar que o pós-positivismo é a realidade do sistema jurídico brasileiro atual, incidente sobre todos os ramos jurídicos, pois decorrente do neoconstitucionalismo inaugurado no Brasil pela Constituição de 1988, não podendo ser simplesmente desconsiderado no ramo empresarial.

Assim, não sendo factível o retorno às bases contratuais liberais (positivistas), um dos maiores desafios contemporâneos da disciplina dos contratos empresariais é garantir a segurança jurídica necessária ao bom funcionamento do mercado, em um contexto de ampla margem para construção interpretativa das normas contratuais empresariais baseada em pré-compreensões ideológicas dos intérpretes sobre enunciados com alto grau de abstração como os princípios do *equilíbrio contratual*, da *justiça contratual*, da *equidade*, da *função social*, dentre outros.

Para tal desiderato, considerando que o grande vetor do neoconstitucionalismo pós-positivista é a realização das *finalidades constitucionais* em cada uma das subdivisões do Direito, importante que a atividade interpretativa relacionada aos contratos empresariais observe limites de caráter consequencialista, no sentido de que a construção interpretativa do conteúdo das normas de estrutura aberta seja orientada pela necessidade de pertinência entre o caminho interpretativo escolhido e o estado de coisas (realidade fática) idealizado a partir da

ratio da disciplina contratual empresarial (consequencialismo jurídico). Trata-se de estabelecer, como limite à aplicação das normas contratuais empresariais de conteúdo aberto, o dever de prévio juízo de meios e fins para orientar as escolhas interpretativas.

Concentrando-se sobre a efetividade das instituições jurídicas, a aplicação do direito contratual empresarial deve ser orientada no sentido de conferir conteúdo e extensão às suas normas de tal forma que o encontro do resultado da interpretação com a realidade concreta produza estado de coisas condizente com os valores inerentes à disciplina dos contratos empresariais, independentemente da interpretação figurar como *politicamente correta* ou agradável à opinião pública.

Porém, não basta que este juízo de adequação consequencialista seja promovido com base na intuição ou na ideologia do intérprete. É preciso que a construção interpretativa, destinada à concretização de princípios como o do equilíbrio contratual, função social do contrato e boa-fé objetiva, esteja alicerçada em critérios relativamente seguros sobre a adequação entre a opção interpretativa e os fins almejados (realidade fática idealizada). No entanto, a teoria jurídica isoladamente não possui arcabouço teórico que lhe permita prospectar, com a necessária cientificidade, os efeitos concretos de suas decisões jurídico-políticas, condição sem a qual o jurista não consegue satisfatoriamente realizar a análise de pertinência entre as opções interpretativas (meios jurídicos) e o estado de coisas concreto extraído a partir dos valores incidentes.

Neste ponto é que reside o principal papel da análise econômica para o direito contratual empresarial. A teoria econômica fornece à disciplina dos contratos empresariais um instrumental analítico consistente sobre as escolhas dos agentes, instrumental este fundamental para antever os resultados reais das decisões interpretativas na esfera do direito contratual empresarial e, conseqüentemente, fundamental para avaliar a adequação entre meios jurídicos e fins normativos nesta esfera.

Utilizando conceitos como o da racionalidade limitada, custos de transação, eficiência, externalidades, o intérprete tem condições de levar em consideração, no momento de definir o conteúdo jurídico de determinado princípio aplicável aos contratos empresariais na solução de determinado caso concreto, quais os prováveis impactos reais de cada uma das interpretações possíveis no funcionamento do mercado ou no contexto das relações comerciais travadas entre empresários em determinado setor. Assim, antes de decidir, valendo-se do instrumental analítico da economia, o julgador/intérprete pode verificar, em tese, se uma interpretação ampliativa do princípio em questão provavelmente aumentaria ou não os custos daquela espécie de transação comercial, potencialmente tornando desinteressante aquela operação no

mercado (tendo em vista a racionalidade dos agentes e sua capacidade de reação a incentivos). Ao mesmo tempo, poderia o julgador/intérprete avaliar as externalidades da espécie contratual em questão, para verificar se, na perspectiva coletiva, a avença celebrada entre as partes traduziria externalidades positivas ou negativas. A partir destes prognósticos sobre os efeitos de cada opção interpretativa, seria possível escolher a que melhor se coadune finalisticamente (por seus efeitos concretos) com o sistema e valores do direito contratual empresarial.

No caso dos pedidos judiciais de revisão de contratos de compra e venda antecipada de soja, por exemplo, ao decidir sobre o conteúdo dos princípios da função social do contrato, boa-fé objetiva, equilíbrio contratual na situação analisada, bem como sobre a presença dos requisitos para aplicação da teoria da imprevisão, o intérprete/julgador, aplicando os pressupostos da análise econômica, tem capacidade de prospectar quais incentivos eventual decisão interpretativa em um ou em outro sentido provavelmente implicaria no setor de agronegócio, avaliando custos, externalidades, racionalidade e assim por diante. Desse modo, a análise econômica pode auxiliar o intérprete, orientando-o acerca das escolhas interpretativas e de aplicação dos princípios contratuais empresariais mais consentâneas com a promoção do quadro fático objetivado a partir dos valores incidentes nesta esfera (valores jurídicos).

Como visto, a concretização de princípios contratuais, na atual conjuntura pós-positivista, não raras vezes é realizada com base na intuição ou ideologia do intérprete/julgador, o que potencializa o risco de que os efeitos concretos (reais) não sejam os esperados. A ampla oscilação da intuição/ideologia também é fator de insegurança jurídica, pois torna difícil a possibilidade de antecipação das consequências jurídicas dos atos (consequências variam acompanhando a oscilação ideológica). Neste contexto, justificável que, na interpretação e aplicação de normas contratuais empresariais de estrutura aberta (princípios, cláusulas gerais, etc.), ao invés de confiar em convicções permeadas por ranços ideológicos, utilize-se um instrumental teórico-analítico mais robusto e com maior preocupação empírica, tal como o disponibilizado pela AED. Com isso, limita-se o universo de escolhas possíveis do intérprete/julgador e torna-se mais calculável o raciocínio a ser utilizado pelo intérprete no momento da aplicação de normas de conteúdo aberto do direito contratual empresarial, contribuindo para a diminuição da insegurança jurídica decorrente das múltiplas possibilidades de escolha interpretativa *a priori* existentes na aplicação de princípios, como o da função social do contrato, equilíbrio contratual, boa-fé objetiva, dentre outros.

Não há dúvida que a propagação de enunciados abertos, visando a efetivação de

determinados objetivos (valores), notadamente com a promulgação da Constituição de 1988 e o advento do Código Civil de 2002, conferiu à disciplina dos contratos empresariais uma flexibilidade diversa do sistema rígido de regras, que possibilita que o intérprete/julgador resolva situações cuja aplicação simplista das regras implicaria soluções jurídicas contrárias aos valores do sistema jurídico. Todavia, se não houver reflexão sobre seus efeitos reais, o manejo interpretativo desta estrutura normativa – que permite, inclusive, o afastamento de regras imperativas para prevalência de princípios – pode ensejar um ambiente de instabilidade no direito contratual empresarial, enclausurando-se na retórica e na argumentação abstrata, em detrimento do que realmente importa, que é o resultado efetivo da interpretação na realidade concreta.

Portanto, verificando a necessidade e utilidade de um ferramental analítico que confira amparo científico ao necessário juízo de adequação consequencialista entre as escolhas de interpretativas na esfera do direito contratual empresarial e as finalidades normativas da disciplina dos contratos empresariais (estado de coisas desejado a partir dos valores incidentes nesta esfera), relevante o auxílio da análise econômica, como elemento para compatibilizar a necessidade de maior segurança jurídica no campo contratual empresarial com as bases do pós-positivismo jurídico.

Note-se que a utilização da análise econômica como critério auxiliar na interpretação e aplicação do direito contratual empresarial não significa que as escolhas interpretativas nesta esfera sempre deverão seguir a opção mais adequada do ponto de vista da eficiência alocativa ou maximização da riqueza social (solução mais eficiente economicamente, redução de custos de transação,...). A análise econômica apenas ajudará a revelar os efeitos práticos de cada opção na realidade concreta, evidenciando os valores (jurídicos) que estão sendo concretamente privilegiados em cada opção, para que o intérprete/julgador, com base nesta análise, escolha a solução que entender mais adequada aos valores constitucionais (consequencialismo jurídico). A análise econômica, de acordo com este dimensionamento, age como instrumento de avaliação da adequação entre meios jurídicos e fins normativos na esfera do direito contratual empresarial, sendo que estes últimos são definidos pelo próprio ordenamento jurídico, e não pela economia. Por certo que algumas das diretrizes da disciplina dos contratos empresariais e da própria Constituição têm raízes econômicas, mas devem ser observadas pelo fato de terem sido juridicizadas, e não diretamente pelo fato de sua adequação ao ponto de vista econômico.

Assim, no direito contratual empresarial contemporâneo – assentado em bases pós-positivistas: enunciados abertos, abstratos, necessidade de concretização de valores

constitucionais – a análise econômica encontra seu adequado papel como instrumental analítico que deve ser aplicado na prospecção dos efeitos reais das decisões jurídico-políticas adotadas nesta esfera, tanto no tocante à atividade legislativa (decisões sobre a disciplina infraconstitucional dos contratos empresariais), como e, em especial, no que tange às decisões de interpretação e aplicação da disciplina contratual empresarial na solução de casos concretos, limitando as escolhas do legislador e do intérprete de acordo com um raciocínio consequencialista que vincule a construção de sentido das normas de estrutura aberta, contribuindo para a efetividade do Direito e para uma maior segurança jurídica na disciplina contratual empresarial.

REFERÊNCIAS

- AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. As Tragédias dos Comuns e dos Anticomuns. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 49-61.
- AKAISHI, Juliana Tiemi Mizumoto. Quebra Eficiente de Contratos Bilaterais e a Teoria dos Incentivos. **Economic Analysis of Law Review**, vol. 1, nº 2, p. 241-243, Jul-Dez, 2010.
- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade** - v.9 - n.29 - p 49-68 - jul/dez 2006.
- ALVIM, Arruda. A Função Social dos Contratos no Novo Código Civil, **Revista dos Tribunais** 815/11.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David de; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**, 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- ARAÚJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos – a abordagem econômica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. In: **Direito & Economia**, 2ª ed., TIMM, Luciano Benetti (org.), Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 97-174.
- ARAUJO JR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. In **Direito e Economia no Brasil**. TIMM, Luciano Benetti (org.), São Paulo: Atlas, 2012, p. 34-73.
- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.
- ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2000.
- ATIENZA, Manuel. **El derecho como argumentación**. Barcelona: Ariel, 2006.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito: introdução e teoria geral**, 13.ª Edição, Coimbra: Lisboa.
- ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica: Entre a permanência e a mudança no Direito Tributário**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3ª Ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- AZEVEDO, Fernando Costa. Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 69, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividades jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), *in* **20 anos da Constituição Cidadã**. Zulmar Fachin (coord.), São Paulo: Método, p. 101-148, 2008.

BARZEL, Yoram. **Economic analysis of property rights**. 2 ed., Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

BECK, Ulrich. **La sociedad de riesgo global**. Tradução de Jesús Alborés Rey. Madrid: Siglo XXI de España, 2002.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **Curso Avançado de Direito Comercial**, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 27-37.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

BOITEUX, Fernando Netto. **Contratos Mercantis**. São Paulo: Dialética, 2001.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 2009.

BRETAS, Adriano Sérgio Nunes. **Moderna Teoria do Direito**. Curitiba: Juruá, 2010.

BRITO, Rodrigo Toscano. **Equivalência Material dos Contratos: civis, empresariais e de consumo**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. 9ª ed., São Paulo: Atlas, 1997.

CARVALHO, Cristiano. Direito Tributário e Análise Econômica do Direito: uma introdução, *in* **Direito e Economia: 30 anos de Brasil**. Maria Lúcia L. M. Padua Lima (coord.), Tomo III, p. 27-52, São Paulo: Saraiva, 2012.

CAMEL, Bradson; PIRES, Marina Lemos. Estudo Comparativo e Análise Econômica do Direito Contratual Estadunidense e Brasileiro. **Economic Analysis of Law Review**, V. 2, nº 2, p. 321-340, Jul-Dez, 2011.

CHAUÍ, Marilena. O que é ideologia?, São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 8/9, 1998, disponível em <http://www.nhu.ufms.br/Bioetica/Textos/Livros/O%20QUE%20%C3%89%20IDEOLOGIA%20->

COASE, Ronald. **The Firm, the market and the Law**. Chicago: Chicago University Press.

1988.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, Vol. 1, São Paulo: Saraiva, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**, Vol. 3, São Paulo: Saraiva, 2012.

COLUCCI, Maria da Glória. **Fundamentos da Teoria Geral do Direito e do Processo**, 3ª ed., Curitiba: JM, 2003.

COMPARATO, Fabio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. **Revista de Direito Público** n. 80. São Paulo: Revista dos Tribunais. out.-dez., 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**, 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5ª ed. tradução Luis Marcos Sander; Francisco Araújo da Costa, Porto Alegre: Bookman. 2010.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. A propósito do Novo Código Civil Brasileiro. *In* **Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho**, 2003, São Paulo: LTr. José Affonso Dallegrave Neto e Luiz Eduardo Gunther (org.).

COUTINHO, Aldacy Rachid. Autonomia Privada na Perspectiva do Novo Código Civil, *in* **Impacto do Novo Código Civil no Direito do Trabalho**, José Affonso Dallegrave Neto e Luiz Eduardo Gunther (org.), São Paulo: LTr., 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 8ª ed., São Paulo: LTr, 2008.

DIMOULIS, Dimitri. Pressupostos, Características e Tendências do Controle de Constitucionalidade, *in* **20 anos da Constituição Cidadã**. Zulmar Fachin (coord.), São Paulo: Método, p. 29-39, 2008.

DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 39-47.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO Susanna. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico: As faces da Teoria do Direito em tempos de interpretação moral da Constituição**, 2ª ed. São Paulo: Landy, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. 1ª Ed. Tradução de Nelson Boeira São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. Internalidade e Externalidade no Debate sobre Constituição e Relações Privadas; um olhar a partir do revisitado Locke, *in* **20 anos da Constituição Cidadã**. Zulmar Fachin (coord.), São Paulo: Método, p. 159-178, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo Código Civil**

Brasileiro, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERNANDES, Wanderley. O Processo de Formação do Contrato, *in* **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. Walderley Fernandes (org.), 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

FERRANTE, Marcelo Paiva Gomes; YEUNG, Luciana Luk-Tai. Tendências de Decisões do TJSP sobre Quebras de Contratos Privados. **Economic Analysis of Law Review**, V. 3, nº 1, p. 148-169, Jan-Jun, 2012.

FORGIONI, Paula A. “Análise Econômica do Direito (AED): Paranóia ou mistificação?”. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, jul/set de 2005.

FORGIONI, Paula A. Interpretação dos Negócios Empresariais *in* **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. Walderley Fernandes (org.), 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**, 2ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRIEDMAN, David D. **Law's Order: what economics has to do with law**. Princeton: Princeton University Press, 2000.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos**: Direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

GALESKI JUNIOR, Irineu. Economia dos contratos. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 129-139.

GICO JUNIOR, Ivo T. Introdução ao Direito e Economia. *In*: **Direito e Economia no Brasil**. TIMM, Luciano Benetti (org.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 1-33.

GICO JUNIOR, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, V. 1, nº 1, p. 7-32, Jan-Jun, 2010.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizado por Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. **Novos Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

GONÇALVES, Oksandro. **A relativização da responsabilidade limitada dos sócios**. Belo Horizonte: Forum, 2011.

GUASTINI, Riccardo. La "constitucionalización" del ordenamento jurídico: el caso italiano, *in* **Neoconstitucionalismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**, 8ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**, 2ª

Ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **Estado, a Empresa e o Contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, *in* **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**, São Paulo: Saraiva, 20096.

IRTI, Natalino. Teoria generale del diritto e problema del mercato. **Rivista di Diritto Civile**, anno XLV, n. 1, gennaio-febbraio, 1998.

KOZICKI, Katya. A interpretação do direito e a possibilidade da justiça em Jacques Derrida, *in* **Crítica da Modernidade: diálogos com o Direito**. Ricardo Marcelo Fonseca (org.), 2005.

LAPORTA, Francisco J. **El imperio de la ley: una visión actual**. Madrid: Trotta, 2007.

LAUDA, Bruno Bolson. A Análise Econômica do Direito: uma dimensão da cremástica no Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, vol. 4, n. 1, março/2009.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral**, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito e Economia: os caminhos do debate, *in* **Direito e Economia: 30 anos de Brasil**, Tomo I, Maria Lúcia L. M. Pádua Lima (coord.), p. 231-260, São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais, *in* **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. Walderley Fernandes (org.), 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

LUPION, Ricardo. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. trad. Conrado Hubner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACEDO, Bernardo Gouthier. Economia e Direito: um diálogo entre iguais, *in* **Direito e Economia: 30 anos de Brasil**. Tomo I, Maria Lúcia L. M. Padua Lima (coord.), p. 213-229, São Paulo: Saraiva, 2012.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Direito à informação nos contratos relacionais de consumo. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 35, jul-set.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Posner e a Análise Econômica do Direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo, *in* **Direito e Economia: 30 anos de Brasil**, Tomo I, Maria Lúcia L. M. Pádua Lima (coord.), p. 262-281, São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO NETO, A. L. **Introdução à Ciência do Direito**, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1960.

MANTEGA, Guido. Depoimentos de Importantes Atores da Cena Brasileira nos Últimos Trinta Anos, *in* **Direito e Economia: 30 anos de Brasil**. Tomo I, LIMA, Maria Lúcia L. M.

Padua Lima (org.). São Paulo: Saraiva, 2012.

MARIANI, Irineu. **Contratos Empresariais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINS, Fernando R. **Princípio da Justiça Contratual**, 1ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**, 14ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

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

MELLO, Marco Aurélio. Depoimento do Ministro Marco Aurélio Mello, *in* **Direito e Economia: 30 anos de Brasil**, Tomo I, Maria Lúcia L. M. Pádua Lima (coord.), p. 143-148, São Paulo: Saraiva, 2012.

MÖLLER, Max. **Teoria Geral do Neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Aspectos Jurídicos no Brasil Contemporâneo. O Pós-Positivismo Chega ao Brasil. Inaugura-se o Constitucionalismo de Transição. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, nº. 6, junho/julho/agosto, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em 14 de setembro de 2012, às 13:21.

NALIN, Paulo. **Do contrato: conceito pós-moderno**. Curitiba: Juruá, 2002.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Introdução ao Pensamento Jurídico e à Teoria Geral do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NORTH, Douglas. **Economic Performance Through Time**. The American Economic Review, vol. 84, no. 3 (Jun., 1994), p. 359-368.

NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues. A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional. **Revista Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 527-561, jul./dez. 2011.

PASSALI, Huáscar Fialho. Custos de transação. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN,

Vinicius. **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 79-88.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. **La garantía en el Estado constitucional de derecho**. Madrid: Trotta, 1997.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHEIRO FILHO, Francisco Renato Codevila. Teoria da Agência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 97-109.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Cessão de contrato**. São Paulo: Saraiva, 1985.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 12ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

PIRES, Thiago Magalhães. Pós-Positivismo Sem Trauma: o possível e o indesejável no reencontro do Direito com a moral. **Revista de Direito do Estado** 17-18: 171-216, 2010.

POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. Nova York: Little Brown and Co., 1973.

POZZOLO, Susanna. Un Constitucionalismo Ambiguo, *in* **Neoconstitucionalismo**. Edición de Miguel Carbonell. Madrid: Trotta, 2003.

RELATÓRIO DOING BUSINESS 2012, disponível em: <http://portugues.doingbusiness.org/~media/FPDKM/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/Foreign/DB12-Portuguese.pdf>, acesso em 23/12/2012, às 14:05.

REZENDE, Christiane Leles; ZYLBERSTAJN, Decio. Quebras Contratuais e Dispersão de Sentenças. **Revista Direito GV**, São Paulo 7(1), p. 155-176, jan/jun 2011.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. Função Social do Contrato e da Empresa, uma perspectiva constitucional, *in* **20 anos da Constituição Cidadã**. Zulmar Fachin (coord.), São Paulo: Método, p. 191-2010, 2008.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro. Racionalidade Limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 63-69.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; AGOSTINHO, Eduardo Oliveira. Apontamentos sobre a hermenêutica do Direito Empresarial Constitucional a partir da Análise Econômica do Direito. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza – CE, p. 429-439, junho/2010.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia institucional e nova economia institucional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius. **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

RIBEIRO, Ricardo. Preferências, Custos da Decisão e Normas Jurídicas no Processo Decisório das Cortes: o modelo de múltiplos comportamentos **Economic Analysis of Law Review**, V. 2, nº 2, p. 264-296, Jul-Dez, 2011.

ROBBINS, Lionel. **An Essay on the Nature and Significance of Economic Science**. 2nd Ed. Rev. and Ext. London: Macmillan and Co., Limited., 1945, p. 16. Disponível no endereço www.mises.org/books/robbinsessay2.pdf.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner, *in* **Direito e Economia: 30 anos de Brasil**. Maria Lúcia L. M. Padua Lima (coord.), Tomo I, p. 283-323, São Paulo: Saraiva, 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A história do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner, *in* **Direito e Economia: 30 anos de Brasil**. Maria Lúcia L. M. Padua Lima (coord.), Tomo I, p. 283-323, São Paulo: Saraiva, 2012.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia?. *Cadernos Direito GV*, v. 5, p. 4-58, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função Social do Contrato: Primeiras Anotações. **Revista de Direito Mercantil**, n. 132, outubro/dezembro de 2003, p. 7-24.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editora Trotta, 2003.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**. 1ª ed., trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Joaquim Antônio Penalva. **Os contratos mercantis à luz do Código Civil**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SHAVELL, Steven. **Economic analysis of law**. New York: Foundation Press, 1994.

SICA, Ligia Paula Pires Pinto. Obrigações Empresariais no Novo Código Civil. **Revista Direito GV**, São Paulo 4(1) | P. 097-134 | JAN-JUN 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 28ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Direito Constitucional: sua situação no ordenamento jurídico**

nacional atual, *in* **20 anos da Constituição Cidadã**. Zulmar Fachin (coord.), São Paulo: Método, p. 67-78, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito**: os direitos fundamentais na relação entre particulares, 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista?. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 15 - n. 1, p. 158-173, jan-abr 2010 p. 160, disponível em www.univali.br/periodicos, acesso em 13/08/2012, às 19:58.

STRECK, Lênio Luiz. **O que é isto - decido conforme a minha consciência?** Vol. I, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics, *in* **Direito & Economia**: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Décio Zylberstajn e Rachel Sztajn (org.), p. 74-83, Rio de Janeiro: Elsevier. 2005.

SZTAJN, Rachel. Função social do contrato e direito e empresa. **Revista de Direito Mercantil**, v. 139. São Paulo: Malheiros, 2006.

TIMM, Luciano Benetti. As origens do contrato no novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e aos solidarismo contratual. **Revistas dos Tribunais**, vol. 884, p. 91-92.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. *In* **Direito e Economia** no Brasil. TIMM, Luciano Benetti (org.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 158-178.

TOKARS, Fábio Leandro. Assimetria Informacional. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (org.). **O que é análise econômica do direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 89-95.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos: o Código Civil de 2002 e a Crise do Contrato**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

VERDÙ, Pablo Lucas. **A Luta pelo Estado de Direito**, tradução de Agassiz Almeida Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WALD, Arnold. Depoimentos de Importantes Atores da Cena Brasileira nos Últimos Trinta Anos, *in* **Direito e Economia**: 30 anos de Brasil. Tomo I, Maria Lúcia L. M. Padua Lima (org.). São Paulo: Saraiva, 2012.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória**, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as "cláusulas gerais" do Código Civil de 2002 – A função social do contrato, **Revista dos Tribunais**, nº 831/11, p. 76, item 10.

WILLIAMSON, Oliver. Por que Direito, Economia e Organizações?. Tradução: Décio Zylberstajn *in* **Direito & Economia**: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Org.

Décio Zylberstajn e Rachel Sztajn. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

WILLIAMSON, Oliver. **The Mecanisms of Governance**. Oxford University Press, 1996.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações, *in* **Direito & Economia**: Análise Econômica do Direito e das Organizações. Org. Décio Zylberstajn e Rachel Sztajn. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.