RAFAEL FERREIRA FUMELLI MONTI

A INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA NA REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS:

Uma análise econômico-legal.

Dissertação de Mestrado

Orientadora: Professora Associada Doutora Rachel Sztajn

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo - SP

2018

RAFAEL FERREIRA FUMELLI MONTI

A INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA NA REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS.

Uma análise Econômico-legal.

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração Direito Comercial, sob a orientação da Professora Associada Doutora Rachel Sztajn.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2018

Não autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico.

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Monti, Rafael Ferreira Fumelli
A inobservância do princípio da autonomia privada na revisão judicial dos contratos: uma análise econômico-legal. / Rafael Ferreira Fumelli Monti ; orientadora Rachel Sztajn -- São Paulo, 2018.
185 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial) Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018.

1. Análise Econômica do Direito. 2. Autonomia Privada. 3. Boa-fé. 4.Revisão judicial. 5. Onerosidade excessiva. I. Sztajn, Rachel, orient. II. Título.

À meus queridos avós, José, Ednir, Ariel e Ivete, pela inspiração permanente.

AGRADECIMENTOS

É flagrante o anseio pela redação desse trecho da dissertação por ser, usualmente, deixado para o fim da jornada. Afinal de contas, somente após superar todos os percalços da pesquisa é que se sabe, ao certo, quem agradecer. Contudo, a leitura dessa mesma seção em outras obras nos faz perceber que alguns autores o fazem com aparente pressa. Esse não é o caso.

Embora seja recorrente afirmar que a conclusão de estudos desse porte é trabalho solitário, não há outra maneira de confirmar essa tese senão de forma empírica. Dito isso, afirmo: é, sim, solitário. Contudo arrisco-me a dizer que não há um acadêmico sequer que seja capaz de completar a tarefa sozinho.

Nesse sentido cabe, primeiramente, agradecer à Professora Rachel Sztajn por ter me aceitado como seu orientando, bem como pela paciência e atenção ao longo desses últimos anos. Agradeço, sobretudo, pela pertinência e precisão de seus comentários e por ter despertado interesses que levaram o enquandramento do tema no âmbito da Análise Econômica do Direito.

Como não poderia deixar de ser, presto homenagem aos bibliotecários da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo – FEAUSP pelo auxílio com a pesquisa bibliográfica, e da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP, nominalmente à Erinalva, Maria Lúcia e Maria dos Remédios, pelo esforço constante em ajudar que os mistérios da ABNT fossem superados, cabendo, adicionalmente, agradecer o apoio insitucional da Fundação Getúlio Vargas – FGV e do Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, que ao permitir acesso irrestrito a seus respectivos acervos contribuíram de forma substancial para elaboração dessa dissertação.

Deixo agradecimentos expressos também ao Professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa por ter acolhido nas Arcadas esse até então alienígena, que iniciou o curso participando na condição de aluno especial nas disciplinas ministradas em conjunto à Professora Rachel e ao Professor Marcos Paulo de Almeida Salles, esse último responsável, no primeiro seminário de um calouro tardio, por questionar as razões que me levaram usar determinada expressão e não outra, dando o tom do rigor acadêmico da Faculdade, pelo que sou grato até hoje.

Agradeço meus pais, Ariel e Ana, e meu irmão, Daniel, por terem compreendido, respeitado e incentivado essa empreitada, assim como meus avós, a quem nominalmente dediquei o resultado final. No que cabe um agradecimento especial às minhas avós, Ednir e Ivete, que, por obra do destino, infelizmente não puderam ver esse texto em sua versão derradeira.

Ao amigo de infância, Eduardo, pelas conversas amenas que ajudaram a desanuviar a mente e pelos conselhos, nunca seguidos, para melhor balancear lazer e estudos.

Ao pequeno Ozzy que, no exercício das funções de melhor amigo do Homem, foi companheiro inseparável nas (não poucas) vezes que a leitura do referencial bibliográfico invadiu as madrugadas.

À Maria Olímpia, Beatriz, Mariana e Franciele, por terem entendido e nunca questionado as diversas vezes que não pude estar presente.

Aos meus colegas de trabalho, Erika Patara e Nézio Boldo, que ao questionarem minha sanidade quase diariamente ajudaram-me a mantê-la, e à Maria Heloísa Betti Antiori, pelo auxílio nas questões da vida e importantíssimo papel que exerceu para que esse estudo fosse concluído.

Por fim, Gabriela, companheira de todas as horas e quem, sem sombra de dúvidas, mais foi afetada pela dedicação acadêmica exigida. Quem teve o convívio diário ceifado, experimentando ora ausência física, ora ausência de espiríto, ora as duas coisas. Quem, dentre todas as contradições possíveis, era, ao mesmo tempo, o maior incentivo para que a pesquisa chegasse ao fim e o melhor dos motivos para que ela fosse interrompida. Quem tratou de se preocupar com tudo para que pudesse me preocupar apenas com a dissertação. À ela deixo muito mais que agradecimentos: deixo meu carinho, meu respeito e minha admiração. À Gabriela deixo todo meu amor.

“Economy beat sentiment and benevolence”

Sir Edwin Chadwick

RESUMO

MONTI, Rafael Ferreira Fumelli. A inobservância do princípio da autonomia privada na revisão judicial dos contratos: uma análise econômico-legal. 2018. 185 páginas. Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

A presente dissertação tem como proposta analisar de forma crítica as hipóteses em que a revisão judicial dos contratos ocorre sem a devida observância ao princípio da autonomia privada, especialmente no que tange às relações contratuais entre partes empresárias. Para tanto, o arcabouço teórico finca suas bases na Análise Econômica do Direito, reconhecendo a importância das instituições e a relevância dos custos de transação nas escolhas dos agentes econômicos, estudando o fenômeno do contrato como instrumento para a regular e voluntária circulação de riqueza pautado pela busca da eficiência econômica. Considera-se, também, o contrato incompleto como reflexo da limitação cognitiva dos agentes econômicos que dá ensejo à integração contratual pautada em conceitos legais indeterminados e de difícil definição, resultando na proliferação de decisões judiciais baseadas em convicções pessoais do julgador. Outrossim, em atenção aos conceitos da revisão judicial, abordaremos as questões relativas às teorias revisionistas alemã, francesa e italiana, haja vista sua influência na elaboração do ordenamento jurídico pátrio, apontando a relevância dos usos e costumes na interpretação dos contratos empresariais e a necessidade de respeito aos preceitos da autonomia privada e da força obrigatória dos pactos (*pacta sunt servanda*). Por fim, dedicaremos espaço à verificação das limitações que devem ser impostas à revisão judicial dos contratos entre partes empresarias, a às bases da teoria da quebra eficiente.

Palavras-chave: análise econômica do direito. autonomia privada. pacta sunt servanda. boa-fé objetiva. função econômica e social. usos e costumes. onerosidade excessiva. revisão judicial.

ABSTRACT

MONTI, Rafael Ferreira Fumelli. Non-observance of the private autonomy principle in judicial revision of contracts: a legal-economic analysis. 2018. 185 pages, Master of Law. University of São Paulo Law School, São Paulo, 2018.

The purpose of this dissertation is to critically analyze the hypotheses in which judicial revision of contracts occurs without due respect for private autonomy principle, especially regarding contractual relations between business parties. To this end, the theoretical framework bases its foundations on the Economic Analysis of Law, recognizing the importance of institutions and the relevance of transaction costs in the choices of economic agents, studying the contract phenomenon as a tool for the regular and voluntary circulation of wealth ruled by the search for economic efficiency. The incomplete contract is also considered as a reflection of the cognitive limitation of the economic agents that gives rise to contractual integration based legal concepts tha are indeterminate and difficult to define, resulting in the proliferation of judicial decisions based on personal convictions of the judge. Also, in the light of the concepts of judicial revision, we will deal with issues related to german, french and italian revisionist theories, given their influence in the elaboration of the national legal order, pointing out the relevance of trade usages in the interpretation of business contracts and the need to respect for the precepts of private autonomy and the binding force of the pacts (*pacta sunt servanda*). Finally, we will devote space to the verification of the limitations that must be imposed on the judicial revision of contracts between business parties, and to the bases of the theory of efficient breach.

Key words: economic analysis of law. private autonomy. pacta sunt servanda. good faith. economic and social function. trade usages. excessive burden. judicial revision.

Nome: MONTI, Rafael Ferreira Fumelli

Título: A inobservância do princípio da autonomia privada na revisão judicial dos contratos: uma análise econômico-legal.

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Comercial.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

Prof.Dr._____Instituição:_____

Julgamento:_____Assinatura:_____

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO 19

2. DIREITO, ECONOMIA E CONTRATOS. 23

2.1. Considerações sobre a análise Econômica do Direito. 23

2.2. Economia dos Custos de Transação. 39

2.3. A análise econômica no contexto do Direito Contratual. 45

2.3.1. O contrato como meio para voluntária circulação de bens ou riquezas. 51

2.4. Eficiência e utilidade. 57

2.4.1. A noção de utilidade e sua mensuração. 60

2.4.2. Eficiência segundo critérios de Pareto e Kaldor-Hicks. 63

2.5. Os contratos incompletos. 64

2.5.1. Assimetria de Informação, racionalidade limitada e oportunismo. 68

2.5.2. Incompletude jurídica e incompletude econômica. 77

3. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS. 80

3.1. Autonomia privada e pacta sunt servanda. 83

3.2. Os Usos e costumes no Direito. 88

3.2.1. Os Costumes e o Direito Comercial. 90

3.2.2. A valoração dos usos e costumes como fonte do Direito. 95

3.3. Boa-fé objetiva e função social. 96

4. FUNDAMENTOS DA REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS. 108

4.1. As origens da cláusula rebus sic stantibus. 108

4.2. As teorias revisionistas do direito estrangeiro. 112

4.2.1. Teoria da Imprevisão: a resposta Francesa. 113

4.2.2. A Teoria da pressuposição e base do negócio: a resposta alemã. 116

4.2.3. Onerosidade excessiva e pressuposição: a resposta italiana. 125

4.3. A recepção da teoria pelo Direito Brasileiro. 130

4.4. O modelo jurídico da revisão. 132

5. LIMITES DA REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS 135

5.1. A revisão dos contratos interempresariais 135

5.2. O problema dos conceitos legais indeterminados 143

5.3. A imposição do dever de renegociar 150

5.4. Revisão no âmbito da dependência econômica entre partes empresárias 155

5.5. Quebra eficiente dos contratos. 159
5.5.1. Os casos relativos aos contratos de soja verde.....162
5.5.2. O Generation Scaling Factor no mercado de energia elétrica.....164
6. CONCLUSÃO 171
7. REFERÊNCIAS 174

1. INTRODUÇÃO

> *"Contracts help us to be cooperative and trusting when we may otherwise be disobliging and distrusting."*[1]

A afirmação acima foi extraída do "*background summary*" apresentado pelo comitê responsável pela entrega do Prêmio do Banco da Suécia para as Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel para o ano de 2016, por ocasião da atribuição da honraria aos estudos de Oliver Hart e Bengt Holmström e suas respectivas contribuições à Teoria dos Contratos. Por sua vez, no ano de 2017 a mesma láurea coube à Richard Thaler, por seus estudos a respeito da economia comportamental e como fatores psicológicos influenciam as pessoas na tomada de decisões

Nesse ponto, ainda que o presente estudo não tenha como propósito específico discutir os estudos de Hart, Holmström ou Thaler sua correlação com o tema proposto evidencia a atualidade e relevância da discussão que se propõe, considerando uma sociedade pautada pela liberdade, que permite aos seus indivíduos a busca independente por seus interesses.

Ademais, levando em conta que hodiernamente as interações sociais ocorrem de forma cada vez mais imediata e especializada, conclui-se que o atingimento desses anseios individuais exige, em quase a totalidade dos casos, a interação ativa entre diversos agentes, mesmo se consideradas as necessidades mais básicas, sendo típico da natureza humana traçar objetivos e almejar resultados em um ambiente de trocas que exclui o altruísmo propriamente dito. Aquele que presta serviços ou entrega bens necessários, o faz o faz para atingir seus próprios objetivos.

Entretanto, diante da impossibilidade jurídico-moral de sobreposição dos interesses individuais distintos, torna-se evidente a necessidade de interações sociais tendo por meio trocas voluntárias, coordenadas e pautadas pelo exercício da autonomia privada com vistas à obtenção de vantagens que não seriam atingíveis se as pessoas agissem isoladamente. Conforme ensina BETTI (1994), *"[l]'iniziativa individuale è il congegno motore di ogni consapevole regolamento d'interessi privati"*. [2]

---

[1] ELLINGSEN, Tore, PERSSON, Torsten; PERSSON, Mats. *Contract Theory*. The prize in economic sciences 2016, popular science background. The Royal Swedish Academy of Sciences, 2016. p.1

[2] BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico.* Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994. p. 40.

Dessa forma, objetivando a análise das relações complexas em ambiente econômico flagrantemente dinâmico, buscaremos o arcabouço teórico Análise Econômica do Direito, fincando base nos precursores estudos de COASE, passando pelo rompimento dos pressupostos da Economia Neoclássica para a consagração da importância das instituições e a relevância dos custos de transação nas escolhas contratuais dos agentes econômicos.

Ademais, sob tal ponto de vista doutrinário, mais do que discutir princípios, o presente trabalho buscará estudar o contrato e as relações contratuais como instrumentos para a regular e voluntária circulação de bens e riquezas, e terá com pano de fundo a busca pela eficiência econômica das relações com fundamento nos princípios e preceitos jurídico-institucionais.

De igual sorte, salienta-se a figura do contrato incompleto como instrumento de meio à formalização da relação jurídica que não traz em seu corpo as premissas e pormenores econômicos que balizaram a negociação, efetivação, validação e conclusão do negócio jurídico, tampouco apresentam todos os remédios aplicáveis a possíveis eventos supervenientes que resultem na alteração das circunstâncias que *ab initio* deram início ao vínculo contratual, ponderando como essa incompletude, aliada à larga utilização de normas principiológicas, tem dado margem à proliferação de decisões judiciais pautadas, ainda que involuntariamente, na imposição de convicções pessoais dos magistrados, resultando a busca jurisdicional por equivalência em manutenção, ampliação ou inversão das desigualdades que se pretende combater.

Por sua vez, abordaremos como as questões pertinentes à assimetria de informações tendem a reduzir a eficiência dos contratos, sujeitando as próprias partes aos efeitos negativos dessa situação, frente às limitações impostas ao Magistrado que busca a solução de uma eventual lide baseando-se na leitura de argumentos naturalmente enviesados, quando deveria atuar tal como o estado da natureza.

Vale destacar, entretanto, que apesar da vasta bibliografia relacionada a autores com formação em ciências econômicas, as premissas do estudo não se confundem com a intenção de adentrar nos pormenores subjetivos decorrentes da razão individual que leva alguém a contratar, posto que irrelevantes ao tema.

O que se busca é a identificação e o reconhecimento da necessidade de manutenção da realidade econômica particular das relações comerciais,[3] como instrumento de

---

[3] FRANCO, Vera Helena de Mello. Os contratos empresariais e seu tratamento após o advento do Código Civil de 2002 *in* Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, vol. 151/152. Malheiros Editores, jan./dez. 2009. p. 43

consolidação da segurança jurídica necessária ao desenvolvimento econômico eficiente, em que não se utilize bens escassos que levem à má alocação.

O contratante permeia a inserção dos requisitos formais de validação da contratação com as bases econômicas da relação que está surgindo, se renovando ou se encerrando. É ao se debruçar sobre os aspectos econômicos que as partes identificam suas necessidades jurídicas, na medida em que o contrato visto como instrumento da circulação de bens ou de riquezas[4] tende a existir somente se a contratação for capaz de proporcionar ganhos de eficiência, em maior ou menor grau, para ambas as partes.

Vista a abrangência do assunto e sua evidente correlação com as questões que permeiam a tomada de decisões entre partes contratantes, bem como os reflexos que uma decisão judicial pode gerar, o presente tema envolverá princípios ligados ao estudo da Economia, no ponto em que estes venham a produzir efeitos na esfera do Direito ou dele sejam base.

Isto posto, serão apresentadas ao longo do texto ponderações acerca da revisão judicial dos contratos, notadamente no que se relaciona ao instituto da onerosidade excessiva, tendo-se em mente que a eventual concretização desta intervenção pode ser considerada inoportuna na medida em que não leva em consideração as bases que permearam a celebração do contrato ou os usos e costumes pertinentes ao ambiente econômico em que se situa.

Para tanto, optou-se por dividir o presente estudo em três partes fundamentais: Na primeira abordaremos os aspectos relativos à interdisciplinaridade entre direito e economia, solidificando os conceitos que serão utilizados ao longo do texto, concebendo o contrato como instrumento para circulação de riquezas, apresentando as noções de eficiência e utilidade, bem como as questões envolvendo os contratos incompletos.

Na segunda parte, composta por dois capítulos, analisaremos os temas correlatos às regras de interpretação dos contratos celebrados entre partes empresárias e os fundamentos para sua revisão judicial, adentrando, nesse ponto, nas teorias consagradas pelo direito estrangeiro, notadamente o alemão, o francês e o italiano, escolhidos em função da influência que exerceram na elaboração do ordenamento jurídico pátrio.

Na terceira e última parte entraremos, enfim, na razão de ser do presente estudo, qual seja a identificação dos parâmetros que devem ser observados para revisão judicial dos

---

[4] Enzo Roppo identifica que o contrato é o instrumento básico técnico-jurídico da circulação de bens ou de riquezas. (ROPPO, Enzo. *Contratos*. Coimbra, Livraria Almedina 2009, p. 7-15)

contratos interempresariais, pontuando os parâmetros que deveriam ser obedecidos em eventual pedido de revisão contratual, caminhando pelos problemas relacionados aos conceitos legais indeterminados que lhe dão suporte, bem como apresentando as questões relativas às cláusulas de imposição de um dever para renegociação e aos contratos celebrados entre partes economicamente desiguais, trazendo também ao conhecimento do leitor a teoria da quebra eficiente dos contatos e casos práticos que a ela podem ser relacionados.

Sendo o que havia para adiantarmos, passo seguinte é a leitura do estudo propriamente dito.

2. DIREITO, ECONOMIA E CONTRATOS

2.1. Considerações sobre a análise Econômica do Direito

Conforme podemos notar do título atribuído ao presente dissertação, a temática que ditará o tom dos estudos a serem apresentados a seguir é aquela decorrente da interdisciplinaridade entre Direito e Economia, também conhecida como Análise Econômica do Direito (AED) que, ao reunir dois grandes campos de estudo acaba por facilitar maior compreensão de ambos.[5]

Contudo, com relação ao Direito Brasileiro, muito embora essa vertente de estudo tenha crescido bastante na última década, sobre seus textos ainda permanece um *quê* de novidade. São poucos os operadores do direito que se dedicam a transpor seus meandros, o que resulta, por enquanto, em baixos índices de aplicação consciente dos seus conceitos às tomadas de decisão contratuais e utilização incipiente nos tribunais pátrios.

O movimento do *Law and Economics* encontrou (e ainda encontra) algum tipo de resistência da doutrina jurídica brasileira, versada na tradição da *civil Law.* Isto porque, na visão dos juristas que a criticam, a aplicação de conceitos econômicos na prolação de sentenças, elaboração de leis, contratos ou políticas públicas acabaria por colocar o Direito em posição de subordinação frente à Economia.

Nesse sentido, ROSA (2015) tece fortes críticas a respeito da Análise Econômica do Direito ao considerar que o movimento metodológico surgido na Universidade de Chicago afirma erroneamente que o objeto da ciência jurídica possui estruturas similares ao objeto da ciência econômica, razão pela qual seria viável seu estudo sob o ponto de vista da teoria econômica, transformando o Direito em mero *"instrumento econômico diante da mundialização do neoliberalismo"*[6].

Ademais, Rosa vai além, apontando que num aspecto macro a escola de *Law and Economics* guarda três características, quais sejam: *"(i) o agigantamento do campo econômico sobre o jurídico, (ii) manipulação do critério de Justiça por eficiência e (iii) o*

---

[5] COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia.* 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p.33

[6] ROSA, Alexandre Morais da. *O giro econômico da hermenêutica do Surpemo Tribunal Federal já chegou.* Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-07/diario-classe-giro-economico-hermeneutica-supremo-chegou> Acesso em: 08 ago. 2017

desprezo pelos Direitos sociais e pelo Estado democrático de Direito em nome da flexibilização"[7].

Mantendo o tom crítico, FORGIONI (2012) afirma que a racionalidade jurídica não se identifica com a racionalidade econômica, vez que o comportamento racional econômico preza pela maximização dos resultados, situação em que *"cada agente persegue exclusiva e egoisticamente a satisfação de seu interesse"* [8], considerando ainda que, sob essa égide, dentre as possíveis escolhas racionais do agente econômico, mentir, enganar ou trapacear seriam opções plausíveis desde que capazes de contribuir para um melhor resultado.

Por outro lado, continua a autora, enquanto a racionalidade econômica permitiria a prática de atos de má-fé se a relação entre o custo da conduta e o benefício dela decorrente fosse vantajosa, a racionalidade jurídica deve necessariamente ser pautada pela boa-fé, posto que não se admite no Direito a adoção de condutas *contra legem* ou violadora de princípios[9]. Assim, o pressuposto de que partem os antagonistas da Análise Econômica do Direito é que a economia permitira ignorar a ética nas relações sociais, o que é equivocado.

A posição de Forgini se coaduna com a lição de HIRSCH (1988), que apesar de ser um entusiasta da Análise Econômica do Direito ressalta alguns aspectos em que Direito e Economia podem não se encontrar, ponderando que, dentre outras diferenças, a referência que o Direito tem do homem médio diverge daquela do homem racional, conforme estudado na Economia.[10]

Por sua vez, SZTAJN (2005), no reconhecimento da aplicabilidade dessa interdisciplinaridade no ordenamento jurídico pátrio, ressalta que tal relutância de alguns juristas em aceitar o sucesso dos diálogos entre estes dois ramos do conhecimento recai sobre o argumento de existirem diferenças metodológicas insuperáveis, notadamente nos países de tradição jurídica romano-germânico-canônica, onde predominam *"a dogmática, a discussão e classificação das fontes do Direito de maneira sistemática, expostas de maneira*

---

[7] ROSA, Alexandre Morais da. *O giro econômico da hermenêutica do Surpemo Tribunal Federal já chegou.* Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-07/diario-classe-giro-economico-hermeneutica-supremo-chegou> Acesso em: 08 ago. 2017

[8] FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro*: da mercancia ao mercado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.21

[9] Ibid., 2012. p.22-23

[10] HIRSCH, Werner Zvi. *Law and Economics:* an introdutory analysis. 2.ed. Boston: Academic Press, 1988. p.10

sistemática para desenhar um conjunto coerente, que não segue a metodologia adotada pelos economistas baseada na análise de esquemas empíricos"[11].

Destaca-se que tal resistência doutrinária acabou por originar um descompasso, sendo flagrante que a aceitação da Análise Econômica do Direito, bem como a quantidade de trabalhos e autores dedicados a seu aperfeiçoamento, é muito maior nos países da *common Law*.

Nesse sentido, também salientam COOTER e ULEN (2008), esse descompasso de anos entre o surgimento da teoria e sua internacionalização decorre do entendimento inicial de que essa interdisciplinaridade seria de interesse específico dos países que adotam a tradição consuetudinária[12].

TIMM (2017) pondera, ainda, que o distanciamento entre a evolução da teoria em seu berço[13] e seu reconhecimento em países da América Latina se dá em razão da existência de um "predador ideológico", que condiciona o pensamento jurídico dessa gama de países a ser pouco pragmático e preocupar-se com a proteção do mais fraco. Nas palavras de TIMM *"não nos livramos do efeito do 'perfeito idiota latino-americano', socialista e protetor dos fracos e oprimidos"*[14].

Por sua vez, SALAMA e PARGENDLER (2015) elencam nove possíveis razões para explicar os motivos pelos quais a Análise Econômica do Direito encontra resistência nos países de tradição da *civil Law*, quais sejam:

> "a alegada singularidade da ideologia americana, atitudes divergentes em relação a ciência e prática jurídicas no mundo civil, a falta de habilidades matemática e econômica entre os estudantes dos países de *civil Law*, as barreiras linguísticas e a inércia, o poder comparativamente maior dos tribunais americanos, os diferentes incentivos dados aos professores de Direito, o grau de protecionismo dos profissionais do Direito, má-interpretação sobre o método comparativo, outras diferenças culturais e até mesmo a dominação marxista das faculdades econômicas"[15].

---

[11] SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. (Org.). *Direito & economia*: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p.75

[12] COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia.* 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.p.7

[13] A Análise Econômica do Direito teve origem nos Estados Unidos da América, país adepto da tradição da *common Law*.

[14] TIMM, Luciano Benetti. Em entrevista para: COURA, Kalleo. Análise Econômica do Direito chega aos tribunais do país. Jota, 2017. Disponível em: https://jota.info/especiais/analise-economica-do-direito-chega-aos-tribunais-do-pais-01072017 Acesso em: 08 ago. 2017

[15] PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. *Law and Economics in the civil law world:* the case of the Brazilian courts. Paper n. 117. Research Papers Series - Legal Studies. São Paulo: Fundação Getúlio

Muito embora as críticas sejam válidas, POSNER (2011) reconhece que boa parte dessa resistência se deve ao fato dos juristas, geralmente avessos a números e operações algébricas, pensarem a Economia como o estudo matemático de questões como inflação, desemprego, ciclos econômicos e outros fenômenos macroeconômicos distantes do sistema Legal.[16]

Salienta-se que, em caráter amplo, a Economia presta atenção ao problema da escassez, ou seja, ao reconhecimento de que os recursos disponíveis para a satisfação dos interesses da humanidade, sem quaisquer restrições temporais e quantitativas, são limitados. Na lição de NUSDEO (2008):

> "[...] em qualquer sociedade estabelecem-se relações e instituições destinadas a lhe permitir enfrentar o problema da escassez, vale dizer, a criar um padrão decisório coerente a ser utilizado quando recursos escassos devam ser destinados a um fim qualquer. A atividade econômica é, pois, aquela aplicada na escolha de recursos para o atendimento das necessidades humanas. Em uma palavra: é a administração da escassez. E a Economia, o estudo cientifico dessa atividade, vale dizer, do comportamento humano e das relações e fenômenos dele decorrentes, que se estabelecem em sociedade permanentemente confrontada com a escassez."

E, ao abordar a relação entre direito e economia, NUSDEO continua:

> [...] a economia existe porque os recursos são sempre escassos frente à multiplicidade das necessidades humanas. Daí fazer sentido a origem etimológica da palavra, proveniente da expressão grega *oikos+nomos*, onde ***oikos* ou *oikia*, no sentido mais amplo, quer dizer casa e *nomos* norma ou normatização**[...]
> [...] a etimologia: *oikos* + *nomos* põe em realce um dado essencial da realidade econômica, nem sempre devidamente lembrado ou trabalhado. É o da íntima relação entre Direito e Economia.
> [...] os fatos econômicos são o que são e se apresentam de uma dada maneira em função direta de como se dá a organização ou normatização – nomos – a presidir a atividade desenvolvida na *oikos* ou num dado espaço físico ao qual ela possa se assimilar. E o *nomos* nada mais vem a ser do que normas ou regras, estas objeto da ciência do Direito.

Vargas, 2015. Disponível em: < https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13790/RPS%20117.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 09 ago. 2017

[16] POSNER, Richard Allen. *Economic Analysis of Law*. 8.ed. New York: Aspen Publishers, 2011. p.3

Ademais, por óbvio tem-se que o problema da escassez se aplica tanto nas interações sociais de caráter macro quanto naquelas de caráter micro[17], sendo as últimas o objeto do presente estudo.

Na mesma esteira, SCHÄFER e OTT (2004) ensinam que o problema central que a Economia busca resolver cinge-se em como a sociedade pode utilizar recursos escassos de modo a atingir o maior grau possível de satisfação. Se tal grau de satisfação for atingido a economia pode ser considerada eficiente, em contrário tem-se o desperdício de recursos.[18]

Fato é que Direito e Economia *"se integram para formar um único campo de estudo"*[19] e, de igual forma, a *"economia condiciona o direito, mas o direito condiciona e economia"*[20], sendo imperioso reconhecer que as ferramentas disponibilizadas por cada uma das disciplinas, se utilizadas de forma precisa, tendem a otimizar a compreensão das relações jurídico-econômicas[21]. Não cabendo ao jurista demonizar de modo generalizado a importância destas ferramentas.

A Análise Ecômica do Direito pode ser resumida na aplicação dessa perspectiva de eficiência às regras do Direito[22], ressaltando que não se restringe a determinada área do Direito. Na medida em que o Direito, seja Público ou Privado, funciona como instrumento para alocação de direitos e/ou recursos e voluntária circulação de riquezas, a Economia pode fornecer instrumentos voltados à maximização, equilíbrio e eficiência das relações.

Por ora, salienta-se que o presente estudo manterá seu foco na Análise Econômica do Direito no âmbito do Direito Contratual, assim procura-se delimitar o ferramental teórico que embasará as discussões travadas adiante, evitando-se que o presente trabalho fique demasiado extenso ou, ainda, pouco objetivo. Contudo, tal corte metodológico não nos liberta da necessidade de pontuar as bases que culminaram no surgimento da teoria, passo

---

[17] Por caráter macro e micro das interações sociais e a escassez de recursos pretende-se Macro: bem-estar social; Micro: contratos/alocação eficiente de custos

[18] SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. The Economic Analysis of Civil Law. Tradução de Matthew Braham. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p.3

[19] NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 p.19

[20] GRAU, Eros Roberto. O Direito posto e o Direito pressuposto. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p.41

[21] Pondera-se que sob o ponto de vista da análise econômica do direito, mais do que discutir princípios, o presente trabalho buscará estudar o contrato e as relações contratuais como instrumentos para a regular e voluntária circulação de riqueza, e terá como pano de fundo a busca pela eficiência econômica das relações, nelas incluídas, além das eminentemente privadas, as existentes entre as partes litigantes e o judiciário.

[22] Ibid. 2004, p.3.

indispensável ao bom aproveitamento da leitura como um todo e que, de certa forma, prepara o leitor, se assim desejar, ao desbravamento de outros ramos do Direito sob a ótica da Análise Econômica.

Isto posto, tem-se que essa vertente teórica, da forma como é hoje estudada, teve início nos desbravadores trabalhos de Ronald Coase e Guido Calabresi, responsáveis por apontar novos aspectos para o tratamento da relação entre Direito e Economia[23], posteriormente aprofundados por, entre outros, Richard Posner e Oliver Williamson, que serão diversas vezes abordados ao longo do presente texto em razão da relevância de suas respectivas contribuições.

Em *"The Nature of Firm"* COASE (1937) entendeu por bem desenvolver seu raciocínio rompendo a visão de empresa vinculada à produção de bens ou serviços, passando a entendê-la como um nexo de contratos cuja razão de ser decorre do interesse/necessidade de reduzir os custos de transação, assim identificados os custos necessários para a negociação, execução e fiscalização de um contrato, incorridos nas operações realizadas em mercados.[24] [25]

Neste ponto, cumpre-nos esclarecer que o conceito de transação na Economia diverge daquele abordado pelo Direito. Para este último, transação é espécie de negócio jurídico por meio do qual os sujeitos de uma obrigação, com o intuito de prevenir ou terminar litígio, optam por extingui-la mediante concessões mútuas, na forma como regulada pelo artigo 840 e seguintes do Código Civil.[26]

Por outro lado, enquanto no Direito transação é transigir, para os economistas transação é sinônimo de negócio ou operação econômica. Conforme assevera SZTAJN (2004) *"transação, no jargão dos economistas, é qualquer operação econômica ajustada*

---

[23] SZTAJN, Rachel. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. (Org.). Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 1.

[24]COASE, Ronald Harry. The nature of the firm. Economica, v. 4, 1937. Disponível em: < https://www.colorado.edu/ibs/es/alston/econ4504/readings/The%20Nature%20of%20the%20Firm%20by%20Coase.pdf> Acessado em 13 ago 2017. p. 390

[25] O conceito e definição econômica dos custos de transação serão abordados de forma mais abrangente em tópico específico, sem que isso prejudique a leitura dessa parte inicial do estudo, posto que, para o momento, a definição sintética aqui apresentada se mostra suficiente para compreensão dos conceitos que a gravitam.

[26] *Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.*

entre agentes econômicos"[27]. Assim, a visão dos economistas sobre o conceito de transação é bem mais ampla do que aquela verificada pelo Direito, razão pela qual o presente trabalho irá referir-se ao termo com a abrangência dos economistas, cuidando-se de expressamente indicar eventuais situações onde o mesmo fizer referência a situações de composição voluntária entre partes divergentes.

Por sua vez, voltando a abordar o trabalho de Coase, tem-se que tal mudança de paradigma pode ser simplificada da seguinte forma: a análise apresentada no supracitado artigo comparou (i) a eficiência entre a solução clássica horizontalizada[28] isto é, o mercado *versus* (ii) a opção pela coordenação vertical da produção através da utilização de uma estrutura hierárquica que se encarrega de organizar internamente os fatores de produção.[29]

Ao colocar a questão sob tal perspectiva, Coase buscou elucidar o porquê do surgimento de empresas, ponderando que acessar o mercado para manutenção de uma estrutura de produção implicaria em custos de transação que, não raramente, inviabilizariam a disponibilização do produto final de forma continuada. Notadamente a tese de "coordenação vertical" dos meios de produção reflete de maneira mais precisa o mundo real, afastando de forma irreversível a *blackboard economics*[30].

Além disso, o autor foi extraordinariamente bem-sucedido em superar a teoria econômica neoclássica no que tange aos conceitos de racionalidade absoluta, perfeita, ilimitada, em que os agentes são dotados de conhecimento pleno sobre as informações disponíveis, e seu interesse resumido em dar atenção aos custos de produção, e pavimentar o caminho para o reconhecimento da relevância dos custos de transação.

De acordo com ZYLBERSZTAJN (2010), esses apontamentos fizeram com que as empresas deixassem de ser vistas como um estereótipo da função de produção e passassem

---

[27] SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 99, p. 286, jan. 2004. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67626>. Acesso em: 02 out. 2017

[28] A teoria econômica tradicional sugeria à época que os mercados eram eficientes e, em mercados eficientes, aqueles com capacidade de produzir determinado bem ou serviço pelo menor custo possível já o estariam fazendo, de maneira que seria sempre mais vantajoso adquirir esses produtos ou serviços direto do mercado, ao invés de partir para sua produção/execução.

[29] ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Lisboa, Almedina, 2007. p 197-198

[30] Para Coase a *blackboard economics* é a Economia restrita às salas de aula por limitar as nuances da aplicação dos conceitos em um cenário econômico real. Na *blackboard economics* assume-se que toda informação necessária está disponível e o professor representa todas as partes envolvidas. É ele quem fixa os preços, determina os impostos e distribui subsídios para a promoção do bem estar comum. Cf. Coase The Firm, the Market and the law, p.19

a ser vistas como *"um conjunto de contratos entre agentes especializados, cujo gerenciamento tem um custo"*, e continua:

> "Ao afirmar que firma e mercado são alternativas para a realização das transações, Coase mais do que abrir o caminho para a compreensão da organização interna das firmas e dos mercados, permitiu uma melhor compreensão das relações contratuais, formais e informais, entre as firmas, que bem caracterizam a economia moderna"[31]

Nesse sentido, CATEB e GALLO (2010) ensinam que após tal percepção as ciências econômicas passaram a estudar *"a atividade produtiva não somente sob o aspecto do preço, mas considerando a alocação de recursos conforme as leis e os mecanismos de sua aplicação presentes na realidade dos agentes econômicos"*[32].

Neste ponto, ressalta-se que as discussões envolvendo o estudo conjunto dessas disciplinas ganhou corpo com o surgimento da Nova Economia Institucional (NEI). Os novos institucionalistas vislumbram nas forças de mercado as condições primárias do desenvolvimento econômico, atrelando a fluidez de seu funcionamento à existência de regras bem estabelecidas, atribuindo importância ao papel das instituições e promovendo uma revisão em seus pressupostos fundamentais, tais quais a racionalidade dos agentes em realizar suas decisões e a perfeição dos mercados.

A corrente Neoinstitucionalista do pensamento econômico contemporâneo concentra-se na percepção das relações entre Estado e Sociedade pautadas sob o critério de alocação eficiente dos recursos.

Para COASE (1960), um dos alicerces dessa corrente, a abordagem do problema relativo ao custo social determina reconhecer que a responsabilidade pela solução da situação em que o agente A de alguma forma prejudica o agente B nem sempre recai sobre A, contrariando o modelo tradicionalmente aplicado, que tem por objeto impor ao indivíduo causador do dano sanção suficientemente adequada para cessá-lo. O custo social se refere às externalidades negativas resultantes de exercício de atividades socialmente desejáveis.

---

[31] ZYLBERTSZTAJN, Decio. *Organização ética:* um ensaio sobre comportamento e estrutura das organizações. Revista de Administração Contemporânea. Ago 2002, vol.6, no.2, p.9. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rac/v6n2/v6n2a08.pdf> Acesso em 18 out. 2017

[32] CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto Albeny. *Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos*. Artigo apresentado na XI Conferência Anual da Associação Latino-Americana e do Caribe de Direito e Economia 2007, p.2. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/1bw6c8s9> Acesso em: 11 nov. 2017. p. 1.

Em *The Problem of Social Cost*, COASE sugere que a solução mais adequada é aquela que tende a reparar ou cessar o dano de forma economicamente eficiente, independentemente de quem seja o responsável por causa-lo sempre que as partes puderem, entre si negociar, chegando às melhores soluções para elas.

Empresta-se, por oportuno, o exemplo utilizado por COASE para ilustrar referida situação: um indivíduo sentiu-se lesado em razão da construção de uma parede pelo seu vizinho tendo em vista que referida parede passou a bloquear o duto de escape da chaminé de sua lareira, fazendo com que a fumaça produzida, impedida por tal obstáculo de se dispersar externamente, se concentrasse no interior de sua residência. Não resta dúvida de que o problema com a fumaça somente surgiu após o erguimento da parede na casa vizinha, contudo, a parede por si só é incapaz de produzir fumaça, podendo-se afirmar que a causa do dano também recai no fato de o homem acender a lareira.[33]

A situação narrada acima foi levada à apreciação de um Tribunal[34], não tendo sido acolhido o pedido do vizinho incomodado pela fumaça em razão do entendimento de que, ao utilizar a lareira, o requerente era o único responsável pela produção da fumaça. De acordo com Coase, tal entendimento, porém, só faz sentido se observado exclusivamente do ponto de vista daquele que construiu a parede. Desconsiderando-se discutir uma possível modificação subsequente da situação (através de um acordo entre as partes), ambos são igualmente responsáveis, já que o problema da fumaça poderia ser resolvido eliminando tanto a parede quanto o fogo da lareira.

Essa seria a razão pela qual o direito deveria ser pautado no reconhecimento de que ambos são responsáveis. Essa visão ampla permitiria o estabelecimento de uma regra capaz de impor às partes o ônus de resolução do conflito, conduzindo-as para busca de uma solução eficiente.[35]

CALABRESI (1972), ressalta que a solução de uma lide tal qual a acima descrita deve passar por dois passos: no primeiro há se de definir o direito. Ao causador do dano é garantido o direito de exercer a atividade que vem a gera-lo ou à vítima deve ser garantido o direito de se ver livre do dano? Passo seguinte é a tomada de decisão a respeito da forma de garantia desse direito. Por exemplo, tanto à vítima pode ser garantido o direito de adotar

---

[33] COASE, Ronald Harry. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*. V.3. Chicago: The University of Chicago Press. Outubro 1960. Disponível em: <http://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf> Acesso em 07 ago de 2017. p. 11

[34] Ibid., 1960. p. 11-13

[35] Ibid., 1960. p.13

uma medida judicial para cessar a causa do dano, quanto ao causador do dano pode ser garantida a adoção de medida suficiente a perpetuá-lo. Em ambos os casos é o Direito que determina os critérios de imputação de responsabilidade de cada parte e as induz a buscar uma solução alternativa eficiente.

A solução eficiente é aquela cuja adoção reduz ao máximo os custos de transação sendo que a constatação de sua existência na composição da solução abre espaço para que a solução do conflito ocorra à margem da lei[36] [37].

Percebe-se, portanto, mudança relevante na visão tradicional de solução dos problemas sociais, posto que a Teoria apresentada por Coase reconhece que o conflito pode ser solucionado através da mudança de comportamento daquele que sofreu o dano. A mudança de paradigma sugere o reconhecimento da negociação privada na solução de controvérsias *interpartes*, que antes restringia-se ao entendimento da necessidade de regulação estatal.

A opinião expressa ressalta que a necessidade das partes em socorrer-se do Estado na busca de uma solução para determinado conflito só se justifica em situações onde os custos de transação sejam tão elevados que inviabilizem a solução direta entre elas e, por assim ser, impedem que estas encontrem uma solução eficiente negociando diretamente entre si.

Coase ponderou, ainda, que nas ocasiões onde há colidência de direitos de propriedade, e desde que não haja custos de transação, a negociação entre as partes envolvidas levará a uma alocação eficiente desses direitos, independentemente de como estavam inicialmente distribuídos. Em outras palavras, o chamado Teorema de Coase afirma que quando os custos de transação são nulos, uma solução eficiente pode e será obtida por meio da negociação entre as partes, dispensando a existência de normas jurídicas pois as intituições sociais atendem aos melhores interesses da comunidade.

Ressalte-se que tais ponderações, ao integrarem conceitos econômicos com os preceitos da Teoria do Direito renderam à Coase o Prêmio Nobel de Economia em 1991,

---

[36] POLINSKY, Alan Mitchell. *An introduction to law and economics*. 2 ed. New York: Aspen, 1989, p.15

[37] Ressalta-se que ao utilizarmos a expressão “à margem da lei” não há insinuação para que as partes busquem solucionar suas questões de forma ilegal ou, ainda, mediante uso de violência. Tendo em vista que na metodologia sugerida por Calabresi uma das partes têm seu direito garantido, à parte prejudicada (seja pela proibição de causar o dano, seja pela obrigação de suportá-lo) não caberia socorrer-se ao judiciário por não lhe assistir remédio institucional suficientemente apto a atender seus anseios. Por margem da lei queremos dizer a solução pautada por um incentivo puramente econômico. Negociando de forma eficiente num ambiente sem custos de transação, as partes podem alcançar determinado acordo capaz de estimular o cessar do dano ou que este seja tolerado por quem o sofre.

sendo certo que os artigos mencionados representam a pedra fundamental da Economia dos Custos de Transação e da Análise Econômica do Direito.

Por sua vez, cumpre destacar que a Guido Calabresi coube o trabalho de transpor a aplicabilidade das bases econômicas das percepções de Coase para o cenário da responsabilidade civil.

Em *"Some Thoughts on Risk Dstribution and the Law of Torts"* CALABRESI (1961) endereçou a questão que, até então, era o ponto focal do estudo da responsabilidade civil: reconhecer se o critério central de sua imputação deveria basear-se na culpa individual ou em uma ampla distribuição de riscos e perdas.

Conforme ponderou o autor, a expressão *"risk distribution"* pouco dizia, uma vez que o conceito era demasiadamente ambíguo, podendo referir-se (i) a maneira com que a responsabilidade por danos acidentais afeta a alocação de recursos escassos, (ii) a forma com que as perdas deveriam ser compartilhadas pela sociedade, ou (iii) a realização da distribuição normativa de resultados desejáveis.

Identificado esse ponto, CALABRESI passou a aplicar sistematicamente elementos da análise econômica para demonstrar como estes diferentes conceitos de distribuição de risco afetavam a elaboração de normas relativas à responsabilidade civil, uma abordagem até então inédita que transformou seu artigo em uma das bases da Análise Econômica do Direito.

Dois dos conceitos apresentados na pesquisa em questão, quais sejam a alocação de recursos escassos e o compartilhamento de riscos pela sociedade, foram combinados dando origem à análise econômica da responsabilidade civil tal como vista nos dias de hoje. Sob a ótica apresentada por CALABRESI, as regras pertinentes à responsabilidade civil deveriam incentivar agentes causadores de dano a adotarem condutas capazes de minimizar os custos sociais impostos à sociedade em razão da ocorrência de acidentes e, ato seguinte, se passasse à distribuição do risco residual com o objetivo de reduzir o custo dos seguros.

Aqui, a título de curiosidade, pondera-se que o artigo em questão foi escrito em 1955, antes do trabalho de COASE, e somente publicado em 1961, após o *"The Problem of Social Cost"*. Por essa razão curiosamente não se encontra no texto de CALABRESI nenhuma referência a COASE e vice-versa. Calabresi sofreu críticas adicionais, uma vez que

a doutrina à época não reconheceu a natureza jurídica do seu estudo, classificando a discussão apresentada como sendo meramente econômica[38].

Ademais, com o advento da Teoria, a análise das relações econômicas sob um contexto que reconhece a importância dos custos de transação passou a considerar o Direito como um instrumento relevante na determinação de resultados, visto que uma de suas funções seria a de otimizar as relações através da mitigação desses custos.

Ressalte-se que tanto COASE quando CALABRESI realizaram seus trabalhos sob a ótica da *common Law*, cabendo à TRIMARCHI (1961) identificar esse viés econômico e a aplicabilidade de seus conceitos ao direito continental europeu.[39]

Entretanto, ainda que o trabalho de TRIMARCHI tenha tido sucesso em demonstrar que a aplicação de conceitos econômicos não se limitava aos países de tradição consuetudinária, podendo ser também utilizada com sucesso na *civil Law*, conforme exposto anteriormente, e muito embora tenha havido grande evolução no estudo dessa interdisciplinaridade[40] ainda hoje existe certa resistência por parte dos juristas formados na tradição da *civil Law*.

Conceitua-se a disciplina como um conjunto teórico que busca aplicar a Economia às normas políticas e jurídicas. Conforme asseverou POSNER (1975), a análise conjunta das disciplinas decorre do interesse *"in using the theories and characteristic empirical methods of economics to increase our understanding"*[41]. Para MERCURO e MEDEMA (1999), trata-se da *"aplicação da teoria econômica (principalmente microeconomia e conceitos básicos da economia do bem-estar) para examinar a formação, estrutura, processos e impacto econômico da legislação e dos institutos legais"*.[42]

SHAVELL (2004) ressalta que a análise econômica possui três características, quais sejam a utilização de métodos (estatísticos e empíricos), o reconhecimento da racionalidade dos agentes e a possibilidade de mensurar o bem-estar social, pontuando que

---

[38] CALABRESI, Guido. *Commentary on Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*. The Yale Law Journal. Vol.100: 1449. Janeiro 1991. p.2

[39] TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e Responsabilita Oggetiva*. Milano, A. Giuffre, 1961.

[40] No cenário jurídico brasileiro destacam-se os trabalhos de Armando Castelar Pinheiro, Jairo Saddi, Decio Zylbersztajn, Rachel Sztajn, Ivo Teixeira Gico Junior, Luciano Benetti Timm, Bruno Meyrhof Salama, Mariana Pargendler, entre outros.

[41] POSNER, Richard Allen. The Economic Approach to Law. Chicago Unbound. University of Chicago Law School, 1975. p.1

[42] MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law*: from Posner to post-modernism. Princeton: Princeton University Press, 1999. p. 3.

historicamente a abordagem econômica foi originalmente realizada por BECCARIA (1767) e BENTHAM (1789), cada qual em sua área de interesse, tendo permanecido dormente até 1960.[43]

Por sua vez, SALAMA (2008), destaca que a disciplina se divide em uma dimensão positiva e outra normativa. Enquanto à primeira caberia a análise das repercussões do Direito sobre o mundo real dos fatos, a segunda *"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"*. [44]

Tendo em vista que o foco desse estudo será direcionado para a aplicação da teoria no âmbito do Direito Contratual e, via de consequência, na revisão judicial dos contratos, daremos mais atenção ao reconhecimento da aplicabilidade de conceitos microeconômicos às relações contratuais, mais conectadas com o que foi acima identificado como Direito e Economia Positivo.

COOTER (1981) observa que as inovações propostas pela análise positiva da disciplina fundamentam-se na percepção de que os conceitos de maximização, equilíbrio e eficiência são essenciais para analisar o Direito, pontuando que a depender da forma como esses conceitos são aplicados chega-se a vieses distintos de análise.[45]

SALAMA reconhece a observação de COOTER, classificando as distintas formas de análise em *"versões"*, destacando e batizando três delas, quais sejam: (i) versão reducionista – que sugere a redução do Direito frente à Economia; (ii) versão explicativa – na qual *"a Economia seria capaz de prover uma teoria explicativa da estrutura das normas jurídicas"* e os sistemas jurídicos poderiam ser entendidos como resultantes das decisões maximizadoras; e (iii) versão preditiva – que reconhece a possibilidade da Economia ser aproveitada para previsão dos possíveis efeitos da aplicação das regras jurídicas.

O autor continua a análise reafirmando que, das três versões destacadas, a reducionista é tão pouco proveitosa que chega ao ponto de ser considerada ridícula. Por seu turno, a vertente explicativa seria um pouco mais promissora, contudo falha ao deixar de

---

[43] SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, Mass: Bellknap, 2004. p.4

[44] SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? In Cadernos Direito GV, Estudo 22. v.5 n.2 estudo 22, mar 2008. p.9.

[45] COOTER, Robert D. *Law and the Imperialism of Economics*: an introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books. Berkley Law Scholarship Repository 1981 p. 1265

lado fatores culturais e históricos que de certa forma acabam impactando o raciocínio maximizador[46] [47], com o que concordamos.

Por fim, a versão preditiva, em sua busca por identificar os efeitos das regras jurídicas para a conduta dos indivíduos, acaba permitindo ao jurista pré-avaliar a adequação da medida que se impôs ou que se pretende impor. Conforme SALAMA (2008):

> "A disciplina de Direito e Economia retira as consequências do fenômeno jurídico da periferia, trazendo-as para o centro do debate. Busca-se modelar o comportamento humano de modo que seja possível ao profissional do Direito entender os prováveis efeitos que advirão como consequências das diferentes posturas legais."[48]

Assim, Direito e Economia Positivo permite ampliar a visão do operador do Direito através da aplicação de modelos e ferramentas antes exclusivas das análises econômicas, dentre elas a Teoria dos Custos de Transação, Teoria do Agente, Teoria da Escolha Pública e da Teoria dos Jogos.[49]

Sendo a vertente positiva caminho a ser trilhado, a possibilidade de *"ampliar a visão do jurista"*, tal como afirmada no parágrafo anterior poderá ser aferida nos próximos capítulos, quando adentrarmos na análise da relevância prática da Análise Econômica do Direito Contratual. Por enquanto, ressaltamos que a análise conjunta das disciplinas exige do Jurista o conhecimento de alguns conceitos de Economia, assim como exige do Economista noção dos princípios norteadores do Direito.

Isto posto, levando em consideração o interesse em nivelar o conhecimento necessário para a compreensão do presente estudo, sem limitar a abordagem a determinada audiência de juristas ou economistas, indispensável trazer ao texto tópicos pertinentes aos elementos da Economia que possuem relação com tema a ser discutido, sem pretensões de esgotar o assunto ou tampouco desviar o enfoque jurídico do presente trabalho.

---

[46] COOTER, Robert D. *Law and the Imperialism of Economics*: an introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books. Berkley Law Scholarship Repository 1981. p. 1266

[47] Ainda que se considere o raciocínio maximizador como sendo corolário da tomada de decisões econômicas, reconhecemos a existência de decisões ineficientes. Isso porque o indivíduo por vezes não tem acesso à totalidade das informações necessárias à tomada de decisão, ou não é capaz de lidar com a quantidade de informações que lhe são apresentadas ou porque o tempo disponibilizado para tomar a decisão não é suficiente para que tais informações sejam processadas. Sobre essa constatação, recomenda-se a leitura dos textos de Herbert Simon, sobretudo aqueles relacionados aos conceitos Racionalidade Limitada.

[48] SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? In *Cadernos Direito GV*, Estudo 22. v.5 n.2 estudo 22, mar 2008. p.14.

[49] Ibid., 2008. p.15.

Sendo assim, importa destacarmos os cinco conceitos centrais a serem apresentados: escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência.

O conceito de escassez, em termos econômicos, surge do reconhecimento da hipótese de que as necessidades humanas são infinitas, enquanto os bens necessários para atende-las são finitos. Na definição de SANDRONI (2008):

> "De acordo com as teorias econômicas neoclássicas, o homem pode produzir o suficiente de qualquer bem econômico para satisfazer completamente determinada necessidade, mas jamais poderia produzir o suficiente de todos os bens para atender simultaneamente todas as necessidades."[50]

Ademais, de acordo com a definição acima o objeto da ciência econômica decorre da necessidade de gerir essa escassez entre a demanda ilimitada e oferta limitada ou, conforme ROBBINS (1935), Economia *"é a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos para os quais há meios alternativos."*[51]

Por sua vez, a maximização racional parte do pressuposto que os indivíduos tendem a realizar escolhas vislumbrando o atendimento de seus interesses pessoais. Considera-se também a premissa de que o reconhecimento de um resultado ótimo deve passar também pelo processo de redução dos custos para obtenção desse resultado. O comportamento maximizador, portanto, não se resume simplesmente na criação bem-sucedida de um determinado bem ou valor desejado, mas também que a obtenção desse bem ou valor tenha sido possível no menor custo possível, sendo certo que essa conduta abrange ações dos mais variados tipos e nos mais variados cenários.[52]

Ressalva-se, aqui, que a noção de maximização racional busca a formulação de hipóteses e teorias destinadas a tornar mais simples a compreensão e ampliar a previsibilidade da conduta humana. Contudo, esse conceito, quando trazido ao âmbito da Análise Econômica do Direito, não se propõe a tratar o indivíduo como um ser econômico cujo comportamento decorre de uma racionalidade natural inerente e rasa, que desconsidera

---

[50] SANDRONI, Paulo. *Dicionário de economia do século XXI*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 211.

[51] ROBBINS, Lionel, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science.* The Concise Encyclopedia of Economics. Disponível em <http://www.econlib.org/LIBRARY/Enc/bios/Robbins.html> Acesso em 15 ago 2017. p.16.

[52] Destacamos aqui a não limitação do conceito ao consumo ou produção de bens, posto que a tomada de decisões sob a ótica da maximização pode influenciar processos judiciais (pagar o débito, fazer um acordo ou prosseguir com o litígio para "diluir" seu custo ao longo do tempo?), elaboração de contratos ou até mesmo condutas sociais.

o ambiente em que o indivíduo se encontra e exclui a importância de valores éticos e culturais na tomada de decisões. A proposta de maximização na Análise Economica do Direito aproxima-se da noção de racionalidade limitada em razão da assimetria de informações ou da limitação da capacidade do indivíduo de reconhecer e processar as informações disponibilizadas de forma ótima, o que será abordado de forma mais detalhada adiante.

Para a Economia, equilíbrio se resume a uma *"condição hipotética do mercado na qual a oferta é igual à procura e expressa a estabilidade do sistema de forças que atuam na circulação e troca de mercadorias e títulos"*[53]. Para SALAMA (2008), considera-se o equilíbrio como sendo *"o padrão comportamental interativo que se atinge quando todos os atores estão maximizando seus próprios interesses simultaneamente"*.[54]

Por sua vez, incentivos consistem em elementos externos que tendem a gerar estímulo suficiente para que um indivíduo ou grupo de indivíduos adotem ou deixem de adotar determinada conduta como, demais disso, explica Norberto Bobbio ao tratar da função promocional do Direito[55]. Na esteira da maximização racional, em que se procura maximizar os benefícios e minimizar os custos, o incentivo serve como ferramenta capaz de dirigir a razão humana. Vislumbre-se, por exemplo, a existência de incentivos de natureza fiscal onde o governo concede subsídio na forma de renúncia de parte de sua receita com impostos, em troca de investimentos em determinadas operações ou atividades que se pretende estimular.

Por fim, faremos referência à lição trazida por POLINSKY (1989) que ao apresentar o conceito de eficiência ensina tratar-se da relação entre os benefícios e os custos agregados a determinada situação econômica[56]. Simplificando ainda mais, continua o autor, eficiência refere-se ao tamanho da torta a ser dividida e os economistas tradicionalmente se concentram na tentativa de aumentar essa torta. Sob referida ótica, considera-se que determinado

---

[53] SANDRONI, Paulo. Dicionário de economia do século XXI. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008. p.299/300

[54] SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? In *Cadernos Direito GV*, Estudo 22. v.5 n.2 estudo 22, mar 2008. p.20.

[55] Bobbio fez uma leitura transdisciplinar do Direito (contrapondo-se a obra de Kelsen) para expressá-lo inserido na Sociologia, trazendo à tona a finalidade e a função do Direito não só como instrumento de manutenção e propagação de sistemas sociais, mas também como institucionalizador jurídico de atividades econômicas. Para Bobbio, é preciso que haja a adequação da teoria geral do direito frente as transformações sociais contemporâneas e ao crescimento do Estado Social, para que seja realizada a descrição exata dos termos de passagem de um Estado "garantista" para um estado, e a consequente conversão do direito de um instrumento de controle para um mecanismo de direção social. (BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Baccaccia Versani. Barueri-SP: Editora Manole, 2007) Prefácio, pp. XI-XII

[56] POLINSKY, Alan Mitchell. *An introduction to law and economics*. 2 ed. New York: Aspen, 1989, p.7

processo produtivo é eficiente se não for possível maximizar os ganhos sem aumentar os custos.

Ademais, ressalta-se por oportuno que na forma acima apresentada tem-se um panorama simplificado, que não se confunde com a abordagem técnica presente na categorização de uma relação econômica eficiente baseada nos critérios de Pareto[57] ou Kaldor-Hicks[58] em face da realocação (circulação) de bens.

Isto posto, verifica-se que a Análise Econômica do Direito é permeada tanto pela utilização de conceitos econômicos quanto por princípios de Direito, sem que essa relação resulte em mistura confusa e desordenada ou na subjugação de uma ciência social pela outra. Procura-se através dessa combinação identificar o comportamento econômico dos indivíduos na forma como inseridos em determinado contexto jurídico-político macro, ou relação contratual micro.

Por fim, aos mais incautos destaca-se ainda que o estudo conjunto das disciplinas não irá resultar em uma espécie de emplasto Brás Cubas, uma fórmula matemática ou uma receita de bolo[59], capaz de resolver todos os casos independentemente de seu contexto fático. Ao Jurista ou Economista que se debruçar sobre o tema com esse propósito estará correndo o risco de morrer de ideia fixa, tal qual o personagem do romance Machadiano.

Uma vez concluídas as ponderações sobre o objeto da disciplina, passaremos a nos dedicar ao panorama em que iremos situar a análise das relações contratuais sob a ótica da AED, como passo inicial a obtenção das respostas às perguntas que esse estudo propõe.

2.2. Economia dos Custos de Transação

---

[57] Uma situação econômica é considerada como sendo Pareto Eficiente (ou Pareto Ótima) quando não há perspectiva de melhorar a situação de algum dos agentes sem prejudicar a situação de outro.

[58] Pelo critério de Kaldor-Hicks, que busca superar a restrição incipiente ao Ótimo de Pareto, a situação econômica é eficiente se a melhora no resultado de um indivíduo, ou grupo de indivíduos, é suficiente para compensar a piora da situação dos demais, ainda que os indivíduos em melhor posição não venham a compartilhar esse ganho.

[59] CALABRESI, Guido. Thoughts on the Future of Economics. *Journal of Legal Education*. v. 33, 1983, p. 363 *apud* SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? In *Cadernos Direito GV*, Estudo 22. v.5 n.2 estudo 22, mar 2008. p.5

Embora a expressão *custos de transação* já tenha sido citada algumas vezes nos tópicos anteriores, optamos por abordá-la de forma mais específica somente agora, sem que tal opção se traduza em prejuízo na compreensão dos conceitos até então apresentados.

Contudo, para retomarmos o assunto de forma detida, mais uma vez há necessidade de nos apoiarmos na obra seminal de COASE, tomando o devido cuidado para o que o texto não se torne repetitivo.

Muito embora COASE tenha se dedicado a diversos outros assuntos após ter apresentado suas ideias em *The Nature of the firm*, em nenhum de seus trabalhos posteriores ele tratou de se aventurar novamente pelos meandros intrínsecos dos custos de transação. Talvez pelo fato dos economistas à época estarem interessados em outros assuntos ou pela própria natureza disruptiva do artigo ter contribuído para que fosse deixado de lado pela pesquisa econômica. O tema foi retomado de forma mais específica apenas em 1960, quando do surgimento do hoje denominado Teorema de Coase[60].

A abordagem inicial da Teoria dos Custos de Transação repousa na constatação de que os custos de produção não são os únicos a impactar os resultados das empresas, havendo também os custos incorridos para negociar, redigir e garantir o cumprimento de um contrato, ou, conforme simplificou o próprio autor, *"the cost of using the price mechanism"*.[61]

Conforme dito alhures, no artigo de 1937 COASE expressa sua insatisfação com a teoria tradicional aplicada ao sistema econômico, que vinculava sua autorregulação ao mecanismo de preços, sem dar a devida atenção ao fenômeno do surgimento das empresas. Isso porque a alocação dos fatores de produção dentro de uma empresa se dá por um tipo diferente de coordenação, que não o mecanismo de preços.

Assim, na percepção apresentada vislumbra-se a figura de um empresário, ou alguém por ele delegado, que passa a exercer o controle sobre as atividades que devem ser executadas no intuito de obter um determinado produto ou prestar determinado serviço, sendo certo que essa relação contratual hierarquizada não obedece ao sistema até então defendido pela teoria tradicional.

---

[60] COASE não define o termo "transação", contudo, na forma como apresentada no texto, tem-se a compreensão de tratar-se de uma forma genérica para intercâmbio de bens ou serviços.

[61] COASE, Ronald Harry. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988. p. 388

Resta claro que o sistema de preços é capaz de oferecer algumas respostas para a coordenação dos fatores de produção nos mercados, contudo, dentro da empresa tem-se um indivíduo dotado de autoridade e cuja função é, justamente, determinar a alocação desses fatores. A conclusão dessa observação é a de que mercados e empresas constituem meios alternativos para a condução da produção e assim o autor formula o seguinte questionamento: se há mercados, por que aparecem as empresas?[62]

Tendo constatado que acessar o mercado tem custos paralelos à produção propriamente dita, a resposta para a pergunta formulada pontua que o surgimento das empresas decorre da possibilidade de evitar ou reduzir esses custos por meio da organização hierarquizada da produção ou, por assim dizer, da presença de uma figura que tenha legitimidade para coordenar a forma de alocação dos recursos.

Contudo, ao voltarmos o olhar ao mundo real, verifica-se que dentro das “firmas” existe uma série de contratos necessários à organização em comento, contratos esses que atribuem legitimidade à coordenação propriamente dita, tais como os de natureza trabalhista.

Assim, destaca-se que a alternativa que culmina no surgimento das empresas não é suficiente para eliminar a existência de contratos, entretanto é flagrante que os mesmos são dotados de maior maleabilidade, posto que geralmente se prestam a estabelecer apenas os limites da relação entre comandantes e comandados, sem se ocupar de detalhes específicos relacionados as tarefas que se pretende delegar.

Estabelecidos esses limites, cabe apenas àquele incumbido da coordenação determinar onde e de que forma deverá ser feita a alocação dos fatores de produção, sem que isso resulte na necessidade de renegociação formal de um novo contrato a cada ordem apresentada, reduzindo os custos de transação que seriam incorridos em situação que exigisse o acesso ao mercado via mecanismo de preços.

Por sua vez, COASE também se ocupa de inverter o ponto de vista de seu questionamento: se as firmas existem como forma de reduzir os custos de operar apenas em

---

[62] No original: "Yet, having regard to the fact that if production is regulated by price movements, production could be carried on without any organization at all, well might we ask, why is there any organization?” (COASE, Ronald Harry. *The Firm, the Market and the Law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988. p. 388)

mercado, porque razão não existe uma só grande firma, que se dedicaria à produção de todos e quaisquer bens?[63]

Nesse ponto, responde-se essa pergunta pela afirmação de que o surgimento das empresas é geralmente resultado de uma relação onde a alternativa da contratação pontual, de curto prazo, se mostra desvantajosa. Recorre-se aqui aos conceitos trabalhados anteriormente de maximização e eficiência, que constatam que o acesso ao mecanismo de preços ocorre nos casos onde os custos para usar o mercado são inferiores aos da alternativa que justificaria a origem das empresas. Com base nessas premissas, procurou-se estabelecer as razões de porquê surgem as empresas, bem como os possíveis critérios que determinam seus limites.

Destaca-se que apesar de muito celebrado, o trabalho de COASE não passou incólume de algumas críticas. Para KHALIL (1996), a única preocupação com a qual o artigo em comento se deteve foi a respeito das razões que fazem com que algumas atividades sejam internalizadas, e não sobre o surgimento das empresas propriamente dito[64].

De toda forma, ora criticado, ora celebrado, para o presente estudo o que nos importa reconhecer é que o artigo de COASE trouxe as primeiras luzes sobre os custos de transação na condição de dispêndio de recursos econômicos voltado ao planejamento, adaptação e monitoramento das relações contratuais entre os agentes, alocados com o escopo de garantir que o cumprimento do contrato seja realizado adequadamente e conforme as expectativas das partes. Reconhece-se também que sua identificação gera impacto na forma dos indivíduos contratarem, bem como na estruturação dos contratos propriamente dito.

Esse conceito foi posteriormente explorado, dando impulso à chamada Economia dos Custos de Transação (ECT). Conforme ensina WILLIAMSON (2005):

> "A Economia dos Custos de Transação – ECT – considera que a caracterização dos seres humanos, cujo comportamento é estudado, exerce profunda influência em nossa agenda. Considera ainda que os atores humanos são sujeitos à racionalidade limitada. Em vez de ancorar-se no aparato analítico a ser empregado (isto é, maximização, satisfação, teoria dos jogos ou outro qualquer), ECT questiona quais conclusões da ortodoxia

---

[63]COASE, Ronald Harry. The nature of the firm. Economica, v. 4, 1937. Disponível em: < https://www.colorado.edu/ibs/es/alston/econ4504/readings/The%20Nature%20of%20the%20Firm%20by%20Coase.pdf> Acessado em 13 ago 2017. p. 394

[64] KHALIL, Elias L. After the special nature of the firm: beyond the critics of orthodox neoclassical economics. In: GROENEWEGEN, John (Ed.). *Transaction cost economics and beyond.* Boston: Kluwer Academic Publishers, 1996. Disponível em < https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-94-009-1800-9_15> Acesso em 16 ago 2017. p. 292

> são desabilitadas pelo reconhecimento da competência cognitiva limitada. A resposta da ECT é a seguinte: a lição fundamental imposta pela racionalidade limitada para o estudo da Economia das Organizações (ou Organização Econômica) é de que *todos os contratos complexos são inevitavelmente incompletos.* (destaques no original)"[65]

Corroborando com o quanto afirmado anteriormente e ainda nos aproveitando da lição de WILLIAMSON, houve, na década de 60 do século passado, o ressurgimento do interesse pelas instituições na teoria econômica através do estudo dedicado de COASE, como se vê em ARROW e CHANDLER[66], entre outros, em sua maioria ligados à Escola de Chicago[67]. A proximidade do autor com essa corrente é refletida em seus textos, considerados os primeiros trabalhos mais aprofundados sobre o assunto e que culminaram na origem da Teoria dos Custos de Transação, que por sua vez foi desenvolvida ao longo dos anos de modo a consolidar o estudo conjunto de Economia, Direito e Organizações.

Conclui-se através da análise conjunta dos autores que a compreensão das atividades desenvolvidas em âmbito econômico pode ser realizada pela verificação da forma em que estão organizados os agentes de produção. Ademais, ao endereçar a abrangência da Teoria, WILLIAMSON afirma ainda que qualquer *"tema que possa ser apresentado na forma contratual pode ser examinado com vantagens em termos de economia de custos transacionais"*.[68]

O que importa na análise não repousa obrigatoriamente na necessidade de identificação pormenorizada de todas as variáveis que podem impactar a relação contratual direta ou indiretamente. Assumir essa premissa importaria em reconhecer que os agentes econômicos estão inseridos em um contexto de racionalidade ilimitada, quando no mundo dos fatos o que se verifica é exatamente o oposto. Nesse sentido, PESSALI (1998):

---

[65] WILLIAMSON, Oliver Eaton. Por que Direito Economia e Organizações? In ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel, (org). *Direito & Economia:* análise economica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 21-22

[66] WILLIAMSON, Oliver Eaton. *The Economics of Organization:* the transaction cost approach. American Journal of Sociology, Vol. 87, Issue 3, nov 1981. Disponível em < https://www2.bc.edu/candace-jones/mb851/Feb19/Williamson_AJS_1981.pdf> Acesso em: 23 ago 2017. p.549-550

[67] Consiste a Escola de Chicago em uma linha de pesquisa sobre o pensamento econômico que defende a liberdade do mercado e cujas ideias são associadas à teoria neoclássica da formação de preços e ao liberalismo econômico, em contraponto ao keynesianismo e suas considerações acerca da intervenção econômica do Estado.

[68] Ibid., 2005. p. 32

> "As transações não são homogêneas; pelo contrário, poucas delas podem ser reduzidas a características idênticas [...], e, por isso, diferentes transações são atribuídas a diferentes formas de organização, devendo ser cada uma destas capaz de reduzir os custos necessários à sua execução. Na verdade, o que se busca é a redução da soma de custos de produção e de transação."[69]

WILLIAMSON (1985) foi capaz de avançar nas bases da análise coaseana para formatar a Teoria dos Custos de Transação considerando a empresa um nexo de contratos impactados não só pelos custos de produção e pelo desempenho do produto ou serviço propriamente dito, mas também em razão dos custos de transação e do contexto social e cultural em que se situa (ou situam-se as transações). Ademais, entende que o reconhecimento destes custos é capaz de influenciar a forma de organização dos fatores de produção, que tendem a ser moldados com base na busca por eficiência, sem deixar de observar os reflexos advindos do ambiente institucional em que está inserida.

Já dissemos que os custos de transação são verificados nas diferentes etapas de uma contratação por estarem presentes na negociação, execução e fiscalização do cumprimento do contato. Assim, dividem-se em *ex ante* e *ex post,* onde os primeiros são verificados durante o processo de negociação das disposições contratuais, cuja identificação é, por assim, dizer, mais palatável (preparar, negociar e garantir um acordo), e os segundos incorridos após a contratação e ocasionalmente relacionados à necessidade de ajustes e adaptações resultantes de situações onde a execução de um contrato vem a ser afetada por falhas, erros, omissões ou alterações não previstas.[70]

Desta feita, a imprevisibilidade das situações *ex post* não permite a ponderação satisfatória dos custos decorrentes das infinitas possibilidades que possam vir a acarretar a necessidade de recalibrar a relação contratual. Para WILLIAMSON, tal impossibilidade repousa tanto na constatação de que o comportamento humano é pautado pela racionalidade limitada e pelo oportunismo, quanto aos atributos das próprias transações e a relação desses elementos com as incertezas advindas do ambiente institucional.

---

[69] PESSALI, Huáscar Fialho. *Teoria dos Custos de Transação:* uma avaliação à luz de diferentes correntes do pensamento econômico. 1998. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Economico), Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998. p. 35.

[70] REZENDE, Christiane Leles. *Pacta sunt servanda? Quebra dos contratos de soja verde.* 2008 Tese (Doutorado em Administração) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p.19

A respeito desse ambiente de incertezas, o autor argumenta que o tratamento residual dos custos *ex post* acaba deixando o ajuste da relação contratual sob a égide de um exame judicial cuja eficiência é discutível, sendo certo que a utilização de uma solução privada é importante por ser capaz de apoiar o contrato e, assim, reduzir seus custos *ex post*.

Isto posto, utilizando-nos das premissas anteriormente posicionadas, é possível encerrarmos esta parte inicial do estudo para, incorporando o ambiente em que situamos a Análise Economica do Direito, bem como os conceitos da Economia dos Custos de Transação à Análise Econômica do Direito, passando ao desenvolvimento de pontos específicos voltados ao tema propriamente dito.

2.3. A análise econômica no contexto do Direito Contratual

The law becomes involved when someone seeks to have a promise enforced[71].
Cooter & Ullen

Consiste o contrato como termo integrante do vernáculo em *"uma instituição imaginária da sociedade, um esquema representativo e um instrumento jurídico-construtivo criado e recriado incessantemente, na relação entre os homens e a realidade*[72], sendo o Direito Contratual, portanto, o ramo da ciência jurídica dedicado ao estudo desse fenômeno social.

Por sua vez, o significado que se atribui ao termo pode ser modificado de acordo com o ponto de vista sob qual o mesmo venha a ser observado, sendo possível constatar diferentes significados entre o exame baseado em seus fundamentos, se consiste em instrumento de gênero próprio (ou é espécie de negócio jurídico), ou por um viés mais próximo da Filosofia, Religião, Política ou Literatura.[73]

Contudo, para o presente estudo a análise do instituto observará a ressignificação que o termo tem sofrido para se adequar à lógica decorrente de uma economia capitalista globalizada e caracterizada pelo grande volume de troca de informações e de transações

---

[71] COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia.* 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.p. 200

[72] MARTINS-COSTA. Judith Hofmeister. Contratos. Conceito e Evolução. In LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore, (coord). *Teoria Geral dos Contratos.* São Paulo: Atlas, 2011. p. 24

[73] Ibid., 2011. p. 25

comerciais. Tem-se atualmente, portanto, a economia no centro do Direito dos Contratos em virtude da patente extraterritorialidade das relações globalizadas. Nesse sentido, salienta MARTINS-COSTA (2011):

> "[...] nas relações globalizadas e economicamente desterritorializadas, afinam-se as fronteiras entre o Direito Contratual e o Direito Econômico, entre as atividades de circulação de riquezas e a definição do quadro jurídico do mercado no qual essa circulação tem lugar. Em certos casos, o contrato chega mesmo a transformar-se, de instrumento para circulação de mercadorias, na própria mercadoria circulada."[74]

Desta forma, assumimos que Contrato é negócio jurídico de conteúdo patrimonial, *na medida em que é tido como uma atividade humana pela qual se viabiliza operação de circulação de riquezas.*

Isto posto, *data maxima venia*, em que pese a precisão da afirmação que abre o presente tópico, acreditamos ser possível aproximá-la da realidade jurídica onde o presente trabalho será lido se cuidadosamente questionarmos alguns de seus termos, sem que tal heresia resulte em um completo desvirtuamento do dedicado estudo de COOTER e ULLEN.

Partimos da verificação de que a observação trazida pelos autores pode ser dividida em dois elementos, quais sejam o reconhecimento da possibilidade de aplicação da lei[75] e a existência de um elemento capaz de atribuir eficácia a determinado pacto.

Iniciando a análise pelo ponto menos controverso, destaca-se que a utilização do termo "*law*", conjuntamente a *"enforced"* ao final da frase acaba direcionando o resultado de nosso esforço hermenêutico ao reconhecimento da natureza sancionadora da hipótese.

Portanto, "*law*" da forma como utilizado não se restringe ao sistema de regras aplicáveis à coletividade, criado e garantido através de convenções sociais ou instituições governamentais, podendo referir-se, também, à aplicação específica de dispositivos contratuais estabelecidos pelas próprias partes além do Direito propriamente dito.

---

[74] MARTINS-COSTA. Judith Hofmeister. Contratos. Conceito e Evolução. In LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore, (coord). *Teoria Geral dos Contratos.* São Paulo: Atlas, 2011. p. 24

[75] Para fins estritamente didáticos aqui nos limitamos a tradução literal do termo com o intuito de apenas posicionar o leitor frente as premissas que serão abordadas mais adiante.

Importa reconhecer que apesar da amplitude que atribuímos ao termo, sua natureza, no contexto em que foi utilizado reconhece a possibilidade de uma força, estatal ou não[76], estimular ou fazer cessar determinada conduta que, por alguma razão, encontra-se fora dos padrões que inicialmente foram estabelecidos.

Assim, o conceito pertinente ao *envolvimento da lei¸* conforme colocado pelos autores reflete, em essência, as sanções a que se sujeitam os pactos plenamente descumpridos ou não cumpridos dentro da conformidade esperada.[77]

Por sua vez, ao continuar nosso exercício interpretativo nos deparamos com a utilização do termo *promise* que por si só exigirá um esforço um pouco maior de adaptação, uma vez que os trabalhos de COOTER e ULLEN, a despeito de seu reconhecimento global, são versados na tradição da *common Law,* razão pela qual sua leitura – bem como a de outros proeminentes autores da mesma seara – exige cuidado redobrado por parte do jurista brasileiro.

Destaca-se que na tradição consuetudinária o termo *contract* não é suscetível a uma só interpretação, razão pela qual diferentes termos definem diferentes relações jurídicas. MARTINS-COSTA (2011) destaca *contract, agreement, convention, bargain e promise* como figuras da *common Law* que se distinguem entre si, atendo-se ao último por entender que a promessa em tradução linguística literal não significa *promessa* nos moldes reconhecidos no direito brasileiro[78].

Enquanto no ordenamento jurídico pátrio o termo *promise* (promessa) vincula-se a atos unilaterais tais como a promessa unilateral de contrato, promessa de fato de terceiro e promessa de recompensa, no direito estadunidense reflete "*um elemento do contrato ou*

---

[76] SHAVELL (2004) reconhece que o cumprimento sancionador dos contratos é geralmente representado na forma de um tribunal estatal. Pondera, por outro lado, que essa atribuição para resolução de conflitos e garantia de cumprimento do pacto não é monopólio do Estado, usando como exemplo as câmaras privadas de mediação e arbitragem. Ademais, além do *enforcement* decorrente do questionamento (ou possibilidade de questionamento) perante mecanismos extrajudiciais ou judiciais de solução de conflitos, o autor salienta que tanto aspectos como reputação quanto outros fatores extracontratuais são elementos que por si só tendem a influenciar as partes ao cumprimento voluntário dos contratos. (SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law.* Cambridge, Mass: Bellknap, 2004. p. 215)

[77] Infere-se, por oportuno, a aplicação das sanções conforme a construção jurisprudencial, reconhecendo a vinculação dos autores ao direito da common Law.

[78] MARTINS-COSTA. Judith Hofmeister. Contratos. Conceito e Evolução. In LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore, (coord). *Teoria Geral dos Contratos.* São Paulo: Atlas, 2011. p.46

declaração contratual"[79], tratando-se de um dos requisitos que garantem a eficácia dos ajustes onde há trocas entre as partes.

Assim, tem-se que na afirmação em referência os autores vinculam a necessidade de envolvimento dos tribunais aos casos onde há descumprimento de uma *promessa*, sendo promessa um elemento de validade do contrato, passando a discutir que a efetividade da Corte em forçar seu cumprimento depende diretamente do grau de exequibilidade a ela atribuído. A respeito dessa gradação seria uma afronta privar o leitor dos didáticos exemplos trazidos por COOTER e ULLEN (2010), dos quais lançamos mão a seguir:

> *Exemplo 1: O Tio Rico. O tio rico de um universitário esforçado fica sabendo, na festa de formatura, que seu sobrinho se formou com distinção. Arrebatado pela boa sensação, ele promete ao sobrinho uma viagem ao redor do mundo. Mais tarde, o tio volta atrás em sua promessa. O aluno processa o tio, pedindo que o tribunal obrigue-o a pagar a viagem ao redor do mundo.*
>
> *Exemplo 2: O Chevette Enferrujado. Um vizinho propõe vender um carro usado a uma vizinha por US$ 1 mil. A compradora dá o dinheiro ao vendedor, e o vendedor dá as chaves do carro à compradora. Para sua grande surpresa, a compradora descobre que as chaves servem no Chevette enferrujado que está no quintal, e não o Cadillac brilhante que está na entrada da garagem. O vendedor fica igualmente surpreso ao descobrir que a compradora esperava o Cadillac. A compradora pede ao tribunal que mande o vendedor entregar o Cadillac.*
>
> *Exemplo 3: O Matador de Gafanhotos. Um agricultor, respondendo a um anúncio de revista de "um meio efetivo de matar gafanhotos", envia US$ 25 pelo correio e recebe dois blocos de madeira com a seguinte inscrição: "Coloque o gafanhoto no Bloco A e esmague-o com o Bloco B". O comprador pede que o tribunal exija que o vendedor devolva os US$25 e pague US$500 a título de indenização punitiva.*[80]

Conforme pontuam os autores, nota-se que nas situações narradas nos exemplos 2 e 3 podemos reconhecer a possibilidade de adequação da situação pelos tribunais mediante aplicação de uma sanção suficientemente adequada. No exemplo 2 poderia o tribunal forçar a conclusão do negócio da forma como pretendida pela compradora, com a entregue das chaves do Cadillac, ou o reestabelecimento do *status quo* mediante a devolução da quantia paga pela compradora face a devolução das chaves do Chevette enferrujado.

---

[79] MARTINS-COSTA. Judith Hofmeister. Contratos. Conceito e Evolução. In LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore, (coord). *Teoria Geral dos Contratos.* São Paulo: Atlas, 2011. p.46

[80] COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia.* 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. P. 200-201

No E*xemplo 3*, por sua vez, além da devolução dos valores pagos, caberia a determinação de pagamento de indenização pecuniária, posto que o "equipamento" enviado ao agricultor não se presta a fazer aquilo que dele seria esperado.

Entretanto, na situação, do *Exemplo 1*, as características da promessa feita pelo tio rico fazem com que, perante o direito norte-americano, não haja remédio jurídico apto a obrigar o custeio da viagem prometida pelo tio ao sobrinho esforçado.

Conforme dito alhures, em sendo a *promise* apenas um dos elementos capazes de dotar ao contrato de eficácia, a ausência de outros requisitos faz com que a promessa de custeio feita pelo tio seja inexequível perante o tribunal em questão.

No presente caso, por tratar-se de declaração unilateral de vontade, sem contrapartida por parte do sobrinho, a relação jurídica submetida ao *enforcement* estatal carece de um dos elementos intrínsecos a validade dos pactos, posto que inexiste o elemento da *consideration*.

A *consideration* na *common Law* exprime a necessidade de contraprestação de uma parte à outra parte. Nesse ponto, mais uma vez nos socorremos aos ensinamentos de MARTINS-COSTA (2011), que aborda o tema da seguinte forma:

> "A *consideration* consiste na necessidade de correspondência, para poder considerar válido um contrato, entre a promessa ou sacrifício de um contratante e a compensação a esse sacrifício por parte de outro, podendo consistir em um direito, um benefício ou uma tolerância."[81]

Por outro lado, perante o Direito brasileiro a mesma promessa poderia ser executada sob o reconhecimento de validade de uma obrigação unilateralmente assumida.

Assim, ao passo que o direito norte-americano reconhece a necessidade de uma contraprestação como elemento intrínseco à verificação da exequibilidade de um pacto, o que não ocorre no Direito brasileiro, o exemplo do tio rico é a razão de termos pontuado a necessidade de cuidado na adaptação de algumas ponderações doutrinárias aos países da *civil Law*.

Ressalte-se, entretanto, que tal cuidado não se coaduna com o argumento dos críticos quanto a inaplicabilidade da Análise Econômica do Direito no Brasil. A preocupação em trazer à tona algumas divergências havidas entre as duas tradições deve ser interpretada

---

[81] MARTINS-COSTA. Judith Hofmeister. Contratos. Conceito e Evolução. In LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore, (coord). *Teoria Geral dos Contratos.* São Paulo: Atlas, 2011. p. 46

como forma de refinar as ferramentas disponibilizadas pela doutrina estrangeira, moldando-as, sem descaracterizá-las, à realidade do ordenamento pátrio.

Uma vez superada a digressão acima, ZYLBERSZTAJN (2005), ao ponderar a respeito do contexto econômico em que se inserem os contratos, esclarece que *"se a lei surge como uma das maneiras de se fazer valer um contrato, a Economia pode ser vista como [instrumento] importante no desenho e na escolha do contrato"*[82].

Foram os trabalhos de COASE, já pontuados na parte inicial do presente estudo, que influenciaram os economistas a reconhecer que a regulação das transações não era papel exclusivo do sistema de preços, cabendo essa função também aos mecanismos atrelados aos contratos. Abriu-se àquela época um caminho apto a permitir abordagem mais precisa do conceito de empresa, vista a partir de então como um feixe particular de contratos limitados pelo ambiente institucional e objetivos estratégicos[83].

Desta feita, sob a ótica da Economia das Organizações, um contrato significa uma forma de coordenar as transações, provendo incentivos para os agentes atuarem de maneira coordenada na produção, o que permite planejamento de longo prazo e, em especial, permitindo que agentes independentes tenham incentivos para se engajarem em esforços conjuntos de produção.[84]

SHAVELL (2004) define contrato como sendo *"um conjunto de ações específicas que determinadas partes devem realizar em diferentes ocasiões, geralmente atreladas a função de manutenção das condições inicialmente acordadas."* [85]

SCHÄFER e OTT (2004), aproximando os conceitos aos países de tradição romano-germânico-canônica ensinam que a liberdade de contratar é a base sobre a qual se ergue uma economia adequadamente funcional e competitiva, capaz de otimizar a utilização dos recursos de modo a conduzir os indivíduos e a sociedade a um nível mais elevado de bem-estar social.[86]

---

[82] SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTJAN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim. Economia dos Contratos. In ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel, (org). *Direito & Economia:* análise economica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p.103

[83] Ibid., 2005. p. 104

[84] Ibid., 2005. p. 104

[85] No original: "By a contract I mean a specification of the actions that named parties are supposed to take at various times, generally as a function of the conditions that hold." (SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law.* Cambridge, Mass: Bellknap, 2004. p. 291.)

[86] SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. The Economic Analysis of Civil Law. Tradução de Matthew Braham. Cheltenham: Edward Elgar, 2004, p.273.

MASTEN, citado por ZYLBERSZTAJN (2005), salienta que o contrato *stricto sensu* consiste em uma promessa amparada pelo ambiente institucional, que possibilita a aplicação de uma sanção em caso de descumprimento, elevando à categoria contrato apenas as relações sujeitas a sanções públicas, e continua ao ponderar que *"são três as razões apontadas para a existência dos contratos, a saber: prover a alocação eficiente do risco (teoria da agência), prover incentivos eficientes (teoria dos incentivos) e economizar os custos de transação (Economia dos Custos de Transação)"* [87].

Percebe-se pelos conceitos trazidos que a existência de um contrato tanto deriva quanto cumpre um papel dentro de contexto econômico e decorre, geralmente, da necessidade de estabelecer-se os limites de uma relação que se perpetua no tempo e cuja razão de ser repousa no interesse da circulação de bens ou riquezas.

2.3.1. O contrato como meio para voluntária circulação de bens ou riquezas

Inicialmente destaca-se que aqui não se pretende abordar o Contrato sob a ótica puramente civilista, encarregada de pontuar que se trata de espécie das mais relevantes dentre os negócios jurídicos, discutir suas dimensões e classificações, que podem ser onerosos ou gratuitos ou, tampouco, enumerar seus requisitos de existência, validade e eficácia.

Tal postura possui duas razões de ser: a primeira diz respeito ao previamente anunciado enfoque nas especificidades do Direito Comercial e da relação entre Direito e Economia, e não do Direito Civil propriamente dito; a segunda, menos romântica, decorre do reconhecimento de que tantos outros autores já o fizeram (e de forma brilhante) que o resultado prático da inclusão dessa discussão seria apenas o aumento no número de páginas, sem que tal afirmação, de forma alguma, se traduza em qualquer grau de menosprezo para com aqueles que se dedicaram a destrinchar os aspectos do instituto.

Não há no Direito Brasileiro uma definição Legal de Contrato. O legislador pátrio, inspirado na sistemática alemã, optou por conferir ao Código Civil o caráter identificador dos elementos norteadores da relação contratual, atribuindo-lhe a função de

---

[87] SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTJAN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim. Economia dos Contratos. In ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel, (org). *Direito & Economia:* análise economica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p.104

arcabouço técnico de regras e princípios voltados à estruturação das relações negociais, cabendo à doutrina utilizar-se de tais elementos para elaboração de um conceito suficientemente abrangente, o que o fez por vezes inspirada em definições existentes em diplomas legais estrangeiros, tais quais o *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)[88], alemão, o *Codice Civile*[89], italiano e o *Code Civil*[90], francês.

Um breve compêndio de conceitos é suficiente para exemplificar tal constatação. Para BEVILÁQUA (1916), o contrato é *"o acordo de vontade de duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos"*[91]; GOMES (2008) ensina que contrato é *"o negócio jurídico bilateral, ou plurilateral, que sujeita as partes à observância de conduta idônea à satisfação dos interesses que regularam"*[92]; na visão de DINIZ (2008), *"contrato é o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial"*[93]; Para MARTINS-COSTA (2011) o *"contrato pode ser tido como uma atividade humana pela qual se viabiliza operação de circulação da riqueza de um patrimônio para outro, sendo essa atividade reconhecida como dotada de vinculabilidade jurídica"*[94]; LOTUFO (2011), por sua vez, ressalta que *"o contrato há que ser visto como um acordo bilateral pelo qual as partes autorregulam seus comportamentos numa relação jurídica, geralmente patrimonial"*[95].

---

[88] *"§§145 ff. Ein Vertrag ist ein zwei oder mehrseitiges Rechtsgeschäft, das durch mindestens zwei einander entsprechende Willenserklärungen zustande kommt, die als Angebot (Offerte) und Annahme (Akzeptation) bezeichnet werden"*. Tradução livre: Seção §§145 ff. Um contrato é uma transação legal de dois ou mais partes, que ocorre através de pelo menos duas declarações de vontade correspondentes, que são referidas como oferta (oferta) e aceitação (aceitação)

[89] *"Art. 1.321. Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale"*. Tradução Livre: Art. 1.321. O contrato é o acordo de duas ou mais partes para estabelecer, regular ou rescindir uma relação jurídica patrimonial entre eles.

[90] *"Art. 1.101. Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose"*. Tradução livre: Art. 1.101. O contrato é um acordo pelo qual uma ou mais pessoas se obrigam perante uma ou mais outras para dar, fazer ou não fazer algo.

[91] BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil anotado*, vol. 4, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916. p. 245

[92] GOMES,Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 10.

[93] DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 30.

[94] MARTINS-COSTA. Judith Hofmeister. Contratos. Conceito e Evolução. In LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore, (coord). *Teoria Geral dos Contratos.* São Paulo: Atlas, 2011. p.27

[95] LOTUFO, Renan. Teoria Geral do Contratos. In LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore, (coord). *Teoria Geral dos Contratos.* São Paulo: Atlas, 2011. p. 15

Percebe-se que os conceitos doutrinários acima elencados, ainda que possuam pontos comuns entre si, podem ser destacados entre aqueles de vocação alemã, francesa ou italiana, notadamente, com relação a esta última, os apresentados por DINIZ, MARTINS-COSTA e LOTUFO, que, além da preocupação referente ao liame contratual, inserem em seu contexto a percepção de sua natureza patrimonial. Dos diplomas legais citados anteriormente, apenas o *codice civile* teve incluído em seu corpo o reconhecimento expresso da dimensão patrimonial do contrato, razão pela qual é farta a doutrina em idioma italiano que aborda o tema sobre esse viés.

Conforme assevera MARTINS-COSTA (1998) *"frase dita e repetida indica que o contrato é a veste jurídica das operações econômicas"*, de maneira que sua principal função pode ser consubstanciada na instrumentalização da circulação da riqueza, presente ou futura, do patrimônio de uma das partes para o da outra[96]. Sendo esse também o entendimento de Vincenzo Roppo, em sua obra *Il Contratto.*

ROPPO (2001) destaca que a definição do contrato deve contemplar três componentes essenciais: (i) o acordo das partes interessadas; (ii) o objeto desse acordo ser uma relação jurídico-patrimonial; (iii) a relação entre o acordo e seu objeto deve ser finalista ou voluntária, onde as partes tem como propósito comum estabelecer, regular ou extinguir um vínculo. Assim, na visão do jurista italiano, só se estaria diante de um contrato se um ato é, ao mesmo tempo, consensual, jurídico-patrimonial e de vontade. A ausência de um ou mais desses elementos seria suficiente para descaracterizar o instituto[97].

Ademais, evidenciada sua dimensão patrimonial e sua condição de principal instrumento de trocas e circulação de riquezas que ocorrem no ambiente mercado, não é difícil concluir que a regulação do contrato cumpre papel relevante na regulação do funcionamento desse mesmo mercado que, na visão de , deve atender requisitos de justiça e eficiência. Partes eficientes devem prevalecer sobre partes ineficientes não somente em razão de uma eventual posição de vantagem econômica, mas como reflexo da sua maior capacidade em produzir inovações tecnológicas, reduzir os custos internos e otimizar a

---

[96] MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *O Direito Privado como um "sistema em construção:* as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998. p.13.

[97] ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano, Giufrè, 2001. p. 4

alocação de recursos, entre outros aspectos que tendem a agir como elementos maximizadores do resultado final.[98]

Quando inserido no contexto de mercado voltado à realização de trocas voluntárias, o contrato é a forma eleita pelo ordenamento jurídico para ser o veículo mediador da circulação da titularidade de bens e direitos.[99] Por meio destes, as partes buscam voluntariamente e mediante concessões recíprocas obter o que almejam,[100] vinculando-se uns aos outros no intuito de atingirem níveis mais elevados de satisfação. [101]

Pontua-se, por oportuno, que a busca por maior grau de satisfação como premissa egoísta para contratação não se traduz em obrigatoriedade de equivalência entre prestação e contraprestação pactuadas. Conforme trataremos mais adiante em tópico específico, ainda que a adoção de condutas cooperativas se preste a maximizar o resultado da contração, principalmente em contratos que se prolongam no tempo, a análise de vantagens e desvantagens para efetivação do pacto possui caráter eminentemente individual e é pautada pela ponderação dos direitos e obrigações que se originarão da relação que se pretende iniciar, isso porque o ato de contratar, como requisito legal de validade e eficácia, deve ser constituído sob a condição inequívoca de manifestação e exercício de liberdade e autonomia.[102]

A respeito dessa individualização na decisão de contratar, ROPPO (2001):

> "Il contrato è, prima di tutto, terreno di confronto e scontro di egoismi privati. Ciascuna parte vi si accosta per assecondare i suoi propri impulsi, per soddisfare i suoi propri bisogni, per conseguire i suoi propri fini: in una

---

[98] Essa visão é apresentada por Roppo sob o contexto das relações consumeristas, onde há disparidade econômica relevante entre as partes contratantes (*contraente forti vs. contraente debole)* para superar a visão de que a proteção ao consumidor deveria decorrer de sua condição institucional (socioeconômica) e reconhecer que essa necessidade de proteção deve surgir a partir das circunstâncias concretas na qual ele se encontra. Sob este prisma, acreditamos ser possível transpor esse cenário de preponderância do mais eficiente sobre o menos eficiente para as relações contratuais entre partes financeiramente equivalentes, posto que àquele que melhor souber racionalizar seus processos produtivos tende a colocar-se em posição de vantagem sobre o outro, sem que tal deva ser questionada ou judicialmente atacada. (ROPPO, Vincenzo. *Il Conttrato*. Milano: Giufré, 2001. p. 904)

[99] Há autores que preferem aqui a utilização da expressão "circulação de interesses", por entender possuir caráter mais abrangente e incluir no conceito as prestações que eventualmente não possuam valor econômico imediato.

[100] As partes, na medida de seus interesses, acabam por renunciar algo que não precisam ou valorizam menos, para obterem aquilo que precisam ou valorizam mais.

[101] De acordo com a terminologia de Análise Econômica do Direito, que por sua vez o extraiu da Ciência Econômica, o termo mais preciso para se utilizar na hipótese seria Utilidade.

[102] TRINDADE, Manuel Gustavo Neubarth. *Direito Contratual Como Redutor das Falhas de Mercado*. Porto Alegre, 2013. p. 19

> parola, per realizzare i suoi propri interessi. [...] Ma il contratto è anche, infine, terreno d'incontro degli egoismi privati. Le parti trovano un punto di equilibrio, accettabile da entrambe, delle iniziali posizioni antagoniste; ciascuna accetta di tenere conto degli interessi dell'altra, che pur le sarebbero indifferenti, se non altro perché solo così l'altra parte accetterà di tenere conto dei suoi." [103]

Nesse diapasão o contrato passaria então a sentir os efeitos da análise econômica porque sua instrumentalização tende a considerar, voluntária ou involuntariamente, os critérios de eficiência e maximização que, sob o ponto de vista da Economia, devem ser os elementos norteadores das transações.

ARAÚJO (2007) utiliza-se dessas premissas para trazer o contrato ao âmbito do *Law and Economics*, o identificando como um facilitador da circulação econômica e inserindo-o em uma concepção descentralizada e liberal, que reconhece o caráter vinculativo das obrigações contratuais, inclusive quando relativas ao desinteresse em contratar. Essa característica facilitadora é capaz de permitir a circulação de valores, bens e serviços àqueles que possuam maior necessidade (e capacidade) de obtê-los, bem como estabelecer métodos de solução conjunta para os problemas correlatos ao interesse das Partes em concretizar a contratação.[104]

Sob tal perspectiva, compreende-se que a coordenação e facilitação das trocas por meio dos contratos, desde que aptas à promoção de melhorias no grau de satisfação das partes, consiste em instrumento apto na busca por eficiência econômica.

Na lição de FARNSWORTH (2004), *"Troca é a pedra de toque de qualquer sistema econômico que repousa sobre a livre iniciativa como o nosso faz. Esse sistema aloca os recursos largamente pelas trocas bilaterais arranjadas de acordo com as barganhas entre indivíduos"*.[105]

Portanto, é justamente por meio dos contratos inseridos no mecanismo de mercado, conforme identificado por COASE, exercendo sua condição de forma juridicamente adequada para concretização dos acordos de vontade, que se propicia a melhoria dos níveis de bem-estar individual bem como a alocação mais eficiente dos meios de produção, sendo-lhe permitido estabelecer, dentre os limites legais, mecanismos de autorregulação e solução de conflitos.

---

[103] ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano, Giufrè, 2001. p. 375-376.

[104] ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato.* Lisboa, Almedina, 2007. p.17

[105] FARNSWORTH, Allan. *Contracts.* 4. ed. New York: Aspen, 2004. p. 5.

ARAÚJO (2007), novamente, traz importante lição sobre esse aspecto:

> "O contrato se apresenta como a melhor e mais fácil solução de promoção de trocas eficientes, de circulação de recursos em direção aos seus empregos mais vantajosos, tal como eles são assinalados pelas disposições de pagar dos potenciais adquirentes – ou seja, em que condições a solução óptima acarreta a formulação explícita de um programa de cooperação antagonística entre duas partes que, [...], por outro lado querem contrapor os seus interesses sem dominação ou exploração de parte a parte, ou seja predispondo livremente um rumo de soluções que não apenas preservem algum nivelamento de poder negocial e de informação, mas também que assegurem, com um mínimo de formalização, uma disciplina comum susceptível de encaminhar, sem subordinações hierárquicas nem alienações irreversíveis, a relação para uma consumação bilateral favorável, uma consumação correspondente à intenção contratual inicial de qualquer das partes, que se presumirá fosse a de promover trocas incrementadoras de bem-estar total, como verdadeiros jogos de soma positiva." [106]

Nesse contexto, oportuno registrar que servem os contratos como instrumento jurídico capaz de revestir de validade os acordos de vontade, prestando-se, também, ao papel de ente direcionador das obrigações e canalizador dos interesses negociados. Ademais, tem-se que o resultado prático da contratação consiste no deslocamento da titularidade de bens ou direitos da parte que os menos valoriza para aquela que os mais valoriza, sendo a expectiva de obtenção de vantagem aspecto comum de todos os agentes econômicos vinculados por meio do contrato.

Sob essa ótica, notadamente com relação ao reconhecimento do contrato como instrumento de regulação de interesses, atribui-se ao instituto um elemento econômico que permite ampliar seus limites estritamente jurídicos, sem que o Direito se torne mero acessório da Economia, mas que à essa possa garantir o reforço desse papel facilitador, na condição de ente consolidador da confiança no cumprimento das promessas, sancionador do seu descumprimento[107] ou instrumento ideal para resolução eficiente sob o ponto de vista econômico.

---

[106] ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Lisboa, Almedina, 2007. p. 20.

[107] Destaca-se que tal afirmação não pretende restringir a faceta sancionadora do Direito à intervenção judicial propriamente dita. A certeza de sanção frente ao descumprimento constitui, também, elemento relevante na relação contratual (principalmente naquelas que se prolongam no tempo) posto que tende a servir de mecanismo de incentivo para que as partes busquem voluntariamente adimplir o contrato ou, na sua impossibilidade ou uma solução extrajudicial da questão.

Assim, com base no quanto discutido até o presente momento, reconhece-se que o contrato constitui um fenômeno econômico, a ser tratado como mecanismo apto a permitir e facilitar a circulação de riquezas ou transferência de bens, vinculando-o à existência de uma transação, aqui compreendidas não só aquelas que venham a envolver a troca de dinheiro por outros bens materiais, mas também aquelas que sejam suscetíveis a uma avaliação econômica, incluindo, portanto, as promessas unilaterais, posto que podem resultar em transferência de riqueza, ainda que unidirecional.

Conclui-se, portanto que o contrato, sob uma exegese empírica, corresponde a um compromisso econômico juridicamente vinculante, de relevância estratégica para o fomento ao desenvolvimento social.

2.4. Eficiência e utilidade

Tem-se que o termo "eficiência" acaba geralmente sendo associado à iniciativa privada e ao dinamismo das relações que não envolvem o Poder público. Conforme SALAMA (2008) na concepção da Análise Econômica do Direito, eficiência representa a otimização ou a maximização de alguma medida de valor, [108] ou seja, considerando a anteriormente citada escassez de recursos, a eficiência como objetivo leva os agentes socioeconômicos à utilização dos fatores de produção com vistas à maximização da produtividade.[109]

Com vistas a esse conceito, nota-se que seu teor demanda a indicação de uma medida objetiva de valor, podendo sua aferição pautar-se no resultado econômico-financeiro de uma transação determinada (aspecto microeconômico) ou, por exemplo, pela maximização dos resultados advindos da proteção de um Direito coletivo - tal qual o do consumidor, do meio ambiente ou do trabalhador - considerado relevante para o fim pretendido (aspecto macroeconômico). Por meio da promulgação de normas o Direito pode influenciar no aumento ou redução da quantidade de relações socioeconômicas eficientes, podendo a eficiência ser considerada um critério geral para justificar a edição de uma norma.

---

[108] SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? In Cadernos Direito GV, Estudo 22. v.5 n.2 estudo 22, mar 2008. p.24

[109] COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia.* 5. ed. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 79).

Para SCHÄFER (2004) o conceito de eficiência no âmbito econômico é muito preciso, consistindo em princípio fundamental para o *design* de instituições sociais, onde determinada sociedade só é considerada eficiente se, e somente se, sob determinadas circunstâncias não for possível melhorar o bem-estar (*welfare)* de qualquer indivíduo sem que isso cause a piora na situação de outro.[110] Diante desse cenário onde não há possibilidade de melhorias para uns sem prejuízo para outros, os membros de uma sociedade terão atingido o mais alto grau de utilidade.[111]

Ainda sob o teto das lições do autor alemão, argumenta-se que a existência de instituições[112] sociais eficientes, aqui incluído o sistema judiciário, não é garantia de uma sociedade justa. De igual forma, a constatação de que as instituições são ineficientes sob o ponto de vista econômico não condena uma sociedade a ser taxada de injusta.

Outrossim, reconhecer que a elaboração de leis pautadas na busca pela maximização de uma medida de valor pode resultar no conflito com princípios legais, não significa reconhecer que deva haver prevalência de um sobre o outro. Nesse sentido SCHÄFER argumenta: "*one could actually argue that a particular legal goal gains*

---

[110] SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. The Economic Analysis of Civil Law. Tradução de Matthew Braham. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p.8

[111] O termo utilidade, na forma como usado pelos economistas, deriva da Doutrina Ética do utilitarismo. A respeito do último, SANDRONI: *o bem se identifica como útil. Algumas expressões do utilitarismo já se encontram entre os sofistas da Grécia Antiga, mas é com Jeremy Bentham que ele se firma como um sistema filosófico. Para Bentham, toda felicidade está na obtenção do útil, ou seja, no afastar-se da dor e aproximar-se o máximo possível do prazer. Esse objetivo é defendido por Bentham não em termos de satisfação individual, mas em função da felicidade de todos. Outros importantes representantes do utilitarismo foram James Mill, historiador, filósofo e economista inglês; seu filho John Stuart Mill, também filósofo e economista, e George Edward Moore, que defendeu um utilitarismo idealista*" (SANDRONI, Paulo. *Dicionário de economia do século XXI*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 624)

[112] "Palavra polissêmica, instituições, do étimo latino *institutio*, de *instituire*, significa tanto o ato ou efeito de instituir, criar, fundar, estabelecer alguma coisa duradoura, quanto organizar, ordenar. Também é empregada para indicar costumes ou estruturas sociais que modelam práticas aceitas e respeitadas em determinada comunidade ou núcleo social. Tal multiplicidade de significados tem um eixo ou cerne comum: conjunto de princípios e regras (jurídicas ou não), que configuram relações sociais ou grupo de relações sociais. Por isso, a palavra aparece presa a organizações como associações e sociedades, cujas estruturas se destinam a perdurar, de forma ativa, por largos períodos. Nem por outra razão costuma-se dizer que companhias (sociedades anônimas) são instituições, especialmente instituições da economia capitalista, uma vez que, ao limitarem a responsabilidade pessoal dos membros, permitem a aglutinação de valores expressivos de recursos destinados ao exercício de atividades econômicas de risco. De todo modo, é nítida a ligação do termo com o étimo e a ideia de organização social. No plano do Direito, a palavra instituição, de que deriva instituto, é, ainda, empregada no sentido de ordenamento jurídico e aqui indica a unificação de elementos diversos que requer um tipo, modelo ou gênero que represente essa unidade. Um dos elementos fundamentais é a duração e a continuidade de uma prática social, de conceitos fundamentais que embasem determinada área de estudo e sobre os quais se apoia a construção subsequente." (SZTAJN, Rachel; AGUIRRE, Basília. Mudanças institucionais. In ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel, (org). *Direito & Economia:* análise economica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p.229)

legitimacy if it is efficient"[113]. Ao invés de colidência prejudicial, ter-se-ia uma sólida justificativa para a implementação de determinada lei ou medida.

Há, ainda, a necessidade de lidarmos com uma questão que usualmente gera controvérsias entre estudantes de Direito e de Economia, qual seja a relação entre alocação eficiente e justiça, que usualmente toma o rumo das discussões a respeito das diferenças entre as tradições da *common Law* e *civil Law* sob o ponto de vista da eficiência.

Nesse ponto, importante esclarecer que a Análise Econômica do Direito não argumenta que a eficiência econômica seja o principal ou único valor digno de promoção. SALAMA (2008) entende que tal conclusão equivocada teria surgido com base nas afirmações de POSNER de que a maximização da eficiência econômica deveria ser o foco dos sistemas jurídicos, ressalvando seu entendimento de que essa percepção já se encontra superada e não constitui na doutrina especializada um ponto pacífico ou sequer majoritário.[114]

GORGA (2005), por sua vez, salienta que a análise de um sistema jurídico deve atentar para suas complexidades e particularidades, ressaltando não ser possível afirmar que a tradição da *common Law* implica maior eficiência do que a de direito romano-germânico ou vice-versa. A autora entende ser necessário que essa observação seja realizada considerando determinada norma face à peculiaridade de cada ambiente institucional, caso a caso, não podendo ser estendida ao âmbito macro,[115] apontando, ainda, que *"a crescente complexidade das sociedades e a inter-relação de suas economias causada pela globalização e evolução tecnológica vêm ocasionando um processo de influências recíprocas entre as tradições de Direito"*.[116]

Partilhamos do entendimento de que para a Análise Econômica do Direito o conceito de eficiência possui relação com a ideia de bem-estar social, usualmente apurado em graus de utilidade, cujo modelo teórico representa um meio de agregação geral de todos

---

[113] SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The Economic Analysis of Civil Law*. Tradução de Matthew Braham. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p.8

[114] SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito, justiça e eficiência:* a perspectiva de Richard Posner. Formalismo, Dogmática Jurídica e Estado de Direito: um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Fundação Getúlio Vargas. Ago 2008. p.24.

[115] SZTAJN, Rachel; GORGA, Érica. Tradições do Direito. In ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel, (org). *Direito & Economia:* análise economica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p.185

[116] Ibid., 2005. p. 179

os indivíduos em determinada sociedade. Desse modo, tal mensuração do todo se daria por meio da soma dos níveis de utilidade de cada um dos agentes socioeconômicos.

Contudo, oportuno repisar que a Economia e a abordagem da *Law and Economics*, ao introduzirem o conceito de eficiência econômica, não acabam por renunciar aos demais princípios inseridos no ordenamento jurídico. Os partidários da eficiência econômica argumentam que ela deve ser utilizada como um parâmetro balizador das decisões por ser apto a estabelecer critério objetivo e mensurável, cuja verificação se dá de modo mais factível.

2.4.1. A noção de utilidade e sua mensuração

Para os economistas, utilidade pode ser traduzida como um grau de rentabilidade ou satisfação individualmente percebido pelos agentes econômicos quando da utilização de recursos a eles disponíveis, sendo, portanto, de natureza subjetiva. Desta feita, a despeito do interesse que recai sobre o conceito como intrumento de mensuração, a utilidade não pode ser tatada como uma medida única comparável que nos permita afirmar, por exemplo, que o indivíduo, ao consumir uma lata de refrigerante, obtém três unidades de utilidade, enquanto adquirir um automóvel geraria vinte unidades.

Outrossim, o ponto central da teoria utilitarista faz reverência à ideia de que determinada ação será considerada correta quando proporcionar a maximização dos resultados. Por sua vez, em seu sentido mais raso, o termo pressupõe que a valoração de uma ação sob o ponto de vista moral encontra supedâneo no grau de eficácia na promoção da felicidade, percebida por todos os integrantes da *"sociedade"*, e que pode ser representada por uma razão única ou coletiva.[117]

Segundo POSNER (2010), o utilitarismo pode ser entendido tanto como uma teoria da moral individual quanto de justiça social. Para o autor, o homem pode ser considerado íntegro se genuinamente se preocupa em agregar felicidade à sociedade como um todo. Por sua vez, a sociedade é tida como justa se *"busca elevar essa soma total a seu valor*

---

[117] POSNER, Richard Allen. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 59.

máximo",[118] sendo seu ponto ótimo atingido quando as pessoas conseguem maximizar suas preferências.

Entretanto, a partir da análise da variação da utilidade é possível esclarecer as razões que levam os indivíduos a adotarem um ou outro comportamento, resultado direto do leque de escolhas que lhe são apresentadas frente ao interesse próprio de aumentar seu grau de satisfação. Nesse sentido, a aplicação do conceito encontra campo fértil na análise das decisões tomadas no âmbito das relações de consumo de bens e serviços. Conforme sintetiza POSNER (2011), *"utility in the sense used by philosophers of utilitarism mean[s] (roughly) happiness"*[119]

Isto posto, tem-se que uma das formas de interpretação da utilidade é aquela relacionada à compreensão de BENTHAM sobre o tema. De acordo com o jurisfilósofo inglês, a utilidade poderia ser conceituada em termos de prazer ou ausência de sofrimento. Ademais, no que tange à aplicação do conceito, BENTHAM afirmava que a qualidade das leis ou da política poderiam ser aferidas por meio de um cálculo objetivo capaz de identificar seu nível de produção de unidades de satisfação, por ele identificadas como *hedons*. Entretanto, na medida em que não apresentava um método apropriado para a medição das unidades de satisfação, as ideias apresentadas pelo autor não foram suficientes para a criação de uma base de aferição entendida como adequada pelos economistas.

Assim, a interpretação da utilidade viu-se "forçada" a ser pautada por um critério subjetivo, tendo os economistas passado a interpretá-la baseados nas predileções pessoais dos indivíduos, ou seja, o agente econômico ao indicar sua preferência por determinado estado de coisas, simultaneamente acaba indicando que o valoriza mais (maior utilidade) em relação ao outro, desde que igualmente disponível.[120] Tal interpretação traz ao conceito de utilidade um caráter dinâmico, sendo tal dinamismo importante elemento para compreensão de problemas relacionados ao comportamento dos indivíduos, inclusive para fins da Análise Econômica do Direito.

Na lição de FIANI (2002), buscando a elaboração de um mecanismo voltado à identificação e aferição das preferências, a teoria econômica tratou de distinguir a utilidade

---

[118] POSNER, Richard Allen. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. p. 63

[119] POSNER, Richard Allen. *Economic analysis of law*. 8th ed. New York: Aspen Publishers, 2011. p. 15

[120] FIANI, Ronaldo. Teoria dos custos de transação. In KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. *Economia Industrial*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 33

em duas visões distintas, quais sejam a ordinal e a cardinal.[121] A primeira diz respeito a apuração de cada indivíduo com relação as possibilidades disponíves, sem que tal se traduza na valoração dessas possibilidades, de maneira que, se o agente econômico escolhe uma opção ao invés de outra, não significa que aquela escolhida seja muito melhor do que a preterida.[122] Em síntese, para a utilidade cardinal o indivíduo não sabe valorar a utilidade de determinado bem, mas é capaz de ordenar suas preferências. Por outro lado, a função de utilidade cardinal, ao contrário da visão ordinal, acredita ser possível quantificar o bem-estar do indivíduo. No mais, ainda que a visão cardinal seja considerada superada pela doutrina, a distinção entre as duas vertentes acaba sendo relevante para o utilitarismo quando observada na teoria do consumidor.[123]

Contudo, importa destacar que as dificuldades enfrentadas pelo utilitarismo relacionam-se ao desenvolvimento histórico da Teoria Econômica do Bem-Estar,[124] onde as divergências entre a cardinalidade e a comparação de valores notoriamente subjetivos evidenciam problemas com a utilidade como instrumento de mensuração. O desafio imposto à Teoria do Bem-estar foi o de desenvolver um método científico adequado, sem contudo buscar esteio na exigência da noção de utilidade cardinal comparável entre indivíduos.[125]

Assim, supõe-se que a totalidade das informações a respeito das utilidades individuais sejam de caráter ordinal e não sujeitos a comparações interpessoais, posto que a cada indivíduo é facultado classificar suas preferências, mas tais classificações não são comparáveis entre si.[126]

Por fim, reconhecemos a possibilidade de a sociedade, assim como os indivíduos, fazer sacrifícios com vistas à obtenção de maiores vantagens, devendo os arranjos institucionais serem pautados por esse viés maximizador de utilidade. É neste ponto que a análise da eficiência conforme os critérios de Pareto e Kaldo-Hicks acaba se cruzando com a Análise Econômica do Direito.

---

[121] FIANI, Ronaldo. Teoria dos custos de transação. In KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. *Economia Industrial*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 173.

[122] Ibid., 2002. p. 173.

[123] Ibid., 2002. p. 173.

[124] WALRAS, Léon. Elements of pure economics, or, the theory of social wealth. Translated by William Jaffé. Philadelphia: Orion Editions, 1984. p. 47

[125] NORTH, Douglass. Economic performance through time. *The American Economic Review*, n. 84, n. 3, jun de 1994. p. 359.

[126] CABALLERO GARCÍA, José. La Teoría de la justicia de John Rawls. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana, vol. 1, n. 2, 2006. p. 18.

2.4.2. Eficiência segundo critérios de Pareto e Kaldor-Hicks

Em se tratando de Análsie Econômica do Direito, não há como abordarmos o tema da eficiência sem passar pelas ideias do economista e sociólogo italiano Vilfredo Pareto, para o qual a promoção de mudanças socioeconômicas só poderá ser considerada eficiente se o cenário proposto for capaz de produzir um resultado superior ao anteriormente existente, sem que tal mudança venha a causar perdas para nenhum dos agentes econômicos envolvidos, [127] ou seja, é a *"situação em que os recursos de uma economia são alocados de tal maneira que nenhuma reordenação diferente possa melhorar a situação de qualquer pessoa (ou agente econômicos) sem piorar a situação de qualquer outra."*[128]

Nesse sentido, no que diz respeito à eficiência paretiana, devemos esclarecer que tal conceito se traduz entre os economistas como o Ótimo de Pareto.

Na lição de COOTER e ULLEN (2010), verificado o ótimo de Pareto, os agentes socioeconômicos não serão induzidos a realizar novas trocas sociais voluntariamente, o que consistiria em um ótimo social, já que a somatória das utilidades individuais seria o maior valor possível.[129]

Entretanto, a maioria dos casos em que ocorrem mudanças de cenário se resume ao surgimento de beneficiados e prejudicados, de tal sorte que o conceito trazido por Pareto pode ser considerado de baixa constatação prática. Isto posto, salienta-se a existência do conceito de eficiência nos termos de Kaldor-Hicks (ou eficiência Global), pelo qual a avaliação perpassa o reconhecimento da mudança nas situações individuais que pode ser considerada eficiente se a soma dos ganhos adicionais percebidos pelos agentes beneficiaods for suficiente para cobrir os prejuízos experimentados pelos prejudicados, mesmo que a medida compensatória não venha a ser efetivada. Trata-se, portanto, de compensação potencial, não efetiva. Os parâmetros de Kaldor-Hicks reconhecem a preferibilidade do aumento da riqueza em geral, mesmo que ocorra em detrimento do resultado individual.

---

[127] COASE, Robert Harry. *The Problem of Social Cost. The Journal of Law and Economics.* V.3. p.1-44. Chicago: *The University of Chicago Press.* Disponível em: <http://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf> Acesso em 07 de ago de 2017.

[128] SANDRONI, Paulo. *Dicionário de economia do século XXI*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008. p. 437.

[129] COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 41

Importante advertir que a mera existência de prejudicados, então, não exclui que as trocas (voluntárias, ou não) sejam mais eficientes em termos de Utilidade Global (ou eficiência Kaldor-Hicks). De fato, pode ocorrer que os favorecidos sejam induzidos, através das normas legais, por exemplo, a compensarem os perdedores, de modo que estes permaneçam na mesma posição em que estavam antes da implementação das alterações, viabilizando, dessa forma, inclusive, que modificações que inicialmente não sejam Pareto superiores, revelem-se eficientes em termos de geração de riqueza geral e, portanto, economicamente eficientes.

2.5. Os contratos incompletos

Afirmar que existem contratos incompletos é, involuntariamente, assumir a existência de contratos completos, supostamente capazes de conter em seu corpo todas as características e expectativas de uma transação, afastando, portanto, a necessidade de, durante sua execução, realizar adequações ou determinações adicionais aos direitos e obrigações *ab initio* pactuados entre as partes, posto que do instrumento constariam todos os remédios à qualquer evento futuro que possa impactar na consecução do seu objeto.

Na visão dos economistas o contato é completo quando capaz de estabelecer *"para cada possível situação atual e futura, as obrigações recíprocas das partes quanto às prestações e pagamentos*".[130] Para CATEB e GALLO (2010), trazendo essa visão ao Direito, os contratos completos *"seriam aqueles capazes de especificar, em tese, todas as características físicas de uma transação, como data, localização, preço e quantidades, para cada estado da natureza futuro"*. [131]

SZTAJN (2010), por sua vez, os define como aqueles que *"exploram todas as distinções verificáveis entre estados da natureza, quando a execução é boa tendo em vista*

---

[130] NICITA, Antonio; SCOPPA, Vincenzo, Economia dei contratti. Roma: Carocci Editore, 2005. p.17 *apud* FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.71-72, nota de rodapé 26.

[131] CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto Albeny. *Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos*. Artigo apresentado na XI Conferência Anual da Associação Latino-Americana e do Caribe de Direito e Economia 2007, p.2. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/1bw6c8s9> Acesso em: 11 nov. 2017

dificuldades das partes em distinguir todos os estados da natureza e a habilidade dos julgadores para verificar que estado ocorreu".[132]

Contudo, por meio da análise conjunta das obras de COASE e WILLIAMSON, já reconhecemos no presente estudo a existência dos custos de transação *ex ante* e *ex post* e seu impacto na elaboração e revisão dos pactos, nos sendo possível afirmar com certo conforto que, a depender de sua complexidade, as despesas incorridas para contratualmente estabelecer relação intersubjetiva endereçando todos os senões poderiam ser alçadas a patamares proibitivos, nos levando à conclusão de que, num ambiente empresarial pautado por contratações complexas, seria inviável elaborar contratos considerados completos no sentido amplo do termo.

Baseando-se em tais premissas da Análise Econômica do Direito e da Teoria dos Custos de Transação, plasmadas nas limitações cognitivas impostas ao ato de estabelecer *ex ante* soluções específicas para todo e qualquer evento que possa vir a interferir na relação contratual, alcançamos, na teoria econômica do contrato incompleto, a ideia de completude contratual como situação fictícia.

Assim, poderíamos definir contratos incompletos como "*instrumentos cujo desempenho de seus termos contratuais deixam ganhos potenciais da transação irrealizados, face às informações disponíveis para os agentes e para as cortes de justiça no momento em que o desempenho ocorre*."[133]

Conforme aponta FORGIONI, referida incompletude costuma ter como causa três elementos principais, quais sejam; a (i) *impossibilidade de prever o futuro:* mesmo que haja um estudo apurado, as partes são incapazes de antecipar as respostas ótimas aos eventos futuros; (ii) *improbabilidade do acontecimento de certos fatos;* e (iii) *imprecisão da expressão do acordo*.[134]

---

[132] SZTAJN, Rachel. Supply chain e incompletude contratual. *Systemas: Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, Campo Grande. v. 1. n. 1., p. 14, 2009. Disponível em: < https://www.yumpu.com/pt/document/view/12641767/supply-chain-e-incompletude-contratual-systemas-revista-de->. Acesso em: 10 nov. 2017

[133] CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto Albeny. *Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos*. Artigo apresentado na XI Conferência Anual da Associação Latino-Americana e do Caribe de Direito e Economia 2007, p.2-3. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/1bw6c8s9> Acesso em: 11 nov. 2017

[134] FORGIONI, Paula Andrea. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2009. p. 72.

Na lição de PENTEADO (2013), a incompletude pode ser tanto intencional, na situação *"[onde as] partes sab[iam] que podiam prever cláusulas que suspendessem ou extinguissem a eficácia do contrato conforme a verificação de determinados acontecimentos"*, quanto não intencional *"decorrente quer de racionalidade limitada, que de imprevisões concretas das partes"*.[135]

Nesse mesmo sentido, é a lição de PINHEIRO (2005), que além de reconhecer a voluntariedade ou involuntariedade da incompletude, traz algumas razões para que as partes mantenham lacunas no contrato:

> "Dois elementos, implícitos ou explícitos, de qualquer transação são a previsão dos fatores de risco que podem impedir a sua realização conforme desejam as partes e a definição de como as mesmas se ajustarão a essa ocorrência. Em tese, esses dois elementos deveriam constar explicitamente dos contratos, formais ou informais, que sustentam cada transação. Mas os contratos são, em geral, incompletos, seja porque as partes podem, inadvertidamente, esquecer de incluir alguma contingência, seja porque, propositalmente, se decide não especificar todas as possibilidades futuras no contrato. Há várias razões para se redigir contratos incompletos: por exemplo, a dificuldade de prever todas as futuras contingências, a complexidade de especificar por escrito todas as regras que prevalecerão para cada contingência que se possa prever, e a dificuldade de se observar e verificar a ocorrência de muitas contingências, para que se possa determinar se as ações contratualmente previstas devem ser colocadas em prática. É racional, pois, não ter contratos completos, ainda que haja riscos em deixar um contrato muito em aberto. O nível ótimo de lacunas contratuais dependerá dos riscos e do custo de tornar o contrato mais completo. A função da norma é, exatamente, reduzir esse risco, sem implicar custos elevados. Quando a norma é clara, certa, previsível e calculável, ela completa os contratos, na medida em que determina como proceder em diversas situações. Isso dispensa as partes de mencionarem, explicitamente, essas situações no contrato." [136]

Note-se que o autor vai além da mera constatação de que os contratos tendem a ser naturalmente incompletos, apontando razões de conveniência para tal incompletude em função do custo elevado para elaboração de um *design* contratual que considere todas os pormenores e contingências possíveis.

---

[135] PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos.* 2013. Tese (Livre Docência em Direito Privado e Processo civil) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. p.263.

[136] PINHEIRO, Armando Castelar. *Segurança jurídica, crescimento e exportações*. Texto para discussão n. 1125. Rio de Janeiro: Revista do IPEA, out. 2005, p. 7 Disponível em < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1125.pdf> Acesso em: 11 nov. 2017

Destaca-se apenas que constatadas as restrições cognitivas que permeiam as lacunas contratuais, cabe às partes se preocupar com a necessidade de readequação do equilíbrio entre prestações em razão de mudanças supervenientes das circunstâncias, sendo desejável que os acordos dessa natureza tenham em seu próprio clausulado disposições que lhe atribuem certo grau de flexibilização.

Ademais, problema recorrente das lacunas contratuais é o espaço deixado para que as partes passem a agir oportunisticamente. Parte do fenômeno pode ser constatado tendo em vista os contratos que são levados à apreciação pelo Poder Judiciário em função da compreensão unilateral que seu desempenho tenha sido aquém do esperado, ainda que tal insatisfação tenha ocorrido em momento posterior à sua conclusão. Não fossem os contratos incompletos, tal comportamento não ético seria endereçado na própria elaboração do instrumento. Nesse sentido, ZYLBERSZTAJN (2008), afirma que *"[s]e pudéssemos desenhar contratos completos, não existiria problema para as organizações se estruturarem e os problemas gerados a partir do comportamento não ético seriam antecipados e tratados com cláusulas de salvaguarda."*[137]

Entretanto, importante reconhecer que os agentes econômicos contratualmente vinculados não possuem informações certeiras a respeito da forma em que se dará o cumprimento do contrato e se este irá ser executado em conformidade com o inicialmente estipulado. Esse grau de incerteza pode tanto decorrer de características objetivas, tais como o investimento em ativos específicos ou subjetivas, como a racionalidade limitada e o oportunimos contratual que serão abordados em seguida.

Afirma-se, portanto, que a teoria dos contratos incompletos envolve as imperfeições surgidas na fase pré-contratual que, se não endereçadas (seja por desconhecimento, seja por vontade deliberada) antes da celebração, acabam ficando de fora das disposições contratuais e sujeitam as partes à necessidade de readequação ou resolução do acordo, sendo certo que, em geral, o grau de incompletude contratual é diretamente proporcional ao grau de complexidade e tempo de duração do vínculo.[138]

---

[137] ZYLBERSZTAJN, Decio. Organização ética: um ensaio sobre comportamento e estrutura das organizações. *Revista de Administração Contemporânea.*, Ago 2002, vol.6, no.2, p.130. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rac/v6n2/v6n2a08.pdf> Acesso em: 15 ago 17

[138] BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Milão: Cedam, 2000. p. 94

2.5.1. Assimetria de Informação, racionalidade limitada e oportunismo

Conforme asseverado anteriormente, é por meio das negociações privadas, fruto do exercício das liberdades individuais, que a sociedade, representada em cada relação contratual pelos indivíduos que dela participam, busca alcançar a maximização da utilidade e níveis mais elevados de eficiência e bem-estar. Por outro lado, na contramão dessa busca encontram-se as falhas de mercado.

A assimetria de informação consiste em uma falha nas transações (ou falha de mercado) derivada das disparidades no acesso, uso ou apropriação de informações relevantes para determinada transação econômica. Sendo que essa informação, de natureza qualitativa ou quantitativa, refere-se ao objeto que se está a transacionar e gera impacto na percepção que as partes têm a respeito de seu valor presente ou futuro. Os problemas que surgem a partir da assimetria de informação são passíveis de serem observados tanto nas relações entre particulares quanto naquelas que envolvem o poder público, podendo implicar reflexos prejudiciais às partes.

Referida falha de mercado explica grande parte das reações institucionais[139] que podem ser observadas na sociedade. Por serem alavancas de incentivo (ou desincentivo) os arranjos institucionais, tanto aqueles relacionados à infraestrutura legal quanto à própria organização estatal e política, podem causar impactos, positivos ou negativos, no desenvolvimento da sociedade onde produzem reflexos. Na lição de NORTH (1992) *"Efficient markets are a consequence of institutions that provide low-cost measurement and enforcement of contracts at a particular moment (…). Essential to efficiency over time are institutions that provide economical and political flexibility to adapt to new opportunities"* [140]

Ressalta-se que as questões envolvendo o fenômeno da assimetria informacional foram inicialmente identificadas e detalhadas por AKERLOF em seu premiado artigo "*The*

---

[139] Na lição de Douglass North: "Institutions consist of formal rules, informal constraints (norms of behavior, conventions, and self-imposed codes of conduct), and the enforcement characteristics of both. In short, they consist of the structure that humans impose on dealing with each other."(NORTH, Douglass C. *Transactions Costs, Institutions and Economic Performance*. San Francisco: International Center for Economic Growth Press. 1992. p. 9)

[140] NORTH, Douglass C. Transactions Costs, Institutions and Economic Performance. San Francisco: International Center for Economic Growth Press. 1992. p. 9

Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism",[141] onde ponderou a respeito da impossibilidade dos compradores de automóveis usados identificarem e diferenciarem aqueles de boa qualidade (*plums*) de outros cuja qualidade era duvidosa (*lemons*).

AKERLOF (1970), asseverou que a disparidade de informações entre vendedores e compradores resultava em impacto nos preços do mercado. Conquanto ainda houvesse interesse na aquisição de automóveis usados, a consequente impossibilidade dos compradores diferenciarem a qualidade dos bens ofertados (tendo em vista os altos custos para fazê-lo) fazia com que os valores de venda caíssem, determinando uma espécie de média de preços entre *lemons* e *plums.*

Ato contínuo, AKERLOF continua suas ponderações concluindo que essa redução ao preço médio agiria como mecanismo de desincentivo aos proprietários de automóveis de boa qualidade (e que possuem a totalidade das informações necessárias para qualificar o bem como de boa qualidade), posto que não estariam dispostos a se desfazer de seus veículos por valor inferior ao de avaliação.

Estressando essas constatações, o modelo apresentado por AKERLOF dá conta de que essa sucessão de desincentivos faria com que fossem expulsos do mercado os carros de boa qualidade o que, por consequência, resultaria em uma redução no preço médio dos automóveis que nele permanecessem, até o limite onde, dentre os usados à venda, só restassem carros em más condições, que, ao não encontrar compradores, levaria ao colapso do mercado. No entanto, a despeito dessas ponderações, o mercado de carros usados existe.

O que se verifica nesse mercado é, justamente, a tentativa constante de redução da assimetria informacional entre compradores e vendedores. Seja ela obtida por meio de agentes certificadores de procedência e qualidade, que agem como terceiros independentes às transações que se pretende concluir ou, ainda, a oferta pelo vendedor de prazos mais extensos de garantia, que não resultam em redução da assimetria de informações propriamente dita, mas colocam o comprador em uma posição mais segura para concluir em que condições se encontra aquele veículo. A finalidade almejada é a redução da disparidade entre as partes e a criação de uma estrutura capaz de limitar a adoção de condutas oportunistas.

---

[141] AKERLOF, George Arthur. *The Market for "Lemons"*: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. The Quaterly Journal of Economics. vol. 84, n.3. ago 1970. Disponível em: < https://www.jstor.org/stable/1879431?seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em 25 set 2016

Destaca-se que o exemplo do supracitado artigo é excelente para apresentar a questão. Contudo, a assimetria de informação não é restrita à compra e venda de automóveis, muito pelo contrário. Transportando de forma genérica os conceitos aplicados no exemplo de AKERLOF para outros mercados, conclui-se que para haver alocação ótima de recursos todos os agentes do mercado deveriam ter acesso à totalidade das informações a respeito dos bens ou serviços nele disponibilizados. Havendo distorções na quantidade e qualidade das informações que cada agente detém, abre-se espaço para distorções de preço e alocação ineficiente de recursos, permitindo que uma das partes possa aproveitar-se das circunstâncias para obter vantagens indevidas.

Conforme a lição de ROPPO trazida em tópicos anteriores, o contrato é terreno para confronto e choque de egoísmos privados, posto que a cada parte usualmente interessa resguardar seus interesses, sendo certo que a substituição desse comportamento naturalmente egoísta por uma conduta cooperativa seria capaz de prover ganhos de eficiência às transações, maximizando resultados e aumentado o bem-estar social.

Assim como a ainda incipiente influência da Análise Econômica do Direito no Brasil, a percepção dos problemas que decorrem da assimetria informacional não tem recebido a atenção que merece por parte do meio jurídico. Mesmo que essa situação tenha melhorado nos últimos anos em razão da hipercomplexidade das relações contratuais, a alta competitividade do mercado e a cada vez maior necessidade de otimização de custos e alocação eficiente de recursos, há um longo caminho a ser trilhado para que haja o reconhecimento de que sua relevância é campo fértil para a evolução do Direito Comercial, especialmente quando relacionado ao estudo dos contratos interempresariais. Ademais, compreende-se a informação assimétrica como sendo gênero comum a duas espécies distintas de condutas, quais sejam a Seleção Adversa (*Adverse Selection*) e o Risco Moral (*Moral Hazard).*

Enquanto a primeira decorre de situações onde a assimetria informacional leva à modificação da conduta pré-contratual em razão do agente econômico não ser capaz de diferenciar, de antemão, a qualidade dos bens ofertados ou serviços, sendo uma questão, portanto, de informação oculta (*Hidden Information*),[142] o segundo existe em função da dificuldade, ou impossibilidade, da parte de verificar o comportamento da contraparte

[142] No exemplo de AKERLOF, a assimetria de informação entre compradores e vendedores de automóveis (que resulta da redução do preço médio dos veículos), faz com que os bens de boa qualidade sejam retirados do mercado. Daí o nome “Seleção Adversa”.

durante a fase de cumprimento contratual (*Hidden Action*) ou, conforme sintetizam PINDYCK e RUBINFELD (2006) verifica-se o risco moral "*[q]uando uma parte apresenta ações que não são observadas e que podem afetar a probabilidade ou a magnitude de um pagamento associado a um evento*."[143] Desta feita, tem-se que o risco moral se faz presente nas situações em que os resultados esperados (ou riscos alocados) pelo contratante[144] dependem das ações do contratado durante a execução do contrato.

Ademais, dessa breve conceituação, da assimetria informacional derivam outros subconceitos, tais como o da informação privada, que representa dados ou conhecimentos detidos por apenas uma das partes em razão de conhecimentos técnicos ou profissionais específicos, ou mesmo decorrentes de experiências pessoais passadas entre outras fontes legítimas de gestão do conhecimento.

Por sua vez, outro problema relevante refere-se ao reconhecimento da racionalidade limitada dos agentes econômicos. Nesse ponto, a título de exemplo, imagina-se as seguintes situações: 1) baseada na experiência de seus gestores e buscando melhorar seus resultados, determinada organização inicia um trabalho de auditoria interna para identificar pontos de melhoria em seus processos, sendo que tais levantamentos, a um custo de $50, geram uma expectativa de redução de custos de produção na ordem de $250. Um benefício, portanto, de $200; e 2) determinado indivíduo decide atravessar um pátio vazio e, ao invés de percorrer seu perímetro, prefere utilizar um caminho em diagonal a fim de chegar ao destino pretendido andando menos.[145]

É por meio de decisões racionais que uma organização ou indivíduo busca a maximização de sua função utilidade (melhor explorada no item 2.4) em uma determinada situação, sendo certo que o processo decisório ideal é formado pelo ajustamento deliberado e consciente dos meios e fins.[146] WILLIAMSON (1985) defende existirem graus distintos de racionalidade, dividindo-a em três tipos, quais sejam: forte, limitada (ou semiforte) e fraca. Para o autor, no âmbito da teoria econômica neoclássica, que pressupõe que os agentes

---

[143] PINDYCK, Robert Stephen; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 6.ed. Tradução de Eleutério Prado, Thelma Guimarães; revisão técnica de Angelo Costa Gurgel, Edgard Monforte Merlo. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006. p. 539.

[144] O exemplo clássico para identificação do risco moral relaciona-se aos contratos de seguro, quando um segurado, após a contratação da apólice, deixa de tomar os cuidados necessários à manutenção do risco dentro dos limites aferidos pela seguradora com base no questionário de adesão.

[145] Propositadamente ambos exemplos envolvem situações em que não há envolvimento com terceiros. Tratam-se de decisões unilaterais, em situação unilateral com benefícios unilaterais.

[146] BAZERMAN, Max Hal; SCHOORMAN, F. David. A limited rationality model of interlocking directorates. *The Academy of Management Review*, v. 8, n. 2, p. 206-217, Apr. 1983.

detêm, de forma completa, todas as informações necessárias, a racionalidade é forte. Os dois exemplos acima servem para ilustrar tomadas de decisão consciente, mas que divergem entre si quanto ao grau de consciência.

No primeiro, a organização possui informação, consubstanciada na percepção prática decorrente da experiência dos gestores, de que existe possibilidade de reduzir seus custos em $250. Entretanto, nem a organização, nem seus gestores, sabem exatamente o que precisa ser feito para capturar integralmente essa redução, havendo, portanto, uma limitação na informação disponível, a qual tem custo de obtenção $50.

Nesse cenário justifica-se o início da auditoria porque o custo para obtenção das informações impacta no resultado final, mas não o inviabiliza. Decisão diferente poderia ser tomada se, por exemplo se o custo da auditoria fosse $250 e o benefício de apenas $50, demonstrando-se que a racionalidade limitada não é fator que obrigatoriamente inibe a efetivação das transações.

Ademais, caso os mesmos gestores tivessem plena consciência a respeito de quais medidas deveriam ser adotadas para maximização dos seus resultados sequer haveria necessidade de realizar a auditoria, bastaria a adoção direta dos procedimentos necessários e a captura integral do benefício ($250).[147]

No segundo exemplo, ainda que não se trate de decisão econômica propriamente dita, porém ainda assim capaz de aumentar a função utilidade, todas as informações necessárias para maximização do resultado estão disponíveis. Considerando que o pátio está vazio, basta que o indivíduo lance o olhar para o destino e será capaz de identificar o caminho mais curto. Sequer há de se ponderar que a decisão de adotar esse traçado exigiria indispensável conhecimento matemático e a noção teórica de que a distância mais curta entre um ponto A e um ponto B é uma reta. O custo de obtenção da informação a respeito do caminho mais breve é zero e maximização da utilidade atinge grau ótimo.

Aplicando aos exemplos a proposta de gradação trazida por WILLAMSON, não restam dúvidas de que o grau de racionalidade do homem que atravessa o pátio é forte enquanto o da organização que busca reduzir seus custos de produção é limitado ou fraco. Outrossim, é evidente que quanto mais complexa a transação, maior a dificuldade em ter pleno conhecimento das informações a ela pertinentes e, via de consequência, maiores os custos para obtê-las. Em um ambiente social pautado pela hipercomplexidade de contratos,

---

[147] Assumindo não haverem custos adicionais para implementação dos procedimentos necessários.

como ocorre hodiernamente, o fenômeno da racionalidade limitada é corriqueiro e a ocorrência de contratos incompletos é relevante.

SIMON (1980), por sua vez, preceitua que não existem escolhas racionais, posto que aos indivíduos faltam informações completas bem como habilidade intelectual capaz de processar, de modo perfeito, os dados que lhe são disponibilizados.[148] Tal afirmação traz consigo a definição da racionalidade limitada ao criticar a incapacidade inata do ser humano em ser onisciente. O gestor do nosso exemplo não tem pleno conhecimento das alternativas alocativas que resultarão na maximização dos resultados.

A racionalidade é limitada por que o ser humano possui capacidades cognitivas (para reconhecer, buscar, selecionar e processar informações) não perfeita e completa, e, ainda conforme SIMON: *"o ser humano é intencionalmente racional, mas somente de forma limitada",*[149] e:

> "Em comportamento administrativo a racionalidade limitada é caracterizada como uma categoria residual – a racionalidade é limitada quando lhe falta onisciência. E a falta de onisciência é fruto, principalmente, de falhas no conhecimento das alternativas, incerteza a respeito de eventos exógenos relevantes e inabilidade no cálculo de suas consequências"[150]

Ademais, conforme assevera FORGIONI (2009), *a concepção da racionalidade limitada não nega o pressuposto de que os agentes econômicos são racionais, porém afirma que exercem essa racionalidade dentro das inapeláveis fronteiras impostas pela condição humana e pelo contexto em que se inserem."*[151]

De acordo com DEQUECH (2001) *"a expressão 'racionalidade limitada' é também usada para denotar o tipo de racionalidade a que pessoas (ou organizações) se referem quando o ambiente na qual elas operam é demasiadamente complexo quando*

---

[148] SIMON, Herbert Alexander. *A racionalidade do processo decisório em empresas.* Rio de Janeiro: Multipl. v. 1, n. 1, 1980, p.42

[149] SIMON, Herbert Alexander. *Administrative behavior:* a study of decision-making processes in administrative organization. 2. ed. New York: Macmillan, 1957. p. 24

[150] Ibid.,1980. p. 42).

[151] FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.68-69

comparado às suas capacidades e habilidades mentais",[152] sendo a incompletude, portanto, elemento inevitável na elaboração de contratos complexos.[153]

Pontua-se que uma vez reconhecida a limitação cognitiva das partes, a constatação de que existem lacunas involuntárias na contratação está condicionada à ocorrência de evento não previsto - ou mesmo a percepção da possibilidade de ocorrência - durante o curso do contrato. Sendo certo que o transcurso *in albis* do prazo de vigência de uma relação contratual, sem que ocorram eventos ensejadores de reforma nas disposições contratuais, não é suficiente para elevar o "grau de completude" do contrato, posto não ser possível assumir a racionalidade ilimitada em função do mero acaso.

Ademais, referidas lacunas inerentes às contratações complexas podem não ser (e comumente não são) simultaneamente notadas por todos os agentes envolvidos, o que acaba gerando espaço para serem exploradas de forma oportunista.[154] O comportamento oportunista, conforme definido por WILLIAMSON (1985), consiste em ação intencional *"em que os agentes econômicos buscam os seus próprios interesses nas transações, agem em benefício próprio aproveitando-se de lacunas ou omissões contratuais em detrimento dos parceiros"*[155], manifestado por meio da *"manipulação estratégica da informação ou falseamento das intenções"*.[156]

Entretanto, segundo JOHN (1984) *apud* SILVA e BRITO (2011), a complexidade das condutas dessa natureza é tamanha, e tão intrínseca a parâmetros subjetivos, que nem sempre agentes do mercado agem com esse viés em situações equivalentes.[157]

---

[152] DEQUECH, David. Bounded rationality, institutions, and uncertainty. *Journal of Economic Issues*, v. 35,n. 4, dez. 2001 p. 912-913. Disponível em < https://www.jstor.org/stable/4227723?seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em: 10 dez 2017

[153] WILLIAMSON, Oliver Eaton. *Transaction cost economics*: an introduction. 2007. p. 9. Disponível em: <http://www.economics-ejournal.org/economics/discussionpapers/2007-3>. Acesso em: 10 dez 2017

[154] Ibid., 2007. p. 9-10

[155] WILLIAMSON, Oliver Eaton *The economic institutions of capitalism*: firms, markets, relational contracting New York: Free Press, 1985. p. 47

[156] WILLIAMSON, Oliver Eaton. *Markets and hierarchies*: analysis and antitrust implications. New York: Free Press, 1975. p.26

[157] JOHN, G. An empirical examination of some antecedents of opportunism in a marketing channel. Journal of Marketing Research, v. 21, p. 278-289, 1984 *apud* SILVA, Adilson Aderito da; BRITO, Eliane Pereira Zamith. *Incerteza, Racionalidade Limitada e Comportamento Oportunista*. Revista de Administração Mackenzie, v. 14, n. 1 • São Paulo, jan./fev. 2013

WILLIAMSON (1985) argumenta que sua manifestação se dá de forma relevante quando o indivíduo utiliza meios não ortodoxos para atingir seus objetivos.[158]

Para FORGIONI (2009) importante observar que do agente econômico não se pode esperar condutas exclusivamente altruístas, mas o respeito às normas próprio do "*homem ativo e probo"*, [159] e continua:

> "O agente econômico é naturalmente egoísta. Sem prejuízo da possibilidade ou probabilidade de cooperação, nos contratos empresariais é de se assumir que, se houver chance e for economicamente vantajoso, cada qual situará o seu escopo adiante daquele do parceiro"[160]

Em sintonia com FORGIONI, ARAÚJO (2007), ensina que:

> "o oportunismo, e mais ainda o oportunismo impune, é lesivo da eficiência das trocas contratuais, traduzindo uma atitude de má fé e de desprezo pela autonomia privada e pela intenção jurígena das partes num contrato, justificando-se por isso mesmo como medida promotora de eficiência, susceptível de promover a expansão das trocas e dos investimentos de confiança no seio desses vínculos contratuais"[161]

É pressuposto da racionalidade limitada a expectativa de que a partir da efetivação da transação os agentes irão cumprir integralmente os termos previamente acordados[162], sem que isso se traduza em ignorância quanto ao egoísmo na busca de seus próprios interesses. Entretanto, é virtualmente impossível elaborar contratos completos, e, das contingências não previstas, emergirão as lacunas contratuais que, sujeitas às ações oportunistas, demandarão adaptações e reformas em seus dispositivos[163] ou, não sendo possível, a judicialização das questões para a manutenção ou extinção do vínculo.

---

[158] Tais quais mentir, roubar ou trapacear, ou, ainda, voluntariamente distorcer ou fornecer informações incompletas com a intenção de confundir a contraparte.

[159] FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 101, ao abordar a boa-fé no Direito Comercial.

[160] Ibid., 2009. p. 112.

[161] ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 637-638

[162] Tal afirmação em sentido oposto levaria à conclusão de não haveriam contratações.

[163] BEGNIS, Heron Sergio Moreira; ESTIVALETE, Vania de Fátima Barros; PEDROSO, Eugênio Avila Confiança, comportamento oportunista e quebra de contratos na cadeia produtiva do fumo no sul do Brasil. *Gestão & Produção*, São Carlos, v. 14, n. 2, maio-ago 2007. p. 313. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/gp/v14n2/08.pdf> Acesso em: 12 nov 2017

Soma-se as considerações a respeito do oportunismo *ex post* contratações envolvendo ativos específicos, definidos por FARINA (1997) *"como aqueles que não são reempregáveis a não ser com perda de valor*".[164] Tal especificidade, quando acompanhada do oportunismo e da incompletude dos contratos, faz com que os riscos atrelados aos investimentos nesses ativos sejam aumentados exponencialmente, assim como as questões relativas à sua adaptação e os custos de transação correlatos. Sendo a especificidade uma particularidade do ativo que se relaciona diretamente com o seu valor e relevância para o vínculo contratual a que se destina. Quanto maior a especificidade, maior deverá ser a preocupação das partes com a redação do contrato.[165]

Assim, destaca-se que as questões envolvendo a especificidade de ativos perpassam pela constatação de que, tendo sido feito o investimento, parte e contraparte passam a se relacionar *de uma forma exclusiva ou quase exclusiva*[166], conforme aponta FIANI (2002), a especificidade de ativos eleva o risco relacionado ao oportunistmo. Não fosse essa característica de exclusividade, em caso de conduta oportunista, seria mais simples desvencilhar-se da relação e buscar outra contraparte no mercado.[167]

Nesse ponto, concluímos que mesmo se o afastamento das falhas relativas a assimetria informacional ou racionalidade limitada como fonte de incompletude contratual fosse factível, permaneceríamos com um terceiro elemento, qual seja o oportunismo, capaz de desviar o comportamento cooperativo esperado das relações contratuais de longo prazo, que deveriam ser pautadas pelo incremento da confiança mútua entre os agentes.[168]

Portanto, verifica-se que os problemas advindos da informação assimétrica podem ser constatados tanto durante a formação do contrato quanto em sua execução, cabendo ao

---

[164] FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim; SAES, Maria Sylvia Macchinoe. *Competitividade*: mercado, estado e organizações. São Paulo: Singular, 1997. p. 84

[165] POHLMANN, Marcelo Coletto. et al. Impacto da especificidade de ativos nos custos de transação, na estrutura de capital e no valor da empresa. In *Revista Contabilidade & Finanças*. Universidade de São Paulo, São Paulo, Edição Especial, 30 junho 2004. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/rcf/v15nspe/v15nspea02.pdf> Acesso em 03 set 2017. p. 27.

[166] POHLMANN, Marcelo Coletto. et al. Impacto da especificidade de ativos nos custos de transação, na estrutura de capital e no valor da empresa. In *Revista Contabilidade & Finanças*. Universidade de São Paulo, São Paulo, Edição Especial, 30 junho 2004. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/rcf/v15nspe/v15nspea02.pdf> Acesso em 03 set 2017.. p.27

[167] FIANI, Ronaldo. Teoria dos custos de transação. In KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. Economia Industrial. 2a. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p. 272.

[168] NATAL, Tatiana Esteves. A teoria dos contratos incompletes e a natural incompletude do contrato de concessão. Rio de Janeiro, 2014. p.14. Disponível em: <http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/004_056_TATIANA_ESTEVES_NATAL_10082009-17h08m.pdf> Acesso em 10 dez 2017

direito contratual, notadamente quando inserido no âmbito das transações mercantis, reprimir os efeitos nocivos reflexos, dando pano de fundo ao incremento da eficiência econômica e aumento da sensação de bem-estar, seja individual ou coletiva.

2.5.2. Incompletude jurídica e incompletude econômica

Por oportuno, entendemos pela pertinência da distinção entre os conceitos de incompletude jurídica e econômica, posto que capaz de ampliar os horizontes da compreensão da teoria dos contratos incompletos.

O Direito entende a incompletude como a não determinação adequada de todas as obrigações que deveriam ter constado do contrato (ou do intrumento contratual) e que, por essa razão, tendem a facilitar a ocorrência de disputas. Destaca-se, portanto, que na visão dos juristas a incompletude deve ser associada à percepção intelectual de insuficiência.

Por outro lado, a Economia reconhece o sentido jurídico de insuficiência contratual, contudo complementa tal sentido distinguindo as situações onde as partes deliberadamente optaram por manter o acordo incompleto (incompletude estratégica) ou não dotá-lo de certeza aboluta porque economicamente inviável (incompletude estrutural).

Neste sentido, aproveitamo-nos da liçao de ARAÚJO (2007):

> O conceito de inacabamento contratual tem conotações bem distintas para o Direito e para a Economia. Em termos jurídicos trata-se geralmente de um mal, a insuficiente especificação das obrigações emergentes do contrato, com tendência a repercutir em níveis socialmente indesejáveis de litigiosidade e de litigância. O sentido econômico engloba naturalmente esse sentido jurídico, acrescentando-lhe ao menos dois outros: o do inacabamento deliberado ou estratégico [...] e o do inacabamento estrutural, ou seja, aquela margem inerradicável de incerteza que sempre acompanha as relações contratuais não-instantâneas, e que seria fisicamente impossível ou economicamente impraticável tentar resolver (aquilo que o próprio Direito acaba por reconhecer ao admitir para todos os contratos, independentemente do respectivo grau de acabamento, situação de alteração das circunstâncias e de impossibilidade superveniente).[169]

Deste modo, ao contrato incompleto não caberia regular de forma explícita uma parcela de aspectos da relação por pura impraticalidade decorrente da racionalidade limitada

---

[169] ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Lisboa, Almedina, 2007. p 156

dos agentes. A compreensão jurídica permanece apartada da visão dos economistas em razão dos últimos entenderem a incompletude como o não esgostamento das ações e contingências atribuíveis a todas as partes em qualquer situação possível.[170] Na mesma esteira, GUERINONI (2007) complementa a assertiva:

> A incompletude assume duas acepções: uma econômica e outra mais propriamente jurídica; por incompletude econômica do contrato se entende, em particular, a circunstância de que o contrato não disciplina todas as "possibilidades" [...], não liga as ações das partes a todas as possíveis contingências; nesse caso, assim, não é necessário – para demonstrar a incompletude do negócio, que o contrato apresente uma lacuna, sendo suficiente que o acordo inicial não tenha previsto uma circunstância capaz de influir nos ganhos esperados de uma das partes [...] A incompletude na acepção econômica é estritamente ligada ao problema da assunção, por parte dos contraentes, dos riscos inerentes ao contrato.[171]

Para SZTAJN (2009) , a constatação de lacunas jurídicas não possui relação com a escolha voluntária das partes em não pautar, antecipadamente e exaustivamente, as contingências econômicas que poderão ser impostas à relação, e continua a autora:

> "A incompletude econômica pressupõe incapacidade fisiológica do contrato e dos contratantes de lidar com todas as modificações de circunstâncias posteriores à sua conclusão. A jurídica pressupõe que eventuais lacunas, mesmo as involuntárias, serão completadas por normas supletivas, princípios gerais de direito, interpretação, e integração, razão pela qual o contrato incompleto o é enquanto não interpretado ou integrado. Assim, se há instrumentos para completar o contrato, a discussão parece vazia ainda que os estados da natureza mudem. Mas, quando as lacunas deliberadas se destinarem a incentivar negociação futura, facilita-se que cada parte decida, de maneira ótima, em relação a cada evento, tornando mais eficientes as alocações de recursos."[172]

Assim, o contrato juridicamente incompleto só existiria enquanto não fosse submetido à revisão ou interpretação, que idealmente não deveria ser feita por terceiros, tendo em vista que a assimentria informacional possa ocasionar distorções na alocação de riscos conforme originalmente pactuada.

---

[170] BELLANTUONO, Giuseppe. *Analisi economica del diritto*. Trento: Uni-service, 2005. p.62

[171] GUERINONI, Ezio. *Incompletezza e completamento del contratto*. Milano: Giuffrè, 2007.

[172] SZTAJN, Rachel. Supply chain e incompletude contratual. *Systemas: Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, Campo Grande. v. 1. n. 1., p. 26, 2009. Disponível em: < https://www.yumpu.com/pt/document/view/12641767/supply-chain-e-incompletude-contratual-systemas-revista-de->. Acesso em: 10 nov. 2017

Por fim, com base na distinção apresentada bem como o quanto exposto até então, resta evidente que a incompletude contratual possui intensa relação com o fenômeno da gestão de riscos entre partes contratantes.

3. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Até a promulgação do Código Civil de 2002, que se ocupou de unificar o direito das obrigações, as questões relativas ao direito obrigacional constatavam tanto do Código Bevilácqua, de 1916 quanto do Código Comercial, de 1850, sendo certo que as discussões a respeito dessa unificação foram tão relevantes quanto aquelas que, no final do século XIX, argumentavam contra ou a favor da autonomia do direito comercial face ao direito civil, no âmbito do privado.

Contudo, em que pese o código Reale ter formalizado a concentração das normas obrigacionais, tornando-as aplicáveis indistintamente aos diversos tipos contratuais, os juristas brasileiros continuam apontando características específicas do direito contratual comercial.[173]

Salienta-se, por oportuno, que o desenvolvimento dos contratos no âmbito das relações de mercado ocorre *pari passu* ao desenvolvimento econômico. Na clássica dicção de MENDONÇA (1962), a teoria das obrigações recebe "*continuamente o choque das novas ideias sociais*",[174] e isso, conforme complementa MARTINS (2010), resulta na adaptação das regras gerais de direito civil em função do impacto da realidade econômica.[175]

Nesse ponto, ao abordar a aplicação de princípios do direito comum ao trato mercantil, FERREIRA (1966) afirma a importância de relativizá-los de sobremaneira que, nas relações entre comerciantes, "*[h]á de obedecer, então, aos [princípios] da lei comercial. Ou aos usos e costumes mercantis*".[176] Essas considerações preliminares já se prestam a dar o tom acerca das diretrizes relativas a utilização das normas de direito civil nas relações contratuais comerciais, sendo necessário, entretanto, antes de darmos seguimentos aos critérios interpretativos, identificarmos as especificidades dos vínculos mercantis.

Apesar da afirmação acima, ressalte-se que inexiste consenso a respeito de uma identificação distintiva e segregadora entre os contratos comerciais e os contratos em geral. Para FORGIONI, a classificação de um contrato como comercial exige "*que o vínculo*

---

[173] MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado De Direito Commercial Brasileiro*, v. VI, 1ª parte. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, p. 255.

[174] Ibid., 1962. p. 228-229.

[175] MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 60.

[176] FERREIRA, Valdemar. *Tratado de Direito Comercial*, 4º v. São Paulo: Saraiva, 1966, p. 12-13.

jurídico seja estabelecido exclusivamente entre empresas".[177] VERÇOSA (2011), por sua vez, afirma que *"os contratos empresariais são aqueles nos quais uma das partes é empresário ou pessoa não caracterizada como consumidor",*[178] agregando à questão o reconhecimento da caracterização, como consumidor, do destinatário final de um bem ou serviço, não importando tratar-se de pessoa jurídica.

Não obstante a extensão do conceito trazido por VERÇOSA para destacar da relação comercial o "empresário-consumidor", tem-se que a constatação da atuação profissional organizada e direcionada à obtenção de lucro – signos distintivos da atividade empresarial – têm sido considerada para afastar a aplicação das regras contratuais do diploma consumerista aos acordos empresariais, uma vez que a principal característica que nos permite identificar uma relação de consumo, qual seja a impossibilidade de discussão do clausulado (*"take it, or leave it"*) geralmente não se faz presente nos contratos empresariais. A necessidade de tutela especial do Código de Defesa do Consumidor não deve ser presumida.[179] Destaca-se, apenas, que não se está a criticar a lição de VERÇOSA, pelo contrário, a presente digressão se presta apenas a evidenciar que os termos utilizados no conceito acima não o foram de forma vazia e sem propósito.

Por sua vez, a distinção dos contratos comerciais passou do subjetivismo das Corporações de Ofício para o objetivismo do código Napoleônico, seguido do conceito de atividade empresarial trazido pelo *codice civile* Italiano de 1942,[180] [181] passando a atividade empresária a ser reconhecida pela presença de elementos relacionados ao exercício da atividade econômica com assunção dos riscos a ela relacionados, ao profissionalismo direcionado à obtenção de lucros, e à organização dos fatores de produção, tudo devidamente previsto nos respectivos diplomas legais.

---

[177] FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais.* SãoPaulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 30.

[178] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Malheiros, 2004, 4 v. 2011. p. 43.

[179] GARCIA, Ricardo Lupion. Interpretação dos contratos empresariais: sem fobia e sem idolatria. Revista AJURIS. v. 41. n. 135, setembro 2014. p. 411 Disponível em < www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/342/277> Acesso em 21 dez 2017

[180] Apesar de o *Codice Civile* não definir o termo "empresa", seu conceito no direito italiano pode ser extraído da análise combinada dos artigo 2.082 e 2.555, que resulta na conclusão de que empresa pode ser definida como sendo a atividade economica direcionada à produção ou troca de bens ou serviços, que uma pessoa (empresário) exerce profissionalmente através de um conjunto de bens organizados de acordo com essa atividade.

[181] A evolução do Direito Mercantil será melhor abordada no ponto 3.3., destinado à abordagem relativa ao usos e costumes.

No mais, para fins do presente estudo serão considerados como comerciais os contratos em que seja verificado a presença compartilhada de risco, devidamente compensado pelo "*escopo de lucro bilateral*".[182]

Outrossim, ENGRÁCIA ANTUNES (2007) também trata de estabelecer os critérios para a qualificação de uma obrigação como comercial ou civil, argumentando que a *praxis* dos negócios empresariais "*constitui o protagonista central da esmagadora maioria dos contratos atinentes à vida econômica hodierna*"[183]

Ademais, ressalte-se a proposta de AZEVEDO (2008) a respeito da dicotomia contratual do século XXI, que aparta as classes contratuais entre "*contratos de lucro*" (empresariais) e "*contratos existenciais*", advogando em favor da especificidade dos contratos empresariais no que tange aos limites de sua interpretação pelo poder judiciário:

> [...] estou propugnando por uma nova dicotomia contratual – contratos existenciais e contratos de lucro, a dicotomia do século XXI – porque essas duas categorias contratuais não devem ser tratadas de maneira idêntica na vida prática. Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. As pessoas naturais não são "descartáveis" e os juízes têm que atender à suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, "descartadas", do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro, a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões; o princípio *pacta sunt servanda* tem que ter aí força." [184]

Por fim, conclui-se pelo enquadramento dos contratos empresariais em categoria autônoma, na qual as regras de interpretação devem levar em conta a autodeterminação e autorresponsabilidade do contratante, posto que cabe esperar do empresário um patamar de diligência correspondente ao profissionalismo que lhe deveria ser peculiar, não sendo

---

[182] FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais.* SãoPaulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 46-47.

[183] ENGRÁCIA ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima. *Contratos Comerciais:* Noções Fundamentais. In: Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, volume especial. Lisboa: Universidade Católica Editora Unipessoal, 2007. p. 18

[184] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 9, n. 34. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2008. p. 304-305.

aceitável que o direito, no que tange a interpretação dos contratos comerciais, dê guarida à falta de diligência que ensejou a inclusão de disposições contratuais que, *ex post*, se mostraram inconvenientes.[185]

3.1. Autonomia privada e *pacta sunt servanda*

No intuito de conceituarmos a autonomia privada socorremo-nos das lições de PERLINGIERI (2008), que parte de dois elementos chave para sua identificação, quais sejam a forma como se encontra estabelecido o ordenamento jurídico e a experiência local. Destacados esses elementos, enquanto o primeiro diz respeito à delimitação do grau de intervencionismo em que irá se pautar o Estado, o segundo se baseia na adequação dos modelos de autonomia privada conforme evoluem junto às demandas sociais.[186] Assim, inexiste uma unicidade de conceitos a respeito da autonomia privada ou um aspecto único para sua identificação, podendo ser considerada um *poder jurídico*, um *princípio*, ou um *critério interpretavivo*[187].

Antes de identificada como autonomia privada, a autonomia da vontade encontrava-se no centro do fervor libertário que permeou os ordenamentos jurídicos durante o século XIX, com base na qual "*o homem poderia decidir se quer ou não contratar; com quem quer contratar; o que quer contratar; [e] como quer contratatar.*"[188]

Contudo, as diretrizes que floresceram nos longos anos que sucederam a promulgação do *Code Civil* francês não permaneceram inabaladas quando do início do século XX, ocasião em que a Primeira Grande Guerra, a Revolução Bolchevique e o desenvolvimento do capitalismo financeiro impactaram no "Estado Liberal", posto que o interesse social passou a ser mais valorizado que o interesse individual, deixando a intervenção estatal a condição de exceção à regra.[189] Conforme sintetizado por

---

[185] BENJAMIN, Antônio Herman. O conceito jurídico de consumidor. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 628, p. 77.

[186] PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Trad. Maria Cristina de Cicco – Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 334

[187] AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 348.

[188] RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Liuz. Revisão Judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.20

[189] Ibid., 2006. p. 26.

RODRIGUES JÚNIOR (2006), *"a autonomia da vontade cedia espaço à autonomia privada"*[190]

Em síntese, a autonomia privada como princípio se esteia na importância da soberania individual, manifestada em função do princípio da liberdade, no reconhecimento da propriedade e no exercício da atividade econômica,[191] sendo um dos pilares do direito privado, notadamente quando nos referimos às relações havidas no âmbito do mercado, derivada dos conceitos de vontade e liberdade.[192]

Contudo, ainda que o propósito desse trabalho não justifique uma extensa discussão a respeito dos conceitos de vontade e liberdade, importa destacar que o comportamento dos indíviduos decorre do exercício da vontade, que em alguns momentos ou circunstâncias produz reflexos jurídicos, sendo então identificada como vontade jurídica. Por sua vez ,o agente econômico ao agir de acordo com sua vontade, adotando ou deixando de adotar determinada conduta, o faz com base em sua liberdade que, assim como a vontade, se chegar a produzir efeitos jurídicos, será identificada como liberdade jurídica.

Sendo assim, enquanto a autonomia da vontade *lato sensu* encontra guarida dentro do leque de liberdades do indivíduo, e é considerada *"princípio de direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os efeitos"*, a autonomia privada é definida como *"o poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento"*.[193] Desta feita, estar-se-ia diante da autonomia da vontade quando esta figurar como razão dos efeitos jurídicos, e da autonomia privada quando reflexos da lei ou do direito objetivo.[194]

Outros autores, ainda, tratam a autonomia da vontade e a autonomia privada sob óticas diferentes. Essa nos parece ser o entendimento de NEGREIROS (2006), que entende a autonomia da vontade como sendo um dos preceitos voluntaristas do final do século XIX e a autonomia privada "*como a liberdade de decidir sobre a oportunidade e a conveniência da celebração de negócios jurídicos.*" [195]

---

[190] RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Liuz. Revisão Judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 27.

[191] Ibid., 2003, p. 351.

[192] AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 348.

[193] Ibid., 2003. p. 347.

[194] GOMES, Orlando. *Contrato de Adesão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972. p. 30.

[195] NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 2

Cabe ainda uma análise dos conceitos em sentido amplo ou estrito, sendo o primeiro relativo às liberdades do indivíduo no exercício dos seus direitos e o segundo ligado à sua possibilidade de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas. Na esteira dos ensinamentos de GOMES (1972), os particulares estarão diante do exercício da autonomia privada sempre que demandarem os resultados de um negócio jurídico tutelado pelo ordenamento.[196]

Ademias, a identificação de um conceito válido se torna mais fácil quando essa busca se dá com os olhos voltados aos aspectos práticos da liberdade de contratar. Sob esse aspecto, ainda nos apoiando nas lições de GOMES (1972), consistiria a autonomia privada no "*poder dos indivíduos de suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica*",[197] e, mais, *"os poderes de autorregência de interesses, de livre discussão das condições contratuais e, por fim, de escolha do tipo de contrato conveniente à atuação da vontade"*, sendo a liberdade de contratar, portanto, a autonomia que as partes detém para ingressar ou não em determinado acordo, que não se confunde com a liberdade contratual, relacionada à possibilidade de dispor livremente a respeito do conteúdo do contrato

ENGRÁCIA ANTUNES (2007), analisando o disposto no art. 405, nº 1, do Código Civil Português, aponta para os elementos da autonomia privada quando inserida no contexto do direito contratual:

> (i) os comerciantes podem livremente adotar um dos tipos de contratos já conhecidos, típicos e atípicos, para a regulação de seus interesses; (ii) são livres para a elaboração de novos contratos passíveis do atendimento de necessidades empresariais anteriormente desconhecidas; e (iii) uma vez havendo celebrado um contrato, ele se torna lei entre as partes e, portanto, suas cláusulas adquirem o caráter de obrigatoriedade.[198]

Ademais, há de se reconhecer que a autonomia privada como *poder jurídico* produz reflexos diretos na responsabilidade dos indivíduos, já que a autodeterminação dos interesses

---

[196] GOMES, Orlando. *Contrato de Adesão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972. p. 31.

[197] Ibid., 1972. p. 25.

[198] ENGRÁCIA ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima. *Contratos Comerciais:* Noções Fundamentais. In: Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, volume especial. Lisboa: Universidade Católica Editora Unipessoal, 2007. p. 44.

pode resvalar na esfera de liberdade de terceiros, ferindo-a. Assim, diz-se que a assunção de responsabilidades decorre da própria liberdade de agir.[199]

No que tange ao direito contratual brasileiro, a autonomia privada como *princípio* aparece com as limitações que lhe foram impostas pela redação do artigo 421, do Código Civil de 2002, que, ao tratar da liberdade de contratar, determinou sua submissão à função social do contrato como norma orientadora das relações *interpartes*. Na percepção do legislador, os agentes de mercado celebram contratos que deveriam refletir uma gama de interesses econômico-sociais, atribuindo-lhe uma função que, não poucas vezes, acaba sendo interpretada como instrumental ao desenvolvimento social. Contundo, iremos abordar a questão da função social de forma mais detalhada no item subsequente.

Por oportuno, na mesma seara do estudo da autonomia privada, segue-se a verificação da força obrigatória dos contratos, consubstanciada no princípio do *pacta sunt servanda*, que não consta expressamente do direito brasileiro mas diz respeito à manutenção e imutabilidade dos pactos, sendo lógica a influência de um sobre o outro na medida em que *"de nada valeria a autonomia da vontade se não tivesse força vinculativa e obrigatória entre as partes"*,[200] ou, como continua LOPEZ (2007), *"desde que as partes, no uso de sua liberdade, queiram se submeter a regras por elas próprias estabelecidas e, tendo sido observados todos os pressupostos e requisitos impostos pelo ordenamento, o contrato obriga os contratantes como se fosse lei imperativa"*.[201]

Entende-se o *pacta sunt servanda* como instrumento extremamente relavante ao tráfico mercantil por agir como "*frei[o] natural [do] oportunimsmo dos agentes econômicos.*[202] Para ROPPO (2001), o vínculo contratual apresenta três significados, (i) o contrato não se desfaz em função da vontade de uma das partes; (ii) o contrato não pode ser modificado por apenas uma das partes; e (iii) os efeitos contratuais consumados são irretratáveis.[203] Em outras palavras, mas em sentido semelhante, LOPEZ (2007) ensina que

---

[199] MONTEIRO, Antonio Pinto. Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2003. p. 44.

[200] LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). Contratos Empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 34-35.

[201] Ibid., 2007. p. 35

[202] FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral dos contratos empresariais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 81.

[203] ROPPO, Vincenzo. *Il contrato*. Milão, Giuffrè, 2001. p. 534-535

o (i) vínculo contratual é irrevogável; (ii) o conteúdo da obrigação é intangível; e (iii) o cumprimento das obrigações pactuadas deve ser pontual.[204]

Outrossim, tem-se que o respeito àquilo que tenha sido pelas partes acordado no gozo tanto da liberdade de contratar quanto da contratual deve ser também observado pelo Estado, não lhe sendo autorizado, por meio dos elementos limitadores da autonomia privada, a ingerência indiscrimanada nos pactos, não cabendo-nos aceitar a plausibilidade da amenização das obrigações contraídas ou dispensa de adimplemento que se faz sob o amplo argumento de reestabelecer o reequilíbrio econômico da relação.

Nesse sentido, a função primordial do *pacta sunt servanda* seria impedir que a ocorrência de situações supervenientes que venham a alterar o equilíbrio econômico das prestações, desde que não endereçadas *ex ante*, dê ensejo a intervenção estatal, perpetrada pela figura do Poder Judiciário, busque readequar o contrato sob pena de, ao fazê-lo, descontruir, especialmente nos contratos empresariais, a alocação de riscos inicialmente proposta, haja vista "*a presunção de que as condições contratuais foram livremente estipuladas e, por isso, devem ser cumpridas*".[205]

Apesar da função acima identificada, tampouco o princípio passou incólume a migração do *laissez-faire* ao estado social, conforme assevera GOMES (2008) "*o intransigente respeito à liberdade individual que gerara intolerância para com a intervenção do Estado cedeu em face dos novos fatos da realidade social, cessando, em consequência, a repugnância a toda limitação dessa ordem*".[206]

Por fim, ainda que às partes seja reservado o direito de regular seus interesses e tenham aderido ao dever de adimplemento das obrigações assumidas, o direito, inserido nesse novo contexto social, não resistiu à tentação de se imiscuir na tutela do contrato (que, via de regra, deveria permanecer à cargo dos próprios contratantes), sob o argumento torpe de evitar que este venha a servir de "*instrumento para que [...] as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratante*".[207]

---

[204] LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). Contratos Empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007 (Série GVLaw). p. 35.

[205] MADUREIRA, Maiara. *Limitações à autonomia privada nos estatutos das companhias abertas*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 47.

[206] GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 39.

[207] NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 156.

Com relação aos contratos comerciais, vislumbra-se que o próprio mercado detém mecanismos destinados ao incentivo do cumprimento dos acordos, tal qual a reputação dos agentes, devendo ser reservado ao judiciário a intervenção resolutória, conforme os moldes previstos no artigo 478 e seguintes do Código Civil.

Ademais, LIRA (2009) defende que o *pacta sunt servanda* vem a ser fortalecido em virtude dos princípios sociais da boa-fé objetiva e da função social,[208] cabendo, a nosso ver, uma breve ressalva a tal comentário: os princípios sociais apontados por LIRA se prestam a fortalecer a força obrigatória desde que não utilizados pelo julgador como remédios genéricos e abstratos, insuficientes a solução de conflitos e canalizadores de convicções pessoais que não deveriam balizar a integração contratual.

Não obstante os argumentos a respeito das diretrizes sociais que tem sido utilizadas para mitigação do *pacta sunt servanda*, entendemos que ao se tratar de vínculos contratuais celebreados sob a égide do direito comercial, a relativização da força obrigatória deveria ser mínima, em profundo respeito à autonomia privada de partes habituadas ao tráfico mercantil.

3.2. Os Usos e costumes no Direito

A evolução legislativa do Direito Comercial resultou na transformação dos usos e costumes de fonte natural a fonte secundária, subordinado à lei.

Os usos comerciais, também endereçados como costumes mercantis, podem ser definidos como toda prática social ou econômica generalizada e constante no âmbito das relações comerciais em dado mercado. Acompanhada da convicção de obrigatoriedade da norma que lhe corresponde, seria, ainda, o substrato do direito concretizado.

Já os usos mercantis, ou usos mercantis de fato, são definidos como aquelas práticas sociais, uniformes e estáveis, em vigor no âmbito das relações comerciais, que apenas se mantêm em virtude da sua mera reiteração, estando desacompanhados de qualquer convicção sobre a sua obrigatoriedade jurídica.

---

[208] LIRA, José-Ricardo Pereira. A Onerosidade Excessiva no Código Civil e a Impossibilidade de Modificação Judicial dos Contratos Comutativos sem Anuência do Credor. *Revista de Direito Renovar*, vol. 44-45, 2009. p. 104

Tem-se, portanto, que os termos se distinguem em razão da convicção social a respeito da natureza de sua obrigatoriedade. Enquanto o primeiro (usos) decorre do reconhecimento de uma determinada conduta padrão, mantida em razão de sua reiteração, o segundo (costumes), adiociona ao elemento formador do primeiro a convicção de que referida conduta se repete em virtude de vinculações legais, ainda que abstratas. Nesse sentido, ANTUNES (2007), ensina que essa diferenciação encontra-se consubstanciada na consciência acerca da obrigatoriedade jurídica presente nos costumes comerciais, e ausente nos usos mercantis.[209]

Hodiernamente há quem afirme que a distinção acima apresentada encontra-se superada pela doutrina, defendendo que *usos* e *costumes* se propõem a exprimir a mesma ideia, qual seja o respeito a determinado padrão de comportamento como se regra obrigatória fosse, esquecendo-se que os costumes resultam da recepção dos usos pelos agentes econômicos e pela comunidade. Tal corrente ressalta que a discussão a respeito das nuances de um ou outro possui valor meramente teórico, e afirma os termos atualmente podem ser considerados sinônimos.[210]

Ademais, importante lembrar que a redação do Código Comercial de 1850 apresentava os termos sem distinguí-los entre si:

> Art. 130 - As palavras dos contratos e convenções mercantis devem inteiramente entender-se segundo **o costume e uso** recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa.
> Art. 131 - Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: [...] 4 - **o uso e prática** geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e **especialmente o costume** do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras; [...].
> Art. 742 - Todavia, não será justificada a arribada: l - se a falta de víveres ou de aguada proceder de não haver-se feito a provisão necessária segundo **o costume e uso** da navegação, ou de haver-se perdido e estragado por má arrumação ou descuido, ou porque o capitão vendesse alguma parte dos mesmos víveres ou aguada; [...]. (grifos nossos)

---

[209] ENGRÁCIA ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima. A "consuetudo mercatorum" como fonte do direito comercial. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.* São Paulo, v. 46 n. 146, abr./jun. 2007, p. 9.

[210] FERREIRA, Eduardo Oliveira. A desvalorização dos usos e costumes como fontes do direito e suas implicações no direito comercial brasileiro. Ciência jurídica. [s.l.], v. 23, n. 146, mar./abr. 2009. p. 249

Assim, considera-se que tanto os costumes quanto os usos são regras sociais que existem em razão da repetição constante de determinados atos ou fatos, tornando-se generalizados na medida em que são reiterados ao longo do tempo. Deste modo, não deixam de ser reflexo sóciocultural da realidade onde estão inseridos, constituindo-se em regra habitual de observância mandatória e constante.

A verificação do costume como regra enseja a identificação de elementos próprios, reconhecidos na doutrina como: (i) a repetição constante dos mesmos atos, (ii) a percepção de que a repetição decorre de uma necessidade jurídica, (iii) a reiteração da conduta no decurso do tempo.[211]

Outrossim, os usos teriam o sentido de uma prática regular, reiterada, passível de ser alegada em juízo, conforme redação do art. 376, do Novo Código de Processo Civil (que repetiu a redação do art. 337 do Código Buzaid), que determina a necessidade de prova frente às alegações de que determinada conduta possui natureza consuetudinária. A utilidade de atribuirmos sentidos distintos aos termos justificasse pela necessidade de didática de separar as práticas já incorporadas à lei, e aquelas que não foram objeto de consolidação legal.

Conforme sintetiza VENOSA (2012), *"[b]rota o costume da própria sociedade, da repetição de usos de determinada parcela do corpo social. Quando o uso se torna obrigatório, converte-se em costume"*, do que, conclui, *"[que] o costume, [como fonte subsidiária do Direito], deverá girar em torno da lei."*[212]

Por fim, importante ressaltar as funções desempenhadas pelos costumes. Assim, a sua utilidade prática consiste em: (i) servir como fonte de interpretação, (ii) ser a norma supletiva na ausência de lei expressa e (iii) integrar os negócios jurídicos.

3.2.1. Os Costumes e o Direito Comercial

Ainda que haja consenso no que tange a afirmação de que o Direito Comercial surgiu a partir dos padrões de condutas adotados nas corporações de ofício, vale

---

[211] Além dos aqui listados, outros elementos de verificação podem ser encontrados na doutrina, dentre eles, a uniformidade, o exercício da boa- fé e prática não contrária à lei.

[212] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil:* parte geral. vol. 1. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 16-17

realizarmos alguns apontamentos históricos a respeito das práticas comerciais na Antiguidade grega e romana, posto que as atividades econômicas desenvolvidas à época se encontram em contexto semelhante ao da Idade Média, notadamente quando das expansões extraterritoriais com o flagrante intuito de praticar o escambo.

Talvez esse período histórico não seja tão explorado pelos comercialistas em razão de Roma não ter reconhecido o Direito Comercial como uma vertente distinta do direito privado, posto que a adaptação do *ius civile* às necessidades do tráfico comercial poderia ser realizada por meio da atividade dos pretores.

MONTEIRO (1966) aponta para a grande relevância dos costumes na antiguidade em razão da baixa produção legislativa, ressaltando a natureza consuetudinária do direito à época, que basicamente era erigido em razão da combinação de costumes sedimentados.[213]

Ademais, a queda do Império Romano do Ocidente e o início da Idade Média, caracterizada pela descentralização do poder e dos territórios, deu novo fôlego aos costumes como fonte de direito, posto que cada feudo erigia de forma isolada suas normas de convívio, fazendo com que surgissem práticas específicas de cada um. Assim, observa-se que o contexto político e territorial é elemento essencial para identificar a maior ou menor relevância dos costumes em determinadas sociedades.

Entretanto, permanecia em pauta as deficiências do Direito, em sentido amplo, para as especificidades das relações mercantis, principalmente no que concerne o grau elevado de segurança jurídica, previbilidade e celeridade que tais relações exigem.

Conforme leciona FORGIONI (2003), diante desse cenário, a solução prática adotada por comerciantes integrantes de um grupo cujos interesses eram comuns foi a criação de um "direito costumeiro", cuja aplicação era realizada por juízes eleitos e restringia-se ao grupo em questão, originando uma *"dicotomia de jurisdições"*, já que coexistiam os tribunais dos mercadores e os tribunais das comunas,[214] tendo essa duplicidade de jurisdições permanecido por algum tempo ante as limitações dos juízes comuns em relação a natureza reiteradamente técnica dos impasses. [215]

---

[213] MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 1. p.23-24

[214] FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 19

[215] BENSON, Bruce L. The spontaneous evolution of commercial law. Southern Economic Journal. *Southern Economic Journal.* v. 55, n.3. jan 1989, p. 650. Disponível em: < https://www.jstor.org/stable/1059579> Acesso em 17.11.2017

GALGANO (1990) acrescenta que:

> "as fontes do *ius mercatorum* eram os estatutos das corporações mercantis, o costume mercantil e a jurisprudência da cúria dos mercadores. [...] O costume nascia da constante prática contratual dos comerciantes: as modalidades consideravam vantajosas convertiam-se em direito; as cláusulas contratuais transformavam-se, uma vez generalizadas, no conteúdo legal dos contratos. Por último, os comerciantes designados pela corporação compunham os tribunais que decidiam as c ontrovérsias comerciais" [216]

Do exposto, depreende-se que as corporações de ofício acabaram incumbidas da solidificação e transformação dos costumes em regras, aplicáveis aos comerciantes que nelas se encontravam e integrados em razão da especificidade da atividade que exerciam. Desta feita, ainda que seja possível conceber que a influência dos costumes era maior antes da formulação das regras pelas corporações, seu caráter consuetudinário permanece.

BENSON (1989), por sua vez, pondera a respeito da inadequação da forma com que se deu a transmissão, ao longo do tempo, das premissas do direito romano e sua consequente falha no atendimento das necessidades que surgiram como fruto da revolução comercial, ressaltando que não havia no momento histórico em questão ferramentas adequadas para lidar com os anseios da classe comerciante. [217]

Nos séculos seguintes, os estatutos mercantis expandiram sua abrangência, passando a serem aplicados não somente com relaçaõ aos comerciantes vinculados a uma ou outra corporação, mas a todos que praticassem atos enquadrados como *"matéria de comércio"*. Assim, supera-se o critério formal de aplicação (estar inscrito em uma corporação) com o critério de fato (praticar ato de comércio).[218]

Essa discussão torna-se relevante por evidenciar a guinada que resultou na adoção de um critério objetivo em detrimento ao critério pessoal, admitindo-se que as práticas mercantis extrapolavam os limites da corporação. Via de consequencia, o avanço dessa etapa culminou na incorporação, pelo Estado, das funções jurisdicionais

---

[216] GALGANO, Francesco. *História do direito comercial*. Lisboa: Editores, 1990. p.40

[217] BENSON, Bruce L. The spontaneous evolution of commercial law. Southern Economic Journal. *Southern Economic Journal.* v. 55, n.3. jan 1989, p. 647. Disponível em: < https://www.jstor.org/stable/1059579> Acesso em 17.11.2017

[218] FORGIONI, Paula Andrea. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 19

exercidas pelas corporações, sem que tal mudança alterasse sua forma de aplicação, uma vez que o caráter de jurisdição especial foi mantido.

O ponto alto desse processo de incorporação e de adoção de critérios objetivos para caracterizar o comerciante ocorreu na Idade Moderna, com o surgimento das grandes codificações. Na França tanto o *Code Civil* (1804) e o *Code de Commerce* (1807) buscavam regular as relações sociais de modo integral e resultaram num sistema normativo para reger atividades dos cidadãos.[219]

O Direito Comercial continou seu processo evolutivo e, ao final do século XIX, assitiu a discussão a respeito da necessidade da manter seu *status* de direito especial, seguida da proposta de sua unificação com o direito civil, por entenderem a inaplicabilidade dessa dicotomia posto que ambos os ramos do direito se prestariam a um objetivo comum, consubstanciado na regulação de relações privadas.

Defensor da unificação, VIVANTE (1892) argumentou que: *"(i) a autonomia do direito comercial manter-se-ia mais pela tradição do que pelas boas razões; (ii) a dicotomia causaria danos de índole social e jurídica – pessoas que não são comerciantes ficam sujeitas às suas regras, feitas para comerciantes – e; (iii) prejuízos para o progresso científico, pois os comerciantes não estudariam as regras gerais."*[220]

Posição essa que foi revisada quando da publicação da quinta edição de seu Trattato di Diritto Commerciale, quando alegou: *"(i) direito civil e direito comercial guardam profundas diferenças de métodos[...]; (ii) o direito comercial é de índole cosmopolita, que decorre do próprio comércio; ao mesmo tempo em que (iii) regula os negócios de massa, que dariam origem a institutos típicos do direito comercial (título de crédito, circulação, portador de boa-fé etc.)"*.[221]

Nesse período, mudou-se o foco da matéria mercantil, que abandonou a teoria dos atos de comércio e passou a acolher a teoria da empresa a partir da compreensão desta como uma atividade economica que coordena fatores de produção (conforme

---

[219] FORGIONI, Paula Andrea. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 20

[220] VIVANTE, Cesare. Discurso em aula inaugural da Faculdade de Direito da Universidade de Bolonha. 1892 *apud* FORGIONI, Paula Andrea. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 21

[221] VIVANTE, Cesare. Trattato di Diritto Commerciale. 5.ed. Milano: Valardi, 1922 *apud* FORGIONI, Paula Andrea. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 42, n. 130, abr./jun. 2003. p. 21

apresentamos no tópico 2.1.). A doutrina passa adotar uma postura de reconhecimento da mercancia como uma série complexa de atos coordenados entre si com um objetivo específico, não se limitando a um ato de comércio puro e simples.

Dessa forma, a verificação de um costume não mais repousa na identificação de uma atividade específica, mas sim na constatação de que o desempenho dessa atividade como um todo se dê de forma habitual, no tocante a forma de organização dos fatores de produção inclusive. Há, portanto um refinamento na valoração dos usos comerciais.

Na atualidade o que se verifica é a derrocada da codificação em benefício da aplicação de legislações cada vez mais específicas, de modo que o Direito Comercial é marcado pela sua fragmentação. No Brasil, esse movimento pode ser constatado em razão da promulgação de leis especiais sobre propriedade intelectual, falência, sociedades anônimas, entre outras, bem como instrumentos regulatórios específicos a determinadas atividades empresariais, em detrimento do Código Comercial de 1850[222], quase totalmente revogado em 2002.

De igual forma, observa-se atualmente o surgimento não só de leis ou regramentos específicos, mas de "subtópicos" do próprio Direito Comercial, que baseia a interpretação da legislação extravagante ao contexto em que minuciosamente se insere determinada atividade empresarial. Exemplo claro dessa vertente é o surgimento de "disciplinas" tal como o *fashion law*, que se utiliza do arcabouço legal da propriedade intelectual e o transporta, sem distorcê-lo, às especificidades das criações de vestuários e seus acessórios.

O dinamismo do comportamento empresarial tende a inviabilizar uma adequação legislativa única, compatível e suficiente aos anseios do mercado como um todo. A especialização diária da atividade empresarial encontra ambiente mais favorável em instrumentos regulatórios pulverizados, sem que tal afirmação seja interpretada como um voto favorável à sanha legiferante que há tempos domina o cenário brasileiro. Até mesmo porque a criatividade do empresário tende a estar anos-luz à frente dos legisladores, sendo certo que ao último deveria restar tão somente coibir comportamentos oportunistas, lesão a terceiros, ou que provoquem externalidades

---

[222] Entendemos que a proposta de reedição de um Código Comercial e a consequente recodificação da disciplina, objeto do Projeto de Lei 1.572/2011, vai na contramão histórica da evolução da disciplina, contudo, essa é apenas nossa conclusão superficial já que o assunto será melhor abordado mais adiante.

negativas em direitos cuja defesa se justifique em prol da coletividade tais quais aqueles na esfera ambiental ou do consumidor.

Conclui-se, portanto que o aprimoramento das atividades econômicas ensejam a modificação das práticas comercias, que não são necessariamente previstas pelo ordenamento jurídico vigente, demandando que a análise de um impasse por um juiz transite pela verificação dos costumes relacionados à questão posta em apreço (até porque há supedêaneo legal para tal), o que na prática não tem acontecido frente a desvalorização dos usos e costumes como fonte de direito.

3.2.2. A valoração dos usos e costumes como fonte do Direito

A discussão contemporânea acerca dos costumes envolve apontamentos a respeito de sua desvalorização frente ao ordenamento jurídico, argumentando-se que essa perda de importância como fonte subsidiária do direito decorre, notadamente nos países de tradição juspositivista, do entendimento de que as leis são suficientes para regulação da vida em sociedade, não havendo margem para o reconhecimento dos costumes.[223]

Conforme FERREIRA (2009), essa seria uma característica das legislações hodiernas que, sob o pretexto de consolidar a segurança jurídica por meio de normas claras, formais e abrangentes, mantém os costumes em segundo plano. Ou seja, apesar de previsto na legislação, sua relevência encontra-se determinada pela lei escrita e, por assim sem, encontra-se submetido à invocação legal.[224]

No mesmo sentido, ironicamente o Direito Comercial, que, conforme visto alhures, possui suas bases profundamente fincadas nos usos e costumes, também convive com tal fenômeno de desvalorização. Ainda na lição de FERREIRA (2009):

> Os usos mercantis representam a lei comercial em perene formação. As bolsas são, de ordinário, os laboratórios destes usos. A verdade é, porém, que o valor dos usos, como fonte do direito comercial, dia a dia se enfraquece. De preferência a eles e na falta de normas do código civil, tem-se buscado na legislação e na jurisprudência dos países de cultura jurídica

---

[223] FERREIRA, Eduardo Oliveira. A desvalorização dos usos e costumes como fontes do direito e suas implicações no direito comercial brasileiro. *Ciência Jurídica.* v. 23, n. 146, mar./abr. 2009. p. 252-253.

[224] Ibid. 2009, p.252.

> adiantada, os elementos para a solução dos casos omissos. As causas dessa preferência residem principalmente no caráter cosmopolita do direito comercial, que aspira a uma legislação comum internacional, e se o interprete encontra nas legislações dos povos cultos e comerciais regras seguras para a solução dos casos omissos, não as duvida invocar.[225]

A doutrina defende que as razões de ser desse movimento encontra justificativa no abrangente e sistemático corpo de normas e a suposta precisão e dinamismo da lei, que poderia ser alterada com relativa facilidade, bem como a constatação do princípio da legalidade, que não se coadunaria com a atribuição de força cogente aos costumes, posição essa que discordamos por não enxergarmos lei e práticas comerciais como instrumentos antagônicos de regulação. Até mesmo porque, caso fossem, não haveria previsão legal no ordenamento jurídico pátrio reconhecendo sua aplicabilidade.

Corroborando tal entendimento encontra-se a lição de ANTUNES (2007), afirmando que têm ganhado corpo os argumentos que reconhecem os costumes e a lei como fontes autônomas e dotadas de igual dignidade. O que, na visão do autor, seria o equivalente a dizer que no direito comercial as normas escritas possuem o mesmo valor daquelas não escritas[226]

3.3. Boa-fé objetiva e função social

Conforma abordamos no tópico anterior, a evolução do direito comercial possui um capítulo referente ao surgimento das corporações de ofício, que trataram de criar regras de aplicação restrita ao tráfico mercantil, sendo a normatização dessas condutas a razão da formação do direito comercial como uma disciplina historicamente autônoma, baseada na autonomia da vontade, no exercício da atividade comercial com viés lucrativo e a proteção à circulação do crédito, não obstante os caprichos doutrinários da história terem tratado de unificar a disposições atinentes à relações comercias à grande área do direito privado.

---

[225] FERREIRA, Eduardo Oliveira. A desvalorização dos usos e costumes como fontes do direito e suas implicações no direito comercial brasileiro. *Ciência Jurídica.* v. 23, n. 146, mar./abr. 2009. p.252-253.

[226] ENGRÁCIA ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima. A “consuetudo mercatorum” como fonte do direito comercial. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, v. 46 n. 146, abr./jun. 2007. p.10-11

Ademais, conforme aponta BARRETO FILHO (1969) ainda que a unificação tenha tomado forma, com o direito comercial inserido no direito privado comum, não podemos deixar de considerar as questões intrínsecas à atividade mercantil,[227] bem como suas características e princípios.

Nos comentários de ASCARELLI (2007), o direito comercial apresenta-se como sistema autônomo segregado do direito estatal, que exsurge da constatação das práticas adotadas pelos agentes econômicos, que se renovam com o decurso do tempo para adequar-se às *"exigências de uma economia capitalística [...] [pautada pel]o espírito de racionalização, de risco, de livre concorrência, e de livre iniciativa"*[228].

Outrossim, nunca é demais repisar que o direito comercial possui características específicas, dentre as quais se destacam a liberdade de formas (vide os contratos atípicos), a boa-fé objetiva e a liberdade de iniciativa, que nos apoiam na constatação do peculiar dinamismo das relações mercantis e sua consequente dependência a um ambiente igualmente seguro e previsível.

Nesse ponto, com relação à boa-fé, idenficada por FORGIONI (2009) na *"adoção de comportamentos jurídica e normalmentes esperados dos 'comerciantes cordatos', dos agentes econômicos ativos e probos em determinado mercado (ou 'em certo ambiente institucional'), sempre de acordo com o direito"*[229], *d*estaca-se que o conceito no âmbito do direito mercantil não é recente, tendo sido abordado antes do século XIV, ocasião em que se resumia a verificação de três condutas específicas, quais sejam, (i) a manutenção do acordado (palavra), (ii) as partes não deveriam tirar vantagem uma da outra (indução ao erro), e (iii) o comportamento das partes deveria refletir as condutas de uma pessoa honesta[230]. Assim o que antes era identificado apenas como regras de conduta, hoje é percebida como *"um catalisador da fluência das relações de mercado"*[231], que devem ser pautadas pela confiança e em atenção aos usos e costumes.

---

[227] BARRETO FILHO. Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1969.

[228] ASCARELLI, Tulio. *Panorama do direito comercial*. Sorocaba: Minelli, 2007, p. 46.

[229] FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 100.

[230] Ibid., 2009. p. 107.

[231] FORGIONI, Paula Andrea. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v.42, nº 130, abr.-jun./2003. p. 27.

Nota-se, portanto, que a evolução da forma como a boa-fé vem sendo abordada fez com que o conceito deixasse de ser restrito à regras de conduta individual, e passasse a ter relevância como instrumento balizador do mercado dependente de segurança e previsibilidade, razão pela qual o princípio, quando endereçado no âmbito do direito comercial deve ser constatado em sua vertente objetiva.

Isto posto, embora a jurisprudência brasileira tenha utilizado a boa-fé ainda no início do século passado,[232] a boa-fé objetiva foi positivada como princípio com o advento do Código Civil de 2002, sendo-lhe atribuída três funções principais: (i) servir como parâmetro na interpretação dos negócios jurídicos *(função interpretativa*); (ii) coibir o exercício abusivo de direitos (*função delimitadora*); e, (iii) criar deveres anexos ou de proteção à obrigação principal *(função criadora).*[233] [234]

Por oportuno, quando se trata da análise da função interpretativa da boa-fé objetiva não estamos falando de uma novidade propriamente dita, uma vez que o Código Comercial de 1850 trazia, no bojo de seu artigo 131, a boa-fé como parâmetro de interpretação contratual cabendo ao diploma civil vigente apenas dar novo fôlego à questão. O propósito da função interpretadora consiste na atenção à conduta das partes. Na medida em que os contratos comerciais devem ser pautados pela boa-fé, sua interpretação não poderia assumir que foram celebrados em sentido oposto.

A função delimitadora resvala na autonomia privada dos agentes ao apontar que o exercício de um direito pode se dar de forma regular ou irregular. Dessa forma, o reconhecimento de eventual abuso transporta ao titular do direito o dever de responsabilidade previsto no artigo 927, como medida de freio à adoção de eventual conduta oportunista. Sobre o tema em comento, SZTAJN (2004), reconhece a importância da boa-fé em todas as estapas de um contato, devendo sempre *"abranger todo o procedimento negocial, pré e pós-contratação, mesmo depois de adimplidas as prestações das partes"*.[235] Assim, tem-se que a criação de lealdade razão pela qual o legislador postergou o ponto final Além disso, em razão da elasticidade dos conceito de regularidade ou irregularidade (ainda

---

[232] FORGIONI, Paula Andrea. A interpretação dos negócios empresariais no novo Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,* São Paulo, v.42, nº 130, abr.-jun./2003. p. 31

[233] GOMES, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 44.

[234] As tês funções da boa-fé objetiva encontram-se consubstanciadas na redação dos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil de 2002, respectivamente.

[235] SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,* São Paulo, v. 43, nº 133, p. 7-31, jan.-mar./2004, p. 16).

que não expressos) que se denota da redação do artigo 187, tratou o legislador de postergar seu ponto final para nele incluir a observância aos bons costumes, de modo que o exercício do direito só será considerado excessivo se estiver em dissonância com aquilo que o mercado entende como razoável.

Por último, a terceira função da boa-fé objetiva se presta a criação de obrigações anexas às principais e se põe a trazer às partes deveres que não estritamente previstos no acordo. Dessa feita, por exemplo, ainda que não haja disposição específica quanto a clareza das informações a serem apresentadas em função de obrigação contratual nesse sentido, presume-se que seu adimplemetno só poderia ser considerado concluído se o fosse de modo satisfatório ao fim que se presta.

MARTINS-COSTA (2004) ressalta que, em sua configuração no domínio das obrigações a expressão *"boa-fé"* indica, primeiramente, um modelo de comportamento, um padrão valorativo de comportamentos humanos concretos. Referido padrão considera pautar a conduta a partir de valores socialmente relevantes, tais como solidariedade, lealdade, probidade, cooperação e a consideração aos legítimos interesses alheios.[236]

Ademais, a autora leva em consideração que à boa-fé são atribuídas funcionalidades, dentre elas a capacidade de atuar de forma integrativa, voltada a qualificar comportamentos aptos a buscar a concretização dos efeitos do contrato, funcionando, portanto, como um critério objetivo a conduzir o juiz na supressão das lacunas da relação contratual, preservando as expectativas das partes contratantes. Seria, portanto, nessa função, *"o mandamento imposto ao juiz de não permitir que o contrato como regulação objetiva dotada de um específico sentido, atinja finalidade oposta ou contrária àquela que, razoavelmente, à vista do seu escopo econômico-social, seria licito esperar"*.[237]

E prossegue ressaltando que evidenciar a boa-fé por seu critério *funcional* significa ponderar que esse princípio, pode atuar com funções que constituem, sempre, funções econômico-sociais dotadas de relevância jurídica.

SCHÄFER (2014), considera a boa-fé como uma "*blanket clause*" do Direito Civil, na qual os tribunais desenvolvem padrões de comportamento considerados aceitáveis no

---

[236] MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro: Rio de Janeiro, 2004. p. 233

[237] MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 432.

direito das obrigações, especialmente no direito contratual e de propriedade. Ademais, de igual forma que determinam um padrão de comportamento, sob a égide da boa-fé os tribunais também estipulam as consequências jurídicas de sua violação.[238]

Paralelamente à observação acima, SCHÄFER critica o princípio, acusando-o de (i) atribuir ao Judiciário ampla discricionariedade sobre as disposições contratuais e dar margem à sua utilização de forma equivocada como ferramenta para impor ideologias ou promover opiniões pessoais dos magistrados acerca do que consideram justo, (ii) promover o ativismo judicial na medida que o Judiciário passa a erigir normas, substituindo o Legislativo, (iii) servir como justificativa para distribuição de riqueza a partir da identificação de qual parte possui maior capacidade econômica das partes, e (iv) desconsiderar que o Magistrado que interfere em uma relação contratual usualmente não possui informações suficientes para identificar o interesse *ex ante* das partes.[239]

MACKAAY (2011) ressalta que países de tradição consuetudinária permanecem relutantes a respeito da boa-fé, principalmente a Inglaterra, onde os advogados argumentam que qualquer que seja o papel exercido pelo conceito, seria melhor se tal decorresse de uma doutrina mais específica.[240] Contudo, defende tratar-se a boa-fé de um dos mecanismos necessários à coibição do comportamento oportunista.[241]

Entretanto, observando o ambiente em que se situa o presente estudo, ARAÚJO (2007) destaca que a análise econômica do contrato não mais despreza o estudo da boa-fé em virtude do tema ter começado a ganhar importância nos países de tradição da *common Law*.[242]

Assim, tem-se que a boa-fé objetiva como princípio norteador do tráfico mercantil relaciona-se com a natureza incompleta dos contratos, reflexo da racionalidade limitada dos agentes, estimula e juridicamente protege a confiança *interpartes*, corolário das relações de troca e coloca o direito comercial no seio da sociedade porque é dela que surgem as práticas de mercado (usos e costumes) que deverão ser observados para o exercício regular dos direitos, realçando o padrão de moralidade em que devem se pautar as relações contratuais.

---

[238] SCHÄFER, Hans-Bernd; AKSOY, Hüseyin Can. *Good Faith.* Setembro 2014. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2495312> Acesso em 11 jul 2016. p. 1.

[239] Ibid., 2014. p. 2.

[240] MAACKEY, Ejan. *Good Faith in civil Law systems*: a legal-economic analysis. Montreal, December 2011. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1998924>, acessado em 10 jul 2016. p. 7.

[241] Ibid., 2011. p. 17.

[242] ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007. p. 70

Um padrão comportamental exigido das partes contratantes, pautado na valoração do dever de lealdade, probidade e honestidade, em respeito aos bons costumes e a ética, mas que não deve ser utilizado pelo julgador como instrumento de justiça social[243]

Por sua vez, conforme já abordamos no início do presente estudo, o contrato é um fenômeno econômico cuja função primordial é a circulação de riquezas. Ao reconhecermos tal função e a identificarmos como força motriz do desenvolvimento das sociedades, toma-se rumo à conclusão de que tal economicidade, ao aderir à natureza dos contratos, nos permite afirmar que sua função natural é a econômica.

Isto posto, quando ao Direito coube o dever de traçar as primeiras considerações a respeito dos contratos, cuidou-se de fazê-lo com vistas à consagração da liberdade negocial, colocando a autonomia da vontade como rainha absoluta dos pactos.

Entretanto, ao largo dos anos, o surgimento de movimentos sociais passou a exigir das partes contratantes um comportamento pautado pelos princípios da boa-fé e lealdade, sendo-lhes posteriormente atribuída uma função social,[244] sem que a exigência por tais padrões de conduta resultasse no afastamento de sua função natural.

A função social inicialmente associada à propriedade foi inserida pelo constituinte na Carta Magna de 1988[245] e, posteriormente, passou a integrar a redação do artigo 421 do Código Civil vigente como elemento limitador da liberdade de contratar. Passados quase trinta anos da primeira e quinze anos da entrada em vigor do segundo, a expressão continua gerando debates doutrinários a respeito de sua extensão hermenêutica, notadamente em razão das incertezas que pairam sobre seu conceito.[246]

As posições diametralmente opostas daqueles que se propõem a estudar e debater o tema pode ser resumida no confronto de duas vertentes do pensamento moderno: os liberais de um lado, e os comunitaristas do outro. Enquanto os primeiros defendem a supremacia da liberdade dos indivíduos frente à ingerência estatal, os segundos advogam em favor da

---

[243] REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. Autonomia Privada e Análise Econômica do Contrato. São Paulo: Almedina, 2017. p. 71

[244] THEODORO JÚNIOR. Humberto. *O contrato e sua função social*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008 p. 97.

[245] Mais precisamente, na redação dos artigos 5º, XXIII, e artigo 170, III.

[246] SCHREIBER, Anderson. Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira. In: *Direito Civil e Constituição.* São Paulo: Atlas, 2013. p. 245.

intervenção em prol da coletividade,[247] de forma que não há meios de iniciarmos nossa análise senão através de breves considerações a respeito dessas posições antagônicas, em torno das quais se desenvolvem os argumentos a respeito da função social quando inserida no âmbito das situações jurídicas patrimoniais.[248]

O ideário liberal clássico defende a liberdade individual com desconfiança das intenções do Estado, cuja função se resumiria à suprimi-la. Para referida corrente do pensamento, o Estado deveria ser neutro em relação aos interesses patrimoniais individuais[249] e os interesses plurais deveriam ser um dado constatado a partir da soma das variáveis decorrentes do exercício individual das liberdades, [250] e não algo a ser atingido por imposição. Assim, para os liberais, o que há de relevante a ser reconhecido são as regras do mercado, quando advindas do exercício da liberdade, devidamente asseguradas por direitos fundamentais previstos na legi, visto que a ele é conferida a liberdade de rejeitar qualquer proposição externa.[251]

Em contraponto aos liberais, o comunitarismo surge como movimento ideológico em meados da década de oitenta do século passado, podendo, contudo, ser identificado de forma primitiva na crítica de Karl Marx à Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão,[252] para quem a carta, sob o argumento de defender a liberdade, tinha como real objetivo a proteção da propriedade burguesa, consubstanciado na constatação de que, a despeito do texto abordar os direitos dos homens, na sociedade não havia essa categoria única, sendo os

---

[247] BUCAR, Daniel; MUCILO, Daniele de Carvalho. Situações jurídicas patrimoniais: funcionalização ou comunitarismo? In: *Revista Brasileira de Direito Civil.* Vol. 6. Instituto Brasileiro de Direito Civil, out-dez 2015. p.27

[248] Adota-se por ora o termo "patrimoniais" por entendermos ser capaz de agregar, no bojo da discussão que se pretende ter a respeito da função social, os conceitos de propriedade e contrato, ressaltando apenas que não é pacífico o entendimento doutrinário a respeito da vinculação da função social da propriedade, conforme inserida na Constituição Federal de 1988, à função social do contrato.

[249] CITTADINO, Gisele. Pluralismo, Direito e Justiça. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 3. ed., 2004, p. 129

[250] Ibid., 2004. p. 81

[251] BUCAR, Daniel; MUCILO, Daniele de Carvalho. Situações jurídicas patrimoniais: funcionalização ou comunitarismo? In: *Revista Brasileira de Direito Civil.* Vol. 6. Instituto Brasileiro de Direito Civil, out-dez 2015. p.27

[252] "*os direitos humanos, ao contrário dos direitos do cidadão, são apenas direitos do membro da sociedade burguesa, do homem egoísta, do homem separado do homem e da comunidade.*" (MARX, Karl. *A Questão Judaica.* 5. ed. São Paulo: Centauro, 2005. p.34) e ainda "*Nenhum dos chamados direitos humanos ultrapassa, portanto, o egoísmo do homem, do homem como membro da sociedade burguesa, isto é, do indivíduo voltado para si mesmo, para seu interesse particular, em sua arbitrariedade privada e dissociado da comunidade. Longe de conceber o homem como um ser genérico, estes direitos, pelo contrário, fazem da própria vida genérica, da sociedade, um marco exterior aos indivíduos, uma limitação de sua independência primitiva. O único nexo que os mantém em coesão é a necessidade natural, a necessidade e o interesse particular, a conservação de suas propriedades e de suas individualidades egoístas.*" (MARX, Karl. *A Questão Judaica.* 5. ed. São Paulo: Centauro, 2005. p.37)

homens dividos entre burgueses e proletários.

Assim, contrário ao foco no indivíduo, MARX propõe uma reorganização social, pautada na extinção da propriedade privada e sua substituição por outra, de natureza coletiva, (com relação ao controle dos meios de produção, inclusive) como solução à eliminação dos confrontos éticos, políticos e econômicos interclasses sociais.

No intuito de sintetizar os paradigmas liberais e comunitaristas acima relacionados, damos espaço à MAIA (1997):

> "De modo simplificado, o principal traço caracterizador da grande divisão em torno da qual o debate sobre modelos de democracia vem se desenrolando na cultura anglo-saxônica é o seguinte: as vertentes liberais sublinham a importância dos direitos individuais como prioritários em relação à autonomia coletiva; já as correntes comunitarianas e republicanas asseveram – inspirados em Rousseau – a primazia da vontade coletiva em face dos direitos individuais."[253]

Brevemente apresentadas as divergências entre as escolas, há de se constatar que a discussão a respeito da função social nas situações jurídicas patrimoniais não passa incólume às disparidades entre liberais e comunitaristas. Muito pelo contrário, em diversas ocasiões nota-se que são esses os entendimentos que funcionam como pano de fundo dos embates envolvendo argumentos sobre o assunto, que oscilam conforme a inclinação ideológica pessoal do observador. Contudo, ainda que seja no mínimo confuso conjecturar uma *"função social liberal"*, posto que os termos axiologicamente se contradizem, é possível encontrar autores que os abordam de forma lógica e racional.

Ao relacionar a função social à limitação do exercício individual da autonomia privada, SZTAJN (2005) cuida de limitar seu significado a um compromisso moral com a responsabilidade social, reafirmando que o termo não pode ser entendido como mecanismo limitador da liberdade contratual:

> "Será que um código de direito privado - mesmo que seja visto como a constituição do homem comum, na dicção de Miguel Reale - deve conter dispositivos que induzam as pessoas a agirem tendo em vista interesses de terceiros, a distribuir benesses ou agir de conformidade com interesses do Poder Público? Esse sentido que se daca à expressão "função social"no ordenamento italiano à época do fascismo. Prever função social para a

---

[253] MAIA, Antônio Carlos de Souza Cavalcanti. Espaços públicos e direitos humanos: considerações acerca da perspectiva Habermasiana. *Revista Direito, Estado e Propriedade*. Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 11º. 1997. p.28

> empresa, assim como para a propriedade, nada mais era que meio para facilitar a intervenção ou controle do Estado sobre a atividade econômica ou a propriedade fundiária, de vez que a titularidade sobre esses bens era reconhecida na medida em que satisfizessem o interesse nacional. Contudo, os italianos, assim como os alemães, não se atreveram a ipor função social aos contratos! Foram contidos por algum sentido de prudência.
> Retrospecto histórico permite constatar que recorre à "função social" é característica de regimes não democráticos [...]."[254]
> "[...] Quanto ao exercício da empresa, que não se faz sem contratos, a função social que se pretende venha ela a exercer implica liberdade de contratar com responsabilidade social. Mas não se supõe sirva para comprometer a continuação e estabilidade que a atividade requer e que devem dominar a sua preservação."[255]

MELLO (2002) seg a mesma linha, embora reconhecendo um interesse externo na função social, mas sem que lhe seja permitido adotar um caráter solidário:

> "O princípio dirige-se, portanto, a inspirar a interpretação de todo o microssistema do direito dos contratos e integrar suas normas, bem como para limitar a liberdade privada, impedindo que se ajustem obrigações atentatórias aos demais princípios, valores e garantias sociais. Deverá inspirar, ainda, a interpretação do próprio ajuste, porquanto não se admitirá sua execução de modo a contrariar os interesses e fins que a sociedade vislumbrou em determinado tipo contratual.
> Mas não poderá o aplicador do direito arvorar-se de realizador de políticas tendentes a realizar a redistribuição de riquezas e a política social que entender mais justa. A autonomia da vontade é garantia que só cede em face do interesse público e nos termos da lei. Só a deformidade, o absurdo e o teratológico exercício do direito de contratar, que atente contra a regularidade das relações privadas e leve a aviltar os próprios fundamentos, as garantias e os valores sociais que sustentam e protegem a liberdade é que será passível de invalidação por intervenção do juiz."[256]

Em linha com a temática da Análise Econômica do Direito na qual se encontra o presente estudo, TIMM (2008) defende o livre exercício da autonomia privada, advogando pela reversão do paradigma contratual brasileiro de proteção à parte mais fraca do contrato:

> "A análise econômica do Direito pode ser empregada para explicar a função social do contrato em um ambiente de mercado . Esta perspectiva

---

[254] SZTAJN, Rachel. Função social do contrato e o direito de empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*. n. 139. São Paulo: Malheiros. Jul/set 2005 p. 31.

[255] Ibid. 2005. p. 48.

[256] MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil brasileiro. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v.3. n. 16. Porto Alegre, mar./abr. 2002. p. 149.

> permite enxergar a coletividade não na parte mais fraca do contrato, mas na totalidade das pessoas que efetivamente, ou potencialmente, integram um determinado mercado de bens e serviços."[257]

Para VERÇOSA (2010), a função social deveria vincular-se tão somente ao interesse das partes:

> "[...], a função social do contrato não deveria ser identificada com qualquer interesse que não fosse o das partes contratantes e, tampouco, poderia referir-se aos interesses de grupos específicos, considerando-se que um conceito de função social assim definido permitiria limitar e vincular o princípio da liberdade contratual em nome de outro princípio totalmente indefinido, exatamente por não se ter claro o tipo de interesse a ser protegido. Disto decorreria tornar-se absolutamente incerto para as partes os próprios efeitos jurídicos do contrato, dificultando sobremaneira as transações comerciais e a própria vida econômica."[258]

Portanto, ainda que a função que ora se analisa carregue consigo um adjetivo social, o exame da matéria pelos liberais se inclina na direção de entendê-la como *"um ranço ideológico de sua origem histórica a serviço do Estado intervencionista"*[259], compreendendo-a como uma fórmula tendente a eliminar a autonomia privada, e alertando quanto ao perigo da indefinição de seu alcance e seu consequente viés anti-econômico.

Por sua vez, em outros entendimentos aplicados à função social (não necessariamente ideologicamente comunitaristas, porém avessos à concepção liberal) defende-se a abrangência do princípio, notadamente no que tange a sua aplicabilidade no Direito dos contratos, como forma de ratificação do compromisso de equilíbrio das prestações do acordo.[260] Outrossim, ampliando o pressuposto do equilíbrio contratual às partes, AZEVEDO (2003) afirma que:

> "A intervenção do Estado, no âmbito contratual, abriu as portas a um novo tempo, em que se mitigaram os malefícios do liberalismo jurídico, com a proteção social ao mais fraco.[...] O novo Código Civil não ficou à margem

---

[257] TIMM, Luciano Benetti. Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça Distributiva vs. Eficiência Econômica. *Revista dos Tribunais*. Vol. 876, São Paulo: out. 2008. p. 35.

[258] VERÇOSA. Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos*. Quartier Latin: São Paulo, 2010. p. 118.

[259] Ibid., 2010. p. 120.

[260] WALD Arnoldo. A dupla função econômica e social do contrato. In. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, Ano 5, Vol. 17, jan/mar 2004, p. 5

> dessa indispensável necessidade de integrar o contrato na sociedade, como meio de realizar os fins sociais, pois determinou que liberdade contratual (embora se refira equivocadamente à liberdade contratar) deve ser "exercida em razão e nos limites da função social do contrato". Esse dispositivo (art. 421) alarga, ainda mais, a capacidade do juiz para proteger o mais fraco, [quando] na contratação que, por exemplo, possa estar sofrendo pressão econômica ou os efeitos maléficos de cláusulas abusivas ou de publicidade enganosa."[261]

MARTINS-COSTA (1998), também defensora do instituto, imprime à função social contornos de cláusula geral posto que inserida no contexto de funcionalização dos direitos subjetivos, que fora historicamente reconhecido na Constituição de Weimar como forma de se buscar *"um novo equilíbrio entre os interesses dos particulares e necessidades da coletividade"*, expressão traduzida pela autora em análise da obra de GALGANO (1979).[262]

Destaca-se que a sobreposição dos interesses da coletividade em detrimento da expressão individual é ferramenta típica de regimes totalitários, onde o Direito passa a incluir dispositivos que direcionam os indivíduos a adotarem condutas pautadas pelo interesse de terceiros, *"distribuindo benesses ou atendendo ao interesse público"*[263]. Contudo, tem-se que mesmo o regime fascista na Itália de Mussolini, de onde parece vir a inspiração da função social conforme inserida no CC de 2002, não se atreveu a estabelece-la no âmbito dos contratos.[264]

A nosso ver, no âmbito dos contratos empresariais, onde o profissionalismo das partes deve ser presumido, a função social deve aparecer como elemento complementar à função econômica, não se admitindo que a primeira passe a ocupar o lugar da última, uma vez que contrato sem função econômica não é contrato.[265]

---

[261] AZEVEDO, Álvaro Villaça. O novo Código Civil Brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa- fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (laesio enormis). In. ALVIM, Eduardo Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. (Coord). *Aspectos controvertidos do novo código civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves.* São Paulo : ed. Revista dos Tribunais, 2003 p. 42.

[262] MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *O Direito Privado como um "sistema em construção"*: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998. p.13. traduzindo GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e costituzione*. 2.ed. Bolonha: Zanichelli, p.152.

[263] VERÇOSA. Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos*. Quartier Latin: São Paulo, 2010. p. 127.

[264] SZTAJN, Rachel. Função social do contrato e o direito dc empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*. n. 139. São Paulo: Malheiros. Jul/set 2005 p. 31.

[265] THEODORO JÚNIOR. Humberto. *O contrato e sua função social*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008 p. 98.

Nesse mesmo sentido, seguimos a lição de THEODORO JÚNIOR (2008):

> "A função social que se atribui ao contrato não pode ignorar sua função primária e natural, que é a econômica. Não pode esta ser anulada, a pretexto de cumprir-se, por exemplo, uma atividade assistencial ou caritativa. Ao contrato cabe uma função social, mas não uma função de 'assistência social'. [...] Por mais que o indivíduo mereça assistência social, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser ignorados pela lei e muito menos pelo aplicador da lei".

Sob tal ótica, evidencia-se a necessidade de reconhecer a função econômica para, em seguida, levar em conta o ambiente onde a contratação ocorre, as partes que dela participam e em que condições participam para, somente então, verificar tanto a aplicabilidade quando a dimensão desses limites. Sob tal ponto de vista, a função social se apresentaria não como objetivo do contrato, mas como elemento limitador da liberdade das partes na promoção da circulação da riqueza, interferindo no conteúdo do negócio, o que não deveria ser admitido senão em circustâncias específicas, tal qual o microcosmo em que se situa o Direito do Consumidor.

Não se pode admitir que, sob referida batuta, adote-se uma postura de dirigismo contratual que resulte na destruição da razão de ser do acordo entre partes empresárias.[266] A intervenção judicial nos contratos não se justifica, por si só, no intuito de transformá-lo em instrumento de assistência social ou de caridade às custas do patrimônio alheio, ou, como coloquialmente caracteriza VERÇOSA (2010), *"dar esmola com o bolso alheio"*,[267] mas sim em razão da eventual necessidade de buscar a repressão à simulação e a fraude contra credores, por exemplo.[268]

---

[266] Nesse sentido insere-se o enunciado n. 21 das Jornadas de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, que assim dispõe: *"21. Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais."*

[267] VERÇOSA. Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos*. Quartier Latin: São Paulo, 2010. p. 128.

[268] THEODORO JÚNIOR. Humberto. *O contrato e sua função social*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 98.

4. FUNDAMENTOS DA REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS

4.1. As origens da cláusula *rebus sic stantibus*

Embora muito já tenha sido escrito a respeito do tema do presente tópico, com vistas a manter a coerência do presente estudo, com o devido cuidado para não nos alongarmos em demasiado, entendemos pertinente resgatar as origens históricas da cláusula *rebus sic stantibus*, bem como as teorias revisionistas que surgiram com o passar dos anos.

Inicialmente, tem-se que a superveniência de fatos inesperados e seus reflexos nos acordos vem sucitando questionamentos desde períodos anteriores ao Império Romano, podendo ser encontradas disposições nesse sentido até mesmo no Código de Hamurabi,[269] mais antiga codificação até hoje encontrada, ressaltando apenas que nesse caso específico BORGES (2002) aponta tratar-se de hipótese de flexibilização do pacto em razão de caso fortuito ou força maior.[270]

A questão em comento continuou a desafiar juristas e filósofos nos tempos da República e do Império Romano, dentre os quais POLÍBIO, CÍCERO e SÊNECA, que elucubraram hipóteses em que seria juridicamente admissível o descumprimento das promessas firmadas,[271] e foram posteriormente acompanhados pelos trabalhos de AFRICANUS, ANTONINO PIO[272] e NERATIUS[273], sendo a este último atribuída a frase inserida no Digesto que originou a expressão "*rebus sic stantibus*".

Por sua vez, no período do Baixo Império, um sistema jurídico mais elaborado incluía regras mais precisas, destinadas a lidar com situações onde, constatada alterações das circunstâncias, aplicava-se a *condictio* que, conforme SIDOU (1984), se tratava de remédio

---

[269] "Se alguém tem um débito a juros, e uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta d'água não cresce o trigo no campo, ele não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato e não pagar juros por esse ano" (Art. 48 do Código de Hammurabi. Texto extraído de: SIDOU, José Maria Othon. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas:* a cláusula rebus sic stantibus. Dos efeitos da fiança. Empresa individual de responsabilidade limitada. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 3.

[270] BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo código civil. São Paulo: Malheiros Editores*, 2002, p. 86.

[271] SIDOU, José Maria Othon. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas:* a cláusula rebus sic stantibus. Dos efeitos da fiança. Empresa individual de responsabilidade limitada. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 4-5

[272] Ibid., 1978. p.6.

[273] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Declaração unilateral de vontade e Responsabilidade civil.* vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 138.

consubstanciado em uma *"ação aplicável quando se fazia uma prestação visando a uma contraprestação futura, a qual não se realizava".*[274] Segundo o mesmo autor, a cláusula *rebus sic stantibus* teria surgido a partir desse instituto, posto que ambos representavam uma ruptura ao *pacta sunt servanda*.[275]

Contudo, ainda que houvesse o endereçamento de regras específicas à relativização dos pactos, ante a ausência de sistematização das normas no Direito Romano, a aplicação dos institutos era moldada ao caso concreto uma vez que realizada diretamente pelos jurisconsultos, não sendo possível assumir que os romanos haviam atribuído à regra geral do *rebus sic stantibus* contornos de princípio geral.[276]

BORGES (2002), parecer discordar desse entendimento ao afirmar que:

> "embora o princípio rebus sic stantibus tenha sido aplicado no universo romano de forma assistemática (até com base no simples temor de lesão), na verdade ali foi o império absoluto da regra pacta sunt servanda. A rigidez implícita neste princípio deve ser atribuída ao fato de que – sem qualquer demérito à sua monumental estrutura – o Direito Romano era formalista, individualista e, sobretudo, absolutista. Daí a premissa de que, uma vez assumida a obrigação, deveria ser cumprida, mesmo com prejuízos para o adimplente, em obediência ao apotegema: o contrato faz lei entre as partes" [277]

Vale destacar, ainda que seja óbvio, que as premissas que permitiam a relativização do *pacta sunt servanda* em virtude de alterações fáticas circunstanciais ultrapassou o perído de domínio romano, tendo sido adotada pelo cristianismo, conforme se depreende dos trabalhos de SANTO AGOSTINHO[278] e SÃO TOMAS DE AQUINO.[279] De acordo com SIDOU (1978), foi o direito canônico que transformou o instituto de regra moral à regra jurídica.[280]

---

[274] SIDOU, José Maria Othon. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas:* a cláusula rebus sic stantibus. Dos efeitos da fiança. Empresa individual de responsabilidade limitada. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 6-7.

[275] Ibid. 1978. p.8

[276] MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus Sic Stantibus.* São Paulo: Saraiva, 2001, p. 46-47.

[277] BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo código civil. São Paulo: Malheiros Editores*, 2002, p. 90.

[278] SIDOU, José Maria Othon. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas:* a cláusula rebus sic stantibus. Dos efeitos da fiança. Empresa individual de responsabilidade limitada. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 11.

[279] Ibid., 1978, p. 11.

[280] Ibid., 1978, p. 12.

A percepção de que os pactos deveriam ser mantidos se as circunstâncias também o fossem permaneceu dormente durante até meados da baixa idade média,[281] tendo sua evolução ganhado novo fôlego nas obras dos intérpretes versados nos cânones da igreja e dos pos-glosadores.[282] De acordo com MORAES (2001), as premissas *rebus sic stantibus* foram incorporadas às regras da época após os trabalhos de BÁRTOLO DE SASSOOFERRATO (1314-1357) e seu pupilo UBALDO DEGLI UBALDI (1327-1400) a textos anteriores, notadamente aos comentários e notas sobre o Digesto, feitas por FRANCESCO ACCURSIO (1182-1260).[283]

Daí em diante viu-se uma ampliação da aplicabilidade da cláusula como ferramenta de adequação na interpretação dos atos jurídicos, ainda que sua utilização permanece acontecendo de forma não sistemática e sem levar em conta métodos de aplicação determinados. Contudo, ainda nos aproveitando da extensa pesquisa de MORAES (2001), essa forma de manuseio não representava irresponsabilidade dos juristas, posto que decorria da preocupação com a justeza das soluções quando inseridas no contexto dos casos concretos. Em adição a tal comentário, o autor leva em conta também a ausência de uma teoria geral dos contratos e a inexistência de uma figura abstrata de negócio jurídico como fatores que influenciaram a não elaboração de uma teoria mais ampla a respeito dos reflexos advindos das alterações nas circunstâncias.[284]

No início do século XV, a primazia da manifestação da vontade faz com que a cláusula tenha sua utilização colocada em segundo plano assim como a busca por soluções justas.[285] Nos séculos seguintes, a aplicabilidade da cláusulal *rebus sic stantibus* atinge patamares ainda menores, inclusive nos países que seguiram a tradição do direito que remetia aos glosadores e pós-glosadores, sob o argumento de, ao mesmo tempo, ser imprecisa e trazer pouca segurança, ainda que alguns autores tenham continuado fiéis aos trabalhos de BARTOLO e UBALDO.[286]

---

[281] BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo código civil. São Paulo: Malheiros Editores*, 2002, p. 92.

[282] MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus Sic Stantibus.* São Paulo: Saraiva, 2001. p. 50-54.

[283] Ibid., 2001. p. 48-49.

[284] Ibid., 2001. p. 52-53.

[285] MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus Sic Stantibus.* São Paulo: Saraiva, 2001. p. 56-57.

[286] Ibid., 2001. p. 59.

No âmbito do jusracionalismo continua o confinamento da teoria *rebus sic stantibus* em casos específicos,[287] praticamente eliminando as discussão a respeito da matéria. Os principais sistemas contratuais e seus estudiosos passam a focar no consentimento entre os agentes do pacto, em detrimento da cláusula.

Assim, o *Code Civil* napoleônico de 1804, que influenciou boa parte dos códigos ocidentais subsquentes, põe de lado a discussão nos países de tradição romano-germânica, sobretudo em virtude da redação de seu artigo 1134.[288] A esse respeito, assim pondera CORDEIRO (1997):

> "[o] código Napoleão culminou esta evolução, ignorando totalmente a clausula rebus sic stantibus ou qualquer outro instituto que, em geral, prosseguisse a sua finalidade. Às vacilações do jusracionalismo somou-se, desta feita, todo o peso da tradição elegante francesa, expressa nos silêncios eloquentes de CUIACIUS, DONELLUS, DOMAT e POTHIER. Numa demonstração de vitalidade assumida, por vezes pela continuidade cultural, este peso manter-se-ia, em França, até aos nossos dias atuais"[289]

MARTINS-COSTA entende que as codificações do séc. XIX não contemplaram dispositivos referentes à revisão contratual em razão de dois aspectos, quais sejam: *(i)* a prevalência do ideário liberal econômico à época; e *(ii)* a relativa estabilidade monetária da Europa do século XIX.[290] O entendimento então dominante dava conta que a intervenção do Estado nos negócios privados havia sido superada. Tal posicionamento pode ser verificado nos comentários feitos por BEVILACQUA (1917) quando das discussões dos trabalhos relativos à elaboração do Código Civil de 1916:

> "Creio que estes últimos [Código Civil Francês, Italiano, Mexicano, Argentino e Uruguaio] traduzem melhor as aspirações do Direito moderno: 1º, porque se affeiçoam melhor ás noções da propriedade individual e da autonomia pessoal; 2°, porque a liberdade individual só deve ser limitada

---

[287] MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus Sic Stantibus.* São Paulo: Saraiva, 2001. p. 61-62

[288] *"Art. 1.134. Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi"*. Tradução nossa: "Os acordos legalmente formados são vinculantes para aqueles que os criaram. Eles podem ser revogados apenas por consentimento mútuo, ou pelos motivos que a lei autoriza. Eles devem ser realizados de boa fé ".

[289] CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Da Boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 1997 p. 954

[290] MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A revisão dos contratos no código civil brasileiro. *Rivista di Diritto Dell'Integrazione e Unificazione del direitto in Europa e in América Latina*, n. 16, 2003, p. 138.

> na medida do interesse publico; 3°, **porque a exaggeradá interferencia do poder social nos negocios de ordem privada é um jugo de que a humanidade se tem libertado á custa de muitos e demorados esforços**; 4°, não se póde prefixar o maximo das despesas de um homem, em proporção com a sua fortuna e segundo as exigencias das circumstancias, e si fosse possível, seria inconveniente essa prefixação." [291] [292]

Referido viés, pautado pelo liberalismo, passa a ser alterado de forma mais sensível após as guerras mundiais de 1914 e 1939, quando a desvalorização monetária e a escassez de insumos passa a exigir que os pactos fossem analisados com outra temática. Nessa ocasião a intervenção do Estado na economia passa a integrar a ordem constitucional e a revisão é reintroduzida no Direito contemporâneo.[293]

4.2. As teorias revisionistas do direito estrangeiro

O ressurgimento da cláusula *rebus sic stantibus* com a redescoberta de sua utilidade tomou o Direito de assalto em razão dos embates que arrasaram o continente europeu no início do XX, notadamente as duas grandes guerras. Na síntese de RIZZARDO (2005):

> "os contratos celebrados antes das hecatombes dificilmente tinham condições de ser cumpridos, nos mesmos termos, após o conflito. O credor receberia, em pagamento, uma moeda de tal sorte desvalorizada, cuja significação real não bastaria para adquirir um objeto qualquer, sem qualificação em relação ao que ocorria na ocasião do negócio"[294]

Ademais, buscando corrigir vantagens sem próprosito diversos países editaram leis no intuito de restabelecer o equilíbrio contratual e evitar os efeitos ocasionados pela desvalorização das moedas nacionais. Entretanto, a despeito do tema ter sido tratado por

---

[291] BEVILÁCQUA, Clóvis. *Código Civil Brasileiro:* trabalhos relativos á sua elaboração. v.1 Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917. p.38. Disponível em: < http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/14356> Acessado em 25.12.2017. (grifos nossos).

[292] O excerto em questão surge quando BEVILACQUA discute a pertinência de inserir a prodigalidade no rol de incapacidades que justificam a interdição do indivíduo. Contudo, ainda que seja para referir-se a situação específica e não relativa a força dos contratos propriamente dita, o viés liberal que permeia o texto, conforme asseverou MARTINS-COSTA, é flagrante.

[293] MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A revisão dos contratos no código civil brasileiro. *Rivista di Diritto Dell'Integrazione e Unificazione del direitto in Europa e in América Latina*, n. 16, 2003. p. 138.

[294] RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos:* Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 137

diversos ordenamentos e muito se tenha dito a respeito das questões envolvendo a alteração de circunstâncias, limitaremos nossa análise as escolas alemã, francesa e italiana em razão da sua influência no ordenamento jurídico brasileiro.

4.2.1. Teoria da Imprevisão: a resposta Francesa

Após a edição do *Code Civil* as decisões das cortes francesas mantiveram-se em consonância às disposições do art. 1.134, ainda que RIPERT (1937) aponte para uma ligeira flexibilização do instituto na primeira metade do século XIX, registrando que alguns acórdãos aplicaram-no à contratos de entrega sucessivas,[295] CORDEIRO (1997) afirma ter havido um recrudescimento das decisões - e seu direcionamento ao formalismo e ao radicalismo - que permaneceram insensíveis às agrúrias do conflito franco-prussiano.[296]

O legislador francês cuidou da elaboração de leis voltadas à remediação de questões específicas, dentre as quais se destaca a *Lei Faillot*, [297] votada em 21 de Janeiro de 1918, aplicável aos contratos de fornecimento de carvão concluídos antes da 1ª Guerra e por ela atingidos, dando origem, na jurisprudência dos tribunais administrativos, a Teoria da Imprevisão.

Segundo a lição de MARTINS-COSTA (2003), o caso que consagrou a Teoria da Imprevisão no direito francês envolveu a *Compagnie Génerale d'Éclairage* e a cidade de Bordeaux,[298] e foi analisado pelo Conselho de Estado em 30.3.1916. Na ocasisão, a primeira questionava a elevação do preço fixado no contrato de concessão para o fornecimendo de gás firmado com a segunda, haja vista a elevação do custo da matéria prima (carvão) utilizada na produção do gás, tendo os julgadores determinado que fosse estipulada uma indenização a ser paga em favor da concessionária enquanto a situação de guerra perdurasse.

O principal mérito da teoria em comento foi o reconhecimento da possibilidade de

---

[295] RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles.* 3.ed. Tradução da terceira edição francesa por Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 154.

[296] CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 956-959.

[297] Ibid., 1937. p. 147.

[298] MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A revisão dos contratos no código civil brasileiro. *Rivista di Diritto Dell'Integrazione e Unificazione del direitto in Europa e in América Latina*, n. 16, 2003, p. 145.

relativizar as obrigações contratuais em decorrência de situações extraordinárias e imprevísiveis, ainda que houvesse a restrição de sua aplicação aos contratos administrativos. Há quem reconheça tal restrição das cortes francesas como fruto do receio dos julgadores em estender o alcance da Teoria da Imprevisão aos contatos civis, posto que temerosos quanto a generalização de um permissivo revisional e a consequente possibilidade de particulares passarem a agir oportunisticamente, em detrimento da economia nacional., sendo esse o entendimento de CORDEIRO (1997)[299] e RIPERT (1937), que acresce ao afirmar que os juízes franceses tiveram medo dos poderes que lhe seriam outorgados.[300]

Para CORDEIRO (1997) a teoria da imprevisão encontra apoio em plano extracontratual, esquivando-se de teorias como a da pressuposição ou da base do negócio no que tange à vontade das partes. Autores franceses fazem poucas referências à cláusula *rebus sic stantibus* por defenderem que a manutenção de contratos onde venha a ocorrer o desbalanceamento superveniente das prestações atingiria as hipóteses de enriquecimento sem causa, contrário à moral.[301] Tal entendimento funda-se nas bases humanísticas que integram o Código de 1804, sendo contrário à lógica francesa de coroar a autonomia da vontade, claramente consagrada no já citado artigo 1.134, considerar a alteração de circunstâncias com arrimo em cláusula geral tácita.[302]

Segundo FRANTZ (2007), a afirmação feita no parágrafo anterior pode ser justificada pelo fato da autonomia da vontade, no contexto pós Revolução Francesa de 1789, ter adquirido contornos de "*fator de legitimidade de atuação do poder político e como fundamento da própria liberdade*" e "*manifestação da liberdade individual no campo do direito*",[303] o que, *per se,* evidencia as razões da aversão tanto dos tribunais quanto da doutrina francesa em flexibilizar os pactos.[304]

RIPERT (1937) já havia apontado tal resitência ao argumentar que não seria possível considerar a cláusula *rebus* porque avessa à natureza econômica dos contratos. A ocorrência de mudanças nas circunstâncias que permeiam as relações jurídicas de trato sucessivo é

---

[299] CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa fé no direito civil.* Coimbra: Almedina, 1997. p. 962.

[300] Ibid., 1937. p. 155.

[301] Ibid., 1997. p. 963.

[302] Ibid., 1997. p. 964

[303] FRANTZ, Laura Coradini. *Revisão dos Contratos*: elementos para sua construção dogmática. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 27.

[304] Ibid., 2007. p. 27.

fenômeno que deve ser considerado, caso contrário não haveria motivo para celebração de contratos dessa natureza. O jurista francês explica que a celebração do pacto e tabulação das regras visa, justamente, resguardar as partes dos inconvenientes correlatos à tais mudanças.[305]

FRANTZ (2007) destaca a posição outrora firmada nos tribunais franceses de que "*o contrato pode ser resolvido ou revisado apenas se eventos imprevisíveis, ainda que não tornem impossível o adimplemento, impedirem a realização de seus escopos ou perturbarem o equilíbrio entre as prestações*".[306]

Por fim, destaca-se que, hodiernamente, no direito francês é cada vez mais frequente o reconhecimento favorável, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, da intervenção judicial com vistas ao reequilíbrio da relação contratual sob a égide do solidarismo contratual e da boa-fé objetiva. [307]

Acerca do solidarismo contratual, FRANTZ (2007) se utiliza da expressão plasmada pela doutrina francesa "*affectios contractus*" para vindicar o dever de colaboração como instrumento balizador das partes, afastando a percepção de interesses antagônicos:

> "[a] nova abordagem do contrato opera não mais em termos de interesses antagônicos de 'vontades livres'que se digladiam, mas de colaboração, de existência de uma 'affectios contractus', objetivando relações contratuais equilibradas, 'permeadas por fraternidade e justiça', que permitem a compreensão do contrato não simplesmente como 'vontade de contratar', mas, igualmente, como 'vontade de manter o vínculo contratual', de executá-lo de acordo com os ditames da boa-fé e da fraternidade contratual em uma convergência mínima de interesses das partes dirigidas a uma criação comum"[308]

Por oportuno, destaca-se que não há que se confundir a Teoria da Imprevisão com os institutos do caso fortuito ou força maior, vez que a primeira aborda a ocorrência de fato não previsto apto a ensejar a possibilidade de revisão do pacto em razão da dificuldade de uma das partes cumprir com suas obrigações contratuais, enquanto os últimos, caracterizados pela inevitabilidade (Caso Fortuito) ou indeterminabilidade (Força Maior), podem ocasionar a

---

[305] RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles.* 3.ed. Tradução da terceira edição francesa por Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1937. p. 156.

[306] Ibid., 2007. p. 23-24.

[307] MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A revisão dos contratos no código civil brasileiro. *Rivista di Diritto Dell'Integrazione e Unificazione del direitto in Europa e in América Latina*, n. 16, 2003. p. 145.

[308] FRANTZ, Laura Coradini. *Revisão dos Contratos*: elementos para sua construção dogmática. São Paulo: Saraiva, 2007, p.31.

impossibilidade no cumprimento da avença como um todo, habilitando a extinção do contrato, em consonância ao disposto no artigo 393 do Código Civil.

4.2.2. A Teoria da pressuposição e base do negócio: a resposta alemã

Conforme apontamos anteriormente, o florescimento do liberalismo econômico, refletido nos ordenamentos jurídicos de diversos países, notadamente inspirados pelas codificações napoleônicas, elegeram o contrato como instrumento para a circulação de riquezas imprescindível às aspirações burguesas da época. A autonomia da vontade, intrínseca ao citado liberalismo econômico, servia como ferramenta para "blindagem" dos pactos, tornando-os praticamente invulnerável às pretensões revisionais.

Percebendo a ausência de uma resposta adequada às situações onde era verificada a impossiblidade de adimplemento das obrigações pactuadas em função de situações supervenientes, Bernhard Windscheid, no início da segunda metade do séc XIX, apresenta a Teoria da Pressuposição como contrapartida às premissas de intangibilidade e força obrigatória dos acordos de vontade.

O pandectista alemão, fez com que renascesse o interesse da doutrina a respeito da questão, defendendo que no momento da pactuação as partes detém uma certeza subjetiva acerca do estado em que as coisas se encontram (e que tal estado permanecerá no futuro). Alterando-se as situações fáticas além dos limites cognoscíveis, perder-se-ia a eficácia da declaração de vontade e os indivíduos que por ela tenham se obrigado poderiam escusar-se do cumprimento das obrigações alegando a modificação dos pressupostos da contratação.[309]

LARENZ (2002) apresenta seus entendimentos a respeito da teoria, conforme destacamos a seguir:

> "Windscheid entendía por <<presuposición>> una limitación de la voluntad, exteriorizada en el supuesto de hecho de la declaración negocial, de tal naturaleza que la voluntad negocial tenga validez sólo para el caso, que o declarante considera cierto y, por tanto, no puso como <<condición>> (en sentido técnico-jurídico), de que exista, aparezca o persista una determinada circunstancia. Si esta presuposición no se realiza,

[309] CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes Menezes. *Da Boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 970)

> las consecuencias jurídicas corresponderán a la voluntad efectiva, pero no a la verdadera."[310]

ANTUNES VARELA (1978), por sua vez, busca elucidar a teoria com o seguinte exemplo:

> O dono da fábrica encomendou uma grande partida de algodão, convencido de que o barco com a matéria-prima adquirida a uma outra firma se afundara na viagem. O empregado bancário alugou casa de veraneio, em Itaparica, para o mês de janeiro, persuadido de que gozaria nesse mês as férias a que tem direito. O tio legou todos os bens a um dos dois sobrinhos, convencido de que o outro morreu num acidente de viação.[311]

Segundo GALLO (1992), o projeto incial do BGB incorporou a Teoria da Pressuposição, contudo retirada de sua segunda versão em função das críticas relacionadas à insegurança que traria ao tráfico negocial,[312] sendo as mais ásperas aquelas apresentadas por LENEL, que se opunha tanto à forma quanto aos fundamentos em que se apoiava,[313] fundamentando que sua contrariedade às propostas de Windscheid decorria da constatação de que não havia distinção entre pressuposição e motivo. Se declaradas e aceitas, as condições passam a integrar o negócio de forma vinculante, se desconhecidas não poderiam ter sua eficácia acolhida.[314] Ademais, seria injusto importor à uma das partes suportar o encerramento prematuro do negócio caso sua eficácia não estivesse subordinada à condição ou se o motivo não tivesse sido declarado como elemento determinante da contratação.

CORDEIRO (1997), vota pela inadequação da crítica de LENEL em virtude da pressuposição constituir em elemento que poderia chegar a ser conhecido por ambas as partes e, por tal razão, possuir relevância jurídica, ao contrário do motivo que leva à celebração do negócio. Assim, a ausência da pressuposição fundada na vontade deixaria

---

[310] LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*[Texte imprimé]. 1. vol. Traducción de Carlos Fernández Rodríguez; edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares, 2002. p.18

[311] ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito das Obrigações.* 1.ed. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p.90.

[312] GALLO, Paolo. Sopravennienza Contrattuale e problemi di gestione del contrato. Milão: Giuffrè, 1992, p. 94. *apud* YAMASHITA, Hugo Tubone. *A alteração das circunstâncias fáticas nos contratos interempresariais*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 92.

[313] Ibid., 2014. p.92

[314] CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 974.

máculas no direito percebido em razão da declaração de vontade.[315]

Tendo a teoria sido abandonada no projeto do BGB, somente pouco antes da Guerra de 1914, os estudos a respeito da incidência da cláusula *rebus* ressurgiram um pouco antes da 1ª Grande Guerra,[316] conflito que, pelas suas proporsões, acabou rejuvenescendo o interesse sobre o tema.[317]

Ponto já identificado acima, muito embora à claúsula não fossem atribuídos contornos de princípio geral, posto que sua aplicação restringia-se a casos específicos, seu alcance foi aos poucos sendo ampliado em função de critérios hermenêuticos amplos, tal qual a boa-fé, inserida na seção § 157, BGB.[318] [319] Houve também quem defendesse que a que a pressuposição de WINDSCHEID deveria ser aplicada nas situações em que as alterações circuntanciais tivessem sido antecipadas pelas partes, enquanto a vertente *rebus sic stantibus* nos casos onde não houvesse tal previsão prematura. Nesse sentido, CORDEIRO (1997) inclina-se ao pensamento de STAHL:

> "[...]apesar de certas semelhanças exteriores, as duas noções são diferentes: a pressuposição teria algo tido em conta, pelas partes, no momento da conclusão; pelo contrário, na clausula, haveria algo que, na celebração, de modo desculpável não teria sido nada pensado. Na pressuposição haveria, afinal, ainda declaração de vontade, enquanto a clausula, tal como a boa fé, se imporia pela sua própria força". [320]

KAUFMANN avançou as ideias a repeito do tema ao basear sua análise em elementos do Direito Internacional Público, utilizando-os para afastar as considerações

---

[315] CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 977-979.

[316] LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*[Texte imprimé]. 1. vol. Traducción de Carlos Fernández Rodríguez; edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 29.

[317] GALLO, Paolo. Sopravennienza Contrattuale e problemi di gestione del contrato. Milão: Giuffrè, 1992, p. 95. *apud* YAMASHITA, Hugo Tubone. *A alteração das circunstâncias fáticas nos contratos interempresariais*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014. p. 94

[318] *"§157 Auslegung von Verträgen. Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."* Tradução nossa: "Seção 157 Interpretação de Contratos. Os contratos devem ser interpretados conforme exige a boa-fé, levando as práticas habituais em consideração."

[319] CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 988.

[320] Ibid., 1998. p. 988.

psicológicas contida nas propostas de WINDSCHEID[321] e argumentando que o legislador lança mão de cláusulas gerais como meio de permitir que o juiz tenha maiores possibilidades ao manejar o caso concreto, garantindo sua liberdade de atuação. Graças a referido "espaço", permite-se ao julgador investigar o propósito essencial do contrato[322] e nele buscar seus limites objetivos. Dessa forma, defende o autor alemão que além da "*vontade empírica*", os pactos são permeados por uma "*vontade eficaz*", relativa à finalidade essencial do negócio e que permitiria a revisão judicial nos caso de alteração das circunstâncias.[323]

Contudo, embora reconheça os avanços proporcionados, CORDEIRO crítica a teoria da pressuposição de WINDSCHEID, bem como os incrementos trazidos por outros autores, por entender que ela se restringe à discussão formal da questão, sem apresentar elementos que nos levem à soluções práticas.[324]

Coube à OERTMANN reconduzir a questão, adequando a pressuposição de WINSCHEID de forma a rebater as críticas que lhe haviam sido impostas, principalmente aquelas formuladas por LENEL,[325] dando origem à teoria da base do negócio.

Segundo OERTMANN, as ponderações a respeito das circunstâncias pretéritas, presentes ou futuras, marcada pela certeza subjetiva, conforme abordada por WINDSCHEID, poderia obstar a irradiação de seus efeitos se fosse não só conhecida pelos contratantes, mas também não contestada. Assim, todos os contratos se formariam sobre os fundamentos conhecidos pelas partes (base do negócio), que não se coincidem com os motivos em virtude desses serem usualmente mantidos no íntimo de cada parte por qualquer motivo que seja, decisão negocial estratégica inclusive.

Se por um lado o motivo se refere a decisão de contratar ou não, sem as bases do negócio não haveria que se falar em contratação, sendo certo que dintinguindo-a manifestação de vontade unilateral, nem mesmo seria ela parte do conteúdo contratual.[326]

---

[321] LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*[Texte imprimé]. 1. vol. Traducción de Carlos Fernández Rodríguez; edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 29.

[322] BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milão: Giuffré, 1975, p. 140.

[323] LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos* [Texte imprimé]. 1. vol. Traducción de Carlos Fernández Rodríguez; edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 29.

[324] Ibid., 1997. p. 992-993.

[325] COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2005. p. 82.

[326] CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1032-1033.

LARENZ faz referência expressa à definição de OERTMANN, da qual nos aproveitamos *in verbis:*

> "La representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basa la voluntad negocial.>> Si no existen estas circunstancias o desaparecen posteriormente sin haberse asumido el riesgo de su desaparición, la parte por ello perjudicada debe, según Oertmann, tener un Derecho a resolverle contrato y, si se trata de un contrato de tracto sucesivo, a denunciarlo"[327]

O autor ainda chegou a afirmar que o art. 242 do BGB,[328] ao dispor a respeito da necessidade de cumprimentos do contrato em observância aos limites da boa-fé, permitiu ao devedor esquivar-se do adimplemento caso sua prestação viesse a escapar dessa premissa, o que ocorreria nas hipóteses em que a base se dissolveu e as partes foram remetidas a um cenário econômico não vislumbrado. A dissolução das bases do negócio e o direcionamento das partes a um cenário não antevisto, seria elemento justificador da rescisão contratual ou, a depender do caso concreto, sua modificação.[329]

CORDEIRO ressalta que as únicas novidades introduzidas por OERTMANN referiram-se às distinções formuladas a respeito da pressuposição e da cláusula *rebus sic stantibus*, tendo no mais apenas retomado as lições de WINDSCHEID no tocante a representação das partes, e dado maior ênfase às poderações de outros autores a respeito da boa-fé.[330]

Mesmo tendo sido aceita na jurisprudência e por meio dela ter sofrido adaptações, a teoria de OERTMANN foi amplamente criticada ao buscar sua estabilidade no juízo psicológico das partes. Dessa feita, CORDEIRO repete as observações formuladas quando da análise da teoria da pressuposição, indicando que, assim como as considerações de WINDSCHEID, as de OERTMANN nada respondiam:

---

[327] LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*[Texte imprimé]. 1. vol. Traducción de Carlos Fernández Rodríguez; edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 23

[328] "*§242 Leistung nach Treu und Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.*"

[329] Ibid., 1997. p. 1035.

[330] CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1039.

> "a base do negócio oertmanniana não diz, a nenhum juiz, se deve averiguar a situação psicológica real das partes, se deve procurar representações típicas em termos de normalidade, se deve corrigir injustiças comutativas derivadas do desequilíbrio superveniente das prestações, se deve retocar ou suprimir um contrato em nome do processo funcional da prossecução do seu próprio fim ou se, numa integração colectiva deve estudar as repercussões do contrato atingido; a base do negócio a tudo cobre e a nada responde"[331]

Em reação à teoria de OERTMANN, LARENZ apresentou construção diversa, diferenciando a base do negócio em dois sentidos: o subjetivo e o objetivo, conforme a seguir:

> Nesse sentido: "[l]a expresión 'base del negocio' puede ser entendida, y así lo há sido, en un doble sentido. Em primer lugar, como la base 'subjetiva' de la determinación de la voluntad de una o ambas partes, como una representación mental existente al concluir el negocio que há influído grandemente en la formación de los motivos. En segundo lugar, como la base 'objetiva' del contrato (en cuanto complejo de sentido inteligible), o sea, como el conjunto de circunstancias cuya exisencia o persistência pressupone debidamente elcontrato – sépanlo o no los contratantes -, ya que, de no ser así no se lograria el fin del contrato, el propósito de lãs partes contratantes y la subsistência del contrato no tendría 'sentido, fin u objeto'"[332]

A base subjetiva consistiria, portanto, em uma representação mental existente na conclusão do negócio e cuja influência encontra-se refletida na formação dos motivos. Inexistindo essa representação mental constataria-se um erro recíproco e a consequente ineficáica do contrato. [333] [334]

Conforme LARENZ (2002), muitos desses casos poderiam ser melhor resolvidos com base na teoria dos erros sobre os motivos ou na teoria dos vícios do consentimento.[335] Acresentando que seria esse o sentido da base do negócio que teriam buscado

---

[331] CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1042-1044.

[332] LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*[Texte imprimé]. 1. vol. Traducción de Carlos Fernández Rodríguez; edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 36 e 41

[333] Destaca-se a necessidade apontada pelo autor a respeito da reciprocidade, posto que seria irrelavante à teoria se o erro acerca dos motivos da contratação fosse impútável à apenas uma das partes. Nessa hipótese a revisão estaria restrita à algumas situações restritas.

[334] Ibid., 2002. p. 224.

[335] Ibid., p. 38.

WINDSCHEID, OERTMANN e os tribunais no período do *Reich*.[336]

Por outro lado, FRANTZ (2007) assim explica a base do negócio em sentido objetivo:

> "[a]s partes, quando celebram um contrato, levam em consideração determinadas circunstâncias de caráter geral, como a ordem econômica ou social existente, o poder aquisitivo da moeda, as condições normais do tráfico, sem as quais o contrato não alcança seu escopo. Se, após a conclusão do contrato, sucederem modificações fundamentais nas circunstâncias consideradas pelas partes no momento da ponderação de seus interesses e da distribuição dos riscos, fazendo com que a avença perca completamente seu sentido originário e implique conseqüências diferentes daquelas planejadas pelas partes, o direito deverá tutelar tais situações para que a injustiça não se perpetue em nome da segurança jurídica" [337]

A base do negócio em sentido objetivo consistiria, portanto, no conjunto de circunstâncias e no estado geral das coisas, cuja existência ou permanência é, objetivamente, necessária para que o contrato, de acordo com as intenções dos contratantes, possa subsistir.[338]

Com base em extensa pesquisa jurisprudencial, LARENZ (2002) filtrou dois *stantards* de disputas em que poderia ser identificada a dissolução da base do negócio objetivo: (i) aquelas em que o contrato perde sentido em função da eliminação de equivalência entre as prestações (perda de equivalência) e (ii) aqueles em que o fim contratual tornou-se inatingível (perda da finalidade).[339] Com relação ao primeiro LARENZ (2002) explica que nos contratos bilaterais é de se esperar que haja equilíbrio entre prestação e contraprestação, pontuando a respeito da subjetividade da equivalência em comento, posto que é responsabilidade de cada parte aferir se as obrigações contraídas são adequadas ao grau de satisfação objetivado.[340]

A alteração de equilíbrio entre as parcelas em função da alteração nas circunstâncias fáticas, desde que não enquadrada no risco da contratação (contrato como instrumento de

---

[336] LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*[Texte imprimé]. 1. vol. Traducción de Carlos Fernández Rodríguez; edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 37-38.

[337] FRANTZ, Laura Coradini. *Revisão dos Contratos*: elementos para sua construção dogmática. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 49.

[338] Ibid., 2007. p. 49

[339] Ibid., 2002. p. 98-99

[340] Ibid., 2002. p. 130-131.

alocação de riscos), ceifaria a base negocial dando ensejo a resolução ou renegociação do acordo.[341]

Já com relação ao segundo, o desaparecimento da base negocial objetiva se daria em razão da perda da finalidade inicial ou se essa tenha se tornado inatingível, mesmo se ao devedor fosse possível cumprir sua prestação. Nesse sentido, a identificação da finalidade objetiva se daria mediante a dedução da natureza do pacto e, por assim ser, elemento inerente à fixação de seu conteúdo e limites.[342]

Diante das constatações de sua pesquisa, LARENZ (2002) tece comentários às consequências da eliminação da base negocial segregando as soluções para cada uma das possibilidades de perda (subjetiva, de equivalência e da finalidade)

Nas situações subjetivas, a perda da base do negócio levaria à sua ineficácia. Por sua vez, nas ocasiões em que fosse verificada a hipótese de ruína da equivalência obrigacional, caberia à parte prejudicada recusar-se ao cumprimento de sua parte na avença, encerrando a relação contratual desde que a outra parte não se dispusesse a readequar o equilíbrio ao novo cenário.[343] Caso, nessa mesma hipótese, a parte já houvesse cumprido sua prestação, ser-lhe-ia de direito pleitear uma indenização por enriquecimento sem causa da contraparte.

Ademais, na hipótese de restar malogrado o fim contratual, a parte que restar prejudicada pode recusar-se a cumprir sua prestação, mesmo que ainda lhe seja possível fazê-lo, observados os valores que excederem os custos relativos à preparação do contrato, sendo desconsiderada, portanto, a possibilidade de pleitear a extinção do negócio. Dessa forma, ainda que a finalidade tenha deixado de existir, a parte para quem negócio deixou de fazer sentido permanece obrigada a indenizar a outra nas despesas até então incorridas, desde que relacionadas ao cumprimento da obrigação principal.[344] [345]

---

[341] LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*[Texte imprimé]. 1. vol. Traducción de Carlos Fernández Rodríguez; edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 131.

[342] Ibid., 2002. p. 170.

[343] Ibid., 2002. p.190.

[344] LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*[Texte imprimé]. 1. vol. Traducción de Carlos Fernández Rodríguez; edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares, 2002. p. 193.

[345] O interessante exemplo trazido pelo autor menciona a contratação de um marceneiro para construção de uma porta de Igreja e essa última vem a ser destruída pela guerra. A finalidade do contrato foi suprimida, posto que não faz mais sentido ao clérigo manter a encomenda de uma porta para uma Igreja que deixou de

Entretanto, ainda que o estudo dedicado de LARENZ tenha sido de grande relevância ao desenvolvimento do tema, suas propostas não permaneceram livres de críticas. Seguiremos com um breve panorama dessas críticas porque relevantes à nossa conclusão a respeito da evolução das teorias revionistas alemãs.

Iniciando as críticas por ESSER, que contestou a separação da base do negócio em suas vertentes subjetiva e objetiva, dado que sua definição ensejaria o reconhecimento desses elementos subjetivos e objetivos enquanto a identificação das intenções e pressuposições comuns estaria sujeita a introdução de critérios objetivos.[346]

Outro crítico de LARENZ, CORDEIRO (1997) é categórico ao afirmar que a base do negócio tem como função determinada a resoluão de questões absolutamente diversas, "*com base em conexões não científicas ou menos científicas*", o que ademais teria sido facilitado pelo exame lastreado no conceito de boa-fé. Assim, CORDEIRO repisa as críticas feitas em relação a WINDSCHEID e OERTMANN, ponderando que as considerações acerca da base do negócio novamente deixaram de produzir doutrina ou solução, sugerindo que seus dogmas deveriam ser relegados ao afirmar que *"a base do negócio, desde os últimos trinta anos, pouco quer dizer. É uma fórmula dogmática vazia"*.[347]

Passando aos próximos capítulos da linha evolutiva do pensamento alemão acerca das teorias reviosionistas, o passar dos anos trouxe uma mudança no cerne das questões correlatas às alterações das circunstâncias. Enquanto os teóricos de outrora fundavam sua análise sob a perspectiva da vontade, os que vieram posteriormento passaram a voltar seus olhos ao conceito de risco.[348]

Nessa toada, KEGEL, desenvolveu os conceitos de grande (capaz de afetar largos grupos sociais) e pequena (restrita a situações particulares) base do negócio jurídico, partilhando a ideia de que a cada parte incumbia suportar os riscos que lhe fossem imputados, não obstante os tivessem sido em razão da superveniência de alterações circunstanciais. O autor considerava que contratar era um risco *de per si*. Porém, reconhecia haver situações extraordinárias onde tão somente uma das partes era, injustamente, prejudicada, cabendo a

---

existir. Permaneceria, contudo, sua brigação de ressarcir o marceneiro das despesas incorridas com a aquisição da matéria prima que seria utilizada na porta.

[346] CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1048.

[347] Ibid., 1997. p. 1048-1049.

[348] Ibid., 1997. p. 1052.

redistribuição do risco à um juízo de valor.[349]

CORDEIRO atribui à KEGEL o mérito de ter precisamente sistematizado o risco e sua relação com o fenômeno da alteração de circunstâncias, contudo ressalva que suas propostas deixaram de delimitar os danos que deveriam ser suportados pela parte prejudicada, notadamente no que tange às situações onde esse prejuízo fosse experimentado pela coletividade (grande base).[350]

Outrossim, FIKENTSCHER aborda a questão sob uma nova perspectiva, transportando o problema da base do negócio à base da confiança, a qual entende abranger tudo aquilo que não venha a ser contemplado no risco contratual. Assim, na celebração de um contrato as partes confiaram na manutenção das circunstâncias que, se modificadas, poderiam resultar na inexibilidade da prestação, principalmente em virtude da observância a boa-fé, pouco importando se essa confiança na imutabilidade tenha ocorrido de forma consciente ou inconsciente.[351]

Para concluir o presente tópico, importante destacar o entendimento de KÖHLER, que tratou de reconduzir a base do negócio ao *venire contra factum proprium*, defendendo ser contraditório fundar o contrato na estabilidade de determinadas circunstâncias e mantê-lo eficaz caso houvessem alterações.[352]

4.2.3. Onerosidade excessiva e pressuposição: a resposta italiana

Assim como as experiências francesa e alemã, as discussões a respeito dos efeitos (des(obrigacionais) no âmbito da alteração superveniente das circunstâncias fáticas não figurou no rol das principais questões jurídicas italianas até o final do século XIX . Somente a partir do primeira metade do século XX é que a temática voltou a ser ventilada, notadamente em razão dos estudos de OSTI, pautados na relativização do norte

---

[349] CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997 p. 1053.

[350] Ibid., 1997. p. 1055-1056.

[351] Ibid., 1997. p. 1053.

[352] Ibid., 1997. p. 1063.

individualista de inspiração francesa em face aos preceitos de justiça social.[353]

Ademais, em roteiro quase equivalente ao francês, na Itália tanto jurisprudência quanto doutrina permaneceram receosas em reconhecer a aplicabilidade das diretrizes *rebus sic stantibus* aos contratos impactados pelas agrúrias da guerras européias do período. Foi somente através da edição de dispositivos legais específicos que o tratamento da questão passou a produzir efeitos relevantes.[354]

Entretanto, dentre os estudos elaborados acerca da problemática em comento, destacou-se a obra de ADREOLI, que anteriormente à entrada em vigor do *codice civile* de 1942 apresentou um extenso levantamento a respeito do que até então havia sido produzido, concluindo pela necessidade de inserção no ordenamento jurídico de uma medida que permitisse a revisão dos acordos porventura afetados pela verificação de alterações circustâncias inesperadas.[355]

Assim, ainda que houvesse ressalvas quanto a sua aceitação em contraponto à ótica privativista por décadas dominante, o ideal solidarista permeado pelas propostas fascistas foi aos poucos ganhando corpo, direcionando a cláusula *rebus* à consolidação, culminada com sua inserção nos artigos 1467[356] e 1468[357] do *codice*, responsáives pela positivação da onerosidade excessiva. Conforme apresentado por FRANTZ (2007), diante do novo viés solidarista, o instituto fora inserido como uma "*sanção ao não-cumprimento do dever de solidariedade que deve imperar entre as partes*".[358]

---

[353] FRANTZ, Laura Coradini. *Revisão dos Contratos*: elementos para sua construção dogmática. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 65-66.

[354] CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 981-982.

[355] GALLO, Paolo. Sopravennienza Contrattuale e problemi di gestione del contrato. Milão: Giuffrè, 1992, p. 104. *apud* YAMASHITA, Hugo Tubone. *A alteração das circunstâncias fáticas nos contratos interempresariais*. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014. p. 106

[356] "Art. 1467 Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168). La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923)".

[357] "Art. 1468 Contratto con obbligazioni di una sola parte. Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità".

[358] Ibid., 2007, p. 66.

Contudo, importa destacar que referida legislação optou por utilizar-se do instituto da resolução contratual e consequente dissolução do vínculo, não tendo apresentado remédio geral à modificação circunstancial propriamente dita reservou essa possibilidade para apenas alguns contratos específicos.[359]

GALLO (1992) destaca que referida legislação optou por utilizar como regra o instituto a resolução contratual e consequente dissolução do vínculo, entretanto, questiona que a lista de tipos contratuais que permitiriam a revisão do acordo (a título de exceção à regra) terminou tão extensa que na realidade esta teria se tornado a medida imposta de forma generalizada. GALLO afirma ainda que tal postura de não colocar a revisão por onerosidade excessiva no centro da regra decorria do receio dos indivíduos responsáveis pela elaboraçao do diploma legal quanto as consequências decorrentes da inclusão do instituto em um sistema onde o princípio da intangibilidade dos contratos havia sido solidificado[360]

Por sua vez, ROPPO (2001) ensina que o suporte fático do art. 1467 exige a presença de quatro pressupostos para que a regra seja aplicável ao caso concreto: (i) uma das prestações deve ser diferida; (ii) a prestação não tenha sido exaurida; *(iii)* a onerosidade superveniente seja excessiva e (iv) que esta tenha sido causada por evento superveniente extraordinário e imprevisível.[361]

No que tange aos dois primeiros elementos, o autor italiano esclarece que o corolário lógico de tais requisitos é simples: quando a prestação é adimplida (*esaurita*), ela deixa o raio de alcance do devedor e passa a integrar o patrimônio daquele que a recebeu, perdendo sua natureza de prestação. Por óbvio, uma vez que já houve o cumprimento satisfatório, não há que se falar em remédio aplicável à situação, ao menos não aquele moldado no artigo 1467 em comento. Com relação ao segundo requisito, adicionalmente ROPPO indica que sua utilização depende do devedor não ter incorrido em mora quando do cumprimento da obrigação.[362]

Por outro lado, a onerosidade excessiva superveniente deverá acertar em cheio a prestação ainda não adimplida, sendo irrelevante se a contraprestação já foi ou não exaurida.

---

[359] GALLO, Paolo. Sopravennienza Contrattuale e problemi di gestione del contrato. Milão: Giuffrè, 1992, p. 104. *apud* YAMASHITA, Hugo Tubone. *A alteração das circunstâncias fáticas nos contratos interempresariais.* Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2014. p. 107. O autor cita como tipos contratuais específicos os contratos de empreitada, distribuição e seguros, entre outros.

[360] Ibid., 2014. p. 107-108.

[361] ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto.* Milano: Giufre. 2001. p. 1017-1018.

[362] Ibid., 2001. p. 1021.

A fim de elucidar seus apontamentos, ROPPO utiliza o exemplo do fechamento do canal de Suez em razão do conflito árabe-israelense. O aumento expressivo do valor do frete caso a obrigação de transporte fosse cumprida pela única rota disponível (cortornando o Cabo da Boa Esperança) seria um evento caracterizador da onerosidade excessiva com impacto direto no cumprimento da prestação, contudo, uma epidemia que contaminasse toda a população de tripulantes e resultasse na necessidade de substituição às pressas dos marinheiros, a um custo mais elevado, não seria considerada suficiente para aplicação da revisão nos moldes do artigo 1467.[363]

Outrossim, os efeitos indesejados da onerosidade excessiva podem impactar o contrato como um todo ou apenas parte dele, de maneira que a busca pela resolução em razão da excessiva onerosidade pode endereçar o vínculo contratual de forma tanto integral quanto parcial, estando sujeita apenas a identificação da relevância da parte atingida frente ao restante do panorama contratual ou mesmo com relação ao interesse inicial das partes.[364]

Segundo ROPPO, a álea normal do contrato diz respeito ao *"tipo e a extensão do risco que a parte implicitamente assume com o contrato"*[365], assim sendo, tudo aquilo que vem a extrapolar esses limites de alocação e aceitação de risco, caracterizando-o como excessivo, enseja a revisão contratual por onerosidade excessiva superveniente.

Sendo assim, a aferição do risco contratual a que se submetem as partes deve ser realizada conforme previsto nas regras legais e especificidades do vínculo, tais como seu objeto ou o contexto em que se encontra inserido de sobremaneira que o mesmo evento pode dar ensejo a revisão por onerosidade excessiva em uma relação contratual enquanto para outra não.

Com relação ao quarto e último pressuposto, ROPPO afirma quea jurisprudência italiana entende que a valoração da extraordinariedade e imprevisibilidade do fato deve ser realizada de acordo com os padrões de previsibilidade do homem médio, da natureza do contrato, da capacidade das partes contratantes, das características do mercado em que se encontra inserida, bem como aos demais elementos particulares inseridos na relação. Ancorados nesses critérios poderia o juiz verificar a especialidade do evento e sua previsibilidade, ressaltando que, quanto mais específico, menos previsível.

---

[363] ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto.* Milano: Giufre. 2001. p. 1021.
[364] Ibid., 2001. p. 1023.
[365] Ibid., 2001. p. 1024.

Ademais, ROPPO aponta que as cortes italianas tem aos poucos flexibilizado os parâmetros de aferição da previsibilidade, de maneria que determinado fato que no passado não ensejava o reconhecimento da aplicação da revisão contratual, hodiernamente é aceito como imprevisível, autorizando o socorro ao artigo 1467.[366]

Ainda segundo o entendimento de ROPPO, incumbe à parte prejudicada em função da alteração das circunstâncias adotar as medidas para se ver liberada da relação contratual, de modo que a mera superveniência de fatos não previstos e ensejadores do remédio revisional não autoriza, automaticamente, o descumprimento das obrigações avençadas. Dessa maneira, tem-se que o inadimplemento contratual posterior à superveniência do fato inesperado, e anterior adoção das medidas para excusa do cumprimento, mantém a parte inadimplente responsável pelo danos que seu inadimplemento eventualmente causar, até o momento em que houver a propositura da ação resolutória.[367]

Paralelamente ao remédio do artigo 1467, antes da promulgação do *codice civile*, em 1942, as questões referentes à alteração de circunstâncias eram solucionadas com suporte da teoria da pressuposição,[368] amparada pelos estudos de WINDSCHEID e OERTMANN, já abordadas anteriormente. Com o advento do código fascista, os tribunais italianos passaram a não mais aplicar a pressuposição sob o argumento de inexistência de disposição legal expressa. Tal entendimento não prevaleceu e pouco tempo depois, a pressuposição voltou a ser vista na jurispridência, aplicada aos casos onde era constatada a frustração da finalidade do contrato, situação não abarcada pelo artigo 1467 em razão da sua flagrante obejtividade.[369]

Contudo, para FRANTZ (2007) os requisitos apontados pelos julgadores italianos como necessários à aplicação da teoria da pressuposição, notadamente aquele referente ao conhecimento mútuo da situação pressuposta, indica que, apesar da nomenclatura, é a teoria da base do negócio que vem sendo aplicada com mais relevência.[370]

---

[366] ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto.* Milano: Giufre. 2001. p. 1026.

[367] Ibid., 2001. p. 1028.

[368] Ibid., 2001. p. 1039.

[369] GALLO, Paolo. Sopravennienza Contrattuale e problemi di gestione del contrato. Milão: Giuffrè, 1992, p. 299. *apud* YAMASHITA, Hugo Tubone. *A alteração das circunstâncias fáticas nos contratos interempresariais*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 113.

[370] FRANTZ, Laura Coradini. *Revisão dos Contratos*: elementos para sua construção dogmática. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 47-49.

4.3.A recepção da teoria pelo Direito Brasileiro

Sem termos a intenção de apresentar uma digressão doutrinária histórica e jurisprudencial extensa a respeito da percepção do instituto no direito brasileiro, seguimos o entendimento de MARTINS-COSTA (2003), para quem a teoria incorporada pelo Código Civil vigente é a da onerosidade excessiva, advinda do direito italiano,[371] havendo divergências doutrinárias relacionadas ao aproveitamento da teoria da base do negócio nos contratos celebrados fora do microcosmo do direito do consumidor.[372]

Ademias, no que tange ao direito brasileiro a revisão contratual passou a ser prevista no Código Civil de 2002 em função de sugestão trazida por Caio Mário da Silva Pereira, tendo recebido tratamento específico na redação dos artigos 317, 478, 479 e 480. que trataram de reconhecer a possibilidade de (i) permitir ao devedor requerer a resolução do contrato; (ii) facultar ao credor o impedimento da resolução por meio de oferta com a finalidade de readequar o equilíbrio da relação; e (iii) prevenir que o juiz interfira *ex officio* no equilíbrio economico entre prestação e contraprestação.[373]

Destaca-se que a onerosidade excessiva, conforme recepcionada pelo ordenamento jurídico pátrio no artigo 478 do Código Civil, restringe seu âmbito de aplicação às situações em que for constatado, cumulativamente, (i) o contrato de execução continuada ou diferida, (ii) a prestação de uma das partes tornar-se excessivamente onerosa, (iii) a constatação de extrema vantagem em favor da parte não prejudicada; e (iv) que os acontecimentos sejam extraordinários e imprevisíveis.

A inserção de tais requisitos no dispositivo em comento acaba por restringir as situações em que admitir-se-ia a intervenção judicial nos casos de desequilíbrio contratual

---

[371] MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A revisão dos contratos no código civil brasileiro. *Rivista di Diritto Dell'Integrazione e Unificazione del direitto in Europa e in América Latina*, n. 16, 2003. p. 144.

[372] MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A boa-fé como modelo (notas para a compreensão da boa-fé obrigacional como modelo doutrinário e jurisprudencial no direito brasileiro. In CARDILLI, Ricardo (coord.). *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*. Roma: Mucchi, 2002. p. 88.

[373] LIRA, José-Ricardo Pereira. A Onerosidade Excessiva no Código Civil e a Impossibilidade de Modificação Judicial dos Contratos Comutativos sem Anuência do Credor. *Revista de Direito Renovar*, vol. 44-45, 2009. p. 105.

em função de evento superveniente, sem que tal restrição, infelizmente, tenha sido capaz de impor freios ao por vezes inconveniente ímpeto judicial relacionado à readequação econômica do contrato.[374]

Ademais, quando comparado ao artigo 1467, de onde veio a inspiração para sua redação, o dispositivo brasileiro tratou de impor limites ainda mais restritivos à possibilidade de requerimento da revisão judicial do contrato, inserindo dentre os requisitos a necessidade de que uma das partes passe a ter *extrema vantagem para com a outra*, havendo na doutrina quem critique essa inserção por entender que, dentro da infinita gama de eventos supervenientes passíveis de alterar o equilíbrio econômico do contrato, existem aqueles que o fazem sem resultar em extrema vantagem de uma das partes ou que, ainda, causem prejuízo para ambas.[375] Gomes (2008), por sua vez, ressalta que a jurisprudência tende a relativizar a análise judicial da extrema vantagem ou, até mesmo, afastar sua necessidade.[376]

Por outro lado, no intuito de adequar a utilização do requisito da *extrema vantagem* às críticas doutrinárias a seu respeito, FRANTZ (2007) sugere que essa seja mensurada questionando-se a possibilidade do contratante não prejudicado conseguir realizar, no mercado, contrato nas mesmas condições. Sendo a resposta afirmativa, estar-se-ia diante de situação que não preencheria o impositivo legal.[377]

Não nos parece, entretanto, que a solução apresentada por FRANTZ seja razoável. Na esteira dos argumentos de AGUIAR JÚNIOR, um evento extraordinário e imprevisível, que venha a impactar a sociedade como um todo, de igual sorte não permitiria que o credor do contrato voltasse ao mercado para celebrar um novo acordo nas mesmas condições, tendo em vista que o próprio ambiente mercantil restou prejudicado.

Por fim, considerando a natureza das relações pactuadas entre agentes econômicos qualificados e habituados ao trato mercantil parece-nos adequado que o requisito trazido pelo artigo 478 seja abordado com maior cautela, sempre na intenção de repelir a intervenção judicial àqueles casos de absoluta necessidade, principalmente em virtude do

---

[374] GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 217.

[375] AGUIAR JÚNIOR cita como exemplo guerras, revoluções, planos de intervenção economica entre outros (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por incumprimento do devedor*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2003. p. 152)

[376] Ibid., 2008. p. 217

[377] FRANTZ, Laura Coradini. *Revisão dos Contratos*: elementos para sua construção dogmática. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 142.

reconhecimento do contrato como instrumento para alocação de riscos, cuja matriz o julgador desconhece.

4.4. O modelo jurídico da revisão

Nâo são escassos os fundamentos apresentados pela doutrina e jurisprudência para justificar a flexibilização do *pacta sunt servanda*. MORAES (2001), classifica o entendimento doutrinário a respeito da cláusula *rebus* em dois grupos: (i) aqueles voltados à vontade contratual, que diante da modificação imprevisível e profunda da situação fática se inclinariam à revisão; e (ii) aqueles que defendem a flexibilização da autonomia conforme as circunstâncias concretas e de acordo com fatores externos à vontade das partes, tais como a moral, a boa-fé, a justiça e o Direito.[378]

VENOSA (2008), amplia a análise e divide as correntes doutrinárias em três: *(i)* corrente subjetiva, pautada no reconhecimento de que o contrato possui uma *condição implícita de permanência d[a] realidade,* de modo que a alteração substancial dessa realidade daria ensejo à adoção de medidas para cessação de seus efeitos; (ii) corrente obejtiva; e (iii) corrente fundada na boa-fé objetiva e regra moral. [379]

MARTINS-COSTA (2003) esclarece que a respeito da relevância da identificação do *sentido das normas que revestem o modelo jurídico da revisão*, apresentando concepções que orientaram o Direito Privado no desenvolvimento da questão revisional, apontando para três delas, quais sejama a concepção autonômica, a funcionalista e a comutativa.[380]

A concepção autonômica, ensina que o Direito Privado deveria incumbir-se apenas de garantir a autonomia individual, sendo a revisão de contratos somente autorizada se mutuamente acordada pelas partes integrantes do vínculo em total respeito ao *pacta sunt servanda,* excetuando-se as situações em que legislação específica exigisse a intervenção judicial.[381]

---

[378] MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus Sic Stantibus*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 32.

[379] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.* Rio de Janeiro: Atlas, 2008, p. 44.

[380] MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A revisão dos contratos no código civil brasileiro. *Rivista di Diritto Dell'Integrazione e Unificazione del direitto in Europa e in América Latina*, n. 16, 2003. p. 139-140.

[381] Ibid., 2003. p. 139-140.

Sob a perspectiva funcionalista, a revisão contratual deveria operar de modo instrumental, com vistas à restauração do contrato nas situações onde este já não mais se encontasse em conformidade com a operação econômica inicialmente avençada ou caso este venha a chocar-se contra diretrizes sociais. Nessa concepção a revisão contratual seria viável nas hipóteses em que a prestação contratual tenha se tornado excessivamente onerosa para uma das partes ou excessivamente vantajosa para a outra, desde que tal disparidade seja reflexo dos "*efeitos [adversos] na economia globalmente considerada.*" [382]

Já com relação à concepção comunativa (ou aristotélica), seus fundamentos fincam bases nos critérios de justiça distributiva ou seja, pautada na distribuição dos resultados positivos e negativos de tal forma que a revisão dos contratos deve ter como alvo o reestabelecimento da simetria e do equilíbrio entre prestação e contraprestação conforme originalmente determinadas.[383]

MARTINS-COSTA (2003) não aponta qual das três concepções acima abordadas deve prevalecer por acreditar na sua possibilidade de convívio, entretanto, pondera que em razão da hipercomplexidade da sociedade atual seu direcionamento deve ser dar em função da área de atuação do Direito Privado em que se pretende discutir a revisão. Vejamos:

> "A questão de saber se todo o direito privado é polarizado por apenas uma dessas três direções – a autonomia privada, a função, ou a justiça comutativa e corretiva – ou se, diferentemente, pode receber, conforme o caso, resposta direcionada por um ou outro critério, não é uma questão resolvida. Para alguns, só uma resposta é possível. Para outros – entre os quais me incluo – os três rumos convivem, cada um deles direcionando, ao menos tendencialmente, certa área ou campo de atuação do direito privado. Em nossa hipercomplexa e transversal sociedade há campos de predominância da autonomia, do funcionalismo e da justiça comutativa e corretiva, há a convivência, articulada, das três diversas racionalidades, das três razões como «autoridades» ou fundamentos do conjunto das formas privatistas. E essas três razões convivem no Direito dos Contratos, espelhando-se em sua principiologia. [384]

Ao tratar especificamente do direito brasileiro, MARTINS-COSTA (2003) defende a existência de um modelo jurídico da revisão contratual, entendendo que:

---

[382] MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A revisão dos contratos no código civil brasileiro. *Rivista di Diritto Dell'Integrazione e Unificazione del direitto in Europa e in América Latina*, n. 16, 2003. p. 141-143.

[383] Ibid., 2003. p. 142.

[384] Ibid., 2003. p. 142.

> "constitu[i] a revisão um «modelo jurídico» na acepção dada à expressão por Miguel Reale, que os entende como estruturas normativas, provindas das quatro fontes de produção jurídica (lei, decisões jurídicas, costume e negócio jurídico), dotadas de prescritividade. A idéia de modelo está, pois, ligada à de «projeto normativo», de «planificação lógica» e de «representação lógica e antecipada dos resultados a serem alcançados por meio de uma seqüência ordenada de medidas ou prescrições»".[385]

Concordando com os ensinamentos de MARTINS-COSTA, concluímos pela possibilidade de buscarmos apoio em qualquer das vertentes revisionais acima elencadas posto que o convívio das diferentes racionalidades impera que a escolha de uma delas tenha como parâmetro o campo em que as especificidades do negócio *subjudice* se situam.

Resta ao intérprete a função de peneirar as peculiaridades do contrato em tela para, somente então, buscar a concepção que melhor se coaduna ao caso prático, aplicando o remédio revisional na dosagem correta, sem deixar de considerar os efeitos de segunda ordem, conforme os denominam os economistas, que afetam não apenas os contratos submetidos à revisão, mas alcançam o mercado. Exemplo a ser lembrado nesse sentido são as locações residenciais no Rio Grande do Sul em que, decisões judiciais que impediam o despejo por falta de pagamento de idosos, acabaram por excluir, como partes desses contratos, exatamente pessoas idosas. Ou ainda, no âmbito do direito empresarial, os casos relacionados aos contratos de venda de soja para entrega futura e o adiantamento de sementes, adubo, defensivos e recursos financeiros.

Cabendo-nos, nesse ponto, identificar qual a concepção que deve prevalecer com relação aos contratos celebrados no âmbito do direito empresarial, ponto focal do presente estudo, a fim de dimensionarmos a eficácia da revisão e eventualmente impor limitações ao poder jurisdicional.[386]

---

[385] MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A revisão dos contratos no código civil brasileiro. *Rivista di Diritto Dell'Integrazione e Unificazione del direitto in Europa e in América Latina*, n. 16, 2003. p. 135.

[386] Ibid., 2003. p. 143.

5. LIMITES DA REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Após os apontamentos até aqui apresentados chegamos, enfim, na parte final desse estudo esperançosos de que o racional teórico construído nos capítulos anteriores será suficiente para a compreensão das questões e conclusões postas a seguir. Em síntese, o que se busca neste último capítulo é responder: uma vez observado o viés econômico das contratações complexas, haveria um limite ideal para a revisão judicial?

Essa, acima de todas as outras, é a pergunta que deu força-motriz à pesquisa aqui apresentada.

5.1. A revisão dos contratos interempresariais

Abordamos anteriormente a especificidade dos contratos empresarias, bem como a flagrante motivação econômica que os permeia e a importância da segurança jurídica e da previsibilidade como elementos de estabilidade e, por que não dizer, fomento do mercado. Isto posto tais traços tão típicos aos vínculos mercantis nos remeteria à autonomia da vontade conforme preconizada pelo ideal do *laissez-faire* pós revolução francesa, coroado pela edição do *Code Civil* de 1804, nos afastando das possibilidades de revisão em decorrência do desequilíbrio superveniente entre prestação e contraprestação.

Baseados nesse espítio liberal, FRANCO (2011) se utiliza do entendimetno de DIEZ-PICAZO, defensor da manutenção dos contratos entre partes empresárias, em prol da necessária segurança no ambiente de mercado, salientando:

> "todo empresario sabe que debe cumplir sus contratos porque, de no hacerlo así, su reputación resentiría y su credito se arruinaria: los contratos son vinculantes porque los empresários, en particular, y los ciudadanos, en general, están dispuestos a cumplirlos y confían em que sus contrapartes harán lo próprio, com independencia incluso de lo que dispongan las reglas de derecho"[387]

[387] FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria Geral do Contrato, confronto com o direito europeu futuro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 103.

Dessa forma, sustenta o autor que caso o instituto da revisão contratual adotasse contornos de promiscuidade haveria o desaparecimento da confiança dos agentes econômicos e, no limite, o funcionamento regular do mercado restaria severamente afetado.[388]

MEKKI e PELESE (2010) comentam que em boa parte dos países versados na tradição consuetudinária admite-se a existência de uma *"presunção de aceitação ao risco"*. De acordo com os autores, se as partes deixaram de regular as disposições pertinentes às ações relacionadas a eventos futuros, presume-se que tenha havido o aceite das consequências e dos riscos correlatos, sem que houvesse a possibilidade de revisão posterior. Assim tais sistemas jurídicos teriam adotado o dever de cumprimento da prestação contratual como sendo um princípio a ser respeitado mesmo diante da ocorrência de situações não previstas.[389]

Isto posto, resta evidente que as propostas acima têm como ponto central repelir as hipóteses de intervenção nos contratos interempresariais, posto que lastreados nas razões econômicas da contratação e na especialização das partes, dando ênfase à relevância da segurança jurídica para o mercado e à premissa de eficiência e profisionalismo do agente econômico.[390]

Contudo, ainda que a redução do grau de intervencionismo contratual - notadamente quando advinda da ingerência de terceiros alheios ao vínculo - também seja a bandeira pela qual lutamos, entendemos que os posicionamentos anteriores não devem ser acolhidos sem o devido cuidado.

Já destacamos a relevância do profissionalismo inerente ao agente econômico que se propõe a exercer determinada atividade empresarial, ao qual se imputa a obrigatoriedade, respeitadas as limitações cognitivas humanas, de obter as informações relevantes à tomada de decisões negociais. Exemplo disso é o instituto da *business judgement rule*, parâmetro estabelecido pelos tribunais norte-americanos, em maior relevência o do Estado de Delaware, e que se presta a servir de fator determinador, definidor da responsabilidade civil

---

[388] FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria Geral do Contrato, confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 103.

[389] MEKKI, Mustapha; PELESE, Martine Kloepfer. *Hardship and modification (or 'Revision') of the Contract*. 2010. Disponível em < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1542511> Acessado em 23 dez 2017. p.9

[390] YAMASHITA, Hugo Tubone. *A alteração das circunstâncias fáticas nos contratos interempresariais*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 161.

dos administradores de sociedades. Caso a decisão que gerou o dano tenha sido tomada com a devida diligência e acompanhada das informações que indicavam sua adequação à época, levando em conta, ainda, o prazo que foi disponibilizado para que fosse adotada, estaria o administrador imbuído de razões que a justificariam e relativizariam eventual dever de indenizar.

Portanto, baseados nas informações disponíveis, os agentes econômicos especializados deveriam fazer constar dos contratos as medidas preventiva e/ou paliativas a todos os riscos possíveis e que poderiam, se vierem a ocorrer, conturbar o andamento esperado do negócio. Porém, baseado nos preceitos da racionalidade limitada, melhor explorados anteriormente, e brevemente repisando o tema, por mais uma vez emprestamos a diccção de FORGIONI (2009)

> "No mundo real, as partes simplesmente não conseguem prever todas as contingências futuras no momento que se vinculam ao contrato. Sempre faltarão dados sobre a outra contratante, sobre os possíveis desdobramentos do ambiente institucional, sobre o porvir. As empresas 'não são capazes de prever todos os eventos futuros que poderão se verificar no curso da relação não são capazes de adquirir e processar todas as informações relevantes para delinear planos de ação adequados, não são capazes de descrever em um contrato todas as possíveis eventualidades de forma clara e não ambígua. Por conta disso, afirmam os economistas que os agentes econômicos agem impelidos não por uma racionalidade plena e onisciente – que existiria se tudo fosse perfeito – mas pela racionlidade limitada. [391]

Sendo assim, na medida em que a condição humana, por si só, não permite a previsão exaustiva de todos as intempéries que podem vir a atingir o vínculo contratual, os contratos empresariais serão sempre incompletos, havendo variações quanto ao grau de incompletude, geralmente atrelada à complexidade e o período de vigência do contrato. Quanto mais complexo e duradouro, maio o grau de incompletude.

Este é também a posição de BELLANTUONO (2000):

> "[s]e le capacità degli individui di comprendere e valutare le informazioni sono intrisicamente limitate, qualsiasi decisione richiederà l'impiego di energie, tempo e denaro. Le risorse necessarie per ottenere un risultato soddisfacente possono variare in relazione alla complessità dei fattori da considerare e all'abilità dell'agente. È plausibile supporre che i costi di decisione siano più elevati in un ambiente complesso e sottoposto a

[391] FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos empresariais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 66.

> continui cambiamenti. Una situazione di questo genere si verifica nel caso di negoziazione di un contratto di lungo termine. Individui dotati di limitate capacità utilizzeranno esclusivamente le informazioni che possono gestiore ad un costo ragionale. Il contratto non prenderà in considerazione tutte le circonstanze future, ma solo quelle di cui sia possibile valutare e comprendere gli efetti" [392]

Assim, não nos parece que a convicção absoluta de que *pacta sunt servanda* deva ser a medida que se impõe sem maiores considerações. Nesse sentido, tratou o legislador de incluir nos artigos 478 a 480 do Código Civil de 2002, a hipótese da resolução contratual por onerosidade excessiva, como sendo remédio aos fenômenos da incompletude contratual involuntária, (item 2.5) e da racionalidade limitada dos agentes econômicos (item 2.5.1). Ancorado nesse dispositivo atribui-se ao Estado, representado pelo Poder Judiciário, a possibilidade de interferir nas relações privadas e, via de consequencia, até mesmo alterar a alocação de riscos inicialmente aceita.

Destaca-se, por oportuno, que a regulação de mercados levaria a entender que o balizamento da atividade empresarial deve ter por objetivo principal incentivá-la, mantendo os agentes livres para atuarem com fundamento na autonomia privada, cujo limite só deveria ser imposto através de regras de intervenção *"claras e estáveis*".[393]

Ao abordar a questão da regulação da atividade empresarial, FEITOSA (2007) afirma se tratar de:

> "orientação capaz de garantir o fornecimento do serviço, presente e futuro, e de estabelecer os níveis adequados na relação qualidade/preço, de acordo com o grau de desenvolvimento e as prioridades que cada sociedade pretende estipular".[394]

A autora acrescenta também que mercado e Estado não devem ser interpretados como estruturas opostas e conflitantes, cabendo a ambos um dever de coexistência em regime de interdependência. Ao Estado, portanto, caberia a promoção da *uniformização do direito das obrigações* e o *reforço do papel da autonomia privada*, bem como de cuidar de questões atinentes ao interesse público, tais como "*a tutela do consumidor, a proteção ao*

---

[392] BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Milão: Cedam, 2000. p. 94.

[393] FEITOSA, Maria Luiz Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas Inconclusos:* os.contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 199.

[394] Ibid., 2007. p. 199.

meio ambiente, o reequilíbrio social no âmbito macroeconômico (pela coibição de abusos à livre concorrência) ou no contexto das microrrelações de natureza privada, esfera jusprivatística dos contratos (no sentido de coibir efeitos contratuais nocivos)" entre outras. [395]

De acordo com ALPA (2005) seria inconcebível que, em nome da certeza nas relações de troca, não houvesse a imposição ao mercado de um regime jurídico,[396] destacando, ainda que esse regime se poria a direcionar o funcionamento ótimo, sob o ponto de vista do equilíbrio entre agentes econômicos. Não seria possível, pois, garantir apenas a livre autonomia, competição e acesso. Na visão do autor italiano, é fundamental que haja regulação tendo em vista a composição dos interesses em jogo e que ela ocorre conforme a lógica democrática.[397]

PERLINGIERI (2003), defende ser impossível a redução da sociedade ao mercado e às regras dele emanadas, havendo necessidade que a sociedade seja efetivamente disciplinada pelo Direito, que atuaria como agente limitador das práticas empresariais, para que elas não se restrinjam à obtenção egoísta de lucros.[398]

Por fim, novamente nos amparando na lição de FEITOSA (2007), afirma-se que *"regulação pública é, em regra, um condicionamento externo à atividade dos agentes ecônomicos, públicos e privados, ficando excluída de seu campo de atuação a ativadade econômica do Estado como produtor direto"* [399]

Nesse contexto de atividade regulátoria sobre o mercado é que vislumbramos o permissivo da revisão contratual conforme previsto nos artigos 478 a 480 do Código Civil.

Ao considerarmos a importância da livre concorrência entre agentes econômicos para o bom funcionamento de mercado, entendemos ser nociva as intenções de alocação dos prejuízos decorrentes de um evento extraordinário, e que venha a resultar na modificação relevante das condições de cumprimento do pacto, àquele que tenha pautado sua decisão de ingressar na relação obrigacional conforme o padrão exigido pelo espaço em que atua, ou seja, não nos parece razoável negar o remédio revisional ao indivíduo que foi diligente na

---

[395] FEITOSA, Maria Luiz Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas Inconclusos:* os.contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 227-228.

[396] ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato.* Padova: Cedam, 2005. p. 12.

[397] Ibid., 2005. p. 13.

[398] PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile.* Napoles: Scientifiche Italiane, 2003. p. 245.

[399] Ibid., 2007. p. 194

busca de informações para concluir o negócio. Adotar esse posicionamento de total vinculação ao *pacta sunt servanda*, poderia resultar, no limite, na expulsão do *player* eficiente, ou no desincentivo para o ingresso de novos agentes, contribuindo para a concentração do mercado e a ocorrência dos efeitos a ela nefastos. Conforme ensina FORGIONI (2012) "*[a] disputa é [...] essencial para o desenvolvimento das atividades empresariais*".[400]

Soma-se a tais afirmações a impossibilidade de ignorarmos o instituto da onerosidade excessiva posto que regra escrita e codificada que, por assim ser, deveria ser conhecida por todos, invertendo-se a lógica da segurança jurídica para afirmar que essa só estaria ausente se não houvesse o respeito pelos tribunais à norma positivada.

Destacamos então que a problemática relacionada à intervenção judicial nos contratos caminha *vis à vis* com a aplicação imprecisa do modelo da onerosidade excessiva, dando margem à adoção de comportamentos oportunistas das partes contrantes, notadamente aquela que busca o remédio judicial em razão de um erro na alocação de riscos atinentes a contratação.

A segurança jurídica tão necessária ao tráfico comercial exige que os critérios legais sejam utilizados com a devida moderação, para que não se torne refúgio de mitigações que deveriam ter sido verificadas *ex ante* e somente não o foram por falta de diligência (ou baixa eficiência) do agente econômico. Quando a aplicação desses critérios for demandada, esta deve ocorrer sob a pauta das partes contratantes e as especificidades do mercado em que se encontram inseridas. Ou seja, deve-se inibir o oportunismo e o "coitadismo".

Ademais, não se pode olvidar que a flagrante vaguidão da redação utilizada nos dispositivos que abarcam a onerosidade excessiva indica sua aplicação extensiva a diversos tipos contratuais, sendo também verificadas hipóteses onde o emprego do instituto possui características diretamente relacionadas ao ambiente institucional onde se encontram, posto que advindas de relações que escapam dos entendimentos do mercado ou envolvem partes cuja necessidade de tutela, por assim dizer, patriarcal, decorre do desequilíbrio inerente às partes envolvidas, tal qual os contratos de consumo. Conceitos legais indeterminados sugerem permissão do legislador para que o julgador pudesse adequar a norma às características da demanda.

---

[400] FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro:* da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 170.

A respeito da redação do artigo 478, essa é a lição de LOPES (2013):

> "o legislador poderia ter dotado essa norma de maior precisão, redigindo o artigo de forma que atribuísse o direito à resolução, por exemplo, apenas quando a prestação atingisse o valor, pelo menos, cinquenta por cento maior que o previsto. Nessa hipótese, a aplicação da norma seria dotada de maior segurança jurídica, mas poder-se-ia tratar de forma diferente dois casos bastante semelhantes, ou seja, resultaria inadequada solução para certos casos limites. Nessa regra hipotética, não teria direito à resolução o devedor que provasse que sua prestação teve custo quarenta e nove por cento maior que previsto, enquanto teria tal direito aquele que tivesse sua prestação onerada em cinquenta por cento".[401]

Entretanto é de se salientar que tal amplidão legal não pode significar um *"cheque em branco"* ao julgador que interpreta a ausência de precisão legislativa como uma autorização tácita para que a adequação da norma ao caso concreto seja feita baseada em convicções e valores pessoais.

Nesse diapasão, acompanhamos a sempre precisa lição de FRANCO (2011):

> "há que se atentar para o emprego pouco cauteloso da teoria (resolução por onerosidade excessiva, ou da lesão), sob o perigo de em nome de um juízo de equidade, afastar a preservação do contrato gerando insegurança jurídica. A par disto é necessário ter em vista as consequências econômicas dessas decisões, que podem ter impactos negativos nas relações levando à perda de bem estar para a sociedade, pelo temor de celebrar contratos, com objetivos semelhantes aos revistos." [402]

Isto posto, cabe reconhecer que a causa da insegurança jurídica no meio empresarial é a aplicação sem moderação da hipótese de revisão, em desacordo com a realidade empresarial, não o instituto em si, uma vez que, já amplamente debatido e refinado ao longo dos séculos.

A título de exemplo, pensemos em um acordo passível de gerar rendimento expressivo mas que, em contrapartida aos ganhos elevados, implica na assunção de riscos igualmente relevantes, tendo por certo que os contratantes possuem pleno conhecimento dos elementos positivos e negativos do negócio que se pretende realizar. Por sua vez, ante os elevados custos de transação, intrínsecos à elaboração de um contrato completo, prefere-se

---

[401] LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 143.

[402] FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria Geral do Contrato, confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 107.

pela tabulação do pacto por meio de instrumento simplificado. No desenrolar da execução do contrato advém situação danosa fruto de risco não previsto e, por assim ser, não endereçado *ex ante.* Tal situação poderia dar ensejo à parte prejudicada de buscar a desvinculação das prestações assumidas na tentativa de compartilhar perdas que somente a ela deveriam ser atribuídas, em flagrante comportamento oportunístico.

ARAÚJO (2007) chama atenção para o cuidado que se deve ter em situações dessa natureza ao afirmar que "*a reafectação ex post de deveres e direitos pode ser também uma redistribuição oportunista do risco, afastando-se daquele que o suporta mais eficientemente (o que por sua vez redunda em 'risco moral')*", desaconselhando a renegociabilidade "*tanto para "contrariar o oportunismo como para evitar a degração da forma de prevenção que ex ante se revele ser a mais eficiente."* [403]

Por sua vez, certo é que se há uma parte que pode ser prejudicada, há outra que pode se beneficiar do fato superveniente, sendo forçoso reconhecer que o comportamento oportunista pode ocorrer em ambos os lados da balança contratual. Se em uma margem há alguém que gostaria de ter a relação contratual encerrada em razão do prejuízo que está suportando, do outro pode haver quem quer a manutenção do pacto em razão das vantagens que têm percebido. Conforme BELLANTUONO (2000), "*[l]a parte avvantaggiata da una circostanza imprevista, infatti, non deve far altro che invocare il rispetto della letra del contratto*".[404]

Contudo, a dificuldade de aplicação do instituto não deve resultar em motivo para seu desprezo. O que se propõe é que sua aplicação seja adequada às relações empresariais, evitando que julgador imponha medidas contrárias à lógica de mercado.

Conclui-se, portanto que o modelo de revisão, fundado na onerosidade excessiva pode ser aplicado aos contratos empresariais, vez que o direito reconhece a racionalidade limitada dos agentes econômicos e a existência de contratos incompletos passíveis de integração *ex post*, não sendo possível simplesmente ignorar o instituto. Ressalva-se, entretanto, que aplicação desse modelo revisionista deve ser precedida de análise cuidadosa a fim de inibir oportunismos ou a proteção jurígena de condutas que, durante a execução do contrato, desvirtuam a alocação inicial dos riscos (*Moral Hazard*).

---

[403] ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Lisboa, Almedina, 2007. p. 627-628

[404] BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia.* Milão: Cedam, 2000. pp. 208-209.

5.2. O problema dos conceitos legais indeterminados

Uma vez reconhecida a possibilidade de aplicação do modelo da revisão contratual por alteração das circustâncias, faz-se necessário analisarmos a forma como esse modelo jurídico pode ser aplicado.

Conforme apontado anteriormente, o legislador utilizou conceitos legais indeterminados para pautar a revisão judicial dos contratos no intuito de não restringí-la a tipo contratual específico, permitindo que o julgador buscasse a integração do vínculo caso a caso, conforme necessário, desde que constatados os requisitos autorizadores da medida. Assim, ao identificarmos expressões tão abrangentes,[405] nos parece evidente que a intervenção judicial que se pretende impor, além de reconhecer tais elementos como requisitos para revisão, obriga que a análise da sua aplicação leve em estrita consideração o ambiente empresarial em que o contrato ocorreu.

Ademais esses conceitos abrangentes prestam deferência aos temas abordados nos tópicos iniciais do presente trabalho, notadamente aqueles relacionados ao reconhecimento do contrato incompleto, seja essa condição atribuída ao pacto de forma voluntária[406] (em razão dos custos de transação) ou involuntária[407] (em função da falta de atenção ou expertise contratual), que, ante a ausência de remédio pensado *ex ante*, faz surgir um conflito em potencial, [408] ou mesmo conduta oportunista.

Tais "*acontecimentos extraordinários e imprevisíveis*" capaz de ensejar conflito potencial e consequente habilitação ao pedido de intervenção estatal, na visão de GALLO (1992), levam a três soluções distintas, quais sejam: (i) manter o quanto pactuado, obrigando que a parte prejudicada arque com os prejuízos em questão; (ii) a resolução do contato, com a divisão dos prejuízos entre as partes; e (iii) a readequação do contrato, transferindo parte dos prejuízos de uma parte à outra.[409]

---

[405] Listamos: "motivos imprevisíveis" (art. 317); "excessivamente onerosa", extrema vantagem" e "acontecimentos extraordinários e imprevisíveis" (art. 478).

[406] BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Milão: Cedam, 2000. p. 69

[407] CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. Da Boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1067

[408] ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Lisboa, Almedina, 2007. p. 627.

[409] GALLO, Paolo. Sopravennienza Contrattuale e problemi di gestione del contrato. Milão: Giuffrè, 1992, p. 386. *apud* YAMASHITA, Hugo Tubone. *A alteração das circunstâncias fáticas nos contratos*

Por sua vez, se de um lado não é razoável aceitar que o agente econômico reconhecidamente diligente venha a ser prejudicado em função de evento imponderável, por outro não se deve legitimar que o indivíduo que deixou de agir com a diligência esperada seja beneficiado com a possibilidade de realocação *ex post* dos riscos contatuais relacionados ao exercício da atividade empresarial. Sendo profissional, tem o dever de buscar informações visando a minorar efeitos adversos de mudanças do mercado. Outrossim, constatado o conflito *interpartes* em função da ausência de previsão da situação que alterou as circunstâncias, sem que o ordenamento jurídico apresente uma solução para a forma com que deve ser feito o reequilíbrio do contrato, resta nas mãos do julgador fazê-lo correndo o risco de proceder à realocação dos riscos de forma inadequada.

Dessa forma, entende-se que o ponto relevante da celeuma repousa na identificação quanto ao evento superveniente poder ser considerado extraordinário a ponto de justificar o pedido de intervenção judicial ou se sua formulação decorre, na verdade, de comportamento oportunista da parte que não cumpriu o dever de se informar *ex ante*. Nesse ponto, inexistindo uma fórmula matemática que permita ao julgador identificar a solução de pronto, resta evidente que a integração do contrato deverá respousar em outras fontes que não o próprio contrato (posto que silente a respeito da controvérsia), nem os argumentos naturalmente enviesados das partes.

Isto posto, nos parece que a solução adequada para casos dessa natureza se daria em função da integração das lacunas contratuais baseada na "*boa-fé e [n]os usos do lugar de sua celebração"*, conforme preceitua o artigo 113 do Código Civil de 2002. Conforme leciona LUDWIG (2005), apesar de sua elasticidade, os conceitos legais indeterminados são liimtados pelos usos e costumes, não cabendo ao magistrado esticá-los conforme melhor lhe aprouver, [410] explicando, ainda, que "*que [o] extraordinário para uma dada comunidade pode muito bem ser ordinário e previsível em outro local, em que os usos do tráfico jurídico, combinados com o princípio da boa-fé objetiva, coloquem os contratantes em tal posição que já deveriam esperar, com base num juízo razoável, a superveniência deste ou daquele evento*".[411]

Esse parece ser o mesmo entendimento de PENTEADO (2013), que assim abordou

---

interempresariais. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 177.

[410] LUDWIG, Marcos de Campos. Usos e Costumes no Direito Obrigacional: fundamentos e aplicação em face do novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 129-130.

[411] Ibid., 2005. p. 146-147.

a questão dos usos e costumes como indicadores necessários à integração contratual:

> "[...] o papel dos usos e costumes como integradores dos contratos incompletos precisa ser adequadamente distinguido em um papel preparatório à qualificação, em que estes não integrarão o contrato diretamente, mas serão decisivos para que este completamento se opere do modo mais adequado possível e o papel diretamente integrativo, em que o uso ou costume, em sua razão de regra de direito suprirá aquilo que não foi disposto pelo clausulado contratual"[412]

Ademais, PENTEADO segue pontuando que essa já era a melhor inteligência do Código Comercial de 1850, que em seu artigo 133 expressamente determinava que: "*omitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato.*"

Tem-se, portanto, que o pedido de revisão judicial com esteio no argumento de imprevisibilidade do evento superveniente deve ser apreciado com vistas ao ambiente econômico em que o vínculo foi celebrado, reconhecendo se o desequilíbrio experimentado não decorre de condutas que se encontram em desacordo com as práticas de mercado, nisso incluído obrigatoriedade de observância ao princípio da boa-fé objetiva, capaz de permitir ao julgador afastar pleitos meramente oportunistas.[413]

Conclui-se então que no que tange os contratos empresariais, a revisão judicial com fulcro no artigo 478 em comento deve observar os ditames da boa-fé objetiva, que no exercício de sua função interpretativa autoriza a integração do contrato e remete o julgador à análise das práticas mercantis no intuito de buscar, no suporte fático que justifica o contrato conforme redigido pelas partes, remédio para as lacunas deixadas.[414] Sendo certo o reconhecimento doutrinário a respeito da aplicação articulada da boa-fé com um ou mais princípios.[415]

---

[412] PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos.* 2013. Tese (Livre Docência em Direito Privado e Processo civil) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. p. 231

[413] BELLANTUONO, Giuseppe. I contratti incompleti nel diritto e nell'economia. Milão: Cedam, 2000. p. 82.

[414] Ibid., 2013. p. 323-324.

[415] MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. A boa-fé como modelo (uma aplicação da Teoria dos modelos, de Miguel Reale). Texto originalmente apresentado, com o título "A Boa-fé como Modelo (notas para a compreensão da boa-fé obrigacional como modelo doutrinário e jurisprudencial no Direito Brasileiro") ao

Nessa toada, BELLANTUONO (2000) ensina que a verificação do contexto em que se desenvolve o negócio perpassa pela identificação do padrão comportamental (*standards*) do ambiente econômico em que foi celebrado,[416] sendo também interessante trazermos à colação os apontamentos de PENTEADO (2013) nesse sentido:

> "Os standards apresentam algumas características comuns, todas centrais para a compreensão do seu papel aplicativo, como também para alguns dos desenvolvimentos feitos ao longo e na conclusão do presente trabalho. Em primeiro lugar, são dotados de uma avaliação ética das condutas que pretendem avaliar, permite uma compreensão não exata, muito mais intuitiva e baseada na experiência comum. Por fim, apresentam-se condicionados por circunstâncias de espaço, tempo, setor da economia, não tendo pretensão de universalidade. No campo contratual, a noção de imprevisão, de risco, de razoabilidade, de proporção, está toda ela permeada por estas noções. Mesmo a figura da lesão, nos contratos comutativos, tem um standard subjacente, visto que não há tarifamento para se apurar a manifesta desproporcionalidade entre as prestações".[417]

Igualmente, a redação dos artigos 1.011 do Código Civil vigente[418] e artigos 68 e 153, da Lei 6.404/76[419] trazem o conceito de *homem ativo e probo*¸ que estando inseridos

---

Convegno La formazione del sistema giuridico latinoamericano: codici e giuristi, Amalfi, abril de 2001. Disponível em < www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/49203/30834> Acesso em 26 jul 2016. p. 373.

[416] BELLANTUONO, Giuseppe. I contratti incompleti nel diritto e nell'economia, Milão: Cedam, 2000. p. 198-199.

[417] PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos.* 2013. Tese (Livre Docência em Direito Privado e Processo civil) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. p. 244.

[418] "Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios. § 1º Não podem ser administradores, além das pessoas impedidas por lei especial, os condenados a pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos; ou por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato; ou contra a economia popular, contra o sistema financeiro nacional, contra as normas de defesa da concorrência, contra as relações de consumo, a fé pública ou a propriedade, enquanto perdurarem os efeitos da condenação. § 2º Aplicam-se à atividade dos administradores, no que couber, as disposições concernentes ao mandato".

[419] "Art. 68. O agente fiduciário representa, nos termos desta Lei e da escritura de emissão, a comunhão dos debenturistas perante a companhia emissora. § 1º São deveres do agente fiduciário: proteger os direitos e interesses dos debenturistas, empregando no exercício da função o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios bens; elaborar relatório e colocá-lo anualmente a disposição dos debenturistas, dentro de 4 (quatro) meses do encerramento do exercício social da companhia, informando os fatos relevantes ocorridos durante o exercício, relativos à execução das obrigações assumidas pela companhia, aos bens garantidores das debêntures e à constituição e aplicação do fundo de amortização, se houver, do relatório constará, ainda, declaração do agente sobre sua aptidão para continuar no exercício da função; notificar os debenturistas, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, de qualquer inadimplemento, pela companhia, de obrigações assumidas na escritura da emissão. § 2º A escritura de emissão disporá sobre o modo de cumprimento dos deveres de que tratam as alíneas b e c do parágrafo anterior. § 3º O agente fiduciário pode usar de qualquer ação para proteger direitos ou defender interesses dos debenturistas, sendo-lhe especialmente facultado, no caso de inadimplemento da companhia:

num contexto de práticas societárias revela sua importância com relação a condutas que devem pautar o comportamento dos agentes econômicos ou, em se tratando de pessoas jurídicas, seus administradores, ressaltando que tal conceito não se confunde com o *bonus pater familias,* possuindo ligações mais íntimas com o *standard of care,* identificado pelo direito comercial norte-americano.[420]

Segundo afirma CARVALHOSA (2011), hodiernamente ao homem de negócios não basta a constatação *"[de] atributos de diligência, honestidade e boa vontade*", neles deve ser identificada a "*competência profissional específica, traduzida por escolaridade ou experiência e, se possível, ambas"*.[421] Por sua vez, não se exige que o administrador deva ter pleno conhecimento sobre todas as matérias, cabendo-lhe buscar o apoio de especialistas quando o risco atrelado à tomada de decisão venha demandar capacidades técnicas que não possui, sem que tal afirmação seja traduzida em incompetência para os negócios.

Nesse ponto, PARENTE (2005) pontua que a busca por informações a fim de balizar a tomada de decisão se traduz em aspecto formal do dever de diligência, que ao ser cumprido nos moldes que o mercado entende razoável, atesta o comportamento adequado independente do resultado que venha a ser obtido,[422] na medida em que "administração" deve ser entendida como atividade de meio, não de fim, havendo, contudo, um limite ótimo para cumprimenteo desse dever, vejamos:

> "Com efeito, se, por um lado, a obtenção de informações adicionais sobre a questão a ser resolvida pode conduzir a decisões mais acertadas, por outro, a solitcitação de maiores informações pode implicar elevados custos

---

declarar, observadas as condições da escritura de emissão, antecipadamente vencidas as debêntures e cobrar o seu principal e acessórios; executar garantias reais, receber o produto da cobrança e aplicá-lo no pagamento, integral ou proporcional, dos debenturistas; requerer a falência da companhia emissora, se não existirem garantias reais;,representar os debenturistas em processos de falência, concordata, intervenção ou liquidação extrajudicial da companhia emissora, salvo deliberação em contrário da assembléia dos debenturistas; tomar qualquer providência necessária para que os debenturistas realizem os seus créditos. § 4º O agente fiduciário responde perante os debenturistas pelos prejuízos que lhes causar por culpa ou dolo no exercício das suas funções. § 5º O crédito do agente fiduciário por despesas que tenha feito para proteger direitos e interesses ou realizar créditos dos debenturistas será acrescido à dívida da companhia emissora, gozará das mesmas garantias das debêntures e preferirá a estas na ordem de pagamento. § 6º Serão reputadas não-escritas as cláusulas da escritura de emissão que restringirem os deveres, atribuições e responsabilidade do agente fiduciário previstos neste artigo". "Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios".

[420] CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2011, 4 v. p. 368.

[421] Ibid., 2011. p. 368-369

[422] PARENTE, Flávia. O dever de diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 116.

> para a sociedade, não apenas sob o aspecto financeiro, mas também quando se corre o risco de, eventualmente, perder a oportunidade de negócio. [...] Dessa forma, constata-se que não se pode exigir dos administradores a obtenção de todas as informações relevantes a respeito dos negócios que serão implementados – as informações exigíveis são as razoáveis, tendo em vista as circunstâncias concretas diante das quais se encontram os administradores e a própria companhiam quando da tomada de decisão".[423]

Ademais, aprofundando os comentários de PARENTE, destaca-se que diligência não pode ser confundida com resguardo pessoal. Assim o administrador que, no mero intuito de mitigar eventual responsabilização (nos moldes da *business judgment rule),* se abstém de tomar decisões ou, ainda, contrata diversos pareceres sobre assunto cuja complexidade não exigiria tamanho cuidado (elevando os custos de transação) está agindo oportunisticamente e em desacordo aos deveres de administração, em flagrante prejuízo à Companhia, que acaba suportando custos eventualmente desnecessários.

Com efeito, retornando a questão dos limites à intervenção judicial, o grau de diligência que pautou a contratação, que, por sua vez, servirá para verificação do grau de imprevisibilidade do evento superveniente, só poderá ser observada dentro dos limites de razoabilidade decorrentes da *práxis* mercantil específica ao ambiente onde as partes atuam. Tal procedimento de observância do cenário concreto tende a garantir que a decisão a ser proferida seja socialmente adequada, afastando a subjetividade do julgador e reduzindo a possibilidade de erros na utilização dos preceitos legais inseridos no artigo 478.

ARAÚJO (2007) acrescenta outros subsídios para balizar as decisões dos tribunais nos pleitos de revisão contratual por onerosisade excessiva, ao recordar que o princípio do *pacta sunt servanda,* além de não deixar espaço para arrependimentos, possui uma função correlata de garantir a reputação do agente econômico, que pactua e cumpre o avençado por não haver interesse em colocar sua credibilidade em xeque.[424]

Ademais para exemplificar os maléficios da intervenção judicial desregrada, LORENZETTI (2010) apresenta a questão dos contratos de hipoteca celebrados na Argentina, que aos sofrerem questionamentos judiciais tiveram suas taxas de juros modificadas, resultando na reação dos agentes financiadores, que acabaram reduzindo a oferta de crédito no mercado em função da realocação indevida dos riscos contratuais.[425]

---

[423] PARENTE, Flávia. O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 117-119.

[424] ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Lisboa, Almedina, 2007. p. 625.

[425] LORENZENTTI, Ricardo Luis. Tratado de Los Contratos. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2010. p. 168.

Além disso, na impraticabilidade da criação de varas especializadas para concentrar demandas relativas a todo e qualquer mercado e antes que se argumente a respeito da impossibilidade do julgador deter conhecimento sobre todas as práticas mercantis, assim como ao administrador é facultado assessoramento na tomada de decisão, pode o magistrado socorrer-se de um perito de confiança para trazer-lhe as informações acerca dos usos e costumes atinentes à relação contratual posta em juízo. Assim, pode o interpréte se valer de prova técnica para verificar a adequação da medida revisional.

Assim, conlui-se que determinado acontecimento somente poderá ser considerado extraordinário, dando ensejo a revisão judicial por onerosidade excessiva, se extrapolar os limites do dever de diligência usualmente esperado, que, no caso de relações entre partes empresariais, deve ser pautado pelas exigências do ambiente em que se situa.

Por fim, não sendo *"extraordinários"* e *"imprevisíveis"* os únicos termos pouco precisos na seara da revisão judicial dos contratos, os demais elementos relacionados a extrema vantagem e excessiva onerosidade também demandam atenção, ainda que sua análise recaia no mesmo direcionamento anterior, qual seja o balizamento em observância às práticas mercantis.

Nesse ponto, entende-se por onerosa em excesso a prestação que, em função de evento imprevisível, se cumprida irá resultar em prejuízo ao devedor. Note-se que não estamos falando da mera redução nos lucros, posto que a não concretização dos resultados esperados enquadra-se na hipótese de riscos da operação que, por si só, é incapaz de caracterizar a onerosidade excessiva e dar azo a intervenção judicial.

Por sua vez e como via de consequência, a constatação de que o adimplemento da prestação tão somente irá levar uma das partes a experimentar prejuízos acaba por afastar a dinâmica primordial da contratação, que se funda na expectativa de melhora na situação de cada um dos envolvidos. Assim, na medida que uma das partes é colocada em situação precária e a outra continua percebendo resultados positivos, acabamos identificando o requisito da extrema vantagem. O adjetivo que dá o tom do requisito legal só pode ser utilizado se a alterações das circunstâncias vir a eliminar a razão de contratar.

Até porque se determinado evento superveniente for capaz de maximizar o resultado de uma das partes sem prejudicar os resultados da outra estaríamos diante de uma situação Pareto-eficiente, que se coadunaria com a intenção maximizadora que norteia a conduta do *homo economicus.*

Tem-se, portanto, que os requisitos que autorizam a revisão judicial do contrato

devem ser concomitantemente observados por constituírem um ciclo de acontecimentos: a identificação do evento extraordinário e imprevisível que venha tornar o contrato excessivamente oneroso à uma das partes e, assim, colocar a contraparte em situação de extrema vantagem.[426]

Ademais, vale destacar que a aferição de vantagem para os fins da revisão judicial deve considerar a relação contratual como um todo, não bastando que seja constatada em função de uma parcela que eventualmente se descolou da matriz contratual de ganhos e perdas.

Assim, no tocante aos contratos entre partes empresárias as circunstâncias que dão ensejo a revisão judicial, bem como os parâmetros a serem observados pelo julgador, devem ser intrínsecos ao cenário mercantil do contrato e pautados pelos usos e costumes, sendo a possibilidade de revisão reconhecida em função de dispositivo legal específico que não pode ser ignorado, mas cuja aplicação deveria se restringir aos agentes econômicos que cumpriram seu dever de diligência.

5.3. A imposição do dever de renegociar

Ab initio, entendemos que uma vez constatada a hipótese de onerosidade excessiva, caberia ao julgador tão somente resolver o contrato, sem qualquer tentativa de revisões ou adaptações ideologicamente pautadas na busca pelo reequilíbrio da relação contratual, vez que tais medidas poderiam surtir efeito oposto, impondo às partes ônus adicionais que não deveriam suportar, contrariando a autonomia privada que deve permear as relações entre agentes econômicos.

Por acreditar no salutar cotejamento de ideias antagônicas, reconhecemos a existência de posições contrárias ao nosso entendimento pessoal, advindas daqueles que advogam em favor da intervenção pelo julgador como instrumento capaz de garantir a intangibilidade dos pactos em razão da possibilidade de conectar a vontade passada às

---

[426] Dentro desse racional cadencial foi aprovado na IV jornada de Direito Civil o enunciado 365 CJF/STJ, que assim dispõe: *"A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento acidental da alteração das circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena."*

peculiaridades presentes ou futuras. Nessa toada, caso a prestação tenha se tornado mais onerosa para uma das partes, o respeito à autonomia privada só se faria presente se houvesse o reequilíbrio econômico do pacto.[427]

Contudo, esse posicionamento não nos parece razoável. Ora, se há a necessidade de provocar o Estado para discutir a impraticabilidade do novo panorama contratual isto se dá porque não houve, na redação do clausulado original, previsão para aquele tipo de situação. Portanto, não nos parece possível a (re)adequação da vontade passada aos eventos presentes se no passado sequer houve manifestação da vontade sobre o ponto que hoje gera controvérsia. Caso houvesse, bastaria aplicar a solução pensada *ex ante*, sendo desnecessária prestação jurisdicional a respeito.

Em se tratando de contratos entre partes empresárias, a revisão das lacunas contratuais deveria se dar em função dos usos e costumes mercantis, até mesmo como forma de proteção ao mercado e à livre concorrência. O que não se pode admitir é a agenda da integração contratual pautada em premissas que não a autonomia das partes.

Por oportuno, vislumbra-se no Projeto de Lei n. 1.572/2011 a possibilidade de revisão, pelo julgador, do conteúdo dos contratos empresariais, o que vai de encontro a tudo quanto exposto até o momento. Atribuir amplo e irrestrito poder a quem (julgador) não participou da negociação inicial nos soa como medida de extrema violência à autonomia privada, que não deve subsistir, sobretudo no trato das relações mercantis. Se a inclusão do instituto é questão de honra (tal qual nos parece ser a elaboração da proposta do projeto de lei como um todo) solução mais adequada seria a adequação da redação proposta aos limites do supracitado artigo 478, autorizando-se somente a resolução contratual. Isto porque, se a regra geral, aplicável aos contratos entre não-empresários, restringe o remédio nos casos de onerosidade excessiva, seria absolutamente descabido ampliar o grau de intervenção em relações tão específicas quanto as realizadas sob à égide do exercício da atividade empresarial.

Outrossim, contrário à proposta do projeto de código comercial e favorável à consagração da autonomia, no tocante à possibilidade revisão, ou não, do contrato é importante darmos atenção à proposta que tem ganhado corpo na doutrina e consiste,

---

[427] MEKKI, Mustapha; KLOEPFER PELESE, Martine. *Hardship and modification (or 'Revision') of the Contract.* 2010. Disponível em < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1542511> Acessado em 23 dez 2017. p. 2.

fundamentalmente, na manutenção dos efeitos vinculantes da avença e consequente imposição do dever de renegociação. Com funcionamento semelhante às cláusulas de *hardship*[428] (havendo quem considere tratar-se uma evolução da cláusulas *rebus sic stantibus*[429]), que são inseridas pelas partes quando do exercício mútuo da vontade, delas se diferem em razão da conexão de tal dever de renegociação ao *enforcement* legal.[430]

Em realidade, os juristas que defendem o dever de renegociação fundamentam essa possibilidade na boa-fé objetiva, baluarte das relações negociais. Essa é a dicção de TOMASEVICIUS (2007), que assim abordou a questão:

> "[a] invocação do princípio da boa-fé objetiva para reequilibrar o contrato, em vez do uso da cláusula rebus sic stantibus, é exemplo de dever de cooperação, porque não é uma postura cooperativa exigir o adimplemento do contrato, sabendo que isso poderá provocar a ruína da parte contrária, ou fazer com que esta receba uma prestação sem o mesmo valor e, portanto, sem a mesma utilidade, O dever de renegociar é colaborar com a outra parte, para ajudá-la a não sofrer tanto com a inversão da situação"[431]

No mesmo sentido, PENTEADO (2013) defende que "*o dever de renegociar, ou duty to renegotiate, é antes de mais nada um dever de fonte legal. Ainda que modulado pela autonomia privada quanto ao modo de ser exercido, decorre da cláusula geral de boa-fé*".[432]Ademais, VENEZIANO (2010), destaca que essa corrente está em consonância com aquilo que vem sendo desenvolvido na esfera do comércio internacional[433]

Com relação a esse ramo das relações comerciais, a inclusão reiterada dessa modalidade de cláusulas, notadamente nos acordos celebrados por agentes econômicos

---

[428] Na definição de GOMES, "*por cláusulas de* hardship *entendem-se as cláusulas que estabelecem um dever de renegociação do contrato caso ocorra uma modificação substancial das circunstâncias, modificação essa que afeta o equilíbrio global do contrato.*" GOMES, Júlio. Cláusulas de Hardship. In MONTEIRO, António Pinto (Coord.). Contratos: Actualidades e Evolução. Porto? Universidade Católica Portuguesa, 1997, pp. 188-189.

[429] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Informação Assimétrica, Custos de Transação, Princípio da Boa-fé.* Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. p. 415.

[430] LORENZENTTI, Ricardo Luis. *Tratado de Los Contratos.* Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2010. p. 531.

[431] TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Informação Assimétrica, Custos de Transação, Princípio da Boa-fé.* Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007, p. 416.

[432] PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos.* 2013. Tese (Livre Docência em Direito Privado e Processo civil) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. p. 334.

[433] VENEZIANO, Anna. UNIDROIT Principles and CISG: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgium Supreme Court. Uniform Law Review, 2010, pp. 146-147.

internacionais, tem ampliado a aceitação da revisão contratual obrigatória como instrumento de readequação dos acordos face situações de alteração circunstancial.

De forma resumida, constatada a alteração circunstancial, o procedimento de aplicação da cláusula de *hardship* prevê que os contratantes seriam direcionados à renegociação por um período, situação onde deveriam apresentar propostas para readequação do equilíbrio econômico, não sendo aceitos a recusa pura e simples ou o comportamento oportunista, consubstanciado, por exemplo, na apresentação de propostas flagrantemente incompatíveis (sob pena de se caracterizar o inadimplemento culposo de obrigação contratual)[434]. Passo seguinte, não sendo atingido o consenso entre as partes estas poderiam optar por (i) encerrar a relação, resilindo o negócio, ou (ii) submeter o pacto à prestação jurisdicional. Note-se que na hipótese da cláusula de renegociação obrigatória a atuação do Judiciário ocorre de forma subsidiária. Por fim, havendo intervenção judicial, esta deveria balizar-se na identificação do interesse econômico inicial e na real intenção dos contratantes quando do surgimento da relação posta em discussão.[435]

Outrossim, a renegociação regulada pelas cláusulas em comento podem endereçar questões mais amplas do que aquelas previstas na legislação, portanto, sua aplicação não precisaria permanecer restrita aos eventos *imprevisíveis*. Nesse sentido, MARQUES (2010):

> "Em consequência, uma vez desencadeada a sua atuação, não se há de perquirir sobre a 'imprevisibilidade e extraordinariedade' do evento que caracteriza o hardship, nem se esse evento integra ou não o risco próprio do negócio; nem se cogitará sobre o âmbito da diligência empresarial no cálculo dos riscos; ou, muito menos, sobre a 'excepcionalidade' dos eventos que deflagram a eficácia revisiva da cláusula. No mais das vezes, se estará a tratar, justamente, de eventos previsíveis e previstos, e, na medida em que previstos no contrato, por expressa declaração de vontade das partes dão causa ao dever de renegociar, a fim de ser mantido o sinalagma contratual tal qual configurado no momento da conclusão do ajuste."[436]

---

[434] MARQUES, Cláudia Lima. A Cláusula de Hardship e a Obrigação de Renegociar nos Contratos de Longa Duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 25, Abr., 2010, p 17.

[435] MEKKI, Mustapha; KLOEPFER PELESE, Martine. *Hardship and modification (or 'Revision') of the Contract.* 2010. Disponível em < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1542511> Acessado em 23 dez 2017. p. 19-21.

[436] MARQUES, Cláudia Lima. A Cláusula de Hardship e a Obrigação de Renegociar nos Contratos de Longa Duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 25, Abr., 2010, p. 15-16.

Ressalte-se, por fim, que a *hardship* vincula os agentes econômicos à obrigação de renegociação. Ainda que a renegociação seja considerada obrigação de meio, não há que se falar em obrigatoriedade das partes chegar em um acordo.[437]Assumir o contrário seria macular, novamente, o instituto da autonomia privada.

GOMES (1997) salienta que a cláusula tem assumido protagonismo nos contratos internacionais de longa duração em virtude da constatação de que os custos para encontrar novos parceiros comerciais são geralmente superados pelos benefícios da renegociação e sobrevivência do acordo.[438] Soma-se a tal constatação a possibilidade de afastar da relação comercial a imprevisibilidade das decisões que se põem a analisar as bases econômicas do contrato.

Em posição contrária à tendência de utilização da cláusula de renegociação mandatória, AZEVEDO (2004) afirma que a utilização da *hardship* é incipiente no direito brasileiro, reconhecendo na baixa frequência a pouca estabilidade dos fatores jurídicos e econômicos na composição dos preços e ao alto custo imposto às negociações. Ademais, ressalta que a cláusula não se encontra difundida por não haver garantias à sua efetividade, posto que mesmo empresas altamente profissionalizadas são obrigadas a buscar a tutela do poder judiciário para executar a obrigação de renegociar.[439]

Diante do exposto, muito embora celebremos os incentivos à composição *interpartes*, até mesmo por reconhecermos que a adoção de condutas colaborativas tende a maximizar os ganhos e aumentar a eficiência das transações econômicas, a análise prática dos dispositivos legais já inseridos no ordenamento jurídico nos mantêm receosos quanto à necessidade de imposição do dever de renegociar nos contratos que não envolvam questões transnacionais, posto que passível de se tornar vertedouro para condutas oportunistas, que ulteriormente venham a desestabilizar o mercado.

Esteia-se a afimação supra na redação do artigo 479 do Código Civil, que traz de forma expressa a indicação de que *"a resolução poderá ser evitada oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato"*, ou seja, a iniciativa para não resolução

---

[437] PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos.* 2013. Tese (Livre Docência em Direito Privado e Processo civil) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. p. 336.

[438] GOMES, Júlio. Cláusulas de Hardship. In MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *Contratos: Actualidades e Evolução.* Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. p. 184.

[439] AZEVEDO, Antonio Junqueira. Relatório Brasileiro sobre a revisão contratual apresentado para as jornadas brasileiras da associação Henri Capitant. In. AZEVEDO, Antonio Junqueira. Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 187-188.

do contrato é exclusiva do réu da demanda que tenha tal finalidade.

Em razão da propositura da demanda judicial dar-se-ia notícia da onerosidade excessiva ao réu, cabendo-lhe ponderar a respeito da possibilidade de renegociação. Entendendo pela viabilidade, inicia-se a renegociação; do contrário, dá-se andamento ao procedimento resolutório.

Nesse ponto, achamos por bem destacar que não fechamos os olhos quanto à possibilidade de utilização oportunística da medida. Há quem possa entender que a propositura da demanda resolutória com fulcro no artigo 478, ante a corriqueira baixa especialidade técnico-econômica do julgador para avaliar a alegação de onerosidade excessiva colocaria o réu *entre a cruz e a espada*: ou se dispõe a renegociar o contrato ou corre o risco de ver a demanda ser julgada, inadequadamente, procedente. Para casos dessa natureza, recomenda-se ao julgador a verificação de pertinência do pedido com base nos pressuposto trazidos por ROPPO, quando da análise do artigo 1467 do *codice civile*, conforme visto no item 4.2.3.

Ademais, não há de se olvidar que é facultado às partes, antes do início de qualquer contencioso, sempre buscar lapidar a questão controversa, tornando a exigência legal de renegociação, no mínimo, redundante, não nos parecendo, portanto, existirem razões práticas para imposição aos contratantes de um dever legal de renegociação.

Por fim, caso haja oferta de modificação pelo réu, arrisca-se afirmar que o juiz poderia homologar a proposta, sem a necessidade de aceitação por parte do autor, caso esta venha a efetivamente readequar o contrato. Nessa hipótese, o reequilíbrio econômico do acordo ceifaria o argumento de onerosidade excessiva e, via de consequência, eliminaria a *causa petendi* da resolução.

5.4. Revisão no âmbito da dependência econômica entre partes empresárias

Não bastasse as inúmeros peculiaridades que autorizam a classificação dos contratos empresariais em categoria autônoma, destaca-se, ainda, a verificação de vínculos onde há flagrante diferença de poderio econômico, posto que os signos indicativos da atuação empresarial, quais sejam a atuação profissional organizada e direcionada à obtenção de lucro, não são capazes de segregar megaconglomerados empresarias do pequeno

empreendedor, sendo comum que o trato mercantil seja palco do choque de forças díspares, com reflexos no direito contratual.

Com essa preocupação em mente, parte da doutrina defende a importância de uma tutela direcionada à proteção da parte vista como mais frágil, por meio da aplicação extensiva do Código de Defesa do Consumidor.[440] Segundo COELHO (2013), deveria haver uma atualização do ordenamento jurídico brasileiro para que dele passem a constar os contratos entre empresários, sujeitos a regras próprias. Porém, enquanto não há essa atualização "*justifica-se a aplicação analógica da legislação consumerista em favor do empresário vulnerável*."[441] Esse é também o entendimento de MARQUES (2007), que igualmente defende a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor às relações entre partes empresárias, desde que uma delas possa ser equiparada à condição de consumidor.[442]

Data vênia, nossa discordância dos argumentos acima não poderia ser maior simplesmente pelo fato de não haver meios de se equipar contratos de consumo a contratos entre partes empresárias, nos quais o bem é insumo, destina-se à produção, transformação, ou oferta ao consumidor, sendo de destaque que o entendimento em sentido contrário tende a trazer mais malefícios do que benefícios, atrapalhando o fluxo mercantil com a aplicação de diploma legal cuja razão de ser não possui qualquer relação com o exercício da atividade empresarial, ressalvadas apenas as hipóteses em que o agente econômico efetivamente se encontrar no exercício do papel de consumidor.

Segundo FORGIONI (2009), o que chama de "*dependência econômica*" deve ser combatida "*com as regras e os princípios do direito mercantil e não da lógica consumerista, incompatível com as premissas daquele sistema*" [443] Assim, sugere a aplicação do direito contratual empresarial[444] e das regras advindas do direito antitruste, nesse último caso as que impliquem em *prejuízo à concorrência*.[445]

---

[440] MIGUEL, Paula Castello. Contratos entre empresas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 162.

[441] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. vol. III. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 20.

[442] MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.). *A nova crise do contrato, Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pp. 81-82.

[443] FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos empresariais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 35.

[444] Ainda que não segregados em categoria autônoma, entende-se que a referência seja aos princípios da boa-fé objetiva, da função social, bem como a necessidade de observar a função econômica e os usos e costumes, todos já abordados anteriormente.

[445] Ibid., 2009. p. 36.

Na lição de SALOMÃO FILHO (2007), traduz-se dependência econômica em "*fonte jurídico-concorrencial da coerção*" que permite a identificação de ilícito que fere de morte a liberdade de contratar, corolário da autonomia e elemento central para o bom funcionamento do mercado. Na visão do autor, o contratante dependente não dispõe de alternativas à contratação, restando presumidamente coagida a dar andamento em negócio jurídico com a contraparte dominante,[446] sendo que o afastamento dessa presunção só ocorreria em virtude da comprovação econômica inequívoca de que a transação não ocorreu exclusivamente em razão da falta de opções disponíveis.[447]

Ademais, além da "dependência econômica" destaca-se também a dependência empresarial, eventualmente presente nas relações contratuais que se prolongam no tempo e onde há a criação de fortes vínculos entre os agentes. SALOMÃO FILHO (2007) ensina que seriam exemplos dessa modalidade de dependência os contratos de fornecimento em que o fornecedor cuida de fazer investimentos para adequar suas instalações às necessidades espefícas do comprador.[448]Nota-se que no exemplo em questão a verificação de dependência empresarial se deu a partir da constatação da realização de investimentos em ativos específicos que, conforme aboradao na primeira parte do presente estudo, são capazes de deflagrar condutas oportunistas.

Assim, não obstante a constatação de tratar-se de contratos entre partes empresárias, entende-se que essas situações de dependência econômica ou empresarial podem dar ensejo à intervenção judicial em maior profundidade. Contudo, tais medidas não deveriam se pautar em rasos argumentos de hipossuficiência de uma parte com relação à outra, uma vez que simples disparidade de poder econômico entre dois agentes contratualmente vinculados não é suficiente para a revisão contratual. Há necessidade que tal dependência produza reflexos negativos efetivos no exercício da autonomia privada.

Regra geral, a posição de dominância faz com que o agente que dela se aproveita passe a adotar condutas observáveis em cenários de monopólio, ignorando os demais *players* do mercado como se nele não houvesse qualquer outro capaz de desafiar sua supremacia.[449] Nessa situação, a intervenção judicial teria função de "*coibir os abusos propiciados pela*

---

[446] SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 204-205.

[447] Ibid., 2007. p. 206.

[448] SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial - As condutas. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 215-216.

[449] FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 256-257.

dependência econômica,[450] passando a tutela do empresário ser justificada apenas como instrumento de garantia de acesso ao mercado e de manutenção da livre concorrência.

Ademais, o prejuízo do agente econômico que se encontra em situação de dependência somente pode ser tutelado diante de condutas que venham a macular o sistema de trocas como um todo,[451] sendo de rigor repelir as situações onde o interesse revisional da parte economicamente vulnerável se pauta na tentativa de diminuição do lucro do agente dominante. Isto porque, repisando a afirmação de que a mera disparidade econômica não dá ensejo a intervenção judicial, os negócios jurídicos empresariais devem pautar-se pela boa-fé objetiva em todas as fases do contrato, não cabendo, novamente, que o poder judiciário seja utilizado para dar guarida à condutas abusivas ou comportamentos oportunistas, devendo agir tão somente em benefício da segurança e previsibilidade jurídica.[452]

Por oportuno, ainda que se coloque ao lado dos que argumentam pela tutela do empresário "mais fraco" com base na aplicação do Código de Defesa do Consumidor, nesse ponto nossos comentários parecem estar em linha com a visão de COELHO (2013) ao afimar que "*[a aplicação do] regime dos desiguais a empresários iguais [...] causa imprevisibilidade e dificulta o cálculo empresarial*".[453]

Por sua vez, destaca-se que tampouco a relação de dependência econômica dá azo à readequação judicial dos dispositivos contratuais. Não se admite que o estado de vulnerabilidade seja aceito como argumento para justificar a transferência ao magistrado dos poderes de negociação, indiscutivelmente exclusivos das partes[454], cabendo a intervenção judicial nesse sentido limitar-se à resolução do acordo[455] e a condenação, se for o caso, ao dever de indenizar o contratante dependente dos danos que sofreu em função do abuso de poder econômico, sendo certo que quaisquer alterações sobre o conteúdo do contrato deve ficar a cargo das partes, posto que são elas quem detém conhecimento técnico específico sobre o mercado em que atuam e só à elas cabe remoldar o acordo.[456]

---

[450] FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos empresariais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 94.

[451] FORGIONI, Paula Andrea. *Contrato de Distribuição*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 360.

[452] Ibid., 2008. p. 431.

[453] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. vol. III. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 22.

[454] Ibid., 2008. p. 438.

[455] FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste.* 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 155.

[456] Ibid., 2008. p. 439.

Assim, no que se refere aos limites para revisão dos contratos empresariais onde uma das partes encontra-se em situação de dependência econômica em relação à outra entendemos ser mais profícuo que o julgador se abstenha de buscar socorro no Código de Defesa do Consumidor. Caso lance mão desse diploma legal, o faz correndo o risco de arruinar a lógica do tráfico mercantil e proferir decisões completamente descoladas da realidade do mercado, minando a segurança jurídica tão importante aos agentes econômicos.

5.5. Quebra eficiente dos contratos

Uma vez analisadas as questões envolvendo a resolução dos contratos empresarias sob o argumento das onerosidade excessiva, bem como aquelas relacionadas a eventual imposição de um dever de renegociar, existem uma parte da doutrina que defende a possibilidade do encerramento do vínculo trazer mais benefícios às partes do que seu adimplemento, posto que a manutenção de contratos ineficientes pode acarretar na má alocação recursos, limitando o desenvolvimento de outras atividades que poderiam produzir resultados mais vantajosos.

Desta feita, na medida em que a criação de valor pela não manutenção do cumprimento de determinado pacto pode ser superior à de seu cumprimento, estamos diante de situação onde a quebra do contrato tende a ser incentivada .

A teoria da quebra eficiente dos contratos tem origem em artigo de BIRMINGHAM (1970), que pautou-se em uma visão puramente econômica para sustentar que só faria sentido garantir o cumprimento do contato se este for capaz de produzir resultados ótimos, de maneira que, havendo uma situação em que à uma das partes for possível obter maior bem-estar (utilidade) através do término da relação contratual, levando em consideração que a contraparte será devidamente compensada de modo a obter o mesmo benefício que

receberia no caso do cumprimento integral do quanto pactuado, esta deverá ser rompida[457] para maximizar a riqueza global.[458]

No mais, a despeito de BIRMINGHAN ter elaborado a estrutura que dá lastro à teoria, o nome pela qual é conhecida hoje *(theory of efficient breach),* foi trazido por GOETZ e SCOTT (1977),[459] sendo a sua utilização pioneira nos tribunais estadounidenses capitaneada pelos juízes POSNER, EASTERBROOK, BREYER, CALABRESI e GINSBURG.[460]

ARAÚJO (2007) destaca as situações que, essencialmente, poderiam ensejar ao inadimplemento eficiente, quai sejam: *(i) alterações nos custos de produção; (ii) alterações no valor do cumprimento para o credor; e (iii) o surgimento de propostas contratuais alterantivas.*[461]

Destaca-se que o pressuposto da teoria em comento repousa na constatação da possibilidade de o credor alcançar, por meio de medida compensatória (indenização, pagamento de multa contratual entre outras), o grau de utilidade esperado caso o contrato fosse adimplido simultaneamente à melhora na situação do devedor. A aplicação do inadimplemento eficiente baseia-se, portanto, na avaliação de eficiência com base nos critérios de Pareto ou Kaldor-hicks.

Entretanto, salta aos olhos que a aplicação da teoria conforme proposta acima reflete o pragmatismo do sistema onde surgiu, lastreado nas tradições consuetudinárias, onde o princípio geral para remediar uma situação de quebra contratual repousa na imposição de uma compensação financeira, deixando a execução específica restrita a situações onde a mera transferência monetária se mostrar claramente inadequada.[462]

---

[457] BIRMINGHAN, Robert L. Breach of Contract, damage measures, and economic efficiency. Rutgers Law Review, vol. 24. 1970. Disponível em < https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=2703&context=facpub> Acessso em 26 dez 2017. p. 273-292

[458] MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário:* Poder de Controle e Grupos de Sociedades. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 17.

[459] GOETZ, Charles. J.; SCOTT, Robert E. *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle*: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach. Columbia Law Review, Vol. 77, No. 4, 1977. 554-594

[460] COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia.* 5. ed. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010. p.2-3

[461] ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Lisboa, Almedina, 2007. p. 748.

[462] SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The Economic Analysis of Civil Law*. Tradução de Matthew Braham. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 322

Contudo, em que pese o pragmatismo tão caro à *common Law*, melhorar a eficiência por meio do rompimento de vínculos contratuais seguindo os parâmetros de Pareto e Kaldor-Hicks tende a ser mais fácil no plano das ideias. Ainda que os conceitos acima apresentados soem simples, na prática a obtenção de uma situação economicamente ótima decorrente de uma quebra eficiente não se mostra tarefa das mais óbvias.

Uma abordagem preliminar nos levaria a crer que a solução prática repousaria na resolução do contrato, com a consequente divisão do excedente, evitando-se que a parte que não buscou o inadimplemento venha a sofrer prejuízos. Entretanto, levando em conta a racionalidade limitada dos agentes, é forçoso concluir que a mensuração do valor relativo ao ao cumprimento ou não de uma obrigação (especialmente as que não tiverem natureza pecuniária) é deveras imprecisa.

Ademais, no que tange aos contratos complexos, permeados por uma extensa cadeia de deveres e obrigações, a dificuldade em se concretizar uma quebra eficiente parece-nos ainda maior em razão dos obstáculos cognitivos para separar do todo as obrigações que eventualmente já tenham sido cumpridas daquelas pendentes de adimplemento e atribuir valores individuais a cada uma delas a fim de calcular o valor da indenização devida ou a melhor forma para compensar as expectativas contratuais frustradas.

Outrossim, levando em conta o presente estudo manter seu foco na análise das relações contratuais entre partes empresárias, conforme lembra FORGIONI (2009) no direito comercial não se deve admitir a relativização do *pacta sunt servanda*, posto que *"necessário ao giro mercantil na medida em que freia o natural oportunismo dos agentes econômicos"* afirmando, ainda, que *"o funcionamento do mercado exige que os pactos sejam respeitados."*[463]

Por sua vez, com relação ao aproveitamento da teoria pelo direito brasileiro, PELA (2016) aponta para necessidade de superarmos cinco obstáculos do ordenamento jurídico pátrio, que impedem o reconhecimento do inadimplemento deliberado, porque: (i) seria contrário à boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil); (ii) poderia ser considerado abuso de direito (art. 187 do Código Civil); (iii) as cláusulas penais são aplicáveis apenas aos (a) inadimplementos culposos, (b) em benefício do credor e (c) são limitadas ao valor da obrigação (artigos 408, 410 e 412 do Código Civil); (iv) a teoria não comporta a aplicação

---

[463] FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral dos contratos empresariais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 81.

de obrigações alternativas (art. 252 do Código Civil); e (v) a possibilidade do credor valer-se de tutela específica da obrigação nos casos de descumprimento (artigos 497 e 498 do Novo Código de Processo Civil[464]).[465]

Contudo, a autora defende a peculiaridade dos contratos empresariais que, se transformados em categoria autônoma, poderiam contemplar a teoria desde que sua análise fosse realizada conjuntamente às premissas norteadoras do direito concorrencial.

Por fim, tendo em vista as dificuldades relativas a identificação *ex ante* da possibilidade da quebra do vínculo resultar na maximização do resultado global da operação, parece-nos mais razoável que as partes adotem uma conduta cooperativa para o cumprimento eficiente do clausulado, otimizando a performance dentro da relação estabelecida.

5.5.1. Os casos relativos aos contratos de soja verde

Conforme afirmado no tópico anterior, a manutenção de contratos ineficientes pode acarretar na alocação não eficiente de recursos e consequente limitação do desenvolvimento de outras atividades, que poderiam produzir resultados mais interessantes. Por assim dizer, ao se levar em conta as premissas acima reconhece-se que deverá haver um incentivo à rescisão contratual se esta traduzir-se em medida capaz de criar a pelo menos uma das partes, e desde que não haja prejuízo à outra, valor superior ao da execução do contrato propriamente dita.

A respeito da constatação prática de que os agentes econômicos inclinam-se oportunisticamente em direção a incentivos capazes de maximizar seus resultados em determinada operação, em detrimento ao outros princípios norteadores da relação contratual, REZENDE (2008) abordou o cenário agroindustrial relativo ao mercado de soja nos primeiros anos do século XXI, no que acabou denominado como o caso da "quebra dos contratos de soja verde".[466]

---

[464] na redação original PELA faz referência aos artigos 461 e 461-A do Código Civil revogado, mas que foram transplantados ao novo Código de Processo Civil sem sofrer alterações

[465] PELA, Juliana Krueger. *Inadimplemento eficiente (efficient breach) nos contratos empresariais*. Revista Juridica Luso-Brasileira, v. 1, 2016. p. 1097-1099.

[466] REZENDE, Christiane Leles. *Pacta sunt servanda? Quebra dos contratos de soja verde*. 2008 Tese (Doutorado em Administração) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

A questão dos contratos de soja verde tem origem nas formas de financiamento do plantio das safras, geralmente com capital privado, onde os *traders* realizam a compra antecipada da produção entregando o pagamento ao produtor ou fornecem os insumos agrícolas necessários para a produção. Se por um lado os vendedores conseguem obter os recursos para viabilizar o plantio, por outro os compradores utilizam desse mecanismo para alocação do risco da oscilação de preços. Conforme salienta REZENDE (2008), sob o ponto de vista econômico as transações neste cenário referem-se a, pelo menos, dois elementos, quais sejam o risco e o crédito.[467]

Nas safras pertinentes aos anos de 2002/2003 e 2003/2004 eventos adversos culminaram na supervalorização da soja no mercado *spot,* e distanciaram em patamar relevante os preços previamente pactuados daqueles efetivamente praticados quando da liquidação do contrato. Essa diferença de preços gerou incentivo para quebra contratual e culminou no ajuizamento de diversas ações pleiteando o encerramento do avença sob o argumento, dentre outros, de onerosidade excessiva, hipossuficiência do produtor face às indústrias e a natureza adesiva dos contratos questionados.

Uma vez provocado para tal, o Tribunal de Justiça de Goiás passou, então, a intervir nas relações jurídicas referentes aos contratos de soja verde, ora decidindo a favor dos produtores, ora decidindo a favor das indústrias. Fato é que, diante desse cenário de insegurança jurídica, conforme apurado por REZENDE, na safra seguinte houve uma redução significativa no volume de contratos dessa natureza.

Isto posto, REZENDE (2008) sobre a égide da teoria do inadimplemento eficiente ressalta que nos casos em comento, além dos prejuízos causados à agroindústria, o produtor rural poderia ter prejuízos nas relações seguintes em decorrência dos reflexos negativos à sua reputação e, ainda que houvesse incentivos financeiros para o descumprimento dos pactos, alguns optaram por cumprir seus contratos em função do interesse em *"garantir sua reputação."*[468]

Para exemplificar o argumento, os estudos empíricos realizados por REZENDE foram capazes de comprovar que a revisão judicial de contratos em comento acarretou em dificuldades para o financiamento da safra no ano seguinte, uma vez que a insegurança

---

[467] REZENDE, Christiane Leles. *Pacta sunt servanda? Quebra dos contratos de soja verde*. 2008 Tese (Doutorado em Administração) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

[468] Ibid., 2008. p 59

jurídica relacionada ao efetivo cumprimento dos pactos trouxe ressalvas ao modelo de contratação até então tido com ideal. Houve, portanto, uma ruptura na *práxis* mercantil.

Assim, há de se reconhecer que o mercado não se limita tão somente pelo respeito das normas de direito, existindo um ambiente com normas próprias (usos e costumes) que fazem com que os próprios partícipes fiscalizem uns ao outros numa espécie de autorregulação onde cada *player* avalia se adoção de determinada conduta irá resultar em ganhos superiores ao custo das sanções correlatas, sejam elas jurídicas ou econômicas. Enquanto as primeiras são contratualmente determinadas e sujeitam-se à medidas judiciais coercitivas, a segunda possui relevância dentro do mercado onde o agente e se prestam a balizar um padrão de conduta tido como ideal. Nesse sentido, as sanções econômicas se prestam, inclusive, ao *enforcement* de princípios de direito como, por exemplo, a boa-fé objetiva.

Ademais, no caso em tela parte dos agricultores optou por cumprir o acordo em razão do relevante interesse em garantir seu valor reputacional no mercado de soja. Posição contrária ao agente que, diante da possibilidade egoística de adotar conduta oportunista, deu mais valor ao ganho financeiro excedente do que a sua reputação no mercado, optando (como de fato alguns optaram) pelo rompimento do contrato no intuito de multiplicar seus ganhos naquela transação específica.

Para tais não podemos afirmar (em razão das nossas limitações cognitivas) que, previamente à tomada de decisão de requerer a resolução do vínculo, foram realizadas reflexões direcionadas a percepção de quais seriam os efeitos secundários decorrentes. Explica-se: muito embora traga ganhos imediatos, o encerramento traumático do vínculo contratual em função de conduta oportunista fere a expectativa da contraparte, rompendo o liame da boa-fé objetiva, maculando a reputação do agricultor e, certamente, dificultando a celebração de novos acordos no ciclo de plantio seguinte, eventualmente alijando-o do mercado de soja, sem que haja garantia de sucesso em mercados de outros grãos em razão da importância da confiança nas relações havidas no campo.

5.5.2. O *Generation Scaling Factor* no mercado de energia elétrica

Outro exemplo mais recente que o anterior, e que continua produzindo efeitos entre agentes econômicos diz respeito ao *Generation Scalling Factor (GSF)* atrelado aos contratos

de compra e venda de energia elétrica,[469] notadamente aqueles relacionados à comercialização de energia gerada por meio de fontes hidrárulicas. Contudo, antes de adentrarmos na questão propriamente dita, importante traçarmos breves considerações a respeito do funcionamento do setor.Vejamos:

As usinas hidroelétricas respondem atualmente por 64,5% da energia gerada no país, enquanto as termoelétricas (fóssil e biomassa) por 27,5%, estando a participação restante dividida, em ordem de relevância, entre eólica, nuclear e solar[470]. Ademais, a coordenação e controle da operação de geração e transmissão de energia elétrica no Sistema Interligado Nacional (SIN) é de responsabilidade do Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS), que indica quais usinas devem produzir energia.

Tal lógica de operação, fundada em legislação específica[471], tem como base o interesse na minimização de custos através da otimização dos recursos hidrelétricos do SIN, o que, na medida em que o comando das usinas (despacho) fica a cargo do ONS, significa dizer que o controle da geração não recai exclusivamente sobre os geradores. Sendo assim, em regra o regime jurídico adotado no SIN retira dos geradores hidrelétricos a decisão sobre sua produção, posto que não possuem autonomia para decidir quando ou quanto produzirão, porque ficam sujeitos ao despacho centralizado do ONS, que tem prerrogativa de tomar tais decisões. Não obstante, a geração hidrelétrica no Brasil, que corresponde a praticamente três quartos da energia produzida, depende essencialmente das chuvas.

Ademais, no intuito de assegurar a continuidade do fornecimento de energia, assim como o controle da geração, a expansão da matriz energética nacional compete aos órgãos institucionais do setor, especialmente o Ministério de Minas e Energia e a Empresa de Pesquisa Energética. Contudo, a efetiva expansão depende de investimentos do setor privado, realizados conforme modelos de concessão da Lei 8.987/1995, dentre outros.

Nesse ponto, destaca-se que esses investimentos só são realizados porque há, no Brasil, um modelo legal que assegura receitas aos empreendedores, resultando em um fluxo de caixa contínuo e suficiente para amortização dos financiamentos contratados no âmbito do *Project Finance*, sendo a garantia primordial aquela prevista no §4º do artigo 14 do Decreto 2.003/1996, que assegura *"o recebimento de energia do sistema para garantir o cumprimento dos seus contratos de fornecimento nos casos em que for determinada a*

---

[469] No jargão do setor elétrico: *Power Purchase Agreements. (PPAs)*

[470] Fonte: ANEEL/BIG – Banco de Informações de Geração atualizadas até 2016.

[471] Lei 10.848/2004, art. 1º, §4º

redução do despacho de suas usinas pelos órgãos responsáveis pela operação otimizada do sistema"

A outra diz respeito ao Mecanismo de Realocação de Energia (MRE), que funciona como um *condomínio de geradoras*, possui natureza financeira e visa o compartilhamento dos riscos hidrológicos que afetam os agentes do setor.

A existência do MRE justifica-se pela grande extensão territorial do país, com diferenças hidrológicas entre as regiões em razão de períodos de seca e de chuva não uniformes, consistindo, em suma, em mecanismo de mitigação de riscos hidrológicos. Dessa forma, o MRE realoca de forma contábil a energia, transferindo o excedente daqueles que geraram além de sua garantia física para aqueles que geraram abaixo. O MRE abarca compulsoriamente todas as Usinas Hidrelétricas (UHEs) e facultativamente as Pequenas Centrais Hidroelétricas (PCHs).

A garantia física, por sua vez, corresponde à máxima energia que pode ser fornecida segundo um dado critério de segurança, ou seja, levando em consideração questões de manutenção de ativos e alternância de afluência, bem como a capacidade técnica da própria usina, de forma que é calculada de forma individualizada para cada um dos agentes de geração, mas que quando somadas implicam no pontencial esperado do setor. A garantia física é importante, dentro do MRE, para o rateio da comercialização de energia via contratos entre todos os empreendimentos de geração do sistema.

Com o intuito de apurar a quantidade de energia produzida em relação à garantia física das usinas pertencentes ao MRE, foi criado o Fator de Ajuste da Garantia Física, ou *Generation Scaling Factor* – GSF. Ele mede a geração hidráulica em relação à garantia física, cujo cálculo é feito mensalmente pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), entidade responsável por contabilizar as operações de compra e venda de energia elétrica, com base na seguinte fórmula:

$$GSF = \frac{\text{Geração Hidráulica (GWh)m}}{\text{Garantia Física (GWh)m}}$$

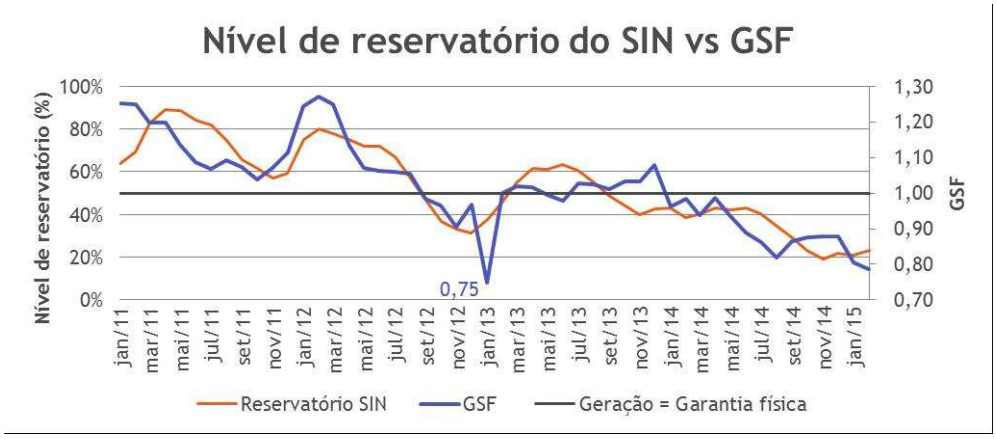
Caso a produção total de energia elétrica seja maior do que a garantia física total do MRE, as usinas recebem uma parte deste excedente, chamado Energia Secundária – que é alocada em todas as usinas participantes do MRE, na proporção de suas garantias físicas.

Quando não há Energia Secundária, ou seja, quando a produção total de energia elétrica é inferior à garantia física total, ocorre então o ajuste do MRE.

Normalmente, o MRE realoca a energia entre os integrantes, transferindo o excedente dos que geraram além de suas garantias físicas para os que geraram abaixo. No entanto, quando o valor total da produção de energia elétrica está abaixo da garantia física as geradoras ficaram expostas no Mercado de Curto Prazo (MCP), cujas exposições são valoradas ao Preço de Liquidação das Diferenças (PLD).

Desta forma, entende-se que o empreendedor que se lança ao setor elétrico lida com dois riscos essenciais, quais sejam: (i) a necessidade de manter a disponibilidade dos equipamentos e instalações empregados na geração de energia elétrica; e (ii) as condições hidrológicas, sendo esse último alvo de mitigação via MRE.

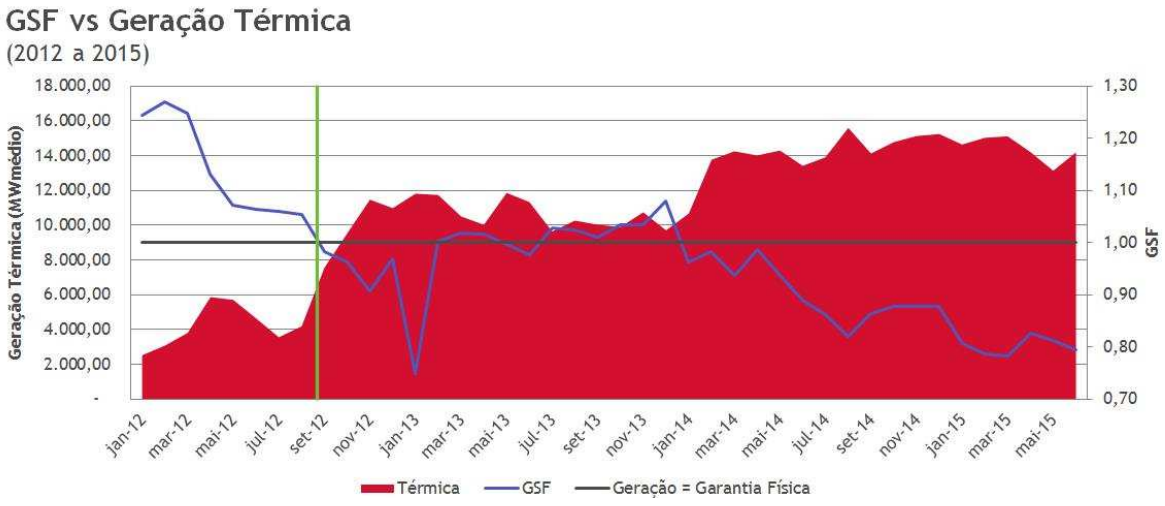
Feita essa breve introdução a respeito dos aspectos relevantes à operação do Sistema, a partir de 2012, o nível dos reservatórios começou a sofrer uma redução considerável, afetando a geração das usinas hidrelétricas. Em janeiro de 2013, o GSF atingiu o menor patamar da análise, qual seja, 0,75, sendo em seguida "normalizado" durante o período de chuvas mais intensas. Tal decimal se traduz na verificação de que a geração hidráulica ficou 25% abaixo da soma de toda a garantia física dos empreendimentos participantes do MRE.



Fonte: CCEE e ONS

Por sua vez, o gráfico acima indica que a partir de 2014 houve uma redução contínua do nível dos reservatórios, quando o resultado da equação inferior a "1" indica que as usinas hidrelétricas estão gerando abaixo de suas garantias físicas. Com isso, para compensar as falhas e cumprir com a entrega de energia prevista nos PPAs, as usinas se

veem obrigadas a comprar energia no Mercado de Curto Prazo (MCP ou *spot*), proveniente das termelétricas. O gráfico abaixo traz um comparativo entre o impacto do GSF frente ao aumento da geração de energia pelas termelétricas:



Fonte: CCEE e ONS

Não bastasse a baixa hidrologia, verificou-se no setor que o órgão controlador do despacho das usinas deixou de seguir as diretrizes técnicas que deveriam permear a decisão de qual grupo de usinas deve atender o sistema naquele momento (o chamado "*despacho por ordem de mérito econômico*") passando a decidir a geração com base em critérios políticos, que resultaram num descolamento da matriz de riscos alocados nos investimentos privados (contrato como instrumento de alocação de riscos). Outrossim, não bastasse o abandono aos critérios técnicos, em períodos de estiagem, o ONS determina que o nível dos reservatórios seja preservado, limitando a produção das hidrelétricas e elevando a produção de energia por meio das termelétricas.

Sendo assim, se de um lado o ONS não levou em conta o desequilíbrio do sistema, comandando o despacho desordenado das usinas e impondo a redução na geração de energia para preservação do nível dos reservatórios para garantir o consumo humano, por outro havia a determinação prevista nos contratos de compra e venda de energia elétrica para entrega do montante pactuado, sob pena de aplicação de multa e rescisão dos contratos, entre outras penalidades. Dessa feita, as geradoras se viam obrigadas a adquirir a parcela correspondente ao déficit de geração no mercado de curto prazo, sob o argumento de que a baixa hidrologia do período configurava risco do negócio para os empreendedores do setor.

Como não poderia deixar de ser, o caminho natural dessa queda de braço entre Poder Público e companhias geradoras hidrelétricas foi uma primeira onda de judicialização da questão, ocasião em que as usinas, ingressando em juízo por conta própria ou através de associações, atuando na condição de substitutas processuais, obtiveram uma série de liminares desobrigando-as de cumprirem os contratos no tocante a entrega da energia pactuada e, assim, sendo dispensadas de compensar o déficit de geração através da aquisição de energia no curto prazo.

Uma vez impedido de cobrar, o Poder Público passou a repassar o custo e a obrigação de entrega de energia para as Usinas que, eventualmente, não tivessem ingressado em juízo, o que acarretou em uma segunda onda de judicialização consubstanciada no argumento de que a concessão de uma medida liminar não poderia acarretar prejuízo em terceiro alheio a relação processual.

Ante o alto grau de insegurança jurídica resultante das discussões a respeito do GSF e, consequentemente, da incerteza dos agentes econômicos a respeito dos riscos vinculados aos empreendimentos de geração hidráulica, o que se viu no setor foi o completo esvaziamento dos Leilões de Energia Elétrica (LERs) subsequentes. Na medida em que se trata de uma atividade empresarial que envolve cifras na casa dos bilhões de reais, os *players* simplesmente se afastaram do mercado enquanto a insegurança jurídica continuasse pairando sobre o setor.

Curioso observar, entretanto, que tanto no exemplo da quebra dos contratos de soja quanto nesse referente ao setor energético brasileiro existiam argumentos destinados a eventual pedido de revisão judicial por onerosidade excessiva, para o qual entendemos ser cabível a resolução do contrato e não a ingerência estatal para reedição do clausulado.

Entretanto, enquanto os agricultores desejavam a liberação definitiva das obrigações pactuadas, os agentes do mercado elétrico em nenhum momento pleitearam a resolução dos contratos. Tanto é assim que nesse último caso a grande maioria das demandas judiciais foi encerrada em função da União ter concordado em adotar medidas para mitigar os custos impostos às companhias geradoras de energia elétrica, medida que ficou conhecida como *"repactuação do GSF"*

Isto porque, diferentemente dos contratos de soja, que são usualmente celebrados para aquela safra específica e a safra seguinte exige uma nova contratação, os de venda de energia elétrica, em razão dos vultosos investimentos para construção das usinas, são celebrados por prazos que variam de 20 a 30 anos. Outrossim, o bem primordial do

agrilcultor é o direito de exploração da terra,[472] havendo possibilidade de, num ano, plantar soja e no outro plantar milho, ou trigo ou qualquer outro produto agrícola que razoavelmente se adeque às condições climáticas onde se localiza a propriedade, ainda que a preocupação com o valor reputacional que detém perante o mercado funcione como incentivo ao cumprimento do acordo, posto que a reputação se espalha e quando é perdida, demora a ser reconquistada.

As usinas hidrelétricas, por sua vez, são ativos idiossincráticos, ou seja, não se prestam a outra coisa senão gerar energia elétrica através do aproveitamento do pontencial hídrico daquela coordenada geográfica específica onde foi instalada, não podendo tampouco, ser transportadas para outro local. Assim, retomando as lições do início do presente trabalho a diferença essencial que separa os dois exemplos reside na destinação que pode ser dada ao ativo principal da relação contratual, a especificidade da usina é tamanha que coloca o devedor à mercê do contratante.[473]

Desta feita, diante do quanto exposto, observa-se que na busca por eficiência são as próprias situações caso a caso que apresentam os argumentos pertinentes à quebra ou manutenção do contrato.

---

[472] Não importando, num primeiro momento, que tal direito decorra de uma relação de propriedade ou cessão de uso, a qualquer título que seja.

[473] Não estamos afirmando que, no caso do GSF, houve conduta oportunista por parte dos órgãos institucionais responsáveis pelo setor elétrico. Na verdade os problemas advindos do desequilíbrio econômico experimentado repousam mais nas falhas de gestão do que na baixa hidrologia.

6. CONCLUSÃO

A leitura do presente trabalho nos leva a tirar algumas conclusões relevantes, sendo possível até mesmo organizá-las em sentido semelhante à estrutura com que o mesmo foi apresentado.

Primeiramente, destaca-se a importânia do estudo conjunto do Direito e da Economia, cujos fundamentos teóricos nos trazem ferramentas hermenêuticas poderosas para melhor compreensão dos fenômeno do tráfico mercantil. A constatação do contrato como instrumento para circulação de riquezas e alocação de riscos nos auxilia a despejar fundamentos racionais econômicos que descolam a relação contratual como usualmente é vista pelo mundo jurídico, lançando-a no mundo real. De igual forma, as ponderações que o Direito faz em relação a sanha maximizadora dos economistas ajuda a melhor balizar as interações sociais, evitando eventuais abusos.

Ademais, o reconhecimento da racionalidade limitada dos indivíduos acaba nos levando à identificação do fenômeno dos contratos incompletos como “regra” dos acordos instrumentalizados, notadamente em razão das dimensões de hipercomplexidade que os negócios jurídicos entre partes empresárias têm tomado em uma sociedade cada vez mais dinâmica e globalizada, passando a nos questionar, então, em que sentido tal incompletude pode impactar as partes, especialmente quando a integração das lacunas é colocada a cargo de um terceiro completamente alheio à relação contratual e que tende a ignorar (involuntariamente, ou não) as razões econômicas que levaram os contratantes a encetar o pacto com aquele *design* específico.

Nesse ponto, o reconhecimento da limitação cognitiva do próprio julgador começa a tornar cristalina a importância da autonomia privada para segurança jurídica dos agentes econômicos, apontando que, além do respeito ao livre exercício da atividade empresarial (cujo limite só deveria ser imposto através de regras de intervenção claras e estáveis), a estabilidade do tráfico mercantil depende historicamente dos usos e costumes como fonte de Direito, tornando flagrante sua relevância para interpretação ou integração contratual, agindo, também, como norma supletiva das relações *interpartes*, sendo certo que dada importância não pode ser ignorada pelo intérprete caso a derradeira saída para resolver um conflito contratual seja submetê-lo ao crivo do Poder Judiciário.

Outrossim, muito embora seja evidente termos apresentado ressalvas quanto a

possibilidade de revisão dos contratos (principalmente quando pautada em argumentos de onerosidade excessiva), procuramos fazê-lo de forma não superficial, sem meramente execrar o instituto em cega defesa do *pacta sunt servanda.* Passo preliminar para esse cuidado foi reconhecer a importância histórica das teorias revisionistas e seu desenvolvimento de acordo com os ideiais libertários que, ora em maior, ora em menor grau, foram ao longo dos séculos permeando as legislações alemã, francesa e italiana, estudadas em função da influência que tiveram na formação do ordenamento jurídico pátrio.

Isto posto, tendo sido reconhecida a impossibilidade de ignorarmos o instituto da revisão judicial, por que expressamente recepcionada no artigo 478 do Código Civil vigente, tratamos de tentar impor-lhe limites trabalhando os conceitos legais indeterminados *"excessivamente onerosa"*, *"extrema vantagem"* e *"acontecimentos extraordinários e imprevisíveis"*, para que ficasse claro que a opção do legislador em utilizá-los teve como intenção não restringir a aplicação do instituto a casos específicos, apontando que a elasticidade hermenêutica das expressões não constitui autorização tácita para que o magistrado decida as celeumas contratuais que lhe são apresentadas com base em convicções e valores pessoais.

Por sua vez, concatenando os conceitos trabalhados foi possível concluir que essa vedação à interpretação extensiva e baseada em critérios subjetivos encontra seus limites na boa-fé objetiva, que deve pautar as relações entre agentes econômicos, e nos *usos do lugar de sua celebração*, conforme preceitua o artigo 113 do Código Civil, sendo esse último elemento relevante para identificar se o evento superveniente que resultou no desequilíbrio entre prestação e contraprestação era, de fato, extraordinário e imprevisível ou se o profissional afetado deixou de cumprir com o dever de se informar para mitigar os riscos da relação em que estava ingressando, não agindo com a diligência que o mercado onde atua exigia.

Dessa forma, configurada a falta de diligência não caberia a revisão contratual nos moldes do artigo 478 do Código Civil, posto entendermos que agentes econômicos ineficientes devem permanecer fora do mercado em função da sua própria ineficiência, não cabendo ao Poder Judiciário inadvertidamente protegê-los ou, ainda, legitimar pedidos revisionais oportunistas, sob pena de trazer insegurança jurídica e prejudicar o fluxo das relações econômicas como um todo.

Ademais, entendemos que uma vez constatada a extraordinariedade do evento e a consequente hipótese de onerosidade excessiva, diante de um pedido resolutório caberia ao

julgador tão somente resolver o contrato, repudiando qualquer tentativa de imiscuir-se no vínculo *sub judice* e assim propor revisões ou adaptações, vez que tais medidas poderiam surtir efeito oposto, impondo às partes ônus adicionais que não deveriam suportar, contrariando a autonomia privada que deve ser corolário das relações entre agentes econômicos.

Não obstante nosso entendimento, adicionalmente o estudo permitiu mostrar que há na doutrina quem entenda pela imposição de um dever de renegociar, nos moldes das cláusulas de *hardship*, cada vez mais comuns nos contratos internacionais. Entretanto, discordando a respeito da funcionalidade desse dever nos contratos celebrados sob a égide da legislação brasileira, demonstramos que o Código Civil vigente já prevê, em seu artigo 479, a forma em que pode se dar a renegociação nas demandas resolutórias, sendo de pouco efeito prático a imposição de um dever legal adicional nesse sentido, lembrando, sempre, que sob a tutela da autonomia da vontade podem as partes buscar a composição da disputa, seja para readequar o equilíbrio contratual, seja para encerrá-lo, tendo como norte a redução dos custos de transação correlatos à manutenção de um processo judicial.

Por fim, evidenciamos a impossibilidade da revisão judicial dos contratos entre partes empresárias economicamente desiguais ser efetuada com base no Código de Defesa do consumidor, como defende parte da doutrtina, uma vez que a razão de ser de referido diploma legal não possui qualquer relação com o exercício da atividade mercantil, apresentando em seguida a teoria da quebra eficiente dos contratos, pautada em visão puramente econômica para sustentar que o cumprimento das obrigações contratadas só faz sentido se for capaz de produzir resultados ótimos, permitindo o rompimento do vínculo se tal medida proporcionar resultados melhores do que aqueles que seriam obtidos por meio da execução esperada do contrato, apresentando as críticas e casos práticos pertinentes, que demonstram que a utilização da teoria, na prática, é bastante complicada.

Note-se que os temas abordados para elaboração da presente dissertação relacionam-se de forma quiçá sinfônica, destacando que cada um dos tópicos apresentados possui material doutrinário suficiente para, individualmente, compor um novo estudo tão, ou mais, extenso do que esse, sendo certo que a forma com que foram aqui apresentados teve por escopo primordial trazer ao leitor conceitos suficientes à análise crítica dos limites da revisão judicial do contratos combinando, de um lado, os limites impostos pelo Direito e, de outro, o racional pragmático da Economia.

7. REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por incumprimento do devedor*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2003.

AKERLOF, George Arthur. *The Market for "Lemons"*: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. The Quaterly Journal of Economics. vol. 84, n.3. ago 1970. Disponível em: < https://www.jstor.org/stable/1879431?seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em 25 set 2016

ALPA, Guido. *Manuale di Diritto Privato.* Padova: Cedam, 2005. p. 12.

ALVIM, Eduardo Arruda; CÉSAR, Joaquim Portes de Cerqueira; ROSAS, Roberto. (Coord). *Aspectos controvertidos do novo código civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves.* São Paulo : ed. Revista dos Tribunais, 2003

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Direito das Obrigações*. 1.ed. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Lisboa, Almedina, 2007.

ASCARELLI, Tulio. *Panorama do direito comercial*. Sorocaba: Minelli, 2007.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. In: *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 9, n. 34. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2008.

_____. Relatório Brasileiro sobre a revisão contratual apresentado para as jornadas brasileiras da associação Henri Capitant. In. AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARRETO FILHO. Oscar. *Teoria do estabelecimento comercial*. São Paulo: Max Limonad, 1969.

BAZERMAN, Max Hal; SCHOORMAN, F. David. A limited rationality model of interlocking directorates. *The Academy of Management Review*, v. 8, n. 2, p. 206-217, Apr. 1983.

BEGNIS, Heron Sergio Moreira; ESTIVALETE, Vania de Fátima Barros; PEDROSO, Eugênio Avila Confiança, comportamento oportunista e quebra de contratos na cadeia produtiva do fumo no sul do Brasil. *Gestão & Produção*, São Carlos, v. 14, n. 2, maio-ago 2007. p. 313. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/gp/v14n2/08.pdf> Acesso em: 12 nov 2017

BELLANTUONO, Giuseppe. *Analisi economica del diritto.* Trento: Uni-service, 2005.

_____. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Milão: Cedam, 2000.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. *O conceito jurídico de consumidor*. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 77, n. 628, p. 69-79, fev. 1988. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/8866>. Acesso em: 12 out 2017

BENSON, Bruce L. The spontaneous evolution of commercial law. *Southern Economic Journal.* v. 55, n.3. jan 1989, p. 650. Disponível em: < https://www.jstor.org/stable/1059579> Acesso em 17.11.2017

BESSONE, Mario. *Adempimento e rischio contrattuale*. Milão: Giuffré, 1975.

BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1994.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil anotado*, vol. 4, Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916.

_____. *Código Civil Brasileiro:* trabalhos relativos á sua elaboração. v.1 Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1917. p.38. Disponível em: < http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/14356> Acessado em 25.12.2017.

BIRMINGHAN, Robert L. *Breach of Contract, damage measures, and economic efficiency*. Rutgers Law Review, vol. 24. 1970. Disponível em < https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.br/&httpsredir=1&article=2703&context=facpub>

BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no direito civil e no processo civil:* com referências ao Código Civil de 1916 e ao novo código civil. *São Paulo: Malheiros Editores*, 2002.

BUCAR, Daniel; MUCILO, Daniele de Carvalho. Situações jurídicas patrimoniais: funcionalização ou comunitarismo? In: *Revista Brasileira de Direito Civil.* Vol. 6. Instituto Brasileiro de Direito Civil, out-dez 2015.

CABALLERO GARCÍA, José. La Teoría de la justicia de John Rawls. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana, vol. 1, n. 2, 2006.

CALABRESI, Guido. *Commentary on Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*. The Yale Law Journal. Vol.100: 1449. Janeiro 1991.

CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto Albeny. *Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos*. Artigo apresentado na XI Conferência Anual da Associação Latino-Americana e do Caribe de Direito e Economia 2007. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/1bw6c8s9> Acesso em: 11 nov. 2017

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 3. ed., 2004.

COASE, Ronald Harry. *The firm, the market and the law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

_____. *The nature of the firm*. Economica, v. 4, 1937. Disponível em: < https://www.colorado.edu/ibs/es/alston/econ4504/readings/The%20Nature%20of%20the%20Firm%20by%20Coase.pdf> Acessado em 13 ago 2017.

_____. *The Problem of Social Cost.* Journal of Law and Economics. V.3. Chicago: The University of Chicago Press. Outubro 1960. Disponível em: <http://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf> Acesso em 07 ago de 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. vol. III. São Paulo: Saraiva, 2013.

COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato.* 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. 2005.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia.* 5. ed. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

_____. *Law and the Imperialism of Economics*: an introduction to the Economic Analysis of Law and a Review of the Major Books. Berkley Law Scholarship Repository, 1981.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

DEQUECH, David. Bounded rationality, institutions, and uncertainty. *Journal of Economic Issues*, v. 35,n. 4, dez. 2001. Disponível em < https://www.jstor.org/stable/4227723?seq=1#page_scan_tab_contents> Acesso em: 10 dez 2017

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

ELLINGSEN, Tore, PERSSON, Torsten; PERSSON, Mats. *Contract Theory*. The prize in economic sciences 2016, popular science background. The Royal SwedishAcademy of Sciences, 2016.

ENGRÁCIA ANTUNES, José Augusto Quelhas Lima. A “consuetudo mercatorum” como fonte do direito comercial. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro.* São Paulo, v. 46 n. 146, abr./jun. 2007.

_____. *Contratos Comerciais:* Noções Fundamentais. In: Direito e Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, volume especial. Lisboa: Universidade Católica Editora Unipessoal, 2007.

FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido; AZEVEDO, Paulo Furquim; SAES, Maria Sylvia Macchinoe. *Competitividade*: mercado, estado e organizações. São Paulo: Singular, 1997.

FARNSWORTH, Allan. *Contracts.* 4. ed. New York: Aspen, 2004.

FEITOSA, Maria Luiz Pereira de Alencar Mayer. *Paradigmas Inconclusos:* os.contratos entre a autonomia privada, a regulação estatal e a globalização dos mercados. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

FERREIRA, Eduardo Oliveira. A desvalorização dos usos e costumes como fontes do direito e suas implicações no direito comercial brasileiro. Ciência jurídica. [s.l.], v. 23, n. 146, mar./abr. 2009.

FERREIRA, Valdemar. *Tratado de Direito Comercial*, 4º v. São Paulo: Saraiva, 1966.

FIANI, Ronaldo. Teoria dos custos de transação. *In* KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. *Economia Industrial*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro*: da mercancia ao mercado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, v. 42, n. 130, abr./jun. 2003.

_____. Os Fundamentos do Antitruste. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Teoria Geral dos Contratos empresariais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRANCO, Vera Helena de Mello. Os contratos empresariais e seu tratamento após o advento do Código Civil de 2002. *In Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, vol. 151/152. Malheiros Editores, jan./dez. 2009. p. 43

_____. *Teoria Geral do Contrato, confronto com o direito europeu futuro.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRANTZ, Laura Coradini. *Revisão dos Contratos*: elementos para sua construção dogmática. São Paulo: Saraiva, 2007.

GALGANO, Francesco. *História do direito comercial.* Lisboa: Editores, 1990.

GARCIA, Ricardo Lupion. *Interpretação dos contratos empresariais*: sem fobia e sem idolatria. Revista AJURIS. v. 41. n. 135, setembro 2014. Disponível em < www.ajuris.org.br/OJS2/index.php/REVAJURIS/article/download/342/277> Acesso em 21 dez 2017

GOETZ, Charles. J.; SCOTT, Robert E. *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle:* Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach. Columbia Law Review, Vol. 77, No. 4, 1977.

GOMES, Júlio. Cláusulas de Hardship. In MONTEIRO, António Pinto (Coord.). *Contratos: Actualidades e Evolução*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Contrato de Adesão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

GORDON, Robert W. *Macaulay, Mcneil and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law*. Faculty Scholarship Series. Paper 1367. Winsconsin Law Review. 1985, Disponível em: < http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2362&context=fss_papers > Acesso em 20 nov 2017.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GUERINONI, Ezio. *Incompletezza e completamento del contratto*. Milano: Giuffrè, 2007.

HIRSCH, Werner Zvi. *Law and Economics:* an introdutory analysis. 2.ed. Boston: Academic Press, 1988.

KHALIL, Elias L. After the special nature of the firm: beyond the critics of orthodox neoclassical economics. *In* GROENEWEGEN, John (Ed.). *Transaction cost economics and beyond*. Boston: Kluwer Academic Publishers, 1996. Disponível em < https://link.springer.com/chapter/10.1007%2F978-94-009-1800-9_15> Acesso em 16 ago 2017.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*[Texte imprimé]. 1. vol. Traducción de Carlos Fernández Rodríguez; edición al cuidado de José Luis Monereo Pérez. Granada: Editorial Comares, 2002.

LISBOA, José da Silva. Princípios de direito mercantil e leis da Marinha. 6. Ed. Rio de Janeiro: Acadêmica, 1874, p. 504 *apud* FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos empresariais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LIRA, José-Ricardo Pereira. A Onerosidade Excessiva no Código Civil e a Impossibilidade de Modificação Judicial dos Contratos Comutativos sem Anuência do Credor. *Revista de Direito Renovar*, vol. 44-45, 2009.

LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). Contratos Empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007

LORENZENTTI, Ricardo Luis. *Tratado de Los Contratos*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2010.

LOTUFO, Renan. Teoria Geral do Contratos. In LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore, (coord). *Teoria Geral dos Contratos.* São Paulo: Atlas, 2011.

LUDWIG, Marcos de Campos. *Usos e Costumes no Direito Obrigacional*: fundamentos e aplicação em face do novo código civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MAACKEY, Ejan. *Good Faith in civil Law systems*: a legal-economic analysis. Montreal, December 2011. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1998924>, acessado em 10 jul 2016.

MADUREIRA, Maiara. *Limitações à autonomia privada nos estatutos das companhias abertas*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MAIA, Antônio Carlos de Souza Cavalcanti. Espaços públicos e direitos humanos: considerações acerca da perspectiva Habermasiana. *Revista Direito, Estado e Propriedade*. Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 11º. 1997.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé como modelo* (uma aplicação da Teoria dos modelos, de Miguel Reale). Texto originalmente apresentado, com o título "A Boa· f-é como Modelo (notas para a compreensão da boa-fé obrigacional como modelo doutrinário e jurisprudencial no Direito Brasileiro") ao Convegno La formazione del sistema giuridico latinoamericano: codici e giuristi, Amalfi, abril de 2001. Disponível em < www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/49203/30834> *Acesso em 26 jul 2016*

_____. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A boa-fé objetiva e o adimplemento das obrigações. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro: Rio de Janeiro, 2004.

_____. A revisão dos contratos no código civil brasileiro. *Rivista di Diritto Dell'Integrazione e Unificazione del direitto in Europa e in América Latina*, n. 16, 2003.

_____. Contratos. Conceito e Evolução. In LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore, (coord). *Teoria Geral dos Contratos.* São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *O Direito Privado como um "sistema em construção"*: as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Brasília a. 35 n. 139 jul./set. 1998.

MARQUES, Cláudia Lima. A Cláusula de Hardship e a Obrigação de Renegociar nos Contratos de Longa Duração. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 25, Abr., 2010.

_____. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato?. In MARQUES, Cláudia Lima

(coord.). *A nova crise do contrato, Estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARX, Karl. *A Questão Judaica.* 5. ed. São Paulo: Centauro, 2005.

MEKKI, Mustapha; PELESE, Martine Kloepfer. *Hardship and modification (or 'Revision') of the Contract.* 2010. Disponível em < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1542511> Acessado em 23 dez 2017.

MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no Código Civil brasileiro. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, v.3. n. 16. Porto Alegre, mar./abr. 2002.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado De Direito Commercial Brasileiro*, v. VI, 1ª parte. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.

MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. *Economics and the Law*: from Posner to post-modernism. Princeton: Princeton University Press, 1999.

MICELI, Thomas. J. *The economic approach to law*. 2.ed. Stanford: Stanford Economics and Finance, 2009.

MIGUEL, Paula Castello. Contratos entre empresas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MONTEIRO, Antonio Pinto. Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 2003. p. 44.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 1966. v. 1. p.23-24

MORAES, Renato José de. *Cláusula Rebus Sic Stantibus.* São Paulo: Saraiva, 2001.

MUNHOZ, Eduardo Secchi. *Empresa contemporânea e direito societário:* Poder de Controle e Grupos de Sociedades. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

NATAL, Tatiana Esteves. A teoria dos contratos incompletes e a natural incompletude do contrato de concessão. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <http://anape.org.br/site/wpcontent/uploads/2014/01/004_056_TATIANA_ESTEVES_NATAL_10082009-17h08m.pdf> Acesso em 10 dez 2017

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORTH, Douglass. Economic performance through time. *The American Economic Review*, n. 84, n. 3, jun de 1994.

NORTH, Douglass C. *Transactions Costs, Institutions and Economic Performance*. San Francisco: International Center for Economic Growth Press. 1992. p. 9

NUSDEO, Fábio. Curso de economia: introdução ao direito. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PARENTE, Flávia. O dever de diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. *Law and Economics in the civil law world:* the case of the Brazilian courts. Paper n. 117. Research Papers Series - Legal Studies. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2015. Disponível em: < https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13790/RPS%20117.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 09 ago. 2017

PELA, Juliana Krueger. *Inadimplemento eficiente (efficient breach) nos contratos empresariais*. Revista Juridica Luso-Brasileira, v. 1, 2016.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos.* 2013. Tese (Livre Docência em Direito Privado e Processo civil) - Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013. p.263.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, Declaração unilateral de vontade e Responsabilidade civil.* vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile.* Napoles: Scientifiche Italiane, 2003.

PESSALI, Huáscar Fialho. *Teoria dos Custos de Transação:* uma avaliação à luz de diferentes correntes do pensamento econômico. 1998. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Economico), Setor de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1998.

PINDYCK, Robert Stephen; RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomia*. 6.ed. Tradução de Eleutério Prado, Thelma Guimarães; revisão técnica de Angelo Costa Gurgel, Edgard Monforte Merlo. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Segurança jurídica, crescimento e exportações*. Texto para discussão n. 1125. Rio de Janeiro: Revista do IPEA, out. 2005, p. 7 Disponível em < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1125.pdf> Acesso em: 11 nov 2017

POHLMANN, Marcelo Coletto. et al. Impacto da especificidade de ativos nos custos de transação, na estrutura de capital e no valor da empresa. In *Revista Contabilidade & Finanças.* Universidade de São Paulo, São Paulo, Edição Especial, 30 junho 2004. Disponível em: < http://www.scielo.br/pdf/rcf/v15nspe/v15nspea02.pdf> Acesso em 03 set 2017

POLINSKY, Alan Mitchell. *An introduction to law and economics*. 2 ed. New York: Aspen, 1989.

POSNER, Eric Andrew. Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure? *Chicago Law & Economics, Olin Working Paper*, nº 146, 2002. Disponível em: http://ssrn.com/abstract=304977. Acesso em: 01 out. 2017.

POSNER, Richard Allen. *Economic Analysis of Law*. 8.ed. New York: Aspen Publishers, 2011.

_____. *The Economic Approach to Law*. Chicago Unbound. University of Chicago Law School, 1975.

_____. *A economia da justiça*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução de Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. Autonomia Privada e Análise Econômica do Contrato. São Paulo: Almedina, 2017.

REZENDE, Christiane Leles. *Pacta sunt servanda? Quebra dos contratos de soja verde.* 2008 Tese (Doutorado em Administração) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles.* 3.ed. Tradução da terceira edição francesa por Osório de Oliveira. São Paulo: Saraiva, 1937.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos:* Lei nº 10.406, de 10.01.2002. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ROBBINS, Lionel, *An Essay on the Nature and Significance of Economic Science.* The Concise Encyclopedia of Economics. Disponível em <http://www.econlib.org/LIBRARY/Enc/bios/Robbins.html> Acesso em 15 ago 2017.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Liuz. Revisão Judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p.20

ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano, Giufrè, 2001.

ROSA, Alexandre Morais da. *O giro econômico da hermenêutica do Surpemo Tribunal Federal já chegou.* Revista Consultor Jurídico, 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-07/diario-classe-giro-economico-hermeneutica-supremo-chegou> Acesso em: 08 ago. 2017

SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito, justiça e eficiência:* a perspectiva de Richard Posner. Formalismo, Dogmática Jurídica e Estado de Direito: um debate sobre o direito contemporâneo a partir da obra de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Fundação Getúlio Vargas. Ago 2008.

_____. *O que é pesquisa em Direito e Economia?* In Cadernos Direito GV, Estudo 22. v.5 n.2 estudo 22, mar 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial:* as condutas. 1.ed. 2.tir São Paulo: Malheiros, 2007.

SANDRONI, Paulo. *Dicionário de economia do século XXI*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SCHÄFER, Hans-Bernd; AKSOY, Hüseyin Can. *Good Faith*. Setembro 2014. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=2495312> Acesso em 11 jul 2016.

SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The Economic Analysis of Civil Law*. Tradução de Matthew Braham. Cheltenham: Edward Elgar, 2004.

SCHREIBER, Anderson. Função Social da Propriedade na Prática Jurisprudencial Brasileira. In: *Direito Civil e Constituição.* São Paulo: Atlas, 2013.

SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law.* Cambridge, Mass: Bellknap, 2004.

SIDOU, José Maria Othon. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas:* a cláusula rebus sic stantibus. Dos efeitos da fiança. Empresa individual de responsabilidade limitada. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

SILVA, Adilson Aderito da; BRITO, Eliane Pereira Zamith. *Incerteza, Racionalidade Limitada e Comportamento Oportunista*. Revista de Administração Mackenzie, v. 14, n. 1 • São Paulo, jan./fev. 2013

SIMON, Herbert Alexander. *A racionalidade do processo decisório em empresas*. Rio de Janeiro: Multipl. v. 1, n. 1, 1980.

SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 99, p. 286, jan. 2004. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67626>. Acesso em: 02 out. 2017

_____. Análise Econômica do Direito e das Organizações. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. (Org.). Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Código Civil. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 43, nº 133, p. 7-31, jan.-mar./2004.

_____. Função social do contrato e o direito de empresa. *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*. n. 139. São Paulo: Malheiros. Jul/set 2005.

_____. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. (Org.). *Direito & economia*: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____. Supply chain e incompletude contratual. *Systemas: Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, Campo Grande. v. 1. n. 1., p. 14, 2009. Disponível em: < https://www.yumpu.com/pt/document/view/12641767/supply-chain-e-incompletude-contratual-systemas-revista-de->. Acesso em: 10 nov. 2017

_____; GORGA, Érica. Tradições do Direito. In ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel, (org). *Direito & Economia:* análise economica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____; ZYLBERSZTJAN, Decio; AZEVEDO, Paulo Furquim. Economia dos Contratos. In ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel, (org). *Direito & Economia:* análise economica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. *O contrato e sua função social*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. Entrevista para: COURA, Kalleo. Análise Econômica do Direito chega aos tribunais do país. Jota, 2017. Disponível em: https://jota.info/especiais/analise-economica-do-direito-chega-aos-tribunais-do-pais-01072017 Acesso em: 08 ago. 2017

TIMM, Luciano Benetti. Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: Justiça Distributiva vs. Eficiência Econômica. *Revista dos Tribunais*. Vol. 876, São Paulo: out. 2008.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. *O contrato e sua função social*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *Informação Assimétrica, Custos de Transação, Princípio da Boa-fé.* Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007.

TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e Responsabilita Oggetiva*. Milano, A. Giuffre, 1961.

TRINDADE, Manuel Gustavo Neubarth. *Direito Contratual Como Redutor das Falhas de Mercado*. Porto Alegre, 2013.

VENEZIANO, Anna. *UNIDROIT Principles and CISG*: Change of Circumstances and Duty to Renegotiate according to the Belgium Supreme Court. Uniform Law Review, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil:* parte geral. vol. 1. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Direito Civil, Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. Rio de Janeiro: Atlas, 2008.

VERÇOSA. Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos Mercantis e a Teoria Geral dos Contratos*. Quartier Latin: São Paulo, 2010.

_____. *Curso de Direito Comercial*. São Paulo: Malheiros, 2004, 4 v. 2011.

WALRAS, Léon. *Elements of pure economics, or, the theory of social wealth*. Traduzido por William Jaffé. Philadelphia: Orion Editions, 1984.

WILLIAMSON, Oliver Eaton. *Markets and hierarchies*: analysis and antitrust implications. New York: Free Press, 1975. p.26

_____. Por que Direito Economia e Organizações? In ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel, (org). *Direito & Economia:* análise economica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 21-22

_____. *The Economics of Organization:* the transaction cost approach. American Journal of Sociology, Vol. 87, Issue 3, nov 1981. Disponível em < https://www2.bc.edu/candace-jones/mb851/Feb19/Williamson_AJS_1981.pdf> Acesso em: 23 ago 2017.

_____. *The economic institutions of capitalism*: firms, markets, relational contracting New York: Free Press, 1985. p. 47

_____. *Transaction cost economics*: an introduction. 2007. Disponível em: <http://www.economics-ejournal.org/economics/discussionpapers/2007-3>. Acesso em: 10 dez 2017

YAMASHITA, Hugo Tubone. *A alteração das circunstâncias fáticas nos contratos interempresariais*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

ZYLBERSZTAJN, Decio. Organização ética: um ensaio sobre comportamento e estrutura das organizações. *Revista de Administração Contemporânea. v*.6, no.2, Ago 2002 Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rac/v6n2/v6n2a08.pdf> Acesso em: 15 ago 17