

CONTRATOS EMPRESARIAIS

TEORIA GERAL E APLICAÇÃO

PAULA A. FORGIONI

Prefácio: NATALINO IRTI

4.^a edição revista, atualizada e ampliada

1.^a edição: 2015; 2.^a edição: 2016; 3.^a edição: 2018.

© desta edição [2019]

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

JULIANA MAYUMI ONO
Diretora responsável

Rua do Bosque, 820 – Barra Funda
Tel. 11 3613-8400 – Fax 11 3613-8450
CEP 01136-000 – São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

CENTRAL DE RELACIONAMENTO THOMSON REUTERS SELO REVISTA DOS TRIBUNAIS
(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)
Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sacr@thomsonreuters.com

e-mail para submissão dos originais: aval.livro@thomsonreuters.com

Conheça mais sobre Thomson Reuters: www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso *eComm*

www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil [04-2019]

Profissional

Fechamento desta edição: [07.03.2019]



ISBN 978-85-5321-399-3

INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS EMPRESARIAIS

Mercado, causa e função econômica dos negócios. Racionalidade econômica x Racionalidade jurídica

SUMÁRIO: 7.1 A herança da escola exegética e o desprezo pela interpretação – 7.2 As regras que formatam a atuação das empresas nos contratos. Regras endógenas e exógenas. Prática de mercado e interpretação dos contratos empresariais – 7.3 Ainda sobre as peculiaridades da interpretação dos contratos empresariais. Princípios jurídicos próprios ao direito comercial e formatação do mercado – 7.4 Causa e motivo: a necessidade de uma ótica de mercado. A importância da função econômica – 7.5 Causa como vetor da interpretação contratual. Novamente a função econômica do negócio – 7.6 A racionalidade jurídica do direito comercial e a interpretação dos contratos. Segurança e previsibilidade – 7.7 Racionalidade econômica e racionalidade jurídica – 7.8 A utilidade da racionalidade econômica para a racionalidade jurídica.

7.1 A herança da escola exegética e o desprezo pela interpretação

Pouca importância dá-se à interpretação dos negócios empresariais,¹ como se a letra do instrumento existisse por si só, e por si só fosse capaz de disciplinar a relação formatada pelos agentes econômicos nos amplos quadrantes da autonomia privada.

Uma das possíveis explicações para esse fenômeno está na preponderância, até bem pouco tempo, do movimento tradicional que, a pretexto da obtenção de maior grau de segurança e de previsibilidade jurídicas, relegava a atividade interpretativa à segundo plano. O “intérprete deve ater-se à mera interpretação literal ou remeter-se sempre à ‘interpretação autêntica’ – entendida esta como a dada ao texto pelo legislador”.² Há de se reservar “ao legislador o papel de único intérprete, negando-se o mesmo aos juízes”.

Interpretar não deveria ir além de expor o “verdadeiro sentido de uma lei obscura por defeitos de sua redação, ou duvidosa com relação aos fatos

1. V. RICHARD POSNER, *The law and economics of contract interpretation*.

2. Cf. EROS ROBERTO GRAU, explicando a “interpretação negativa” e dando notícia de sua superação pela “nova hermenêutica”, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 66.

ocorrentes ou silenciosa. Por conseguinte, não” teria “lugar sempre que a lei, em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, é clara e precisa”.

Na súmula de GAUDEMET sobre a Escola Exegética: “toute solution juridique doit se tirer d’un texte du Code, soit directement, soit par déduction, soit par induction; [...] tout problème de droit se réduit à la recherche de la volonté, expresse ou présumée, du législateur”.³

Gerações influenciadas por PAULA BAPTISTA, ainda que o neguem formalmente, ou façam-no inconscientemente,⁴ seguem reproduzindo as seguintes máximas:

– a interpretação deve limitar-se aos “casos acidentais de obscuridade nas leis”. A doutrina que nega esse pressuposto possui natureza “vaga e absoluta”, que “pode fascinar o intérprete, de modo a fazê-lo sair dos limites da interpretação para entrar no domínio da formação do direito”;

– o primeiro dos meios de interpretação é o exame da construção do texto segundo as regras da ortografia, da sintaxe, e “do mais que respeita à pureza da linguagem”. Após, “[d]eve-se também recorrer aos diversos sentidos das palavras, o gramatical, jurídico, usual, absoluto ou relativo, exemplificativo ou taxativo, simplesmente enunciativo ou dispositivo etc., conforme o caso exigir, e sempre com o cuidado de dar às palavras a significação que tinham ao tempo em que a lei foi feita. Conseguindo-se, assim, ligar ao texto seu verdadeiro sentido, já não é lícito aventurar-se a outros meios, salvo se servirem de corroborar este mesmo sentido, redobrando sua força e autoridade”;

– “[e]m nenhum caso [...] é permitido negar execução ou alterar o sentido de uma lei clara por ser a sua letra rigorosa, dura e desarrazoada, e não se lhe pode atribuir um motivo justo e razoável, porquanto a ignorância dos verdadeiros motivos da lei não fá-la decair de sua força e autoridade, e por muito que o intérprete presuma de si, deverá convencer-se de que, neste caso, a falta é antes sua do que do legislador”;⁵

– “[f]ica subentendido que, quando a disposição da lei é clara é ilimitada, se não devem fazer distinções arbitrárias, que enervem o seu sentido, e destruam a sua generalidade”.⁶

3. EUGÈNE GAUDEMET, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, 51. Vale, também, considerar o resumo de FERNAND MALLIEUX sobre a doutrina de LAURENT [*Lexégèse des codes et la nature du raisonnement juridique*, 13 e ss.].

4. Em 1983, ALFREDO BUZAID afirmava que o compêndio de PAULA BAPTISTA “conserva palpitante atualidade, podendo ser lido e consultado, com real proveito, por juristas, professores, juizes, advogados e membros do Ministério Público” [Apresentação, in FRANCISCO DE PAULA BAPTISTA, *Compêndio de hermenêutica jurídica*].

5. PAULA BAPTISTA, *Compêndio de hermenêutica jurídica*, 37.

6. PAULA BAPTISTA, *Compêndio de hermenêutica jurídica*, 39.

Compõe ainda esse cenário – cujo principal apanágio é o ostracismo da atividade interpretativa – o fato de apenas recentemente termos nos dado conta de que o regramento jurídico talhado para contratos de intercâmbio [i.e., cujo escopo é estabelecer prestação e contraprestação destinadas a exaurir-se no momento do adimplemento] não basta à disciplina dos contratos de longa duração, cujo foco é o estabelecimento de uma relação duradoura entre as partes, e não somente uma troca imediata.

As discussões jurídicas sobre negócios mercantis e sua interpretação gravitam quase que exclusivamente⁷ em torno dos problemas derivados dos contratos em que o lucro de uma parte significa o prejuízo da outra [“meu lucro é o seu prejuízo”],⁸ tais como as operações de compra e venda.

Mesmo no estrangeiro, não são muitos os trabalhos sobre a interpretação dos contratos empresariais. Nos países de tradição anglo-saxã, o apego ao texto do instrumento constitui forte impulso na exegese dos acordos. Os estudos sobre economia comportamental e economia institucional, desenvolvidos naqueles países, parecem ainda não ter impactado satisfatoriamente a interpretação contratual. Até observações sobre a psicologia das decisões têm chamado mais a atenção do que os mecanismos *jurídicos* de interpretação.⁹

Já se disse que, no mundo do Direito, “não há uma única interpretação correta”.¹⁰ Todavia, reconhecer que, para cada caso concreto, há uma pluralida-

7. Como sempre, a genialidade de ASCARELLI faz dele exceção. A análise de suas ponderações sobre os contratos plurilaterais é indispensável [O contrato plurilateral, *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*].

8. Na expressão de JHERING, resgatada por EROS ROBERTO GRAU.

9. Como exemplo, v. de EDNA SUSSMAN, *Arbitrator decision making: unconscious psychological influences and what you can do about them*.

10. EROS ROBERTO GRAU, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*, 102. KELSEN critica a visão tradicional de que haveria apenas uma interpretação correta em cada caso concreto. Há, na verdade, uma “moldura” estabelecida pelo texto normativo que permite, em seu seio, interpretações em várias direções. “O Direito [...] forma [...] uma moldura dentro da qual existem várias possibilidades de aplicação, pelo que é conforme ao Direito todo ato que se mantenha dentro deste quadro ou moldura, que preencha esta moldura em qualquer sentido possível. [...] Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que [...] têm igual valor, se bem que apenas uma delas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito. [...] A teoria usual da interpretação quer fazer crer que a lei, aplicada ao caso concreto, poderia fornecer, em todas as hipóteses, apenas uma única solução correta [ajustada], e que a ‘justeza’ [correção] jurídico-positiva desta decisão é fundada na própria lei. Configura o processo desta interpretação como se se tratasse tão somente de um ato intelectual de clarificação e de compreensão, como

de de decisões juridicamente possíveis mostra-se demasiadamente desafiador, especialmente diante da tradição que identifica no processo interpretativo mecanismo capaz de assegurar segurança e de previsibilidade. Ao não trazer uma única resposta adequada, a interpretação carrega consigo *insegurança*, escancarando fragilidade que, muitas vezes, não se quer ver reconhecida.

Isso não justifica que se atire o estudo da interpretação dos contratos empresariais ao ostracismo, como tem sido feito. A dogmática aí está para buscar a coerência sistêmica da interpretação, azeitando a fluência de relações econômicas. O momento da interpretação do contrato não pode ser uma “terra de ninguém”, um “vale tudo” que abre espaço a um pragmatismo caótico ou ao arbítrio do julgador. Respeitados os quadrantes da legalidade e os limites impostos à autonomia privada, aquele que julga não está autorizado a transformar o contrato em algo diferente do que as empresas acordaram.

7.2 As regras que formatam a atuação das empresas nos contratos. Regras endógenas e exógenas. Prática de mercado e interpretação dos contratos empresariais

O substrato do sistema de direito comercial é composto por dois tipos de normas, que acabam desaguando na disciplina da atuação das empresas:

[i] aquelas originadas dos *próprios comerciantes* em sua prática e que viabilizam a fluência de relações no mercado, sob a mesma força motriz do nascimento do direito comercial, da nova *lex mercatoria*¹¹ e dos *usos e costumes* comerciais;

se o órgão aplicador do Direito apenas tivesse que pôr em ação o seu entendimento [razão], mas não a sua vontade, e como se, através de uma pura atividade de inteligência, pudesse realizar-se, entre as possibilidades que se apresentam, uma escolha que correspondesse ao Direito positivo, uma escolha correta [justa] no sentido do Direito positivo” [*Teoria pura do direito*, 366-367].

11. Ensina JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO: “somente na corporação medieval se vislumbrou um centro de irradiação normativa, autônomo em relação ao Estado e capaz, por isso mesmo, de diferenciar um setor de atividade nitidamente profissional, vocacionado a atuar acima das limitações políticas, em plano caracteristicamente *inter* ou *supranacional*” [*Fundamentos da arbitragem do comércio internacional*, 89]. Interessante a crítica de HERMES MARCELO HUCK sobre os *limites da lex mercatoria*, que nos faz perceber a força das regras originadas dos Estados sobre aquelas talhadas pelos comerciantes: “As regras do comércio internacional encontram-se sempre vinculadas a um direito nacional. Paralelamente a essa vinculação, deve haver uma aceitação dos princípios desse conjunto de regras pelos próprios direitos nacionais, pois, caso contrário, a ordem pública soberana de cada Estado há de barrar a aplica-

[ii] aquelas nascidas de autoridades exógenas aos comerciantes que devem introduzir no jogo jurídico a proteção de interesses outros que não apenas aqueles dos mercadores.¹²⁻¹³

A dicotomia que acabamos de destacar é historicamente comprovada.¹⁴ Em sua origem, o direito comercial emerge, por volta do século XII, da *necessidade prática* dos mercadores, para quem o direito romano [que então estava sendo redescoberto] não bastava para [i] atribuir um maior grau de segurança e de previsibilidade às relações comerciais e [ii] proteger a celeridade e outras características peculiares da vida mercantil. Mas, ao mesmo tempo em que os comerciantes gravavam suas normas conforme suas aspirações, as comunas procuravam disciplinar as atividades dos mercadores [e das corporações de ofício] para o resguardo de interesses diversos.¹⁵ Os exemplos de regras buscando proteção para os consumidores grassam e podem ser pinçadas dos autores especializados. Citemos a vedação do açambarcamento de mercadorias em Florença, punindo com multas os acordos monopolísticos, e a Ordenança de Messina de Ricardo e Felipe Augusto, no ano de 1190, assegurando que os membros das Cruzadas tivessem pão a um preço não excessivo. SAVORI relata várias normas que seriam destinadas ao amparo do consumidor, impostas pela comuna; em Florença, um fiscal, ao fim do dia, cortava a cauda de todos os peixes que haviam sido postos à venda, para que o comprador, no dia seguinte, soubesse que o produto não era fresco. Empregava-se mecanismo das feiras para evitar abusos de preços por parte dos comerciantes, principalmente de gêneros de primeira necessidade, com a

ção direta ou indireta desse mesmo conjunto de princípios perante o referido direito nacional” [*Sentença estrangeira e lex mercatoria. Horizontes e fronteiras do comércio internacional*, 118].

12. Sobre a tensão existente entre o regramento das corporações e das cidades, v. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, 143 e ss.
13. Mais recentemente, os estudos de SCHIOPPA iluminam os limites de autorregulação dos estatutos das corporações. *Saggi di storia del diritto commerciale*, 29.
14. A propósito, GROSSI: “Se è vero che il diritto trova oggi ‘normalmente’ nel legislatore e nella pubblica amministrazione i suoi abituali produttori è pur vero [ed è oggi acquisizione indiscussa] che la produzione del diritto è privilegio esistenziale di ogni agglomerazione sociale che intenda vivere appieno la propria libertà nella storia: dalla struttura maestosa e mostruosa dello Stato a quella di una comunità spazialmente e temporalmente esile si ha il miracolo di quello specifico sociale che è il diritto ogni qual volta la *societas* si organizza autoordinandosi e unisca al fatto materiale della organizzazione la diffusa coscienza del valore primario ed autonomo dell’ordinamento posto in essere” [*L’ordine giuridico medievale*, 19].
15. O que não impediu que, em muitas cidades, as corporações de ofício amalgamassem-se com o poder político, influenciando-o.

imposição da liquidação da mercadoria antes do final da feira. Os comerciantes eram obrigados a contratar funcionários públicos para efetuar a pesagem de suas mercadorias.¹⁶ Algumas cidades chegaram a fixar o lucro máximo que uma determinada categoria profissional poderia obter para “tutela dos consumidores menos abastados”.¹⁷ Na Idade Antiga havia normas que tinham por escopo impedir a exploração da população pelos mercadores.¹⁸

Crônicas históricas à parte, o fato primordial é que *sempre*, desde o seu nascimento, a disciplina comercial assumiu esse duplo aspecto: *de um lado, temos as normas esculpidas pelos comerciantes, conforme suas necessidades; de outro, as normas que procuram [sem abortar a lógica de funcionamento do mercado] proteger interesses além daqueles dos mercadores, dos comerciantes, das empresas, subjugando o determinismo econômico.*

Muitas das normas advindas da prática comercial acabam positivadas em textos normativos emanados do poder político, porque é inerente ao direito comercial e ao seu sistema o reconhecimento da força genética da práxis. Esses dois tipos de diretrizes convivem no seio do ordenamento jurídico comercial, formando um só todo organizado, sem contradições ou lacunas, visando a assegurar a fluência das relações econômicas.¹⁹

O desprezo da *prática* como elemento essencial de organização do sistema implicaria a ineficaz obstrução do fluxo de relações do mercado: as avenças comerciais encontram sua razão de existir na atividade dos empresários, porque devem desempenhar determinadas “funções econômicas”. Ou seja, as contratações comerciais obedecem à lógica da *função econômica* que estão destinadas a desempenhar.²⁰

O texto do contrato empresarial é fruto de uma práxis. “Para viver e para ser compreendido deve retornar à praxe social e a ela remeter-se constantemente”. “A construção de significados se determina e se redetermina incessantemente na praxe, na interação social, nas diversas formas de vida”.²¹

16. Cf. CLIVE DAY, *Historia del comercio*, 51.

17. Por isso, SAPORI observa a força política das corporações mais poderosas: o lucro médio do comércio de tecidos franceses era da ordem de 12%, sendo certo que o lucro de um padeiro e outros profissionais pertencentes a categorias menores estava bem abaixo desse percentual [*Studi di storia economica medievale*, 222].

18. PAULA A. FORGIONI, *Os fundamentos do antitruste*, capítulo primeiro.

19. Sobre a coerência e completude do ordenamento jurídico, v. NORBERTO BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, 173 e ss.

20. O art. 187 do CC manda-nos considerar o “fim econômico” do direito assegurado a uma parte para caracterizar seu eventual exercício abusivo.

21. GIUSEPPE ZACCARIA, “Testo giuridico e linguaggi: una prospettiva ermeneutica”, 8.

Esse talho peculiar da matéria comercial, impregnada da prática de mercado, trouxe consequências teóricas relevantes:

[a] a *causa do negócio* no direito comercial assume importância, porque *permite a objetivação do comportamento do comerciante no mercado e, com isso, a possibilidade de seu cálculo pelo outro*. A atenção à causa do negócio transforma-se em fator intrinsecamente ligado à *proteção da legítima expectativa da outra parte, da chamada boa-fé objetiva* e, como quer ROPPO, à “gestão de uma economia capitalista”²² ou às “regras de bom funcionamento do mercado”;²³

[b] a *racionalidade econômica* do empresário sempre foi considerada pelo direito comercial e pela jurisprudência. Evita-se a tomada de decisões judiciais que fujam da racionalidade própria do agente, *rebatida na boa-fé e na proteção da legítima expectativa*. A previsão do *standard* do homem “ativo e probo”²⁴ nada mais é senão a assunção de uma racionalidade própria aos empresários [socialmente típica] depurada pelo direito [regras cogentes] como um padrão interpretativo;

[c] a proteção da *eficiência* das decisões empresariais é outra fonte em que há muito se fartam os intérpretes autênticos²⁵ e o ordenamento jurídico. A imposição de diretivas que comprometem a segurança e a previsibilidade do mercado sempre causou preocupação, bem como decisões que amarfanhassem a lógica do sistema.

Chega-se a importante conclusão: a *racionalidade do agente econômico* e a *busca da eficiência do sistema* são fatores de que o direito comercial necessita [e sempre necessitou] para assegurar o funcionamento adequado do mercado e a sua preservação. São aspectos estudados em muitas de suas faces pela ciência econômica, mas que *estão presentes na vida do direito comercial*. Sua consideração enquanto *elemento jurídico* passa pela interpretação das avenças, dos direitos e das obrigações comerciais, reanimando conceitos clássicos como *boa-fé, proteção da legítima expectativa da outra parte* e dando novo fôlego à teoria da *causa do negócio jurídico*.

22. *O contrato*, 224.

23. *O contrato*, 223.

24. A Lei das Sociedades por Ações [Lei 6.404, de 1976] positivou esse princípio de forma expressa em seu 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”. O art. 68, § 1.º, *a*, impõe o mesmo padrão comportamental para o agente fiduciário dos debenturistas.

25. Usamos a expressão “intérprete autêntico” no sentido que lhe é dado por Kelsen.

7.3 Ainda sobre as peculiaridades da interpretação dos contratos empresariais. Princípios jurídicos próprios ao direito comercial e formação do mercado

Um ramo autônomo do direito é regido por *principios peculiare*s; o elemento de distinção é a “peculiaridade de seus princípios jurídicos”.²⁶ FERRARA identificava a existência de “principi direttivi che sono diversi ed opposti rispetto a quelli che valgono per gli stessi rapporti degli altri settori. Il valore dell’autonomia si manifesta nel campo dell’interpretazione, perchè importa la necessità di anteporre, nell’ambito del settore, il regolamento che si desume dall’analogia e dai principi generali del sistema autonomo, all’applicazione del diritto comune”.²⁷

A moderna teoria da interpretação ensina que os princípios embasam as regras e lhes são hierarquicamente superiores, configurando, pois, todo o sistema. Desempenham papel fundamental na *interpretação do direito e dos atos jurídicos*: a exegese deve obedecer aos vetores que conformam o ordenamento.²⁸

O *direito comercial tem fundamentos próprios, mesmo diante de um código obrigacional único*. Há muito, GOLDSCHMIDT explicou que o que é uma qualidade no direito civil pode ser um defeito no direito comercial [como a formalidade, por exemplo].²⁹ No auge de sua experiência, VIVANTE afirmou que o espírito de classe e a lógica da especulação imprimem à atividade comercial um “ímpeto de iniciativa” e uma “refinação de técnica” diversos do direito civil.³⁰ A completa

26. “A explicação da autonomia do direito comercial não está apenas em peculiaridades técnicas necessariamente inerentes à matéria por ele regulada, mas na peculiaridade dos seus princípios jurídicos, acolhidos de início em um âmbito limitado [...], sucessivamente em um âmbito mais vasto” [*Problemas das sociedades anônimas*, 93]. “Ciò che determina la nascita di un diritto speciale è non già la semplice peculiarità tecnica della materia, ma la novità dei principi giuridici”. “É dunque innanzi tutto sulla specialità dei suoi principi che si si può fondare l’esistenza di un diritto speciale: principi speciali, frutto a loro volta di una speciale mentalità storica e che rimangono speciali fino a che i concetti generali dei quali sono la conseguenza rimangono limitati ad un determinato ambito o almeno agiscono in un determinato ambito con particolare intensità” [La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale, 6].

27. FRANCESCO FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, 8 e, na tradução espanhola, *Empresarios y sociedades*, 14.

28. Cf. EROS ROBERTO GRAU, *A ordem econômica na Constituição de 1988 [interpretação e crítica]*, 73-120. Do mesmo professor, *O direito posto e o direito pressuposto*, 46-47.

29. *Storia universale del diritto commerciale*, 13.

30. “La difesa di classe e lo spirito di speculazione imprimono alla attività commerciale un tale ímpeto de iniziative e una tale finezza di tecnicismo, che non é possibile di

unificação não implica, apenas, eliminar o que FÁBIO KONDER COMPARATO chamou de “duplicidade de normas legais, referente a algumas obrigações privadas”.³¹ Trata-se de admitir que ambos os sistemas estariam submetidos a idênticos princípios. Em muitos pontos, a eliminação de duplicidade realmente ocorreu com o advento do novo Código. Todavia, o direito comercial não foi sepultado, porque continua existindo, vigoroso, com seus “princípios peculiares”.

Essa digressão foi necessária para [re]afirmar que os contratos comerciais obedecem à *lógica diversa daqueles civis ou consumeristas*, o que influencia sua interpretação.³² Essa peculiaridade decorre da realidade, da prática, dos “usos e costumes da praça”. Qualquer comerciante – e isso é mais do que reconhecido por nosso direito positivo – leva em conta o “padrão de normalidade” do mercado [= prática, usos e costumes] para pautar o seu comportamento, para calcular a jogada da contraparte, diminuindo o fator *risco* e aumentando a eficiência da sua atuação e do sistema como um todo. *A tradicional proteção e o reconhecimento da força normativa dos usos e costumes pelo direito positivo comercial têm esse sentido de possibilitarem o cálculo do futuro e pautarem a atividade conforme a intenção de assunção de determinado risco.*

7.4 Causa e motivo: a necessidade de uma ótica de mercado. A importância da função econômica

No estudo jurídico dos tipos contratuais, costuma-se desprezar a *motivação* que levou o agente a celebrar o acordo. Isso porque, tradicionalmente, “[n]o direito comum domina o princípio da irrelevância dos motivos”.³³ A explicação desse fato é dada por SERPA LOPES: “os motivos determinantes da vontade de contratar permanecem, em sua maioria, no desconhecimento da outra parte contratante” e a sua consideração prejudicaria “a segurança dinâmica do negócio jurídico”.³⁴

A doutrina distingue os *motivos* da *causa* da avença.³⁵ Para PONTES DE MIRANDA, “[c]om a causa [...] não se confundem os motivos, que levam a pessoa

affidare all'esame del legislatore civile una simile materia che è in continua evoluzione” [L'autonomia del diritto commerciale e i progetti di riforma, 573].

31. FÁBIO KONDER COMPARATO, *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, 246.

32. V. a sempre atual lição de CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 379 e ss.

33. ALCIDES TOMASETTI JR., *Abuso de poder econômico e abuso de poder contratual*, 92.

34. *Curso de direito civil*, vol. 1, 484.

35. Um dos mais clássicos estudos, sempre mencionado, é o trabalho de BONFANTE, publicado na *Rivista di Diritto Commerciale*, 1.^a parte, de 1908, 115, intitulado *Il contratto e*

a praticar o ato. Não se inserem, êsses, no suporte fáctico; ficam aquém, ou além; psicologicamente, subjazem. Isso importa em dizer-se que não entram no mundo jurídico, porque só entrariam se integrassem o suporte jurídico, e não o integram”.³⁶ Nas palavras de SERPA LOPES, o “motivo liga-se ao passado, prende-se às forças internas determinadoras da volição, enquanto que a causa age como elemento integrante do acordo de vontades, ligado ao futuro”.³⁷ Os “motivos íntimos que acionam a vontade das partes”, afirma ORLANDO GOMES, “são, de regra, irrelevantes, nada tendo a ver com o problema da *causa*”. À ordem jurídica interessaria o *propósito* dos contratantes, que somente seria lícito se não tivesse finalidade ilícita ou imoral.³⁸ JUNQUEIRA afirma que os motivos, mesmo aqueles determinantes, são, em tese, irrelevantes para o direito, podendo-se falar em um “princípio geral da irrelevância dos motivos”.³⁹

No entanto, hoje muitos autores refutam a separação absoluta entre causa e motivo. Para GUIDO ALPA, por exemplo, essa segmentação seria uma “mitizzazione”.⁴⁰ Para BESSONE e ROPPO, na raiz do pretense princípio geral da irrelevância dos motivos está o “vício de abstração” que historicamente contamina as teorias do negócio jurídico e mesmo o método dogmático do direito civil.

De qualquer forma – e disputas doutrinárias à parte –, é importante observar que os motivos, enquanto permanecem no íntimo do agente e não são *objetivados*, realmente não assumem maior relevância jurídica, ao menos no campo do direito comercial, uma vez que isso nos levaria a nível insuportável de insegurança e de imprevisibilidade. Quem arriscaria contratar se a contraparte pudesse liberar-se das obrigações assumidas, alegando que, no fim das contas, a avença não correspondeu ao que ela intimamente esperava?

Contudo, muitos “motivos” são “objetivos” porque, no torvelinho do mercado, todos os agentes econômicos “ativos e probos” costumam levar em conta *certos motivos* para realizarem *determinados* negócios [ou seja, *o mercado acaba*

la causa del contrato, em que sustenta que a causa é o motivo mais próximo, elevado a “motivo giuridico”. Imperiosa a referência ao clássico estudo de JOSEPH TIMBAL, *De la cause dans les contrats et les obligations en droit romain et en droit français. Etude critique*, de 1.882. Mais recentemente, em 2006, JACQUES GUESTIN publicou *Cause de l’engagement et validité du contrat*, que tem encontrado grande repercussão.

36. *Tratado de direito privado*, t. III, 101.

37. *Curso de direito civil*, vol. 1, 482.

38. *Introdução ao direito civil*, 329.

39. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 121.

40. *Causa e contratto: profili attuali*, 267. Sobre a inadequação dessa “drástica contraposição”, BESSONE e ROPPO, *Rischio contrattuale ed autonomia privata*, 21 e ss.

tornando objetivos os motivos juridicamente relevantes]. O motivo acaba relacionando-se intrinsecamente à causa [= função econômica]⁴¹ da avença, estudada no capítulo quinto. Por isso, muitos italianos modernos têm se voltado contra o dogma da separação entre causa e motivo. E alguma razão parece lhes assistir.⁴²

Toda construção teórica apoiada na *causa* do negócio tem origem na doutrina civilista. O principal problema enfrentado diz respeito à inclusão da *causa* entre os *requisitos essenciais do negócio*, em especial do contrato. Por exemplo, o Código Civil de 1916 dispunha, em seu art. 90, que “só vicia o ato a falsa causa, quando expressa como razão determinante ou sob forma de condição”. Hoje, o art. 140 do novo Código dispõe que o “falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante”. E, mais adiante, no art. 166, III, fulminará com a nulidade o negócio jurídico em que “o motivo determinante, *comum a ambas as partes*, for ilícito”.

ORLANDO GOMES nos conduz pelo resumo de disputa entre teóricos de escola: tratando da teoria da causa, podemos identificar duas escolas principais: *causalistas* e *não causalistas*. Estes não atribuem à causa o papel de *requisito essencial do negócio jurídico*, porque “não pode ser requisito essencial do negócio um elemento que está fora de seu conteúdo”. Os causalistas apartam-se entre os adeptos da *teoria subjetiva da causa* e da *teoria objetiva*. A causa subjetiva seria a “razão determinante da vontade de contratar”. Os objetivistas lidam com a *significação social* do negócio e sua *função*. A causa é liberada do seu viés psicológico, nada tendo a ver com a motivação subjetiva. Nessa última linha, temos autores como SCOGNAMIGLIO, BETTI e SCIALOJA. Por todos os brasileiros, a obra de TORQUATO CASTRO.

Alguns criticam os causalistas, argumentando que confundiram a causa com o conteúdo do negócio. ORLANDO GOMES rebate essa alegação, apondo

41. Alguns autores preferem referir à causa enquanto *fundamento econômico* do contrato e não como *função econômica*.

42. Para ALPA e BESSONE: “di regola i motivi sono irrilevanti” por questões de certeza e segurança jurídicas. Mas, os mesmos autores logo advertem que a distinção entre causa e motivo não é tão simples. Devem-se considerar os motivos como “circunstâncias objetivas” e não como razões psicológicas internas e a causa como escopo da manifestação da vontade. Esvaem-se, assim, os limites entre a causa e o motivo. *O motivo passa a ser definido como “circunstância objetiva externa” que influencia a repartição dos riscos contratuais e torna-se um instrumento para adequar o resultado do negócio às legítimas expectativas das partes. Temos, então, uma reavaliação do motivo e desmentimos o dogma da sua irrelevância* [*Elementi di diritto privato*, 269-272]. Essa linha parece ter sido seguida pelo art. 166, III, do Código Civil de 2002, quando refere-se ao “motivo comum” das partes.

que o objeto é “a coisa, ou a prestação, sobre que incide o vínculo, enquanto a causa é a finalidade do próprio negócio”.⁴³ Ademais, devemos reconhecer que, “sendo o negócio jurídico o instrumento da vida econômica, o propósito de sua realização tem importância fundamental. [...] Adquire relevo, em consequência, o aspecto funcional, isto é, como esclarece SANTORO PASSARELLI, saber se o interesse que se tende a alcançar é digno de tutela jurídica”.⁴⁴

ANTÔNIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO adverte que os juristas devem notar o “fim último” do negócio, que assume diversas funções: “a] se ilícito, é por ele que se pode decidir pela nulidade dos negócios jurídicos simulados, fraudulentos etc. [...]; b] se se torna impossível, o negócio deve ser ineficaz; [...] c] é ainda o fim último que explica a pós-eficácia das obrigações; d] *serve, finalmente para interpretar corretamente o negócio concreto realizado pelos declarantes*”.⁴⁵

Retornando ao campo do direito comercial, para fins da interpretação dos contratos, a função da causa que nos interessa *não* é aquela de determinar a licitude ou ilicitude da avença, nem tampouco saber se deve ser incluída entre os requisitos essenciais do ato jurídico. O importante é *compreender como a causa do negócio pode pautar a sua interpretação, de acordo com a lógica do sistema de direito comercial* [ou conforme os seus princípios peculiares].⁴⁶

O desprezo do estudo da *causa do negócio* não se justifica no direito comercial, na medida em que *a função econômica do ato mercantil acaba delineando sua análise jurídica*, quer no aspecto interno do contrato [que diz respeito à relação jurídica entre os contratantes], quer em seu aspecto externo [efeitos da avença sobre a concorrência]. Essa sempre foi a posição de grandes comercialistas. Por todos, vale lembrar ASCARELLI e VIDARI. Para o primeiro, causa é a *função econômica* do negócio e o *elo entre o aspecto econômico e aquele jurídico*:

“A noção de causa do contrato [pouco importando se mencionada ou não mencionada na lei] servirá, por isso, como elemento identificador e classificador dos contratos, o que, por seu turno, servirá para a identificação

43. *Introdução ao direito civil*, 330.

44. *Introdução ao direito civil*, 332.

45. *Negócio jurídico e declaração negocial – Noções gerais e formação da declaração negocial*, 129.

46. É o mesmo Prof. JUNQUEIRA que ensina, ao explicar um dos sentidos que a causa pode assumir, qual seja, enquanto função econômico-social: “Nesse significado, a causa é de grande importância, na dogmática jurídica e na política legislativa, para boa compreensão de cada instituto e de cada tipo de negócio, mas, na verdade, pouco influi na validade e eficácia de cada negócio concreto” [*Negócio jurídico e declaração negocial – Noções gerais e formação da declaração negocial*, 128].

da disciplina jurídica aplicável; *constituirá como traço de união entre o aspecto econômico e o jurídico.*⁴⁷

Para o segundo:

“Ricerca la causa dei contratti, è lo stesso che ricercare la ragione per cui l’uno dei contraenti od ambedue [se il contratto è bilaterale] si determinano ad assumere una data obbligazione.”⁴⁸

A *causa* pode servir como elemento da integração contratual, principalmente quando tratamos de contratos atípicos. Para LARENZ, a subsunção de um acordo a determinado tipo acaba por determinar a *incidência de normas*, em caso de necessidade de integração contratual.⁴⁹ No caso dos contratos atípicos, é bastante razoável que o intérprete valha-se da motivação [*intento objetivo*] dos agentes ao celebrar a avença para, diante de eventual lacuna, definir as normas integrativas ou a correta interpretação contratual. Ensina-va TORQUATO CASTRO, “os atos pertencentes ao mesmo tipo têm causa única, constante, uniforme”.⁵⁰

7.5 Causa como vetor da interpretação contratual. Novamente a função econômica do negócio

Na literatura jurídica, a noção de *causa* gera perplexidades e opiniões divergentes, e muito se discute a conveniência de se atribuir qualquer “significado útil a um termo que continua a parecer perigosamente indeterminado, equívoco e polivalente – quase destinado a permanecer muito vago e misterioso”. “Conceito indecifrável”, “elucubração metafísica” ou “a mais filosófica das palavras”.⁵¹ “Conceito pouco seguro”,⁵² enfim.

47. *Panorama do direito comercial*, 63-64.

48. *Corso di diritto commerciale*, vol. 4, 62.

49. “[...] la ley ha previsto para las clases típicas y frecuentes de contratos, y en forma de normas complementarias pero dispositivas – esto es, renunciabes por las partes –, regulaciones que ejercen su función siempre que un contrato determinado sea típico, y si las partes no hubiesen dispuesto otra cosa respecto al punto de que se trate” [*Derecho civil*, 751]. V., sobre tipo e tipificação, RACHEL SZTAJN, *Contrato de sociedade e formas societárias*, 9-19; CARLO BHEDESCI, *Tipicità e diritto, contributo allo studio della razionalità giuridica*, e GIORGIO DE NOVA, *Il tipo contrattuale*.

50. *Da causa no contrato*, 40.

51. Transcrições de BESSONE e ROPPO, *Volontà dei privati e controlli dell’ordinamento: formazione, contenuto e validità del contratto*, 3-4.

52. MICHELE GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, 11.

Nesta altura da nossa exposição, estamos aptos a perceber que, hoje, quando referimos à *motivação* [*intento*] do agente [relacionada à racionalidade de sua conduta e à objetivação do mercado] e à *causa* do negócio, abandonamos o caráter subjetivo de sua intenção. Não é mais possível, *no campo das relações econômicas*, definir o motivo do negócio como “a razão contingente subjetiva e, por isso mesmo, variável de indivíduo a indivíduo, que leva a pessoa a celebrar um contrato”.⁵³ Estamos tratando, no mínimo, da “intenção comum” das partes, a que se refere POTHIER⁵⁴ ou, valendo-nos das lições de SCOGNAMIGLIO, da “justificação objetiva do ato de autonomia privada em contraposição às razões subjetivas que o motivaram”.⁵⁵ INOCÊNCIO GALVÃO TELLES refere-se a “motivo típico”, ou seja, “despojado de quaisquer particularidades ou contingências individuais, comum a todos os que celebram um negócio jurídico de determinada espécie”.⁵⁶ Esse o “espírito”, a “natureza do contrato”, referido pelo art. 131 do revogado Código Comercial, que continua como pauta de interpretação das avenças empresariais.

TORQUATO CASTRO, professor catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, em 1966, elucidava:

“Há, pois, um ponto comum às vontades das partes, no contrato, ponto êsse que se situa além da perspectiva fracionária das obrigações consideradas isoladamente; além da mera consideração das prestações contratuais ou das atribuições patrimoniais que a parte realiza através dele.”⁵⁷

53. HENRI CAPITANT, *De la causa de las obligaciones*, 23.

54. *Tratado das obrigações pessoais e reciprocas*, 70.

55. SCOGNAMIGLIO lembra a distinção entre *causa finalis* e *causa impulsiva*, distinguindo entre “la giustificazione obiettiva dell’atto di autonomia privata, alla stregua della valutazione operata dall’ordinamento, e le ragioni soggettive del suo compimento”, ressaltando que essa distinção é “centrale nella dottrina moderna sul contratto” [*Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, 48].

56. *Manual dos contratos em geral*, 256. O mesmo autor explica-nos que, no movimento de integração contratual, conforme o disposto no art. 704 do Código Civil português, devem ser consideradas as “consequências usuais” dos contratos e se pergunta: “Por que se manda aí atender às consequências usuais? Porque os sujeitos, conquanto as não tenham mencionado, decerto as quiseram, ou pelo menos as teriam querido, caso as houvessem previsto. Ora, se é assim, por que não considerar também abrangidas no contrato cláusulas que as partes não expressaram, mas que teriam querido se tivessem pensado nelas e na sua possível necessidade? A resposta afirmativa impõe-se, pelo menos todas as vezes que sem a integração da lacuna se torne impossível a execução da declaração de vontade no seu conjunto” [361].

57. *Da causa no contrato*, 39. TORQUATO CASTRO, buscando mostrar os equívocos que haviam sido cometidos pela doutrina francesa em relação à causa, desenvolve a seguinte tese:

Não se trata mais de dar relevo a considerações personalíssimas ou contingentes, que o direito deixa exaurir no campo da subjetividade do agente,⁵⁸ mas de levar em conta o comportamento esperado de um empresário ativo, probo e, principalmente, racional, interagindo com outro no mercado. *A intenção do agente econômico [ou do contratante], na moderna teoria jurídica do direito comercial, deixa de ser um elemento endógeno para tornar-se exógeno.*

Na década de 40, BETTI difunde a visão [bastante aceita por nossos tribunais] de que a causa tem a ver com a função que o negócio assume socialmente e não com as motivações internas do agente.⁵⁹ Este destina-se a regular os interesses individuais dos agentes econômicos, tendo em vista *objetivos práticos, socialmente típicos*, dotados de *constância e normalidade* no ambiente considerado⁶⁰ [no caso do direito comercial, o mercado]. Vista a função de ordenação

a causa da obrigação não se confunde com a causa do contrato. A primeira pode até ser individual, mas aquela relevante para o direito é a segunda, quando teremos o encontro das declarações de vontade. O ponto de harmonia das vontades em busca de um objetivo comum é a causa, a função prática, econômica, que o contrato tende a realizar.

58. CALASSO, *Il negozio giuridico*, 106.

59. Nas palavras de BETTI: “L’elemento di novità che l’autonomia privata mira ad introdurre nella situazione preesistente, esige una *giustificazione oggettiva*. Per rendersi conto di tale giustificazione, bisogna passare dalla considerazione statica del negozio alla considerazione dinamica dell’autonomia privata che esso trova *lo strumento adeguato ai propri fini*. E in tale indagine occorre portare, specie nell’ambiente della società moderna, un grado di sensibilità sociale, del quale il vecchio individualismo dei giuristi non aveva sentore. Solo così, esaminata la struttura – forma e contenuto [il come e il che cosa] – del negozio, può riuscire fruttoso indagare la funzione [il perché]. Tale funzione, che non termine tecnico legittimato dalla tradizione si denomina ‘causa’, ossia la ragione del negozio, si ricollega logicamente a quello che del negozio è il contenuto senza tuttavia identificarsi con esso. Contenuto del negozio è – come si è detto – non già una ‘volontà’ qualunque, vuota e incolore espressione del capriccio individuale, ma un precetto dell’autonomia privata, con cui le parti provvedono a *regolare propri interessi nei rapporti fra loro o con terzi, in vista di scopi pratici di carattere tipico, socialmente valutabili per la loro costanza e normalità ricorrente nella vita di relazione*. [...] In ogni negozio, analizzato nel suo contenuto, si può distinguere logicamente un regolamento d’interessi nei rapporti privati e, concretata in esso [...] una ragione pratica tipica ad esso immanente, una ‘causa’, un interesse sociale oggettivo e socialmente controllabile, cui esso deve rispondere. Causa, ben s’intende, non già in senso fenomenologico, ma teologico e deontologico, attinente all’esigenza di socialità che presiede alla funzione ordinatrice del diritto” [*Teoria generale del negozio giuridico*, 170-171].

60. MARIA HELENA BRITO acentua que a tipicidade social do contrato “supõe a consciência de que os tipos assim criados venham a adquirir validade geral e justifica-se pela

que o direito desempenha, a causa deve ser entendida como objetiva, porque reflexa de um padrão de *constância e normalidade*. Quando um agente celebra com outro uma compra, busca o efeito [socialmente típico] de adquirir a propriedade do bem, mediante o pagamento de uma soma; a função econômica do contrato é delimitada e deve ser caracterizada pelos efeitos típicos que dele costumam emanar. Eis a *causa*, a “spinta” do negócio. Um dos aspectos mais interessantes dessa noção de BETTI é o papel fundamental desempenhado pela causa contratual: *a causa assume relevância porque socialmente típica, constante e normal*.

A moderna doutrina italiana empreendeu uma útil sistematização da noção de causa. GUIDO ALPA, em estudo intitulado *Causa e contratto: profili attuali*, após reflexão sobre o direito comparado e italiano, explica novamente a distinção, igualmente cara aos franceses, entre *causa subjetiva* e *causa objetiva*. A causa é, ao mesmo tempo, “ragione giustificativa dell’atto, funzione economica del negozio, intento pratico delle parti”.⁶¹ Essa visão, ao contrário do que poderia parecer, implica *dualismo* e não “unidade conceitual constitutiva da intenção

importância que os tipos em causa revistam na realidade social, atendendo à sua difusão e à função econômico-social que desempenham” [*O contrato de concessão comercial*, 168].

“A tipicidade social, sendo um dado que se impõe à ordem jurídica, é também um instrumento de racionalidade, economia e evolução, porquanto:

- facilita a negociação; os operadores econômicos não têm a necessidade de, a cada momento, reinventar uma solução jurídica adequada para prosseguir a função econômico-social correspondente ao tipo social em causa;
- permite a referência simplificada a uma determinada realidade, uma vez que ao contrato socialmente típico é, em regra, atribuída uma designação global;
- simplificada a discussão sobre a validade e efeitos jurídicos do contrato em causa, tendo em conta a elaboração, por via doutrinária e jurisprudencial, de uma disciplina própria do tipo social;
- prepara a absorção legal de novas realidades; o tipo social tornar-se-á, naturalmente, quando de uma reforma legislativa, tipo legal” [169].

61. A jurisprudência peninsular parece aceitar, quase como uma obsessão, a ideia bettiana de causa como “função econômico-social” [ALPA, *Causa e contratto: profili attuali*, 270]. ALPA menciona o entendimento da Corte de Cassação, em julgado de 1983, para quem “a causa do contrato se identifica com a função econômico-social que o negócio objetivamente persegue e o direito reconhece relevante para os fins da tutela ‘apprestata’”. No resumo desse autor: “a noção de causa como função econômico-social vem entendida geralmente pela jurisprudência como a técnica mais simples para objetivação do contrato e, portanto, para exclusão dos motivos [e das circunstâncias objetivas a que essas se referem] da área dos interesses a serem considerados” [267].

prática das partes e da função objetiva do negócio”. Ao mesmo tempo, põe em relevo o “programa econômico” das partes e as “circunstâncias pressupostas” ou sobrevenientes que auxiliaram ou dificultaram sua realização. A causa assumiria hoje diversos papéis:

[a] atribuir fundamento e relevância jurídica ao contrato;

[b] ser *critério de interpretação do contrato*;

[c] ser elemento de qualificação;

[d] ser critério de adaptação – para os casos de necessidade de adequação da avença em virtude de um novo contexto que abale o programa econômico das partes.

A causa do negócio é indispensável à sua correta compreensão, sistematização e interpretação e não tem ligação com os motivos subjetivos ou egoísticos que levaram o agente à sua prática. Ao contrário, a causa coliga o negócio ao mercado, à praça onde nasce, desenvolve-se e se exaure, permitindo o cálculo do comportamento da outra parte. As “notas de anônima repetição” típicas do mercado [a que se referiu IRTI] tornam os negócios cada vez mais “objetivados”, despidos dos interesses individuais das partes.

Valemo-nos da sistematização de BULGARELLI⁶² para deixar vincado que a moderna teoria objetiva conceitua a causa por três formas diversas, todas absolutamente imprescindíveis para o dimensionamento dos contratos comerciais:

“1. como *função* econômico-social do contrato;

2. como *resultado* jurídico objetivo que os contratantes pretendem ao concluir o contrato;

3. como a *razão* determinante que impulsiona as partes à celebração do contrato.”

7.6 A racionalidade jurídica do direito comercial e a interpretação dos contratos. Segurança e previsibilidade

Há inegavelmente uma *racionalidade própria ao direito empresarial* que é cultivada, desejada e incentivada pelo sistema, porque mola propulsora da fluência de relações do mercado. Basta pensar que, para fins de diminuição da insegurança e da imprevisibilidade, é preciso que o direito dê guarida ao *comportamento legitimamente esperado* de um comerciante ativo e probo. Não fosse dessa forma e o sistema não se prestaria à pacificação dos conflitos e a evitar crises.

62. *Contratos mercantis*, 71.

De uma forma mais contemporânea, NATALINO IRTI traz lição para esclarecer essa intrincada questão: como podemos utilizar a *função econômica* do negócio como pauta para sua *interpretação*? A vantagem do estabelecimento da relação entre *função econômica e interpretação* aparece clara: revestir a interpretação contratual de juízo de *coerência e previsibilidade* [ou *calculabilidade*, como quer IRTI inspirado em WEBER] que viabiliza e incrementa o funcionamento do sistema.

Para IRTI, o mercado é uma ordem. Ordem no sentido de *regularidade e previsibilidade de agir*: quem entra no mercado tem consciência de que o seu agir [e também o agir do outro] é governado por regras e, nessa medida, os *comportamentos são previsíveis*. A regularidade, a reiteração de certos comportamentos, permite um cálculo sobre o futuro. “[Q]uel ‘prevedere’ o vedere prima, onde un soggetto confida nell’agire altrui”. A ordem diz respeito não apenas ao passado, mas ao futuro. Os comportamentos, ao se repetirem conforme uma regra, assumem caráter de tipicidade e de uniformidade. A forma de uma ordem é dada por conteúdos típicos, razoavelmente previsíveis e calculáveis pelas partes.

Mas a regularidade— a mesma regularidade que constitui a ordem— implica a superação da individualidade. As partes sabem que, estabelecido o vínculo do acordo, as vontades devem orientar-se segundo um princípio geral, mais forte e constante do que os mutáveis interesses individuais.⁶³ Em outro texto, IRTI conclui que, nesse esquema, a liberdade [autonomia privada] é sacrificada em prol da segurança, da previsibilidade [ou, literalmente, da “proteção externa”].⁶⁴ Há uma gama de negócios em que o sistema jurídico considera o intento individual do agente, após ser rebatido no caráter impessoal e mecânico do mercado.

Ao contratar, uma parte tem a legítima expectativa de que a outra comportar-se-á de determinada forma. Isso faz com que ambos os agentes econômicos planejem sua jogada de acordo com esse padrão “de mercado”. *Não se pode permitir que seja dada ao contrato uma interpretação diversa daquela que pressupõe o comportamento normalmente nele adotado. Isso levaria ao sacrifício da segurança e da previsibilidade jurídicas.*

De acordo com MAX WEBER, um dos significados e pressupostos do capitalismo moderno é a “calculable law”. A forma capitalista de organização industrial— porque é *racional*— deve depender de processo decisório, decisões

63. *L'ordine giuridico del mercato*, 5-6.

64. *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, 22-23.

e administração *calculáveis, previsíveis*.⁶⁵ Esse sistema dependerá do direito, pois é impossível calcular a jogada do outro agente na ausência de um sistema jurídico racional. Por isso, afirma-se que a segurança e a previsibilidade são fundamentais para a economia de mercado. Deve-se saber de antemão “quais os comportamentos a adotar e quais os efeitos que tais comportamentos podem provocar”⁶⁶.

Cabe esclarecimento: o direito não retira do agente econômico a opção fática de transgredi-lo, embora o ideal fosse a eliminação da prática de atos ilícitos. Não há norma jurídica que possa alterar algumas realidades fáticas apontadas pelos economistas, dentre elas, que *o comportamento “adequado” para o direito somente será seguido pelo agente econômico se for compensador, ou seja, se os benefícios trazidos pela prática superarem os prejuízos*.

A racionalidade jurídica está relacionada à econômica na medida em que o direito parte do comportamento a ser disciplinado. Podemos dizer que um sistema jurídico é “eficiente” quando consegue conformar número tal de comportamentos que garanta a fluência das relações de mercado. Se a conduta desviante acontece, pode-se supor que: [i] a lógica econômica prevaleceu sobre a jurídica e o desestímulo representado pela sanção negativa não foi suficiente para fomentar determinado comportamento. Se esse fato for recorrente, teremos um sistema em crise; e/ou [ii] o agente adotou uma estratégia equivocada e será devidamente sancionado pelo ordenamento jurídico. A sanção negativa poderá culminar com o agravamento da sua situação econômica e até levá-lo à exclusão do sistema [acarretando sua quebra, por exemplo].

Embora não possa alterar a “lógica” econômica, fazendo com que o empresário transforme-se naquilo que não é⁶⁷ – por exemplo, um agente que não visa ao lucro –, toca ao direito traçar *os limites da licitude da sua atuação, determinando os atos desejados e acolhidos pelo sistema jurídico e aqueles que são considerados ilícitos e repelidos*. Repise-se: *o direito existe para subjugar a lógica econômica, preservando o funcionamento do mercado*.

65. *General economic history*, 277.

66. Maria Manuel Leitão Marques et alii, *Manual de introdução ao direito*, 38.

67. Mesmo porque o egoísmo do empresário leva à competição e, portanto, vai ao encontro do interesse do sistema econômico como um todo. Sem o “egoísmo” e sem o “oportunismo”, não haveria mercado. Nesse sentido, WILLIAMSON: “Strategic considerations now come into play if, rather than frailty of motive, opportunism is the operative condition” [Why law, economics, and organization?]. Necessário é colocar esses elementos sob o controle jurídico, visando à consecução dos fins do sistema.

A calculabilidade jurídica assume dimensão própria: apanágio da racionalidade jurídica significa a possibilidade de *cálculo* do resultado [note-se: devemos falar em cálculo ou previsibilidade, e não em certeza. O direito é racional porque garante o *processo* e não o resultado a ser obtido]. Ou seja, o direito é estruturado com o propósito de possibilitar o cálculo do resultado [WEBER] – viabilizando, inclusive, a previsão do comportamento do outro, segundo os parâmetros por ele colocados [IRTI].

7.7 Racionalidade econômica e racionalidade jurídica

W. SOMBART, analisando o sistema econômico capitalista e diferenciando-o do sistema de produção que lhe antecedeu, pondera que, em substituição à busca da satisfação das necessidades [“Bedarfsdeckung”] e ao tradicionalismo, o capitalismo tem como princípios econômicos dominantes o *ganho e a racionalidade* [“razionalismo”, na tradução de LUZZATTO]. O primeiro manifesta-se porque o escopo imediato da atividade econômica é o aumento de uma quantia inicial de dinheiro; o segundo, a racionalidade, é o esforço de orientar o quanto possível todas as atividades segundo um princípio de finalidade.

Nem mesmo entre os economistas há consenso sobre o que seja a “racionalidade econômica”.⁶⁸ Alguns creem em um *egoístico* parâmetro de racionalidade [“standard of rationality”]. A teoria econômica predominante nos dias atuais parte do chamado “individualismo metodológico”, ou seja, de que o comportamento econômico global é agregação da tomada de decisões individuais. Tem-se o comportamento individual como ponto de partida e pressupõe-se que encerra uma racionalidade procedimental, isto é, de adequar meios a fins e de ordenar os objetivos dos agentes econômicos de acordo com sua preferência. O agente sempre decidirá pelo resultado que lhe é mais benéfico, em detrimento de outro, que lhe satisfaz em menor grau. De acordo com a economia clássica, o sujeito econômico atua como um hobbesiano, buscando maximizar seus interesses individuais.⁶⁹ Para exemplificar essa linha de entendimento, vale trazer as lições de POSNER.⁷⁰⁻⁷¹

68. V. estudo de JOANNE SCHROEDER sobre o conceito de racionalidade na doutrina econômica, bem como suas recentes modificações [Economic rationality in law and economics scholarship].

69. Esse resumo é de ARTHUR BARRIONUEVO FILHO, em palestras proferidas. Mais recentemente, os pressupostos de racionalidade do agente econômico têm sido contestados pela economia comportamental. V., a respeito, obras de RICHARD THALER, CASS SUNSTEIN e CHRISTINE JOLLS, referidas na bibliografia final.

70. *Economic analysis of law*, 3 e 4.

71. PAUL MILGROM e JOHN ROBERTS explicam as limitações da assunção da racionalidade pelos economistas [*Economics, organization and management*, 42 e ss.]. No conceito

“[t]he task of economics, so defined, is to explore the implications of assuming that man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfactions—what we shall call his ‘self-interest’ [...]. Behavior is rational when it conforms to the model of rational choice, whatever the state of mind of the chooser. [...] The concept of man as a rational maximizer of his self-interest implies that people respond to incentives – that if a person’s surroundings change in such a way that he could increase his satisfactions by altering his behavior, he will do so.”⁷²

Muitos autores procuram mostrar que a racionalidade dos agentes não se baseia apenas nos ganhos para o próprio indivíduo, que existem *outros objetivos* levados em consideração, como o reconhecimento dos semelhantes, capazes de explicar, por exemplo, o altruísmo.⁷³ A racionalidade está ligada a “present-aim standard of rationality”, relacionada não apenas ao objetivo de lucro, mas à eficiência, conforme os escopos pessoais a que cada um se propõe.

Avançando um pouco no tempo, a visão neoinstitucionalista da economia, esposada por autores da linha de WILLIAMSON e DOUGLASS NORTH, propõe que o individualismo metodológico deva ser temperado pelas *instituições*, ou seja, pelas *regras do jogo*. O agente hobbesiano maximiza os seus objetivos sujeitos às restrições colocadas pelas instituições formais [o direito, por exemplo] ou informais [valores culturais, tradições etc.] que definem os custos e os benefi-

de racionalidade, presume-se que “people learn to make good decisions and that organizations adapt by experimentation and imitation, so that there is at least ‘fossil evidence’ available for testing theories” [43, quando os autores colocam a opinião de RICHARD NELSON e SIDNEY WINTER]. Para o jurista, é ainda importante conhecer o conceito de “bounded rationality” [racionalidade limitada], explicado por WILLIAMSON: “This refers to behavior that is intendedly rational but only limitedly so; it is a condition of limited cognitive competence to receive, store, retrieve, and process information. All complex contracts are unavoidably incomplete because of bounds on rationality” [*The mechanisms of governance*, 377]. Para a explicação jurídica em língua portuguesa sobre racionalidade limitada, CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Condutas tendentes à dominação dos mercados – Análise jurídica*, 38 e ss.

72. “Most economic analysis consists of tracing out the consequences of assuming that people are more or less rational in their social interactions. In the case of the activities that interest the law, these people may be criminals or prosecutors or parties to accidents or taxpayers [...]” [Values and consequences: an introduction to economic analysis of law. Disponível em: [http://www.law.uchicago.edu/files/files/53.Posner.Values_0.pdf]. Último acesso em abril de 2015].
73. V. BECKER, Altruism, egoism, and genetic fitness: economics and sociobiology, *The economic approach to human behavior*, 282 e ss.

cios que advirão de suas ações. É uma discussão em andamento, em que a visão neoinstitucional lentamente é aceita por um maior número de economistas.

Outrossim, podemos dizer que, atualmente, *para os economistas, a racionalidade do agente econômico está ligada a um comportamento que visa à “maximização do seu proveito [utility] ou do seu lucro [profit]”*. A concepção de “maximização do proveito ou do lucro”, não obstante os acesos debates existentes, pode ser encontrada nos escritos da maioria dos economistas.⁷⁴⁻⁷⁵⁻⁷⁶

A racionalidade jurídica – que deve necessariamente informar a atividade de interpretação contratual – é diversa da econômica, embora ambas tenham pontos em comum e seja útil sua consideração recíproca. Para o sistema jurídico, a única racionalidade do agente econômico que pode ser levada em conta é aquela que é condicionada pelo direito; essa obrigatoriedade decorre da garantia de pressupostos do funcionamento do sistema. O direito não pode tomar como um dos parâmetros de interpretação ou integração contratual uma racionalidade que não o aceite, ou que faça tábula rasa de seus princípios orientadores.

Qualquer agente econômico “ativo e probo” considera o direito na planificação de suas jogadas, para plasmar a estratégia com que atuará no mercado. A atuação do sujeito será moldada pelo sistema jurídico [porque ele será sancionado se infringir a “lei” e, conseqüentemente, os “princípios conformadores do sistema”]. O direito não pode desprezar os elementos que ele mesmo coloca como fundamentais; não seria funcional nem desejável que o ordenamento deixasse de fazer caso de valores eleitos como primordiais para o seu funcionamento, acolhendo um modelo de racionalidade que repudia.

Em síntese: se o *homem econômico*, afirmava Knight no início do século XX, é aquele que *obedece às leis econômicas* [“obeys economic laws”],⁷⁷ devemos dizer que o *sujeito de direito* é aquele que *obedece às normas jurídicas* [ou, pelo menos, espera-se que o faça], dentro de uma *racionalidade jurídica*.

74. Segundo BECKER, “now everyone more or less agrees that rational behavior simply implies consistent maximization of a well-ordered function, such as a utility or profit function” [*The economic approach to human behavior*, 153].

75. O resumo crítico das opiniões dos principais economistas sobre o conceito de eficiência é feito por JEANNE L. SCHROEDER, *Economic rationality in law and economics scholarship*.

76. MARIA ROSARIA FERRARESE chega a sustentar que o princípio da racionalidade econômica é o *deus ex machina* e desempenha no mercado um papel análogo ao que a norma fundamental tem no sistema kelseniano. *Diritto e mercato*, 104.

77. *Ethics and economic interpretation, The ethics of competition and others essays*, 35.

A compreensão, sob a perspectiva jurídica, da racionalidade e do funcionamento do mercado obriga o estudo das lições de MAX WEBER. A produção das normas ou dos textos normativos pode ser *irracional*, quando não controlada pelo intelecto [por exemplo, aquelas normas ditadas por oráculos]. O processo *racional* é governado por *regras gerais*. Uma lei é racional quando, tanto do ângulo material quanto do processual, considera apenas os aspectos não ambíguos dos fatos⁷⁸ [porque previamente selecionados e previstos]. O pensamento jurídico racional é aquele governado por fundamentos racionais [ou por normas gerais] ou aquele que “não é mágico”. O agir, então, é depurado desses elementos sobrenaturais e passa a ser baseado em *dados calculáveis*.

Essa *racionalidade*, por sua vez, pode ser *formal* ou *substantiva* [material]. A primeira é portadora de uma dimensão extrínseca, ou seja, pode ser percebida pelos sentidos: a aposição de uma assinatura, por exemplo. Desde a Idade Média, sabe-se que quem examina um documento firmado pode supor que o signatário conhecia o seu teor e com ele estava de acordo. A possibilidade de *pressuposição* trazida pela racionalidade formal serve a um sistema que deve garantir a segurança e a previsibilidade.

Ao mesmo tempo, a racionalidade possui dimensão *lógica substantiva ou material* que se expressa pelo uso de conceitos abstratos, criados pelo pensamento jurídico e concebidos como parte de um sistema completo; os aspectos fáticos relevantes para o direito são selecionados mediante um processo de *análise lógica*, conforme a previsão de regras gerais.⁷⁹ A sistematização é possível apenas porque nos valemos desse método abstrato de interpretação, dessa lógica dos significados [i.e., a seleção e a racionalização conforme normas legalmente válidas]. *Generalização* [= redução dos motivos relevantes da decisão a um ou mais princípios] e *sistematização* [= coordenação de todos os princípios para a formação de um sistema de regras logicamente claro, sem contradições ou lacunas]⁸⁰ integram a racionalidade jurídica.

A racionalidade [lógica e formal] típica de alguns sistemas jurídicos é resultado dos seguintes fatores:⁸¹

[i] cada decisão tomada em determinado caso concreto é a aplicação de uma regra abstrata a uma situação fática;

78. *Law in economy and society*, 63.

79. O racional contrapõe-se ao irracional, ou seja, não governado por regras gerais [*Law in economy and society*, 63].

80. Cf. REBUFFA, *Max Weber e la scienza del diritto*, 86-87.

81. Cf. Introdução ao *Law in economy and society*, escrita por MAX RHEINSTEIN, xvii-lxiv.

[ii] cada situação fática concreta terá uma solução conforme a lógica das regras abstratas do direito positivo;

[iii] o direito positivo é um sistema sem falhas, apto a dar solução para todos os casos concretos.

Explica JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO que, no sistema weberiano, assume extrema relevância a *crença do agente* na produção de certo resultado. Por exemplo, acredita-se que o descumprimento de um contrato dará lugar a um específico remédio; é esse *acreditar* na resposta do sistema para as ações que lhe confere a possibilidade de garantir *segurança e previsibilidade*.

Eis os conceitos cardeais do pensamento weberiano que aproveitamos para conscientemente contrapor a racionalidade econômica à racionalidade jurídica: o sistema jurídico deve garantir *segurança e previsibilidade*; a racionalidade [*jurídica*] formal e racionalidade [*jurídica*] material complementam-se na busca desse propósito.

A *racionalidade* de WEBER move o sistema jurídico, sendo, ao mesmo tempo, seu pressuposto e seu resultado. Para WEBER, a escolha do que receberá ou não a chancela do direito, ou seja, do que terá ou não execução [validade], será influenciada por diversos grupos de interesses, conforme a estrutura econômica. *Em uma economia em expansão, aqueles que têm “interesses de mercado” constituem o grupo mais importante.*⁸²⁻⁸³

A separação entre racionalidade econômica e racionalidade jurídica vai se delineando de forma mais evidente: a economia lida com as *possíveis escolhas* do agente econômico, dentro de uma ótica de maximização de seu proveito.⁸⁴⁻⁸⁵ “Mentir, enganar, trapacear são ações esperadas se forem do interesse do

82. *Law in economy and society*, 100.

83. WEBER expõe os limites da liberdade nos contratos, move-se dentro da lógica do sistema jurídico que reputa válido aquilo que aceita e inválido aquilo que repele. Essa organização do sistema tem por efeito viabilizar o capitalismo ocidental moderno. WEBER é profundamente ligado a uma história do direito comercial continental. Não podemos esquecer que o primeiro trabalho de WEBER, sua tese de doutorado [1889], intitulava-se *Uma contribuição para a história da organização da empresa medieval* [*A contribution to the history of medieval business organization*, na tradução de RHEINSTEIN ou *Zur Geschichte der Handelsgesellschaften im Mittelalter*], e que o tema lhe foi sugerido por GOLDSCHMIDT, seguramente um dos maiores historiadores do direito comercial que o mundo conheceu. WEBER foi professor de direito comercial até o ano de 1894, quando aceitou assumir a cadeira de economia na Universidade de Friburgo.

84. ELIZABETH FARINA et alii: “Do ponto de vista puramente econômico [e, portanto, aético], a decisão de implementar uma ação oportunista depende de um confronto de

indivíduo”.⁸⁶ Para o *direito*, essa *escolha da melhor conduta* já foi feita pela lei, que elegeu determinados modelos comportamentais como adequados para a proteção de certos *interesses*. Um economista pensa que o agente econômico pode ou não proceder de acordo com o parâmetro da boa-fé, ponderando os resultados de uma equação custo/benefício: essa a *racionalidade econômica*. A única alternativa possível para o direito, nos parâmetros da legalidade, é a atitude conforme a boa-fé [porque, como vimos, ela foi eleita como digna de tutela para fins de funcionamento do sistema]. O comportamento “desviante” será sancionado; a *racionalidade jurídica* considera a preferência do agente econômico plasmada pelo direito [e pelos interesses que foram entendidos como dignos de tutela].

Atualmente, os exemplos que poderíamos citar são inúmeros. Talvez um dos mais modernos e elucidativos seja o *direito do meio ambiente*, no contexto explicado pelo Prof. GUIDO FERNANDO SILVA SOARES.⁸⁷ No início deste século, dominava a “ideia de que o desenvolvimento material das sociedades, tal como potencializado pela Revolução Industrial, era o valor supremo a ser almejado, sem, contudo atentar-se para o fato de que as atividades industriais têm um subproduto altamente nocivo para a natureza e, em consequência, para o próprio homem”. No entanto, a necessidade de proteção do meio ambiente foi sendo sentida e regulamentada nos níveis domésticos e, posteriormente, internacional. Ora, para o empresário, pode ser mais “racional” e “eficiente” [de acordo com a sua lógica econômica] derrubar uma floresta inteira.⁸⁸ A lógica

seus benefícios com seus custos. O primeiro corresponde ao ganho imediato obtido ao se aproveitar lacunas contratuais em benefício próprio, não coletivo. O segundo corresponde ao valor presente dos benefícios conjuntos que seriam gerados no caso de continuidade da relação de confiança entre as partes” [*Competitividade: mercado, Estado e organizações*, 52].

85. Cf. COASE, *The firm, the market and the law*, 2-4. Paradigmáticas as seguintes passagens, que incorporam críticas [ou, no mínimo sugestões] à análise econômica tradicional: “The analysis is held together by the assumption that consumers maximize utility [...] and by the assumption that producers have as their aim to maximize profit or net income. The decisions of consumers and producers are brought into harmony by the theory of exchange. The elaboration of the analysis should not hide from us its essential character: it is an analysis of choice... This preoccupation of economists with the logic of choice, while it may ultimately rejuvenate the study of law, political science, and sociology, has nonetheless had, in my view, serious adverse effects on economics itself”.

86. ELIZABETH FARINA et alii, *Competitividade: mercado, Estado e organizações*, 78, explicando o oportunismo.

87. *Direito internacional do meio ambiente*, 19-21.

88. Ele somente não derrubará a floresta a partir do momento em que, dentro da sua lógica, esse comportamento não for maximizador de resultados [o que pode ocorrer

do direito é outra e esse ato, embora “economicamente racional e eficiente”, não será lícito, não será recebido pelo ordenamento como algo “juridicamente racional ou juridicamente eficiente”. Há escopos outros, não apenas a maximização do *profit* ou *utility*, que o direito incorpora ao regulamentar os institutos.

A racionalidade jurídica, ainda que tome o objetivo de lucro ou proveito como legítimo⁸⁹ e desejável no *mercado*,

[i] não traduz visão predatória e oportunística a curto prazo e sim a obtenção de vantagens pelo estabelecimento de um esquema de colaboração; e

[ii] leva em conta o respeito aos princípios jurídicos orientadores do sistema. Não se pode supor um mote contrário ao art. 422 do Código Civil, que manda que os contratantes comportem-se conforme os ditames da *boa-fé*.

Uma última observação sobre as diferenças entre a racionalidade jurídica e a racionalidade econômica: é fato que a primeira foi fruto de longo período de evolução, ou, como afirma JULIEN FREUND, “la rationalization du droit fut le résultat d’une oeuvre plutôt discontinue, faite de ruptures, de retards et de détours, suivant les différents domaines de la pensée juridique”.⁹⁰ Dessa forma, não pode ser identificada com a racionalidade econômica, que *despontaria naturalmente* do mercado, pressupondo-se sua existência em um sistema capitalista.

7.8 A utilidade da racionalidade econômica para a racionalidade jurídica

Deixando preconceitos estéreis de lado,⁹¹ é preciso investigar *como a racionalidade econômica pode ser empregada para a melhor construção da racio-*

rer se a sanção for desestimulante]. Também MATTEI, MONATERI e PARDOLESI na obra coletiva *Il mercato delle regole*, Introdução, em especial 11-12: “l’economista non concepisce il diritto come un insieme di precetti [per lo più divieti] accompagnati da una sanzione. Egli lo considera come un insieme di incentivi rivolti ai consorziati. [...] Come in qualsiasi situazioni di mercato, il soggetto avrà aperta la possibilità di comparare il prezzo della disubbidienza al precetto con possibili usi alternativi di quelle risorse”.

89. A racionalidade jurídica está ligada ao que se chama de *lucratividade*, caracterizadora da atividade dos comerciantes. Mas *lucratividade* e mesmo a racionalidade não significam apenas obter o *maior lucro possível a curto prazo*. A cooperação com a contraparte passa, muitas vezes, a assumir papel central nas atividades econômicas, quando vislumbrados objetivos de maior prazo, incluindo o interesse na manutenção da relação.

90. JULIEN FREUND, *Études sûr Max Weber*, 241.

91. Sobre as críticas à Escola de Chicago, bem como sobre sua utilidade para o jurista, v. PAULA A. FORGIONI, *Análise econômica do direito: paranoia ou mistificação*, publicado na *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 139, p. 242-256.

nalidade jurídica, nos casos concretos que demandem apreciação. Devemos ter presente a afirmação de EROS ROBERTO GRAU de que “[a] economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia”.⁹² *A relação entre economia e direito não é de forma e conteúdo, como quiseram muitos.*⁹³

Apreendendo os “motivos objetivos” que levam ao ato e à necessidade de caracterização da “função econômica do negócio” [causa], assumem grande relevância para o direito os estudos empreendidos pelos economistas e mesmo pelos juristas norte-americanos [que identificam a *função econômica* de cada espécie contratual]. Com essa base, podemos trabalhar as premissas implícitas do direito, partir da racionalidade econômica para chegar àquela jurídica [temperando-a com as regras e com os princípios jurídicos] e determinar a incidência ou a não incidência de normas.

Se todos fôssemos movidos pela mais pura racionalidade econômica, não conseguiríamos explicar o fato de um bombeiro arriscar a vida em um incêndio, ou a mãe que se sacrifica pelos filhos.⁹⁴ Seríamos incapazes de devolver uma carteira abandonada, socorrer um animal ferido. Todos venderíamos nossos mestres, nossas crenças e nossos princípios por trinta dinheiros. Por isso — afirma ROBERT FRANK de forma jocosa —, não se pode eleger o *homo economicus* como um padrão comportamental,⁹⁵ ou uma atitude como a de Judas seria aquela esperada pelo ordenamento. É óbvio que, como dissemos, o direito tem que reconhecer como padrão legal [= homem ativo e probo] algo bastante diverso.

No entanto, quando se vai investigar o autor de um crime, o primeiro ponto de que se cogita é quem teria tirado vantagens da morte. Para interpretar [e para legislar], é por vezes necessário entender os *comportamentos gerados pela motivação egoística*. O mesmo se pode dizer em relação aos efeitos econômicos da regulamentação. Aqui, é inestimável o auxílio que nos traz a consideração da racionalidade econômica.⁹⁶

92. *Direito posto e direito pressuposto*, 41. No mesmo sentido, a lição de MAX WEBER, no comentário de ANTHONY KRONMAN, *Law and capitalism*, 118.

93. V. relatório de VALERIO PESCATORE, Tullio Ascarelli e Luigi Mengoni, o della forma giuridica e del contenuto economico, *Diritto ed economia*, 231.

94. Alguns economistas explicam esse fato lembrando que somos animais sociais e, com isso, o reconhecimento que obtemos de nossos semelhantes pode ser incluído entre nossas aspirações.

95. *Microeconomics and behavior*, 20.

96. Para FÁBIO NUSDEO: “Direito e economia devem ser vistos, pois, não tanto como duas disciplinas apenas relacionadas, mas como um todo indiviso, uma espécie de verso e reverso da mesma moeda, sendo difícil dizer-se até que ponto o Direito determina a Economia, ou, pelo contrário, esta influi sobre aquele. Existe, isto sim, uma intrincada

Concluindo: o comportamento é racional, em termos jurídicos, quando viabiliza a fluência das relações de mercado, conforme as regras e os princípios jurídicos [ou seja, *de acordo com o direito*]. O comportamento é dito racional, do ponto de vista econômico, quando traz a maximização do proveito ou lucro para o agente. Para a interpretação dos negócios, *toma-se em consideração uma racionalidade jurídica, que parte da necessidade de conferir ao sistema segurança e previsibilidade*. A racionalidade econômica auxilia a compreensão da função econômica da avença [= causa] e dos motivos [intento] dos sujeitos econômicos, primordiais para a interpretação contratual.⁹⁷

dinâmica de interação recíproca entre ambos, donde tornar-se indispensável para o jurista o conhecimento, pelo menos, de noções básicas de Economia e vice-versa para os economistas” [*Curso de economia. Introdução ao direito econômico*, 33].

97. “Em substância, todo negócio é caracterizado por um escopo típico que se destina a realizar e no qual se identifica precisamente a sua causa econômica e jurídica [por exemplo, a troca da coisa pelo preço da venda], mas nada impede, no entanto, seja ele, embora dentro de determinados limites [*aqueles que, em substância, resultam dos chamados elementos essenciais de cada negócio*], disciplinado pelas partes de modo tal que não só possa realizar, imediatamente, o escopo que lhe é típico, mas também, imediatamente, outros objetivos que até adquirem importância predominante na vontade das partes. Perante a fixidez da finalidade típica de cada negócio, é a variabilidade dos motivos que permite a diversidade de configuração deles, e, por conseguinte, a consecução de finalidades ulteriores” [ASCARELLI, *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, 107, nota 44].