

boa-fé e que não desse guarida à *proteção da legítima expectativa da outra parte* tenderia ao colapso, porque dificultaria o “gyro comercial” ou a fluidez das relações econômicas. *O direito atua para disciplinar, para obrigar a adoção de um comportamento que, embora possa não interessar imediatamente ao agente oportunista, permite a preservação do sistema como um todo.* Como diz Belluzzo, o “Estado do Bem-estar” é “[f]undamentalmente a construção de um arcabouço jurídico e institucional destinado a domesticar as leis espontâneas do mercado capitalista”.⁹ Os ensinamentos de Newton de Lucca a esse respeito são fundamentais:

“Frasas comuns como ‘Deixe por conta do mercado’, ‘Venderei a preços de mercado’, ‘Não se interfere no mercado’, ‘Tem-se direito a um preço justo de mercado’ dão, por si sós, uma clara idéia de que o mercado passou a ser invocado com uma espécie de ênfase ‘teológica’, como se ele – o mercado – fosse capaz de determinar naturalmente a própria noção de preço justo. No entanto, (...) ‘o mercado sabe tudo sobre preços, nada sobre valores’”.¹⁰

de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français, p. 112 e ss.

(8) Polanyi, com base nas lições de Robert Owen, afirma que “se se deixasse a economia de mercado desenvolver-se de acordo com as suas próprias leis ela criaria grandes e permanentes males”. E, mais adiante, “Por mais paradoxal que pareça, não eram apenas os seres humanos e os recursos naturais que tinham que ser protegidos contra os efeitos devastadores de um mercado auto-regulável, mas também a própria organização da produção capitalista” (*A grande transformação*, p. 161 e 163).

(9) No prefácio ao livro de Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*.

(10) *Teoria geral da relação jurídica de consumo*, p. 166.

Em suma: ao direito compete preservar o mercado (i.e., a fluência das relações econômicas), viabilizando o “jogo” mediante um sistema que procura levar ao respeito de suas regras. *Eis a premissa básica que deve ser considerada na interpretação jurídica dos contratos de distribuição.*¹¹

13.2 As peculiaridades dos contratos comerciais: a importância da práxis na interpretação contratual

Qualquer dos nossos mais clássicos autores, ao estudar os fundamentos do direito comercial, põe em relevo o *aspecto prático, a lógica dos comerciantes*. Basta lançar os olhos pela obra de Cairu para concebermos com clareza essa afirmação:

“Havendo duvida sobre a intelligencia e força de hum Contracto mercantil, deve-se interpretar a mente dos contrahentes segundo o uso, ou Estatuto da Praça e lugar em que se fez o mesmo contracto; e bem assim o Juízo dos Comerciantes costumados a praticar essa espécie de negócio, ainda que aliás as palavras do trato, ou escripto diversamente signifiquem: pois sempre a boa fé e o estylo mercantil he que deve prevalecer e reger, e não o estreito significado dos termos e menos ainda as intelligencias cavilosas e contrarias ao verdadeiro espírito do contracto.”¹²

Chiovenda chamava a atenção para o fato de que, por trás de cada negócio, há uma *racionalidade própria* que deve ser considerada pelo sistema jurídico:

(11) Sobre a interpretação dos contratos e a função que desempenham no sistema, v. de Eros Roberto Grau e Paula A. Forgioni, *Ainda um novo paradigma dos contratos?, A empresa, o contrato e o Estado*, no prelo.

(12) *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*, p. 471.

“Le parti non stipulano contratti per il piacere di scambiarsi dichiarazioni di volontà; ma in vista di certe finalità pel conseguimento delle quali entrano reciprocamente in rapporto.”¹³

Vivante, no prefácio da 5.^a edição de seu *Trattato di diritto commerciale*, em clássica advertência, dá relevo ao substrato econômico das relações comerciais:

“Non si avventurino mai in alcuna trattazione giuridica se non conoscono a fondo la struttura tecnica e la funzione economica dell’istituto che è l’oggetto dei loro studi. (...) È una slealtà scientifica, è un difetto di probità parlare di un istituto per fissarne la disciplina giuridica senza conoscerlo a fondo nella sua realtà.”¹⁴

Tenhamos em mente, também, que 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*¹⁵ e dos *usos e costumes* comerciais;

(13) *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. 1, p. 188. No mesmo sentido, Torquato Castro, *Da causa no contrato*, p. 39.

(14) Vol. 1, p. IX-X.

(15) 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*, p. 89). Interessante a crítica do professor titular de Direito Econômico da Faculdade de

(ii) aquelas nascidas de autoridades exógenas aos comerciantes que, sempre partindo da lógica empresarial (porque, senão, comprometeriam irremediavelmente o funcionamento do sistema), devem introduzir no jogo jurídico a proteção de interesses outros que não apenas aqueles dos mercadores.¹⁶⁻¹⁷

A dicotomia que acabamos de destacar é historicamente comprovada.¹⁸ Em sua origem, o direito comercial emerge, por

Direito da Universidade de São Paulo, 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 aplicação direta ou indireta desse mesmo conjunto de princípios perante o referido direito nacional” (*Sentença estrangeira e lex mercatoria. Horizontes e fronteiras do comércio internacional*, p. 118).

(16) Sobre a tensão existente entre o regramento das corporações e das cidades, v. Calasso, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, p. 143 e ss.

(17) Os recentes estudos de Schioppa iluminam os limites de autorregulação dos estatutos das corporações. *Saggi di storia del diritto commerciale*, p. 29.

(18) 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

volta do século XII, da *necessidade prática* dos comerciantes, 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.¹⁹ 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. Saponi relata várias normas que seriam destinadas ao amparo do consumidor, impostas pela comuna; também, 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 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.²⁰ Algumas cidades chegaram a fixar o lucro máximo que uma determinada

materiale della organizzazione la diffusa coscienza del valore primario ed autonomo dell'ordinamento posto in essere" (*L'ordine giuridico medievale*, p. 19).

(19) O que não impediu que, em muitas cidades, as corporações de ofício amalgamassem-se com o poder político, influenciando-o.

(20) Cf. Clive Day, *Historia del comercio*, p. 51.

categoria profissional poderia obter para "tutela dos consumidores menos abastados".²¹ Na Idade Antiga, como já relatamos em outra oportunidade, havia normas que tinham por escopo impedir a exploração da população pelos mercadores.²²

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 normas convivem no seio do ordenamento jurídico comercial, formando um só todo organizado, sem contradições ou lacunas, visando assegurar a fluência das relações econômicas.²³

Destarte, é evidente que 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,

(21) Por isso, Saponi 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*, p. 222).

(22) Paula A. Forgioni, *Os fundamentos do antitruste*, p. 40 e ss.

(23) Sobre a coerência e completude do ordenamento jurídico, v. Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, p. 173 e ss.

porque devem desempenhar determinadas “funções econômicas”, como adverte Vivante. Ou seja, as contratações comerciais obedecem à lógica da *função econômica* que estão destinadas a desempenhar. Nesse ponto, *os estudos dos economistas (e dos juristas) sobre os efeitos esperados de cada uma das restrições verticais*, que expusemos nos capítulos quarto a sétimo, *vêm ao auxílio da interpretação do contrato de distribuição, porque podem mostrar aquilo que os agentes econômicos, considerando o funcionamento do mercado, esperam como decorrência da avença celebrada.*²⁴

Esse talho peculiar da matéria comercial, impregnada da práxis, trouxe conseqüências 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”²⁵ ou às “regras de bom funcionamento do mercado”;²⁶

b) a *racionalidade econômica* do empresário sempre foi considerada pelo direito comercial e pela jurisprudência. Evita-se, a todo custo, 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 “ati-

(24) Convém ressaltar que o art. 187 do CC, manda-nos considerar o “fim econômico” do direito assegurado a uma parte para caracterizar seu eventual exercício abusivo.

(25) *O contrato*, p. 224.

(26) *O contrato*, p. 223.

vo e probo”²⁷ nada mais é senão a assunção de uma racionalidade própria aos empresários (socialmente típica) depurada pelo direito como um padrão interpretativo;

c) a proteção da *eficiência* das decisões empresariais também é outra fonte em que há muito se fartam nossos intérpretes autênticos²⁸ e nosso ordenamento jurídico. A imposição de diretivas que comprometem a segurança e a previsibilidade do mercado sempre causou preocupação, assim como decisões que amarfanhassem a lógica do sistema.²⁹

Toda essa explanação leva-nos a uma 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. Sem dúvida, trata-se de aspectos que foram estudados em muitas de suas faces pela ciência econômica, mas que *estão presentes na vida do direito comercial*. Entretanto, a sua

(27) 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. 168 impõe o mesmo padrão comportamental para o agente fiduciário dos debenturistas.

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

(29) Como exemplo, basta analisar a jurisprudência brasileira sobre a prescrição em matéria comercial. Quando estudamos sistematicamente julgados relativos à prescrição nas sociedades por ações, chamamos a atenção para o fato de que a orientação dada pelos Tribunais apontava para um único sentido: preservação da segurança jurídica (cf. *Sociedades por ações*, p. 55).

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, por mais que soe estranho, redimensionando e dando novo fôlego à teoria da *causa do negócio jurídico*.

13.3 Ainda sobre as peculiaridades da interpretação dos contratos comerciais

Talvez uma das maiores contribuições de Ascarelli à teoria geral do direito comercial tenha sido a sua exata caracterização como disciplina autônoma (categoria histórica). Retomando as lições de Vivante, destaca que um ramo autônomo do direito é regido por *princípios peculiares*; o elemento de distinção é a “peculiaridade de seus princípios jurídicos”.³⁰ A mesma linha é adotada por Ferrara, que identifica 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*

(30) “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*, p. 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

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”.³¹

A moderna teoria da interpretação jurídica nos ensina que os princípios embasam as regras e lhes são hierarquicamente superiores, configurando, pois, todo o sistema. Também, por isso, desempenham papel fundamental na *interpretação do direito e dos atos jurídicos*, porque a exegese deve obedecer aos princípios que conformam o ordenamento.³²

Observando a realidade, não podemos deixar de concluir que *o direito comercial tem fundamentos próprios, ainda que haja uma pretensa unificação das obrigações civis e comerciais*. Já Goldschmidt dizia que o que é uma qualidade no direito civil pode ser um defeito no direito comercial (como a formalidade, por exemplo).³³ No auge de sua experiência, afirma Vivante 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.³⁴ A completa unificação não impli-

con particolare intensità” (La funzione del diritto speciale e le trasformazioni del diritto commerciale, p. 6).

(31) Francesco Ferrara, *Gli imprenditori e le società*, p. 8 e, na tradução espanhola, *Empresarios y sociedades*, p. 14.

(32) Cf. Eros Roberto Grau, *A ordem econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, p. 73-120. Do mesmo professor, *O direito posto e o direito pressuposto*, p. 46-47.

(33) *Storia universale del diritto commerciale*, p. 13.

(34) “La difesa di classe e lo spirito di speculazione imprimono alla attività commerciale un tale impeto de iniziative e una tale finezza di tecnicismo, che non è possibile di affidare all'esame del legislatore civile una simile materia che è in continua evoluzione” (L'autonomia del diritto commerciale e i progetti di riforma, p. 573).

ca, apenas, eliminar o que Fábio Konder Comparato chamou de “duplicidade de normas legais, referente a algumas obrigações privadas”,³⁵ mas sim admitir que ambos os sistemas estariam submetidos a idênticos princípios. Em muitos pontos, a eliminação de duplicidade a que se refere o Prof. Comparato realmente ocorreu com o advento do novo Código. Mas o direito comercial não foi sepultado, porque continua existindo, vigoroso, com seus “princípios peculiares”.

A digressão foi necessária para (re)afirmar que os contratos comerciais obedecem a uma *lógica diversa daqueles civis ou consumeristas*, o que influencia sua interpretação.³⁶ 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, portanto, 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, conseqüentemente, pautarem a atividade conforme a intenção de assunção de determinado risco.*

13.4 Causa e motivo: a necessidade de uma ótica de mercado

No estudo jurídico dos tipos contratuais, costuma-se desprezar a *motivação* que levou o agente a celebrar o acordo. Isso por-

⁽³⁵⁾ Fábio Konder Comparato, *Novos ensaios e pareceres de direito empresarial*, p. 246.

⁽³⁶⁾ V. a sempre atual lição de Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 379 e ss.

que, tradicionalmente, “[n]o direito comum domina o princípio da irrelevância dos motivos”.³⁷ 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”.³⁸

A doutrina distingue os *motivos* da *causa* da avença.³⁹ Para Pontes de Miranda, “[c]om a causa (...) não se confundem os motivos, que levam a pessoa a praticar o ato. Não se inserem, êsses, no suporte fático; 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”.⁴⁰ Nas palavras de Serpa Lopes, o “motivo ligase 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”.⁴¹ Os “motivos íntimos que acionam a vontade das partes”, diz 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.⁴²

⁽³⁷⁾ Alcides Tomasetti Jr., *Abuso de poder econômico e abuso de poder contratual*, p. 92.

⁽³⁸⁾ *Curso de direito civil*, vol. 1, p. 484.

⁽³⁹⁾ Um dos mais clássicos estudos, sempre mencionado, é o trabalho de Bonfante, publicado na *Rivista di Diritto Commerciale*, 1.^a parte, de 1908, p. 115, intitulado *Il contratto e la causa del contratto*, em que sustenta que a causa é o motivo mais próximo, elevado a “motivo jurídico”.

⁽⁴⁰⁾ *Tratado de direito privado*, t. III, p. 101.

⁽⁴¹⁾ *Curso de direito civil*, vol. 1, p. 482.

⁽⁴²⁾ *Introdução ao direito civil*, p. 329.

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”.⁴³

No entanto, hoje muitos autores refutam a separação absoluta entre causa e motivo. Para Guido Alpa, por exemplo, essa segmentação seria uma “mitizzazione”.⁴⁴ Já 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 –, afigura-se-nos 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 um 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 tornando objetivos os motivos juridicamente relevantes*). Se assim é, o motivo acaba relacionando-se intrinsecamente à causa (= função econômica)⁴⁵ da avença. Por isso, muitos italianos moder-

⁽⁴³⁾ *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, p. 121.

⁽⁴⁴⁾ *Causa e contratto: profili attuali*, p. 267. Sobre a inadequação dessa “drástica contraposição”, Bessone e Roppo, *Rischio contrattuale ed autonomia privata*, p. 21 e ss.

⁽⁴⁵⁾ Alguns autores preferem falar em causa enquanto *fundamento econômico* do contrato e não como *função econômica*.

nos têm se voltado contra o dogma da separação entre causa e motivo. E alguma razão parece lhes assistir.⁴⁶

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 dizia, 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, fulminará com a nulidade o negócio jurídico em que “o motivo determinante, *comum a ambas as partes*, for ilícito”.

É sempre Orlando Gomes quem, com clareza, nos conduz pelo resumo de uma verdadeira guerra entre teóricos de escol:

⁽⁴⁶⁾ Os argumentos de Alpa e Bessone na obra *Elementi di diritto privato* são de clareza tal que os torna irrefutáveis. Como se trata de um verdadeiro manual, os autores iniciam explicando a doutrina tradicional: “di regola i motivi sono irrilevanti” por questões de certeza e segurança jurídicas. Mas advertem logo: a distinção entre causa e motivo não é tão simples. Podem-se (e devem-se) considerar os motivos como “circunstâncias objetivas” e não como razões psicológicas internas e a causa como escopo da manifestação da vontade. Ora, se assim é, esvaem-se 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* (p. 269-272). Percebemos que essa linha foi seguida pelo art. 166, III, do novo CC, quando refere-se ao “motivo comum” das partes.

tratando da teoria da causa, podemos identificar duas escolas principais: *causalistas* e *não causalistas*. Estes não atribuem à causa o papel de um *requisito essencial do negócio jurídico*, porque “não pode ser requisito essencial do negócio um elemento que está fora de seu conteúdo”. Já 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.⁴⁷

Alguns criticam os causalistas, argumentando que confundiram a causa com o conteúdo do negócio. Orlando Gomes rebate essa alegação, apondo que o objeto é “a coisa, ou a prestação, sobre que incide o vínculo, enquanto a causa é a finalidade do próprio negócio”.⁴⁸ Ademais, devemos reconhecer que, “sendo o negócio jurídico o instrumento da vida econômica, seu propósito de sua realização tem importância fundamental. (...) Adquire relevo, em conseqüência, o aspecto funcional, isto é, como esclarece Santoro Passarelli, saber se o interesse que se tende a alcançar é digno de tutela jurídica”.⁴⁹

Antonio Junqueira de Azevedo adverte que os juristas devem se dar conta do “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., como já dissemos; b) se se torna impossível, o negócio deve ser inefi-

(47) Apesar de explicar com profundidade e clareza a causa objetiva, Torquato Castro não nega por completo o seu aspecto subjetivo.

(48) *Introdução ao direito civil*, p. 330.

(49) *Introdução ao direito civil*, p. 332.

caz; (...) 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*”.⁵⁰

Retornando ao campo do direito comercial e à doutrina peninsular contemporânea, para fins da interpretação dos contratos de distribuição, 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, *mas sim 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, na esteira da última função apontada por Junqueira).⁵¹

É óbvio que 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). Aliás, 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*:

(50) *Negócio jurídico e declaração negocial – Noções gerais e formação da declaração negocial*, p. 129.

(51) Aliás, é o mesmo Prof. Junqueira que diz, 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*, p. 128).

“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 da disciplina jurídica aplicável; *constituirá como traço de união entre o aspecto econômico e o jurídico.*”⁵²

Para o segundo:

“Ricerzare la causa dei contratti, è lo stesso che ricercare la ragione per cui l’uno dei contrenti od ambedue (se il contratto è bilaterale) si determinano ad assumere una data obbligazione.”⁵³

A *causa* pode servir também como elemento da integração contratual, principalmente quando tratamos de contratos atípicos. Larenz nos ensina que a subsunção de um acordo a um determinado tipo acaba por determinar a *incidência de normas*, em caso de necessidade de integração contratual.⁵⁴ Ora, quando o contrato é atípico (como aquele de distribuição ou concessão comercial), quando a jurisprudência recusa a aplicação analógica da lei de concessionários de automóveis, é bastante razoável que o intérprete se valha da motivação (*intento objetivo*) dos agentes ao

⁽⁵²⁾ *Panorama do direito comercial*, p. 63-64.

⁽⁵³⁾ *Corso di diritto commerciale*, vol. 4, p. 62.

⁽⁵⁴⁾ “(...) la ley ha previsto para las clases típicas y frecuentes de contratos, y en forma de normas complementarias pero dispositivas – esto es, renunciabiles 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*, p. 751). V., sobre tipo e tipificação, Rachel Sztajn, *Contrato de sociedade e formas societárias*, p. 9-19; Carlo Beduschi, *Tipicità e diritto, contributo allo studio della razionalità giuridica*, e Giorgio de Nova, *Il tipo contrattuale*.

celebrarem a avença para, em havendo lacuna, definir as normas integrativas ou a correta interpretação contratual, sempre considerando os princípios do sistema. Afinal, como já dizia Torquato Castro, “os atos pertencentes ao mesmo tipo têm causa única, constante, uniforme”.⁵⁵⁻⁵⁶

13.5 A idéia de causa como elemento primordial da interpretação contratual e a moderna doutrina italiana

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”.⁵⁷ “Conceito pouco seguro”,⁵⁸ enfim.

⁽⁵⁵⁾ *Da causa no contrato*, p. 40.

⁽⁵⁶⁾ A partir do momento em que a segurança e a previsibilidade assumem papel primordial no direito, e considerando ainda as lições de Irti que explicam *juridicamente* como a calculabilidade é apanágio do mercado, tornam-se bastante úteis algumas modernas teorias econômicas que nos auxiliarão na empreitada de objetivação da causa. Entre elas, destaca-se a teoria dos jogos, explicada por Rachel Sztajn em sua tese *Ensaio sobre a natureza da empresa. Organização contemporânea da atividade*, p. 91 e ss., recentemente publicada sob o título *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*.

⁽⁵⁷⁾ Transcrições de Bessone e Roppo, *Volontà dei privati e controlli dell’ordinamento: formazione, contenuto e validità del contratto*, p. 3-4.

⁽⁵⁸⁾ Michele Giorgianni, *Negozi giuridici collegati*, p. 11.

Mas, nesta altura da nossa exposição, estamos aptos a perceber que, hoje, quando falamos em *motivação (intento)* do agente (relacionada à racionalidade de sua conduta e à objetivação do mercado) e em *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”.⁵⁹ Estamos tratando, no mínimo, da “intenção comum” das partes, a que se refere Pothier,⁶⁰ ou, valendo-nos das lições de Scognamiglio, da “justificação objetiva do ato de autonomia privada em contraposição às razões subjetivas que o motivaram”.⁶¹ Inocêncio Galvão Telles fala em “motivo típico”, ou seja, “despojado de quaisquer particularidades ou contingências individuais, comum a todos os que celebram um negócio jurídico de determinada espécie”.⁶² Esse o “espírito”, a “natureza do contrato”, referido pelo art. 131 do revogado CCo, mas que continua como pauta de interpretação das avenças empresariais.

⁽⁵⁹⁾ Henri Capitant, *De la causa de las obligaciones*, p. 23.

⁽⁶⁰⁾ *Tratado das obrigações pessoais e reciprocas*, p. 70.

⁽⁶¹⁾ Scognamiglio lembra a distinção entre *causa finalis* e *causa impulsiva*, distinguindo entre “la giustificazione obiettiva dell’atto di autonomia privata, alla stregua della valutazione operatane 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*, p. 48).

⁽⁶²⁾ *Manual dos contratos em geral*, p. 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 su-

Torquato Castro, professor catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, em 1966, elucida:

“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, portanto, da mera consideração das prestações contratuais ou das atribuições patrimoniais que a parte realiza através dele.”⁶³

Não se trata mais de dar relevo a considerações personalíssimas ou contingentes, que o direito deixa exaurir no campo da subjetividade do agente,⁶⁴ 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*

jeitos, 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” (p. 361).

⁽⁶³⁾ *Da causa no contrato*, p. 39. Torquato Castro, buscando mostrar os equívocos que haviam sido cometidos pela doutrina francesa em relação à causa, desenvolve a seguinte tese: 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.

⁽⁶⁴⁾ Calasso, *Il negozio giuridico*, p. 106.

teoria jurídica do direito comercial, deixa de ser um elemento endógeno para tornar-se exógeno.

Na década de 40, Betti difunde a idéia (aceita, inclusive, por nossos tribunais) de que a causa nada tem a ver com motivações internas do agente, mas com a função que o negócio assume socialmente.⁶⁵ Este destina-se a regular os interesses individuais dos

⁽⁶⁵⁾ 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 perchè). 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, bensì intende, non già in senso fenomenologico, ma teologico e deontologico, attinente all’esigenza di socialità che presiede alla

agentes econômicos, tendo em vista *objetivos práticos, socialmente típicos* que, para Betti, são aqueles dotados de *constância e normalidade* no ambiente considerado⁶⁶ (no caso do direito comercial, o mercado). Vista a função de ordenação 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

funzione ordinatrice del diritto” (*Teoria generale del negozio giuridico*, p. 170-171).

⁽⁶⁶⁾ Maria Helena Brito acentua a tipicidade social do contrato de concessão comercial que “supõe a consciência de que os tipos assim criados venham a adquirir validade geral e justifica-se pela 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*, p. 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” (p. 169).

pagamento de uma soma; a função econômica do contrato é bem 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*.

Todas essas reflexões vão ao encontro da moderna doutrina italiana que, habituada à análise econômica do direito, deu lugar a 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, retoma e explica novamente a distinção, pensada pela Escola Pisana (e também cara aos franceses), entre *causa subjetiva* e *causa objetiva*. Para esse autor, a causa é, ao mesmo tempo, “ragione giustificativa dell’atto, funzione economica del negozio, intento pratico delle parti”.⁶⁷ Essa visão, ao contrário do que poderia parecer, não implica um *dualismo*, mas sim uma “unidade conceitual constitutiva da intenção prática das partes e da função objetiva do negócio”. Ao mesmo tempo, põe em relevo o “programa econômico” das par-

⁽⁶⁷⁾ A jurisprudência peninsular parece aceitar, quase como uma obsessão, a idéia bettiana de causa como “função econômico-social” (Alpa, *Causa e contratto: profili attuali*, p. 270). Nesse prisma, Alpa menciona o entendimento da Corte de Cassação, em julgamento 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” (p. 267).

tes e as “circunstâncias pressupostas” ou sobrevenientes que auxiliaram ou dificultaram sua realização. A causa assumiria hoje, portanto, 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.

Portanto, *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, então, da sistematização de Bulgarelli⁶⁸ para deixar vincado que a moderna teoria objetiva conceitua a causa por três formas diversas, todas absolutamente imprescindíveis para o dimensionamento dos contratos comerciais e, em especial, dos contratos de distribuição:

- “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.”

⁽⁶⁸⁾ *Contratos mercantis*, p. 71.

13.6 A causa e contrato de distribuição

A conclusão a que estamos chegando aparece óbvia: ou se considera a causa do negócio enquanto função econômica e como primordial para a tipificação social, entendimento e interpretação do contrato, ou *não se conseguirá explicar a diferença entre uma série de contratos de compra e venda e um contrato de distribuição*, porque o principal ponto de distinção está, justamente, na causa do negócio, na sua função econômica.

Como apontou o STF ao deparar com o problema: “Todavia, serão tais contratos (...) independentes e autônomos ou constituem o que, na doutrina, se qualifica de contrato misto? Não há dúvida que esses contratos são distintos e autônomos, se considerados, em tese e abstratamente, cada um de per si. Mas, não resta dúvida, também ocorre frequentemente, no comércio jurídico, que duas ou mais formas contratuais de possível coexistência separada podem vir a ter, sob pressão de necessidades ou de conveniências práticas, as suas prestações autônomas, cada uma em sua função típica, reunidas e coordenadas, pela vontade das partes, em um único contrato para realizarem uma só função econômica, que é a sua causa ou o seu fim objetivo. Com efeito: dita pluralidade de prestações, sendo cada uma típica de um contrato nominado, podem ser fundidas em um só contrato, sob o influxo de uma só causa, de uma única função econômica. É preciso assim que todas elas tendam à mesma finalidade econômica. A unidade de causa, atestada pela unidade econômica das várias prestações, corresponde a unidade do contrato. Não tem importância, no entanto, para a elucidação da unidade ou pluralidade do contrato, como dizem os doutores, a unidade ou pluralidade do documento em que foi firmado, pois um só documento pode

conter vários contratos, como um só contrato pode ter como fonte, no sentido formal, diversos documentos”.⁶⁹

Novamente, chamamos atenção para o fato de que a nossa jurisprudência já incorporou a idéia de causa como *função econômica* e como elemento indispensável para (i) a caracterização do contrato de distribuição, bem como (ii) sua correta interpretação.

13.7 A racionalidade jurídica do direito comercial e a interpretação dos contratos

Há inegavelmente uma *racionalidade própria ao direito empresarial* que é cultivada, querida 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.⁷⁰ Não fosse dessa forma e o sistema não se prestaria à pacificação dos conflitos e a evitar crises.⁷¹ Essa mesma racionalidade era posta por Cairu, em simples frase:

⁽⁶⁹⁾ RE 78.051, julgado em 27.08.1974, relatado pelo Ministro Thompson Flores. Essa decisão já foi por nós analisada quando da definição do contrato de distribuição, no capítulo primeiro, item 1.9.

⁽⁷⁰⁾ Que atue no mercado considerado, conforme advertência de Cairu. Vide infra.

⁽⁷¹⁾ Ao mesmo tempo, a acolhida dessa legítima expectativa não pode arrefecer a força concorrencial mediante a diminuição exagerada da possibilidade de o agente econômico adotar estratégias equivocadas. Proteger a objetivação dos comportamentos mediante a sua repetição no mercado ao mesmo tempo em que não se podem neutralizar as diferenças que impelem o jogo concorrencial e o mesmo mercado; eis o sempre atual desafio do direito comercial.

“Presume-se que cada qual aprova o que lhe faz a bem, e que todo o prudente em igual caso desejaria, e praticaria.”⁷²

De uma forma mais contemporânea, Natalino Irti traz lição para esclarecer essa intrincada questão: como podemos utilizar a *função econômica* do negócio como uma pauta para a sua *interpretação*? A vantagem do estabelecimento da relação entre *função econômica e interpretação* aparece clara: revestir a interpretação contratual de um 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, assim, diz respeito não apenas ao passado, mas ao futuro. Os comportamentos, ao se repetirem conforme uma regra, assumem um caráter de tipicidade e uniformidade. A forma de uma ordem é dada, justamente, por *contegni* 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 se orientar segundo um princípio geral, mais forte e constante do que os mutáveis interesses individuais.⁷³ Em outro texto, Irti conclui que, nesse esquema, a liberdade (autonomia privada) é

⁽⁷²⁾ *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*, p. 472.

⁽⁷³⁾ *L’ordine giuridico del mercato*, p. 5-6.

sacrificada em prol da segurança, da previsibilidade (ou, literalmente, da “proteção externa”).⁷⁴ Portanto, há uma gama de negócios em que o sistema jurídico considera o intento individual do agente, mas após ser rebatido no caráter impessoal e mecânico do mercado.

Seguramente a idéia de Irti há de ser aproveitada para explicar o modo pelo qual o sistema jurídico recepciona os negócios singularmente considerados. 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 e comportem-se de acordo com esse padrão “de mercado”. *Portanto, 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.*

Consideremos a declarada fonte de Irti – Max Weber, para quem um dos significados e pressupostos do capitalismo moderno é a “calculable law”. A forma capitalista de organização industrial – porque é *racional* – deve depender de um processo decisório, decisões e administração *calculáveis, previsíveis*.⁷⁵ E esse sistema dependerá do direito, pois é impossível calcular a jogada do outro agente na ausência de um sistema jurídico racional.

Cabe, então, um esclarecimento: o direito não retira do agente econômico a opção 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*

⁽⁷⁴⁾ *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, p. 22-23.

⁽⁷⁵⁾ *General economic history*, p. 277.

“adequado” para o direito somente será seguido pelo agente econômico se for compensador, ou seja, se os benefícios trazidos pela prática superarem os prejuízos.⁷⁶ Por exemplo, em uma operação envolvendo altas cifras, a multa por atraso na apresentação do ato às autoridades antitruste brasileiras,⁷⁷ na ótica egoística do empresário, pode “valer a pena”, levando-o a não dar conhecimento da prática aos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – mesmo porque o prazo de prescrição de cinco anos atua a favor de seu interesse egoístico.

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 um número tal de comportamentos, garantindo 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).

⁽⁷⁶⁾ Pressuposto em que se baseia a teoria da “agency”. Explica Bellantuono: “La teoria dell’agenzia propone di bilanciare gli incentivi che spingono l’agent ad eseguire correttamente la prestazione e i rischi che lo stesso agent sopporta in caso de inadempimento” (*I contratti incompleti nel diritto e nell’economia*, p. 61).

⁽⁷⁷⁾ Por descumprimento ao disposto no art. 54 da Lei 8.884, de 1994.

Embora não possa alterar a “lógica” econômica, fazendo com que o empresário transforme-se naquilo que não é⁷⁸ – 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.

A calculabilidade jurídica assume, assim, uma 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).

13.8 A 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

⁽⁷⁸⁾ 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. A esse respeito, não se pode deixar de notar que mesmo economistas como Williamson adotaram recentemente essa visão: “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.

(“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.

É fato que até mesmo entre os economistas não há um consenso sobre o que seja a “racionalidade econômica”.⁷⁹ Alguns crêem em um *egoístico* parâmetro de racionalidade (“standard of rationality”). Conforme os ensinamentos do Prof. Arthur Barrionuevo Filho em conferências proferidas, 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. Toma-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. Assim, o agente sempre decidirá pelo resultado que lhe é mais benéfico, em detrimento de outro, que lhe satisfaz em menor grau. Na verdade, o sujeito econômico atua como um hobbesiano, buscando maximizar seus interesses individuais. Para exemplificar essa linha de entendimento, vale trazer as lições de Posner.⁸⁰⁻⁸¹

(79) Indispensável a análise do estudo de Joanne Schroeder sobre o conceito de racionalidade na doutrina econômica, bem como suas recentes modificações (Economic rationality in law and economics scholarship).

(80) *Economic analysis of law*, p. 3 e 4.

(81) Importante, ainda, a consulta a Paul Milgrom e John Roberts que explicam as limitações da assunção da racionalidade pelos eco-

“[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.”⁸²

nomistas (*Economics, organization and management*, p. 42 e ss.). Assinale-se que, dentro do conceito 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” (p. 43, quando os autores colocam a opinião de Richard Nelson e Sidney Winter). Para o jurista interessado nos acordos verticais, 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*, p. 377). Para a explicação jurídica em língua portuguesa sobre racionalidade limitada, Calixto Salomão Filho, *Condutas tendentes à dominação dos mercados – Análise jurídica*, p. 38 e ss.

(82) Como explica em outra passagem: “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: <www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>. Acesso em: 28.10.2001).

Outros autores procuram mostrar que a racionalidade dos agentes não se baseia apenas nos ganhos para o próprio indivíduo, mas que existem *outros objetivos* levados em consideração, como o reconhecimento dos semelhantes, que explicaria o altruísmo.⁸³ 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 – é sempre o Prof. Barrionuevo quem explica –, a visão neo-institucionalista 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 benefícios que advirão de suas ações. Enfim, é uma discussão em processo, em que a visão neo-institucional 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)”*. Com efeito, a idéia de “maximização do proveito ou do lucro”, não obstante os acesos debates existentes, pode ser encontrada nos escritos da maioria dos economistas.⁸⁴⁻⁸⁵⁻⁸⁶

(83) Sobre essa questão, v. Becker, Altruism, egoism, and genetic fitness: economics and sociobiology, *The economic approach to human behavior*, p. 282 e ss.

(84) Como diz 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*, p. 153).

Ocorre que 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. Se assim é (e se o sistema jurídico for eficiente como se pretende), outros fatores, que não apenas o egoístico interesse, assumem importância e determinam a atuação do sujeito conforme os moldes do 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.

(85) 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*.

(86) Maria Rosaria Ferrarese chega a sustentar que 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*, p. 104.

Em síntese: se o *homem econômico* (já dizia Knight no início do século) é aquele que *obedece às leis econômicas* (“obeys economic laws”),⁸⁷ devemos dizer que o *sujeito de direito* é aquele que *obedece às normas jurídicas* (ou, pelo menos, assim se espera que o faça), dentro de uma *racionalidade jurídica*.⁸⁸

(87) Ethics and economic interpretation, *The ethics of competition and others essays*, p. 35.

(88) Rachel Sztajn traz exemplo que gostaríamos de aproveitar: “O soldado que está na frente de combate e, com seus companheiros, espera o ataque do inimigo, poderia, ao pensar que se a defesa arquitetada fora boa, possivelmente sua contribuição pessoal teria pouca ou nenhuma importância para o desfecho da batalha; mas, ficando no posto, ele corre o risco de morrer ou de ser ferido, aparentemente, sem necessidade; se o inimigo vencer, aumentam as probabilidades de ser morto ou seriamente ferido, pois a linha de defesa será ultrapassada. Com base nessa lógica, por que o soldado deve ficar quando, para ele, o melhor é fugir, independente de quem venha a vencer? Como se explica a permanência de soldados nas linhas de frente se, quanto maior o temor da derrota, maior o incentivo à fuga? Pior, quanto maior a certeza da vitória, considerando-se ser pouco importante a contribuição pessoal de cada um, menor será o incentivo para que fiquem e lutem. A questão estratégica é como motivar os soldados para que permaneçam em seus postos, pois, se todos pensarem que sua contribuição pessoal é pouco valiosa, desnecessária, muito antes de a batalha ser travada, entrarão em pânico, debandarão e o comandante ver-se-á sem comandados, dando a vitória ao inimigo sem que um só tiro seja disparado” (tese *Ensaio sobre a natureza da empresa. Organização contemporânea da atividade*, p. 93, publicada recentemente sob o título *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*). Em nossa linha de raciocínio, uma das motivações que o soldado terá para não correr do front é a eventual sanção jurídica que sofrerá caso consiga escapar com vida.

A idéia de racionalidade jurídica e a procura do entendimento do funcionamento jurídico do mercado obrigam o estudo das lições de Max Weber. A produção das normas ou dos textos normativos, para Weber, 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 fatos⁸⁹ (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 não apenas conhecia o seu teor, mas 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.

Mas a racionalidade possui também uma 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.⁹⁰ A sistematização é

(89) *Law in economy and society*, p. 63.

(90) O racional contrapõe-se ao irracional, ou seja, não governado por regras gerais (*Law in economy and society*, p. 63).

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). Portanto, *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)⁹¹ integram a racionalidade jurídica.

A racionalidade (lógica e formal) típica de alguns sistemas jurídicos é resultado dos seguintes fatores:⁹²

- (i) cada decisão tomada em determinado caso concreto é a aplicação de uma regra abstrata a uma situação fática;
- (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.

Como explica José Alexandre Tavares Guerreiro, no sistema weberiano, assume extrema relevância a *crença do agente* na produção de um 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*)

⁽⁹¹⁾ Cf. Rebuffa, *Max Weber e la scienza del diritto*, p. 86-87.

⁽⁹²⁾ Cf. Introdução ao *Law in economy and society*, escrita por Max Rheinstein, p. xvii-lxiv.

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. *Obviamente – diz Weber –, em uma economia em expansão, aqueles que têm “interesses de mercado” constituem o grupo mais importante.*⁹³⁻⁹⁴

A separação entre racionalidade econômica e racionalidade jurídica vai se delineando de forma mais evidente:⁹⁵ a econo-

⁽⁹³⁾ *Law in economy and society*, p. 100.

⁽⁹⁴⁾ Por exemplo, quando Weber expõe os limites da liberdade nos contratos, move-se dentro da lógica implacável do *sistema jurídico que reputa válido aquilo que aceita e inválido aquilo que repele*. Essa organização do sistema tem por efeito a viabilização do *capitalismo ocidental moderno*. Weber, diz Guerreiro, mirase na realidade europeia de seu tempo e 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 já conheceu. Weber, sabe-se bem, foi professor de direito comercial até o ano de 1894, quando aceitou assumir a cadeira de economia na Universidade de Friburgo. *Talvez por isso a construção de Weber amolde-se aos anseios de explicação da racionalidade do direito comercial.*

⁽⁹⁵⁾ Em 1999, foi publicada na Itália a obra *Diritto ed economia*, coordenada pelo Prof. Natalino Irti que, na verdade, é o material

mia lida com as *possíveis escolhas* do agente econômico, dentro de uma ótica de maximização de seu proveito.⁹⁶⁻⁹⁷ “Mentir, en-

básico de seu curso *A ordem jurídica do mercado*, ministrado no ano acadêmico 98/99. Fruto de profunda pesquisa, procura-se organizar o estudo do pensamento daqueles que estudaram essa relação, identificando-se três “indirizzi”: (i) autores de orientação naturalística, como Mises, Hayek, Leoni e Coase; (ii) autores de orientação ético-jurídica, como Capograssi e Carnelutti e, finalmente, (iii) autores de orientação político/jurídica, como Cesarini-Sforza, Palazzolo, Calogero, os Ordoliberalis, Ascarelli e Mengoni. Reputamos a obra *absolutamente indispensável* para a compreensão dos contratos na moderna economia, em especial porque analisa sem preconceitos pensadores das mais variadas escolas e origens. Afinal, devemos admitir que não é usual a consideração conjunta de idéias de Ascarelli e de Coase, embora de utilidade inegável. O mesmo método desprovido de preconceitos foi utilizado por Rachel Sztajn, *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*, quando examina concomitantemente os pensamentos de Coase e Asquini.

⁽⁹⁶⁾ Elizabeth Farina et alii apontam com clareza: “Do ponto de vista puramente econômico (e, portanto, aético), a decisão de implementar uma ação oportunista depende de um confronto de 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*, p. 52).

⁽⁹⁷⁾ Cf. Coase, *The firm, the market and the law*, p. 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

ganar, trapacear são ações esperadas se forem do interesse do indivíduo”.⁹⁸ 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*.⁹⁹ 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 já foi eleita como digna de tutela para fins de funcionamento do sistema). O comportamento “desviante” será sancionado; a *racionalidade jurídica* considera, portanto, a preferência do agente econômico plasmada pelo direito (e, portanto, pelos interesses que foram entendidos como dignos de tutela).

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”.

⁽⁹⁸⁾ Elizabeth Farina et alii, *Competitividade: mercado, Estado e organizações*, p. 78, explicando o oportunismo.

⁽⁹⁹⁾ Ou serão feitas pelo intérprete, quando da interpretação/aplicação do direito. Note-se que a lei, texto normativo, transforma-se em norma após a sua interpretação/aplicação, resultando dela, pois o que se interpreta é o texto, não a norma, como já ensinava Tullio Ascarelli (Giurisprudenza costituzionale e teoria dell’interpretazione, p. 140). Sobre a diferença entre *texto* e *norma*, veja-se Friedrich Müller (*Métodos de trabalho do direito constitucional*, p. 22) e Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*.

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.¹⁰⁰ No início deste século, dominava a “idéia 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.¹⁰¹ Mas a lógica 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”. Isso porque há escopos outros, não apenas a maximização do *profit* ou *utility*, que o direito incorpora ao regulamentar os institutos.

⁽¹⁰⁰⁾ *Direito internacional do meio ambiente*, p. 19-21.

⁽¹⁰¹⁾ E ele somente não a derrubará a partir do momento em que, dentro da sua lógica, esse comportamento não for maximizador de resultados (o que pode ocorrer se a sanção for desestimulante). Também Mattei, Monateri e Pardolesi na obra coletiva *Il mercato delle regole*, Introdução, em especial p. 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”.

Portanto, a racionalidade jurídica, ainda que tome o objetivo de lucro ou proveito como legítimo¹⁰² e desejável no *mercado*,

(i) não traduz uma visão predatória e oportunística a curto prazo, mas a obtenção de vantagens pelo estabelecimento de um esquema de colaboração;

(ii) leva em conta o respeito aos princípios jurídicos orientadores do sistema. Enfim, não se pode supor um mote contrário ao art. 422, 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 um longo período de evolução, ou, como diz 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”.¹⁰³ Dessa forma, não pode ser identificada com a racionalidade econômica, que *despontaria naturalmente* do mercado, pressupondo-se sua existência em um sistema capitalista.

13.9 A utilidade da racionalidade econômica para a racionalidade jurídica

Cumpre, agora, acentuar *como a racionalidade econômica será útil para a correta construção da racionalidade jurídica*,

⁽¹⁰²⁾ A racionalidade jurídica está, obviamente, ligada ao que, desde Bartolo, chama-se de *lucratividade*, caracterizadora da atividade dos comerciantes. Mas *lucratividade* e mesmo *racionalidade* não implicam apenas obter o *maior lucro possível a curto prazo*, mas sim em melhor (mais eficiente) consecução do fim social (que, nas empresas comerciais, é o lucro). A cooperação com a contraparte passa, muitas vezes, a assumir papel central nas atividades econômicas. Hoje, *lucratividade* deve ser entendida como *economicidade*.

⁽¹⁰³⁾ Julien Freund, *Études sur Max Weber*, p. 241.

nos casos concretos que demandem apreciação. Rachel Sztajn, em suas preleções e trabalhos acadêmicos, sempre nos adverte que o “estudioso do direito comercial não deve limitar ou restringir suas investigações a sua disciplina, pois autonomia e independência não significam isolamento científico; outras áreas do conhecimento estudam mercados e empresas e delas devem os operadores do direito socorrer-se para entender as práticas negociais”.¹⁰⁴ Afinal, devemos ter presente a afirmação de Eros Roberto Grau de que “[a] economia condiciona o direito, mas o direito condiciona a economia”.¹⁰⁵ Ou, como quer José Alexandre Tavares Guerreiro, o aspecto econômico não explica o jurídico, o jurídico não explica o econômico; mas ambos explicam-se mutuamente.¹⁰⁶ *Obviamente, a relação entre economia e direito não é de forma e conteúdo, como quiseram muitos.*¹⁰⁷⁻¹⁰⁸

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

⁽¹⁰⁴⁾ *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*, p. 176.

⁽¹⁰⁵⁾ *Direito posto e direito pressuposto*, p. 41. No mesmo sentido, a lição de Max Weber, no comentário de Anthony Kronman, *Law and capitalism*, p. 118.

⁽¹⁰⁶⁾ Entrevista realizada na tarde de 31 de março de 2002, na cidade de São Paulo.

⁽¹⁰⁷⁾ V. relatório de Valerio Pescatore, Tullio Ascarelli e Luigi Mengoni, o della forma giuridica e del contenuto economico, *Diritto ed economia*, p. 231.

⁽¹⁰⁸⁾ Aqui não se trata de indagar a relação entre direito e economia, mas sim buscar no econômico elementos que informam o jurídico.

espécie contratual). Por esse motivo, nos capítulos anteriores, valemo-nos desse trabalho para reconhecer a *função econômica* das restrições verticais e, conseqüentemente, o fim buscado pelos agentes quando de sua celebração, considerando os *efeitos previstos pelo mercado*. 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.¹⁰⁹ 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 – bem diz Robert Frank de forma jocosa –, não se pode eleger o *homo economicus* como um padrão comportamental,¹¹⁰ 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*.¹¹¹

⁽¹⁰⁹⁾ Alguns economistas mais modernos explicam esse fato lembrando que somos animais sociais e, com isso, o reconhecimento da sociedade pode ser incluído entre nossas aspirações.

⁽¹¹⁰⁾ *Microeconomics and behavior*, p. 20.

⁽¹¹¹⁾ Importante a referência à decisão proferida pelo STJ, em 04.02.2000 (REsp 260.561, rel. Min. Ari Pargendler), em que a

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.¹¹²

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

racionalidade econômica de uma das partes foi considerada exatamente na perspectiva que estamos aqui apontando: “Imagine-se que Viação Aérea São Paulo S.A. – Vasp tivesse pago os valores contratualmente devidos, e que o Banco do Estado de São Paulo S.A. – Banespa fizesse por emprestá-los segundo as regras do mercado financeiro. Qual seria a taxa de juros desse negócio? Observada a *racionalidade econômica*, o Banco do Estado de São Paulo – Banespa só deveria fazê-lo pelas mais altas taxas que já vinha cobrando, e o mercado, suportando”.

⁽¹¹²⁾ Maior razão não poderia assistir a Fábio Nusdeo que sempre nos ensinou: “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 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*, p. 33).

avença (= causa) e dos motivos (intento) dos sujeitos econômicos, também primordiais para a interpretação contratual.¹¹³

13.10 Boa-fé objetiva, confiança e a interpretação do contrato de distribuição

A consideração da causa do negócio jurídico (objetivada no mercado), bem como do respeito a uma racionalidade jurídica, obriga-nos a trazer as noções de boa-fé objetiva,¹¹⁴ confiança e proteção da legítima expectativa da outra parte, todas indispensáveis ao bom funcionamento do mercado.

Certos autores apontam os problemas que podem derivar da aplicação da *boa-fé* como um parâmetro de interpretação contratual; por se tratar de um “conceito vago”, encerraria riscos. De outra parte, considera-se que traz vantagens evidentes, atuando como uma “válvula de sicurezza” e flexibilizando o regime con-

⁽¹¹³⁾ “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, mediatamente, 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*, p. 107, nota 44).

⁽¹¹⁴⁾ Sobre boa-fé objetiva, v. Junqueira de Azevedo, *Princípios do novo direito contratual*, p. 116.

tratural; permite a repressão de certos comportamentos, “moralizando a substância do contrato” e procurando conciliar a “utilidade com a justiça”.¹¹⁵

A boa-fé no direito comercial não desempenha uma *função moral*, desconectada da realidade dos negócios e fundada em valores canônicos ou em outros que não a busca do *melhor funcionamento do mercado*. Para nós, a boa-fé reforça as possibilidades de *confiança* dos agentes econômicos no sistema, diminuindo *riscos* e fazendo aflorar um maior grau de *segurança* e de *previsibilidade*.¹¹⁶ *A boa-fé, no sistema de direito comercial, é um catalisador da fluência das relações no mercado.*

Com efeito, se o comerciante Tício contrata com Caio a entrega de uma partida de algodão e tem a certeza de que o vendedor comportar-se-á de acordo com as regras da boa-fé, assiste-lhe uma maior segurança no negócio e, conseqüentemente, seus custos de transação podem ser dimensionados em patamar inferior ao que seria esperado se contratasse com um comerciante não confiável. Para o mercado, a difusão da boa-fé azeita o fluxo de relações e, por conseguinte, a *eficiência* do sistema.

⁽¹¹⁵⁾ Gisella Pignataro, *Buona fede oggettiva e rapporto giuridico precontrattuale: gli ordinamenti italiano e francese*, p. 55.

⁽¹¹⁶⁾ Que a confiança ocupe papel central no moderno direito dos contratos – e que sua importância para o bom funcionamento do sistema é cada vez mais premente – ninguém duvida. Por exemplo, discorrendo sobre garantias à primeira demanda, Hermes Marcelo Huck inicia a explicação afirmando: “A confiança é o princípio orientador das relações comerciais” (Garantia à primeira solicitação no comércio internacional, p. 5). No mesmo artigo, o autor ressalta que a boa-fé é “cada vez mais importante no dinâmico processo do comércio internacional” (p. 11-12).

Analisando o tratamento que a doutrina dispensava ao dogma da *vontade* das partes na celebração do negócio, Betti apresenta algumas críticas que iluminam a correta dimensão do problema. O “preconceito individualista” produziu tantos mitos em torno do dogma da vontade que muitos chegaram a afirmar que tanto a intenção do testador quanto a “intenção comum dos contraentes” poderiam ser reduzidas a um *dado de natureza psicológica, independentemente de qualquer relação com o “fato social da sua objetiva reconhecibilidade” por ambas as partes*. A conseqüência desse equívoco foi a negação do critério da boa-fé como um cânone hermenêutico ligado à formação da “intenção comum”. Recusa-se indevidamente que a *lealdade recíproca, clareza e retidão (correttezza)* não possam inspirar o estudo de um processo que culmina com o encontro de um *resultado prático comum*. Por isso, renega-se também a um segundo plano o *espírito de cooperação que leva à satisfação das expectativas mútuas* – aquela mesma cooperação que os romanos haviam identificado na *bona fides* contratual. Conclui Betti que o centro da questão hermenêutica *não está nas coincidências incidentais entre os estados de ânimo concebidos no íntimo das partes (“in interiore homine”), mas na recíproca congruência de comportamentos socialmente reconhecidos, que se engendram um em correspondência do outro, conforme regras de lealdade e retidão*. Enfim, Betti procura pôr à mostra o preconceito que grassava à volta da consideração da boa-fé como pauta de interpretação negocial, demonstrando sua importância.¹¹⁷

Essa visão de Betti – hoje bastante difundida – tem parte de sua origem no estudo do direito alemão, mais precisamente do § 242 do BGB, que dispõe:

⁽¹¹⁷⁾ *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, p. 389 e ss.

“The debtor is bound to perform according to the requirements of good faith ordinary usage being taken into consideration.”¹¹⁸

A *boa-fé* vem relacionada ao uso e ao costume da praça, ou seja, ela é *objetiva* e não pinçada no íntimo dos partícipes da avença. Essa noção permitiu à jurisprudência alemã deduzir “novos” princípios gerais de direito em casos em que as normas existentes mostravam-se inadequadas à resolução dos conflitos. Como afirmam Ebke e Steinhauer,¹¹⁹ os tribunais alemães sempre superaram limitações legais ou barreiras doutrinárias quando percebiam que uma nova realidade social ainda não havia sido considerada pelo legislador. Nisso, a utilização do § 242 do BGB assume papel fundamental.

A *boa-fé*, enquanto uma pauta a ser respeitada para viabilizar o funcionamento do mercado, é desígnio que há muito permeia o direito comercial. Voltemos ao texto do Alvará de 16.12.1771, em que é posta a importância da *boa-fé* e dos bons comerciantes para os “negócios mercantis”:

“(…) as decisões dos negocios mercantis costumão ordinariamente depender muito menos da sciencia especulativa das regras de Direito, e das Doutrinas dos Jurisconsultos, do que do conhecimento pratico, das Maximas, Usos e Costumes, que o manejo do Commercio, a necessidade, que ha de o livrar de embaraços, destructivos do seu continuo gyro; e a mutua, correspectiva da boa fé, que só tem por util, e solido fundamento dos seus interesses os verdadeiros, e bons Negociantes.”¹²⁰

(118) No texto original: “§ 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”.

(119) The doctrine of good faith in German contract law, p. 189.

(120) Referida por J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de direito comercial brasileiro*, vol. 6, 1.ª parte, p. 210. O texto aqui trans-

Destarte, quando o nosso ordenamento manda interpretar os acordos conforme a *boa-fé*, não está apenas dando guarida a uma regra monacal, mas vivificando uma tradicional norma de direito mercantil, *extremamente útil aos mercadores e ao mercado*. Essa visão faz com que a *boa-fé* dispa-se de tantos aspectos morais que a revestem em outros contextos, exurgindo *objetivada*, ou seja, segundo os padrões de comportamento normalmente aceitos em determinado mercado (ou em determinada praça). A *boa-fé* liga-se, pois, umbilicalmente aos *usos e costumes comerciais*, dando-lhes força.

É tradicional a diferenciação entre *boa-fé subjetiva* e *boa-fé objetiva*, presente já na obra de Pothier (que influenciaria desde Visconde de Cairu à elaboração do Código de Napoleão). Para Pothier, deveríamos apartar a *boa-fé* no “foro interior” daquela no “foro externo”. A primeira, “deve ter-se como contrário” “tudo o que se affasta, ainda que pouco seja, da sinceridade mais exacta e escrupulosa: a dissimulação mesma sobre o que concerne á cousa que faz o objeto do contrato, e que a outra parte contrahente teria interesse em saber, he contraria a esta boa fé: pois sendo preceito amarmos o proximo como a nós mesmos, não póde ser permittido encobrir-lhe alguma coisa, que nós quereríamos que nos não ecobrissem, se estivessemos no seu lugar”. Já no foro externo, “huma parte não seria atendida se se queixasse destes ligeiros ataques feitos á boa fé: de outra sorte mui grande numero de contractos estaria sujeito a rescisão, os processos serião innumeraveis, e causarião desarranjo no commercio. Só aquelle que abertamente ataca a boa fé, he no foro externo havido por verdadeiro doloso, e então tem lugar a acção de rescindir o contrato, provando-se plenamen-

crita foi compilado por Visconde de Cairu, *Princípios de direito mercantil e leis de marinha*, vol. 2, p. 908.

te as manobras, e artificios iníquos, que huma parte empregou para enganar a outra”.¹²¹

Por boa-fé subjetiva, devemos entender aquela relacionada a um “estado de consciência”, ou “convencimento individual de obrar a parte conforme o direito”. Bastante comum em questões possessórias, “[d]iz-se subjetiva justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antitética à boa-fé está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem”.¹²² Por sua vez, a *boa-fé objetiva* está ligada a *standards comportamentais* esperados do homem ativo e probo.

A boa-fé que assume relevância para fins de interpretação dos negócios comerciais é a *objetiva*, na medida em que permite justamente a *objetivação* da conduta esperada da outra parte e, conseqüentemente, um melhor cálculo (aumentando o grau de certeza e de previsibilidade presente no mercado).

A boa-fé, por outro lado, está ligada à *confiança* na outra parte.¹²³ É inegável que, nos últimos anos, o resgate da importância da *confiança* vem despertando o interesse da doutrina, inclusive a econômica. Podemos definir confiança (“trust”) como “a particular level of the subjective probability with which an agent assesses that another agent or group of agents will perform a particular action”.¹²⁴ Toda a exposição de Williamson conduz

(121) *Tratado das obrigações pessoais*, p. 26.

(122) Judith Martins-Costa, *A boa-fé no direito privado*, p. 411.

(123) Sobre a relação entre boa-fé e confiança, v. Menezes Cordeiro, *Da boa-fé no direito civil*, p. 1.234 e ss.

(124) Gambetta, citado por Williamson, *The mechanisms of governance*, p. 257.

a uma conclusão que podemos assim sintetizar: a existência de confiança aperfeiçoa a fluência das relações de mercado. Ela é “good for business” ou “a way to make a profit”.

Williamson faz referência às conclusões a que chegou Dasgupta em sua obra *Trust as a commodity*: (i) para o desenvolvimento da confiança entre indivíduos são necessários repetidos encontros e certa memória de experiência; (ii) o comportamento honesto implica um certo custo e que (iii) confiança está relacionada à boa reputação e esta deve ser adquirida.¹²⁵

Algumas precisões jurídicas se fazem aqui essenciais. Ora, já demonstraram os juristas de forma praticamente irrefutável que *não existe mercado sem direito*, sem regras que atribuam algum tipo de sanção (= conseqüência positiva ou negativa) externa e organizada ao comportamento do agente. Portanto, quando um agente econômico *atua* em um mercado, está sujeito a essas normas jurídicas.

A partir do momento em que a boa-fé (ou o respeito à boa-fé) é uma dessas normas, passa a ser tomada pelo agente como um dos fatores que pautará o seu comportamento dentro de uma racionalidade condicionada pelas “regras do jogo”. Portanto, para o desenvolvimento da confiança não é necessário que *aquele* agente tenha participado de jogadas anteriores em que tenha “aprendido” o comportamento conforme a boa-fé. Ao atuar em um mercado (juridicamente organizado), ele sabe de antemão

(125) Diz Paulo Mota Pinto sobre a confiança: “[A] confiança é um poderoso meio de ‘redução da complexidade’ do sistema social, limitando a quantidade e a variedade de informação que tem de ser elaborada pela pessoa na sua vida social e desempenhando uma função de desoneração da formação de expectativas pelos actores sociais” (*Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, p. 425).

quais as conseqüências do descumprimento da norma, sem ter que infringi-la. Ou seja, no mercado aprende-se com a experiência dos outros, ao contrário do que muitas vezes acontece em nossas vidas privadas. A “memória de experiência”, que é importante para a existência da confiança, não é, portanto, atributo do indivíduo, mas sim relacionada ao *processo de positivação da norma jurídica* (ou melhor, é a norma jurídica – e não o indivíduo – que contém a “memória de experiência” referida pelos economistas especializados em organização industrial).

Nessa perspectiva, o comportamento honesto *não* implica gasto, mas sim *economia*, tanto para o indivíduo (que atuará conforme as regras) quanto para o mercado como um todo, que tenderá a diminuir os custos de transação pelo aumento do grau de certeza e de previsibilidade.¹²⁶ E assim deve ser para o direito, porque a sanção prevista há de desestimular o comportamento indesejado. Por fim, a boa reputação deve ser realmente adquirida pelo agente, mas também o impele ao cumprimento das regras do mercado (i.e., ao respeito, à confiança e à boa-fé) em um prudente e proffcuo círculo vicioso.¹²⁷

⁽¹²⁶⁾ Diz Arrow, citado por Williamson, os custos de transação são “costs of running the economic system” (*The mechanisms of governance*, p. 93).

⁽¹²⁷⁾ Quem não se lembra da irônica ponderação da zelosa mãe imaginada por Aluísio Azevedo em *Livro de uma sogra*, p. 155, ao racionalmente escolher o melhor perfil de marido para sua amada filha no final do século XIX? Diz: “A honra do negociante é diferente da honra dos outros homens. O militar, por exemplo, que não solver uma letra no dia do vencimento, não fica por isso desonrado, como não fica desonrado o negociante que levar um par de bofetadas; mas, se invertermos os casos, tão desonrado fica um como o outro. Isso quer dizer que a chamada honra do negociante não reside, como a de toda a gente honesta, na consciência

Mas é *fato* que nem sempre a boa-fé é observada pelos agentes econômicos e a confiança pode ser traída, como, aliás, bem explica Williamson no escrito a que já nos referimos. A partir do instante em que essa quebra da confiança trabalha contra o próprio direito, é natural e desejável que *normas jurídicas procurem forçar os agentes econômicos ao seu respeito*. Por isso, *o sistema de direito comercial como um todo deve ser voltado à tutela de princípios como a boa-fé e a confiança*. Afinal, como diz Williamson, negócios que são possíveis em um ambiente institucional com fortes garantias de cumprimento das obrigações podem não ser viáveis em ambientes institucionais fracos – porque não seria compensador para as partes negociarem nessa última situação. E uma das funções do direito comercial é, justamente, buscar a criação de um ambiente que faça as negociações compensatórias.

13.11 Estratégia equivocada, direito e a interpretação do contrato

Essa teorização sobre a racionalidade jurídica do agente, ligada à legítima expectativa do comportamento da outra parte e à boa-fé, não nos pode fazer esquecer que os agentes econômicos adotam *estratégias equivocadas*. Esses erros são previstos e equacionados pelo sistema jurídico, na medida em que, diferenciando os agentes, permitem o estabelecimento do jogo concorrencial (que desembocará na “regulação natural do egoísmo”, para utilizar a lição de Jhering). Ou seja, é a diferença entre as estratégias adotadas pelos agentes econômicos e entre os resultados obtidos (uns melhores, outros piores) que dá vida a um ambiente

do respeito a si mesmo e na imputabilidade pessoal, mas no crédito abstrato da sua firma ou da sua casa de comércio (...).”

submeter a operação de concentração ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, outros correr o risco da imposição de uma multa. Dado o “estímulo” pelo meio, cada qual reagirá de uma maneira, embora possamos conceber todos como economicamente racionais. Essa constatação tem efeitos práticos relevantes. Para a correta determinação do sentido e do alcance do contrato, é necessário que o intérprete reconstrua a sua *causa*, ou seja, sua *função econômica*. Para tanto, parte da utilidade (= interesse a ser satisfeito) que cada contratante busca com a celebração do negócio. Se não considerarmos que uma empresa pode ter adotado uma estratégia equivocada, jamais entenderemos um prejuízo suportado por uma das partes na execução do negócio que não seja derivado de alterações contextuais.

Nenhuma interpretação jurídica será coerente e adequada se retirar o fator erro do sistema, impermeabilizando-o. Não podemos presumir que o agente sempre adota o melhor comportamento possível, mas apenas *que deve agir conforme os parâmetros da boa-fé objetiva*, de acordo com uma racionalidade jurídica que leva em conta as *regras, os princípios e as legítimas expectativas da outra parte*, considerando o modelo mercadológico (ou usos e costumes, como quer o nosso direito positivo).

13.12 Eficiência econômica, eficiência jurídica e os contratos de distribuição

Na literatura econômica é corrente a utilização da palavra “eficiência” para designar o escopo máximo do sistema. *Grosso modo*, podemos dizer que, para os economistas, uma *escolha eficiente* é aquela tomada quando não há outra alternativa que seria preferida por todos os envolvidos, levando em conta os seus objetivos e as suas preferências. A eficiência pode ser definida e

aplicada em vários níveis, conforme o tipo de escolha a ser considerada; em organização industrial, a mais comum é a *eficiência alocativa*, ou seja, aquela relacionada com a destinação dos bens. Diz-se que uma alocação de recursos é ineficiente quando há outra alternativa que todos os envolvidos prefeririam, ou que seria aceita por pelo menos um deles, enquanto, para os outros, a nova disposição seria no mínimo indiferente.¹³³

Estamos tratando aqui do *ótimo paretiano*. Por todos, valemo-nos da explicação de Calabresi, para quem o *teste* de Pareto é uma simples exigência de humanidade: uma sociedade não se encontra em uma posição ótima se existe pelo menos uma modificação capaz de melhorar a situação de alguém sem prejudicar aquela de outrem.¹³⁴ Por isso, esse padrão seria aparentemente um guia jurídico, econômico e jurieconômico para o aprimoramento da sociedade.¹³⁵

Mas essa busca do ótimo paretiano, que pode ser útil para os economistas, deve ser tomada com reservas, uma vez que: (i) como diz Calabresi, as modificações paretianas ótimas e capazes de não prejudicar nenhuma posição e de melhorar a condição de pelo menos um indivíduo compõem um conjunto vazio, ou seja, são inexistentes; portanto, o teste de Pareto não pode ser visto como um “guia geral”;¹³⁶ (ii) uma solução é eficiente *independen-*

⁽¹³³⁾ Milgrom e Roberts, p. 22-23.

⁽¹³⁴⁾ “A Pareto-optimal allocation is one for which there is no other feasible reallocation that is preferred by one party and liked at least equally well by the other party”. Robert Frank, *Microeconomics and behavior*, p. 559.

⁽¹³⁵⁾ Introduzione, *Analise economica del diritto privato*, p. 23.

⁽¹³⁶⁾ Calabresi, L’inutilità di Pareto: un tentativo di andare oltre Coase, p. 23.

*dentamente do quadro ético que lhe circunda;*¹³⁷ (iii) é possível que uma determinada alternativa seja eficiente em relação a um grupo de pessoas e deixe de sê-lo quando admitimos um grupo maior.¹³⁸ Vale ainda destacar que Knight, em seu clássico estudo *The ethics of competition*, afirmou ser impossível a construção de qualquer conceito de “eficiência social” sem a consideração de algum valor: “a eficiência é uma categoria de valor”.¹³⁹

Ora, é evidente que a eficiência paretiana não pode ser simplesmente transposta para o mundo jurídico, *porque o direito abarca valores outros como a ética e as premissas implícitas do ordenamento*. Como se vê, o afastamento da lógica puramente econômica não é uma questão de ojeriza ou preconceito, *mas uma imposição para o funcionamento do ordenamento, dentro de um fundamento jurídico, visando ao funcionamento do mercado*.¹⁴⁰

(137) Milgrom e Roberts, p. 22.

(138) Milgrom e Roberts, p. 23.

(139) “It is impossible to form any concept of ‘social efficiency’ in the absence of some general measure of value (...) efficiency is strictly a value category” (*The ethics of competition and others essays*, p. 42).

(140) Não tem qualquer cabimento sustentar que a eficiência alocativa deve ser o centro da interpretação da lei e dos negócios jurídicos, como fazem alguns, e tampouco que o sistema continental seria atrasado, “olharia o passado”. Esse tipo de afirmação somente demonstra um profundo desprezo pela moderna teoria da interpretação jurídica e pelos progressos que o sistema romanístico vem experimentando nos últimos oitocentos anos. Chega-se a criticar a busca por certeza e segurança do direito continental – como se esse não fosse um dos principais motes da escola de Chicago! A abordagem de Chicago, muito mais moderna e adequada, “olharia para a frente”: ponderaria as futuras consequências das regras e selecionaria aquela aplicável conforme seus efei-

13.13 Conclusão

Dada a complexidade da matéria, é válido deixar bem vindas algumas idéias, à guisa de conclusão parcial:

(i) o direito comercial possui *talho prático* que molda a sua estrutura jurídica. Ele existe desde a gênese da disciplina e é ressaltado por todos os autores clássicos (que apenas atestam uma realidade);

(ii) o padrão do homem ativo e probo é intrínseco ao direito comercial e se presta à objetivação da legítima expectativa que se deve ter do comportamento da outra parte;

(iii) sem entrar no campo das implicações morais, a proteção da boa-fé, da confiança e das legítimas expectativas da outra parte, no sistema de direito comercial, facilita (ou mesmo torna possível) a fluência de relações no mercado. Esses elementos acabam diminuindo o que hoje se chama de custos de transação e, com isso, catalisam as relações comerciais;

(iv) a causa do negócio jurídico não é elemento subjetivo, mas sim objetivo. No campo do direito comercial, a causa do negócio pode ser retirada da prática do mercado e possibilita o

tos interessassem ou não para o sistema. Por sua vez, todas as escolhas seriam tomadas com base em critérios de *eficiência*. Ora, não é preciso adotar essa posição radical, negando a nossa tradição, para tornar o direito mais “racional”, mais “eficiente”. Podemos sim aproveitar a lição da análise econômica, mas devemos fazê-lo de acordo com as premissas implícitas do nosso sistema, que não premia a eficiência acima de qualquer outro valor (as palavras entre aspas são da introdução à obra coletiva *Il mercato delle regole*, p. 14 e ss.). Para um resumo dos princípios da Escola de Chicago, v. *Os fundamentos do antitruste*, p. 154 e ss.

cálculo da atuação da contraparte. Enfim, a causa é a motivação objetiva e a função econômica do negócio;

(v) a causa objetiva é um fator primordial na interpretação e na integração contratual, como reconhece a moderna doutrina italiana;

(vi) a racionalidade do agente é também fator determinante na interpretação contratual. Quando, no campo jurídico, falamos em racionalidade do agente econômico, não podemos considerar outra racionalidade senão aquela que é condicionada pelas “regras do jogo”, ou seja, pelo direito. Outra noção de racionalidade levar-nos-ia ao colapso do sistema e à negativa de suas premissas implícitas (ou princípios conformadores). *A eficiência não é apenas aquela alocativa, mas a que implica ganho global superior a todas as perdas individuais.* Trata-se, a toda evidência, de uma *cláusula geral de todos os contratos de distribuição*, cujo sentido exato somente será dado no momento de sua aplicação/interpretação;

(vii) tanto a racionalidade quanto a eficiência jurídicas estão ligadas à moderna visão da causa do negócio jurídico;

(viii) a consideração da racionalidade e da eficiência econômicas são instrumental útil para identificar e satisfazer a racionalidade e a eficiência jurídicas.

14 O PODER DE MERCADO DOS GRANDES VAREJISTAS (*BUYER'S POWER* E DEPENDÊNCIA ECONÔMICA)

SUMÁRIO: 14.1 Introdução – 14.2 A concorrência entre os grandes varejistas e os benefícios dela decorrentes – 14.3 *Buyer's power* e proteção da concorrência: a necessidade da aplicação das normas antitruste.

14.1 Introdução

Desde os anos 70, em alguns setores da economia, intensificou-se o poder dos distribuidores e, com isso, foi alterada a dinâmica dos contratos celebrados com os fornecedores. Basta pensarmos na força dos grandes varejistas como Wal-Mart.¹ Carrefour e, entre nós, Grupo Pão de Açúcar. É comum encontrarmos nomes ligados à grande distribuição nos primeiros lugares das listas das maiores fortunas do mundo.

⁽¹⁾ Notícia-se que o Wal-Mart – o maior empregador privado do mundo, com 60% de todas as vendas de varejo feitas nos EUA – tem aumentado seus lucros ao ritmo de 15% ao ano. Essa rede americana tornou-se, em 2003, a maior empresa do planeta, com fatu-