

A concepção da racionalidade limitada não nega o pressuposto de que os agentes econômicos são *racionais*, porém afirma que exercem essa racionalidade dentro das inapeláveis fronteiras impostas pela condição humana e pelo contexto em que se inserem.

O direito mercantil sempre reconheceu a impossibilidade de o empresário deter todas as informações relacionadas à transação e ao futuro; a *racionalidade limitada dos economistas não nos é estranha*. Ao longo dos séculos, o sistema jurídico criou mecanismos para lidar com essa incompletude. Eloquente exemplo é o instituto da excessiva onerosidade, que autoriza a denúncia no caso do advento de evento imprevisível e imprevisível, capaz de alterar profundamente a economia contratual.<sup>175</sup>

Outra diferença entre a visão econômica e a jurídica é que, para a primeira, “o ser humano tem limites em sua capacidade de lidar com problemas complexos, mesmo que a informação lhe seja plena e sem custos”.<sup>176</sup> No Direito, esse fato é identificado com as possibilidades de ação que o mercado abre para a empresa e não como um problema.

Por exemplo, diante da valorização do real em face do dólar norte-americano, alguns agentes preferirão investir em maquinário pesado, enquanto outros no incremento do estoque de matéria-prima importada. Juridicamente, essas diversas estratégias não provêm de restrições da capacidade cognitiva do agente, mas do leque de opções que o ambiente institucional proporciona. Ao contrário dos economistas, nunca cogitamos que, para cada situação, haveria apenas uma solução correta e ótima.

### 5.21 Incompletude contratual

*Os contratos não contêm – e não podem mesmo conter – a previsão sobre todas as vicissitudes que serão enfrentadas pelas partes.*

Discutiu-se no capítulo segundo a questão dos contratos incompletos. Viu-se que, na maioria das vezes, as partes não detêm todas as informações

175. Os economistas distinguem a *racionalidade limitada da incerteza*: a primeira é uma característica do indivíduo, enquanto a segunda refere-se ao ambiente, ao contexto contratual.

176. ELIZABETH FARINA et al., *Competitividadade, mercado, Estado e organizações*, 74.

relacionadas ao negócio que pretendem celebrar, sendo a lacunosidade natural, ainda mais quando a relação é desenhada para ter longa duração.<sup>177</sup>

A doutrina especializada costuma apontar as seguintes causas dessa incompletude:<sup>178</sup>

[i] *impossibilidade de previsão do futuro*,<sup>179</sup>

[ii] *improbabilidade do acontecimento de certos fatos*: alguns eventos, embora possam até ser cogitados, são tão improváveis que sua disciplina no contrato não se mostra compensadora. “[H]á limites para o tempo que nós podemos ou devemos perder procurando prever todas as contingências em nossos contratos”,<sup>180</sup>

[iii] *imprecisão da expressão do acordo*: a linguagem é naturalmente inexata e muitas vezes falha na exata determinação do contratado.

Tome-se como exemplo um negócio de fornecimento de matéria-prima celebrado por prazo indeterminado. As partes preverão o preço inicial do produto, que, seguramente, não poderá ser mantido ao longo dos anos. Outras fendas contratuais virão à tona, ainda mais se considerarmos a grande probabilidade de alteração das circunstâncias fáticas que circundam o negócio.

Que o desajuste do contrato ocorrerá ao longo de sua existência é mesmo evidente. Visando a afastar o rompimento posterior da avença, as empresas costumam prever, no momento inicial da contratação, mecanismos que visam

177. Segundo os economistas, o contrato é “completo” quando “estabelece, para cada possível situação atual e futura, as obrigações recíprocas das partes quanto as prestações e pagamentos” e “o respeito a essas obrigações [enforcement] é assegurado pela capacidade de verificação de uma autoridade externa [um juiz ou tribunal] e pela possibilidade de impor sanções às partes eventualmente inadimplentes” (ANTONIO NICITA e VINCENTO SCOPA, *Economia dei contratti*, 171).

178. Cf. MILGROM e ROBERTS, *Economics, organization and management*, 130. Ainda sobre o mesmo tema, DAVID CAMPBELL e HUGH COLLINS, *Discovering the implicit dimensions of contracts*, 40 e ss. Estes autores destacam que a inserção do contrato em seu contexto traz dimensões implícitas não decaladas na letra fria do papel. V. sobre a impossibilidade de o instrumento conter as “dimensões implícitas” das negociações, STEWART MACAULAY, *The real and the paper deal* empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules.

179. “Our ability to predict the future is limited, and even careful business people often leave gaps in written contracts. The word changes and surprises us” (STEWART MACAULAY, *The real and the paper deal*: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules, 54).

180. STEWART MACAULAY, *The real and the paper deal*: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules, 54.

a pacificar controvérsias futuras, que nem sempre funcionam a contento. Afirma-se que, por conta da incompletude contratual inerente à avença, o risco do rompimento sempre ameaçará a empresa.

Para o ente que realizou investimentos em ativos específicos, aumentando seu grau de dependência, a incompletude representa perigo mais elevado, pois pode incitar comportamento oportunista da outra parte.

Como explica BELLANTUONO, “[a] celebração de um contrato incompleto expõe as partes ao risco de serem forçadas a suportar os efeitos de uma situação não prevista. As oscilações de mercado ou as inovações tecnológicas podem modificar a relação entre o custo e o benefício das prestações acordadas. Ainda que algumas situações possam ser geridas mediante a utilização de mecanismos de adequação, a incompletude do contrato torna-se relevante quando nenhuma cláusula contratual oferece resposta ótima aos eventos supervenientes. Nesse caso, a única possibilidade é a renegociação dos termos do acordo”.<sup>181</sup>

### 5.22 Desvio de pontos controversos. Lacunas e ambiguidades podem ser propositais

*Por vezes, para não obstar a realização do negócio, as partes deliberadamente evitam tratar de questões que geram desconforto.*

A inexistência de previsão contratual sobre determinadas questões pode derivar do comportamento estratégico das partes que, visando à realização da transação, evitam enfrentar pontos controversos que poderiam ameaçá-la.<sup>182</sup> Deixam para a solução de alguns problemas para o futuro, até mesmo confiando no aumento do grau de dependência econômica que poderá ocorrer durante a relação. “Não criemos problemas” ou “quando acontecer, veremos o que e como fazer”, costuma-se afirmar nessas ocasiões.<sup>183</sup>

181. GIUSEPPE BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, 75.

182. STEWART MACGULAV, em conhecido estudo empírico sobre o comportamento das partes nos contratos, indica que, durante as tratativas, os agentes econômicos podem assumir as seguintes posturas em relação ao negócio a ser implementado: [i] cuidadosamente planejar comportamentos, explicitando-os formalmente [explicit and careful]; [ii] possuir entendimento comum, mas tácito, sobre certa questão [tacit agreement]; [iii] possuir entendimentos divergentes, não manifestados expressamente [unilateral assumptions]; [iv] sequer cogitar de determinado problema [unawareness of the issue]. O autor esclarece que “[c]learly other intermediate points are possible” [Non-contractual relations in business: a preliminary study, 4].

183. “If I want a clause that says if event X takes place, the consequence Y will follow, you may demand something in exchange that I do not want to give you. When I anticipate this, it may be better to avoid raising the issue in negotiations and hope that the matter can be resolved if event X ever takes place” [STEWART MACGULAV, *The*

Ao contratar, as empresas dirigem sua atenção para os aspectos econômicos do negócio e não para aqueles jurídicos. Seu foco costuma recair sobre o preço, condições de pagamento, características do bem ou do serviço adquirido etc. Em negócios de maior complexidade, o planejamento das chamadas “contingências” fica a cargo dos advogados. Com base em pesquisas empíricas, constatou-se que, para a maioria das empresas, a utilidade do contrato escrito é secundária quando comparada aos aspectos econômicos da transação.<sup>184</sup> Alguns assessores jurídicos que, desconhecendo importantes aspectos fáticos do empreendimento, não raro deixam de lhes dispensar a devida atenção.<sup>185</sup>

### 5.23 Ambiente institucional

*O negócio jurídico somente pode ser entendido na complexidade de seu contexto, cuja análise requer visão interdisciplinar.*

Os contratos devem ser considerados no ambiente que os circunda, condicionando-os. Não é possível desgarrar o negócio da realidade em que está inserido [chamada, pelos economistas, de “ambiente institucional”], tornando-o peça estéril de atribuições de obrigações desconexas da realidade. Frise-se bem: a empresa é um agente que se move nesse ambiente institucional; existe somente porque age. Essa ação é conformada pelo “conjunto de regras políticas, sociais e jurídicas que estabelecem as bases da produção, das trocas e da distribuição”.<sup>186</sup>

Ao privilegiar a visão objetiva do negócio, o direito comercial torna-o reflexo das circunstâncias que levaram as partes à vinculação e que o contrato continua a embeber.

Para ilustrar a importância do contexto contratual, tomemos exemplo formulado por HUGH COLLINS. Quando Tácio, pela manhã, pede um café na sofisticada

real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules, 55].

184. No relato de COLLINS: “[B]usinessmen focus their attention on the economic deal, not the contract. They are interested in the core exchange of goods and services, and do not pay much attention to the task of planning for contingencies. [...] The remaining issues that are typically included in the written contract by the lawyers will usually, though not invariably, receive scant attention from the parties to the transaction” [Regulating contracts, 150].

185. Remete-se o leitor ao capítulo terceiro, item 3.13, onde foram abordadas as omissões e ambiguidades propositais na redação dos instrumentos contratuais.

186. No original: “Set of fundamental political, social and legal ground rules that establishes the basis for production, exchange and distribution” [LANCE DAVIS e DOUGLASS NORTH, *Institutional change and American economic growth*, 6].



A título exemplificativo: quando o sistema jurídico disciplina a falência, tem em vista a tutela do crédito, ainda que modernamente sejam igualmente perseguidos outros valores, como a preservação das empresas e de empregos. O sistema – ainda que em nome da proteção de outros interesses – não poderia, simplesmente, “perdoar” os débitos do falido, sob pena de desestabilizar o ordenamento, com o consequente declínio do investimento.<sup>195</sup>

Por mais que outros valores sejam considerados dignos de tutela jurídica, a proteção do crédito continuará desempenhando função primordial na organização do sistema de direito mercantil e, especialmente, na disciplina e na execução dos contratos empresariais.

### 5.25 Forma nos contratos empresariais

*No direito comercial, a forma assumida pelos negócios é instrumental ao bom fluxo de relações econômicas.*

A doutrina comercialista sempre apontou a informalidade como uma das principais diferenças entre os negócios civis e mercantis.<sup>196</sup> O tráfico não pode ser obstruído por formalismos inúteis; a esse propósito, lembre-se de que o direito comercial surge também para liberar os mercados das amarras romanísticas, que embarçavam seus negócios.

Na área empresarial, as formalidades prestam-se a lubrificar o fluxo de relações econômicas, aumentando a segurança e a previsibilidade dos agentes e não a fins insensatos, desconhecidos do mercado.<sup>197</sup> Na linguagem própria aos economistas, *as formalidades diminuem os custos de transação, seja por acoplarem*

195. VIVANTE faz referência aos problemas enfrentados pelos comerciantes na Roma Imperial em virtude de normas que prejudicaram grandemente os interesses do crédito: “Solo negli ultimi secoli dell’impero, sotto l’influenza di tristi condizioni economiche, si cercò di venire in aiuto ai debitori con numerosi provvedimenti legislativi che pregiudicarono grandemente gli interessi del credito. Questa fu una delle ragioni per cui più tardi, quando il commercio risorse e fiorì, si sentì la necessità di leggi e di usi speciali che sciogliessero la rinnovata attività commerciale dalle regole faticose e pieuose che, per una malintesa clemenza pei debitori, erano invalse nel diritto di Roma imperiale” [*Istituzioni di diritto commerciale*, 4].

196. Na dicção de VIVANTE: “[I]l commerciante come uomo d'affari, la cui professione sia nel contrattare, ha tale energia di pronte ed accorte deliberazioni che e superflua per lui la cautela delle forme solenni” [*Treatato di diritto commerciale*, v. IV, 67].

197. A liberdade de forma justificava-se porque a prova na seara comercial não poderia ficar adstrita à escritura pública. Comentando o art. 122 do Código Comercial, a firma WALDEMAR FERREIRA: “Basta para comprovar o contrato mercantil o simples documento assinado pelas duas partes, ou a correspondência epistolar, telegráfica.

determinadas garantias ao negócio, seja por espremiar informações relevantes para o tráfico.

Os livros dos comerciantes são interessante exemplo. As formalidades que os cercam prestam-se a incrementar sua força probante, facilitando a preservação de informações ou a comprovação de fatos. A transferência do controle de sociedade anônima com vultoso patrimônio é realizada sem a participação de qualquer agente público, mediante os adequados lançamentos no livro de registro de ações nominativas e no livro de transferência de ações, em manobra que não costuma tomar mais de alguns minutos. Se as ações da companhia forem escriturais, essa transferência dar-se-á em segundos pelos lançamentos nas contas de depósito mantidas junto à instituição financeira competente. Nos termos do art. 100, § 1.º, da Lei 6.404, de 1976, qualquer interessado pode solicitar certidões sobre as informações constantes naqueles livros. Segundo os exemplos da Lei Societária, todas as publicações ali ordenadas informam o mercado dos andamentos dos negócios sociais, diminuindo assimetrias informacionais que seriam prejudiciais ao público investidor e à economia em geral.

As formalidades, no direito comercial, somente se justificam porquanto úteis ao fluxo de relações econômicas.

### 5.26 Contrato e informações

*A imposição de padrão jurídico quanto às informações que devem ser prestadas quando da celebração dos negócios permite o incremento do fluxo de relações econômicas.*

O agente econômico está legitimamente autorizado a presumir que seus parceiros comerciais são aptos a realizar negócios. Um dos desdobramentos dessa assunção é que eles detêm – ou deveriam ter diligenciado para deter – as informações relevantes à contratação, passíveis de serem obtidas a custo razoável.

Não se espera que, no momento da vinculação, as empresas efetivamente disponham de todas as informações sobre o negócio ou sobre o contexto fático que o circunda [mesmo porque isso seria impossível]. Ao contrário, o tráfico exige apenas que:

[a] a empresa tenha se esforçado razoavelmente para obter as informações sobre o negócio; se não o fez, presume-se que essa foi sua opção consciente [a busca de informações é processo custoso e a empresa pode deliberadamente não o levar adiante, assumindo o risco da informação defeituosa]; e

radiográfica ou telefônica, com a proposta de aceite do negócio, para sua validade” [*Treatado de direito mercantil brasileiro*, v. 1, 125].

[b] as empresas não omitam informações relevantes à contraparte.

O ordenamento exige que o empresário empregue a diligência *normal* dos homens sensatos e prudentes para granjear as informações referentes à contratação. Não lhe é reclamado mais, pois isso aumentaria sobremaneira os custos de transação.

Por outro lado, a empresa que deiver grau de informação inferior àquela que dela seria esperado deverá suportar os eventuais prejuízos decorrentes dessa falta. Muitas vezes, o agente econômico tem consciência de que possui quantidade de informações aquém do ideal. Se segue com negócio, deverá arcar com os riscos correspondentes a essa sua estratégia.

Mediante a presunção *objetiva* do nível ideal de informação do agente em cada contratação, o sistema de direito comercial busca disciplinar questão complexa. “[I]t is difficult to conceive of a choice as autonomous without basic information on its implications, but because information is often costly it may be rational to choose to forgo the acquisition of further information where its expected benefits are less than its expected costs”.<sup>198</sup>

Como exemplo, retomemos o exemplo da empresa A, que pretende terceirizar as atividades de limpeza de suas instalações. Seu presidente entende tratar-se de questão menor, que desaconselha gastos para resolução; ordena que seja contratada “qualquer limpadora”, desde que prontamente. Dessa forma, A não dependerá recursos para a seleção da parceira B. No entanto, esse comportamento eleva os *riscos* de insucesso da estratégia. Note-se bem: não é dito que a contratação de B não será uma boa opção; apenas que A, com sua atitude, assumiu o risco de que não o fosse.

A prestação de informações à outra parte segue a mesma lógica: dentro dos padrões da *bona-fé objetiva* [i.e., considerando a legítima expectativa criada pela prática de mercado] deve-se tomar a quantidade e a qualidade de dados *normalmente* oferecidos em negociações semelhantes.

Espera-se que sejam reveladas as informações importantes para a contratação, i.e., que podem influenciar a decisão de contratar ou de não contratar e impactar sua formatação básica, desde que a prestação dessas informações não implique custos irrazoáveis para a parte. A omissão, por uma empresa, de dado relevante para o negócio do qual tem ciência costuma ser entendida como contrária ao padrão de comportamento esperado do agente econômico.

198. MICHAEL TREBLCOCK, *The limits of freedom of contract*, 103.

Eis outra diferença entre o sistema consumerista e o comercialista. O padrão imposto aos homens de negócio supõe que buscam diligentemente as informações necessárias à tomada da sua decisão; ao revés, não se espera do consumidor grande empenho na coleta de dados a partir do momento em que o fornecedor está vinculado à “transparência obrigatória nas relações de consumo”.<sup>199</sup>

199. O fenômeno é destacado por CLAUDIA LIMA MARQUES: “É a nova transparência obrigatória nas relações de consumo, em que vige um novo dever de informar, imputado ao fornecedor de serviços e produtos, e uma nova relevância jurídica da publicidade, instituída pelo CDC como forma de proteger a confiança despertada por este método de marketing nos consumidores brasileiros” [*Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 191. Itálicos nossos]. Com efeito, embora se tenha notícia da existência, há séculos, de regras impondo a obrigatoriedade da prestação de informação aos consumidores, até há pouco não se esperava [e não se exigia] que o comerciante prestasse essas informações *sponte propria*, senão, simplesmente, que seguisse as prescrições específicas das leis e dos regulamentos incidentes sobre sua atividade e/ou os produtos ou serviços que comercializasse. Tome-se, à guisa de exemplo, a Lei 1.521, de 26.12.1951, que considerava crime contra a economia popular “expor à venda ou vender mercadoria ou produto alimentício, cujo fabrico haja desatendido a determinações oficiais, quanto ao peso e composição” [art. 2.º, inciso III]. A preocupação com a informação aos consumidores restringia-se à obrigatoriedade de “antes afixadas, em lugar visível e de fácil leitura, as tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes” [art. 2.º, inciso VI, *in fine*]; a proibição de “dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios” referia-se somente a “títulos, ações ou quotas” [art. 3.º, inciso VIII]. A Lei Delegada 4, de 26.09.1962, considerava ilícita somente a atividade de “produzir, expor ou vender mercadorias cuja embalagem, tipo especificação, peso ou composição, transgrida determinações legais, ou não corresponda à respectiva classificação oficial ou real” [art. 11, alínea f], nada dispondo sobre a prestação adicional de informações. As palavras de PAULO GULLO, referindo-se ao direito italiano, são plenamente aplicáveis à realidade brasileira anterior a 1990: “In base all’opinione tradizione occorreva escludere l’esistenza di un dovere generale di informazione. Le esigenze dei traffici e della correttezza e economica era infatti considerate preminenti rispetto a quelle di correttezza e di solidarietà. In applicazione dei principi di autoreponsabilità, tipici specie del diciannovesimo secolo, si pensava che ciascuna parte dovesse basare a se stessa e non fosse soggetta ad alcun obbligo di correttezza e di informazione nei confronti della controparte; chiunque era in linea di principio libero di approfittare a proprio vantaggio degli errori e delle mancanze di conoscenza altrui. In queste condizioni l’esistenza di doveri di informazione poteva operare solo in presenza di specifiche disposizioni legislative in questo senso [...]” [Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto, 162].

Por exemplo, em processo de compra e venda de controle de sociedade, não se confia que o vendedor entregará relatório detalhado sobre o andamento de cada uma das ações judiciais da qual a empresa participa, a menos que isso seja expressamente contratado. Conta-se, apenas, que eventuais contingências sejam devidamente registradas e que as notas explicativas às demonstrações financeiras correspondam à realidade. Em relação ao consumidor, por conta da presunção de sua hipossuficiência, entende-se que o fornecedor deva prestar as informações necessárias sobre o bem – e não que o consumidor busque-as *sponte propria*.<sup>200-201</sup>

### 5.27 Informação e oportunismo [relação “principal/agente”]

*A empresa tende a utilizar a informação que detém em proveito próprio, e não naquele da contraparte.*

Em determinados contratos mercantis, o interesse das partes não é coincidente porque uma delas necessita da colaboração da outra para desenvolver suas atividades de forma mais adequada e lucrativa. A empresa cuja colaboração se requer tende a situar seus escopos em primeiro lugar, o que pode prejudicar sua parceria comercial.

Essa situação, identificada no direito como um tipo de conflito de interesses, é bastante estudada pelos economistas, que a denominam “relação

200. Não tratamos, aqui, da disciplina do fluxo de informações no mercado de valores mobiliários, que segue escopos mais amplos, visando a diminuir as assimetrias informacionais existentes entre as empresas e os investidores.

201. Nessa linha, a disciplina jurídica dos vícios redibitórios trata de questões derivadas da ausência de informações sobre o bem adquirido e dos procedimentos a serem adotados nessas situações.

Nosso Código Comercial determinava, em seu art. 210, que o vendedor, mesmo depois da entrega, ficaria responsável pelos vícios e defeitos ocultos da coisa vendida “que o comprador não podia descobrir antes de a receber, sendo tais que a tornem imprópria ao uso a que era destinada, ou que de tal sorte diminuem o seu valor, que o comprador, se os conhecesse, ou a não compraria, ou teria dado por ela muito menor preço”. Ou seja, disciplina-se a *informação relevante* sobre a coisa, que influencia a decisão de contratar e o preço a ser pago. Quanto à diligência das partes, estabelece que somente terá lugar a indenização caso se trate de informação que “o comprador não podia descobrir”. O Código Civil de 1916 [art. 1. 101 a 1. 106] e o novo Código Civil [art. 441 a 446] tratam a questão de forma ligeiramente diversa, sem destacar expressamente o conhecimento que se espera seja detido pelo comprador.

principal/agente”, em literal tradução da expressão em língua inglesa *principal/agent*.<sup>202-203</sup>

Tenha-se como exemplo dessa espécie de situação aquelas relativas aos contratos de distribuição ou de representação comercial. Embora haja escopo comum entre fabricante e distribuidor, cada empresa buscará a satisfação prioritária de seu interesse, em detrimento daqueles de sua parceira – o “agente” [distribuidor] tomará decisões capazes de prejudicar os negócios do “principal” [fabricante].<sup>204</sup>

Sempre a título de ilustração, cogite-se que a empresa A decide organizar sua biblioteca e contrata B para auxiliá-la nessa empreitada. B dirige-se a um conhecido sebo e, deparando-se com obra rara oferecida a excelente preço, inclina-se a adquiri-la para si e não para o acervo de A. A tendência de A é contentar seu interesse, antes daquele de B.

Geralmente, apontam-se duas alternativas para a solução desse problema: [i] concessão de incentivos para que o agente comporte-se de acordo com os fins do principal;<sup>205</sup> e [ii] obrigatoriedade de prestação, pelo agente, de informações sobre sua atividade e/ou sobre o mercado.

A Lei de Sociedades por Ações, ao dispor sobre a atividade do administrador, disciplina situação típica de agente/principal. Nessa linha, a imposição do *dever* de perseguir o bem da sociedade, independentemente dos seus interesses ou daqueles de quem o elegeu,<sup>206</sup> sendo-lhe vedado aproveitar oportunidades de negócio em detrimento da companhia. Igualmente, os arts. 667 e seguin-

202. A tradução do termo “principal” seria “ordenante”, “concedente em geral”. Entretanto, como esclarece o *Dizionario Giuridico* de FRANCESCO DE FRANCHI, trata-se de “termo cujo preciso significado é accertado caso a caso nos diversos contextos em que é empregado” [v. I, 11. 85-6]. *Principal and agent* significariam “representante e representado” em sentido muito amplo; são termos que podem ser subsumidos ao instituto da *agency*, típico da *common law*, que vai além da mera relação de representação.

203. Do ponto de vista jurídico, a questão foi explicada entre nós por ERASMO VALLADAO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, ao referir as “relações entre os interesses”: “Quando [...] a satisfação de uma necessidade exclui a de outras, dá-se, então, o conflito, que é a consequência da limitação dos bens, em confronto com as necessidades do homem” [*Conflito de interesses nas assembleias de S.A.*, 16 e ss.].

204. THRAINN EGGERTSSON, *Economic behaviour and institutions*, 41.

205. A questão do monitoramento dos agentes e dos incentivos é discutida por EUGENE F. FAMA no clássico texto *Agency problems and the theory of the firm*, em que aborda problemas referentes à administração das grandes corporações.

206. Cf. art. 153 e ss. da Lei 6.404, de 1976.

tes do Código Civil impõem deveres ao mandatário, visando precipuamente à proteção do mandante. Ainda, o representante comercial deve fornecer ao representado "informações detalhadas sobre o andamento dos negócios a seu cargo, devendo dedicar-se à representação, de modo a expandir os negócios do representado e promover os seus produtos".<sup>207</sup>

Para o jurista, a compreensão da situação agente/principal é importante para desvelar a função econômica de várias cláusulas contratuais normalmente utilizadas pelos agentes para atribuir incentivos ou controlar o desempenho da contraparte.

### 5.28 Modificação do comportamento pós-contratual [moral hazard]

*A celebração do contrato pode levar à alteração do comportamento de uma parte, em detrimento da outra.*

Por vezes, o estabelecimento do vínculo contratual instiga uma parte a modificar seu comportamento, prejudicando sua parceira comercial. Trata-se de espécie de "oportunismo pós-contratual", denominado "risco moral" ou *moral hazard*.

O mais conhecido exemplo de *moral hazard* refere-se ao seguro. A empresa segurada, depois da contratação, tende a não agir com a diligência de antes, pois tem ciência de que será indenizada na eventualidade de sofrer prejuízos. O motorista que segura seu veículo não mantém o mesmo incentivo para guardá-lo em estacionamento, aumentando as probabilidades de deixá-lo pela rua, à mercê dos bandidos.

O *moral hazard* demanda disciplina para que as consequências prejudiciais ao tráfico mercantil sejam mitigadas. Para facilitar a compreensão, considere-se situação em que as empresas A e B celebram contrato, mediante o qual B fornecerá a A determinado bem, pelo prazo de dez anos. É possível que, após a contratação, B diminua a qualidade dos produtos fornecidos a A sem, contudo, resvalar no inadimplemento. Por essa razão, não são incommuns cláusulas que visam ao monitoramento da qualidade da prestação. Visando a atenuar o *moral hazard*, no campo dos seguros, a indenização do agente econômico por vezes é estabelecida em patamar inferior ao valor real do dano sofrido.

No mesmo diapasão, a corrente jurisprudencial que, interpretando o art. 214 do Código Comercial, sempre obrigou o vendedor a fazer a coisa alienada "boa, firme e valiosa" para o comprador, mesmo após a transferência da propriedade, visa a cobrir o risco moral. Os Tribunais Nacionais, decidindo sobre o dever de não concorrência na alienação de estabelecimentos comerciais, construíram um dos mais belos capítulos da jurisprudência comercial.

207. Cf. art. 28 da Lei 4.886, de 09.12.1965.

obrigando o alienante a proteger os interesses do comprador, abstenendo-se de disrubar o gozo da coisa adquirida.<sup>208</sup>

Em síntese, a imposição legal do dever de colaboração visa à cobrição do *moral hazard*.

### 5.29 Aumento da dependência econômica pelo contrato

*O contrato pode levar ao aumento do grau de dependência econômica das partes.*

No capítulo segundo, destacamos que muitos negócios encerram situações de dependência econômica e que a Lei n. 13.874, de 2019, parte da constatação de que mesmo os contratos empresariais podem não ser paritários [cf. arts. 3º, VIII, e 421-A do Código Civil]. Vale aprofundar o tema.

Não é incommum que a conclusão do negócio demande investimentos específicos – denominados, pelos economistas, "investimentos idiossincráticos".<sup>209</sup> Por exemplo, a adaptação da linha de produção do fornecedor para satisfazer a necessidade específica de seu [futuro] parceiro comercial.

Nessas circunstâncias, a parte que realiza a inversão vê aumentar sua dependência em relação à outra, pois o desluzamento do negócio, com muita probabilidade, causar-lhe-á perdas. A sujeição será ainda maior se, após o término da relação, esses gastos não puderem ser recuperados ("custos irreperáveis" ou *sunk costs*). Imagine-se a empresa B que, para distribuir os produtos de A, investe pesadamente em publicidade. Findo o contrato que mantém com A, B não conseguirá recuperar o quanto despendido na promoção.<sup>210</sup>

208. Sobre essa construção jurisprudencial, cf. EROS ROBERTO GRAU e PAULA A. FORGIONI, *Cláusula de não concorrência ou de não restabelecimento. Evolução histórica, função econômica e análise jurídica*, 273 e ss.

209. Em vários textos, WILLIAMSON destaca que um dos elementos mais relevantes da relação contratual é a *especificidade de ativos*: "The crucial investment distinction is this: to what degree are transaction-specific [nonmarketable] expenses incurred. Items that are unspecialized among users pose few hazards, since buyers in these circumstances can easily turn to alternative sources, and suppliers can sell output intended for one order to other buyers without difficulty. Nonmarketability problems arise when the specific identity of the parties has important cost-bearing consequences. Transaction of this kind will be referred to as 'idiosyncratic' [Transaction-cost economics: the governance of contractual relations, 239]."

210. Em determinados casos, os investimentos específicos e irreperáveis feitos por uma das partes podem significar comprometimento [commitment] que atesta a seriedade de intenções, i.e., a pouca disposição de se abandonar o negócio. Nestas hipóteses, o "comprometimento mútuo de ativos específicos" poderia incentivar o aumento do

Porque os investimentos idiossincráticos e irre recuperáveis aumentam o grau de dependência de uma parte em relação à outra, impactam a dinâmica das relações contratuais e não podem ser desprezados pelos juristas. *Maior* os investimentos e menores as possibilidades de posterior recuperação, mais amador o término contratual para a parte que os realizou.<sup>211</sup>

Alguns contratos têm a situação de dependência econômica como apá-nágio típico, sendo impossível à parte ignorá-la no momento da vinculação. Supõe-se que as empresas aderem voluntariamente a esses esquemas contratuais, ponderando previamente as consequências da diminuição de sua liberdade.

No contrato de franquia, o franqueado sabe que deverá desenvolver atividades ao abrigo de marca que não é sua — i.e., que, de certa forma, passará a depender do fornecedor. Se abraça o negócio, presume-se ter ponderado que os lucros vindouros compensariam as adversidades: “Cômodo quem o tem, deve suportar o incômodo”, na máxima divulgada por TEIXEIRA DE FREITAS.<sup>212</sup>

Disciplinando situações análogas àquela que ora expomos, o novo Código Civil determinou que a denúncia dos contratos de longa duração não produzirá efeitos antes de recuperados os investimentos realizados.<sup>213</sup> Com isso, evita que o término abrupto do negócio traga prejuízos indevidos à parte que investiu no empreendimento.

Ao contrário do que pretendem muitos, esse dispositivo não atua contra a lógica de mercado. Incentiva o tráfico ao cobrir a exploração oportunista da dependência gerada pelo negócio, reduzindo o risco moral [moral hazard].

grau de colaboração entre as partes [ROBSON ANTONIO GRASSI, Williamson e “formas híbridas”: uma proposta de redefinição do debate, 55 e ss.]

211. A existência de investimentos idiossincráticos normalmente gera o fenômeno do *hold up*, que se verifica na presença dos seguintes pressupostos: [i] existência de investimentos idiossincráticos que, eventualmente, significarão *sunk costs*; [ii] viabilidade de amortização desses investimentos apenas a longo prazo e [iii] investimentos “assimétricos”, ou seja, realização de investimentos significativamente maiores por uma das partes do que pela outra. Cf. DORIS HILDEBRAND, *Economic analysis of vertical agreements – A self-assessment*, 18. Para um resumo da teoria do *hold up*, cf. ROBERT FRIELAND, *Creating holdup through vertical integration*: Fisher body revisited, em que são analisados os trabalhos pioneiros de KLEIN, CRAWFORD e ALCHIAN.
212. *Regras de direito*, 246.

213. Art. 473. A restrição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”.

### 5.30 “Mais vale um mau acordo do que uma boa demanda”

Por força do princípio do *pacta sunt servanda*, diante do descumprimento contratual, a ordem jurídica obriga a parte faliosa ao adimplemento da obrigação ou ao pagamento da indenização correspondente. Os contratos são, por definição, executáveis ou, como preferem os economistas, *enforceable*.

Entretanto, na realidade dos fatos, mostra-se mais importante a possibilidade de execução do pacto do que propriamente sua execução: é a eventual execução que não a execução em si que influencia a dinâmica da relação entre as partes. O temor dos prejuízos de demanda judicial futura influencia marcadamente o comportamento presente das partes, projetando uma “sombra para o futuro”.

Poucas vezes as disputas que emergem durante a vida contratual são levadas ao Judiciário ou à arbitragem; sua grande maioria é resolvida pelos próprios agentes econômicos. “Compromissos são assumidos na presunção de que as partes manterão a relação e não estão limitadas pelos aspectos legais considerados pelo juiz na apreciação do problema”,<sup>214</sup> o que facilita o acordo.

Os agentes econômicos têm ciência de que o caminho até a obtenção da decisão judicial ou arbitral costuma ser longo e custoso. Acabam preferindo meios “extralegais” para a solução do impasse. Essa situação pode até mesmo fomentar o comportamento oportunista do inadimplente, que usa em seu benefício os percalços típicos dos procedimentos exógenos de pacificação de controvérsias. Aquele que descumpriu o acordo tem ciência de que, diante dos custos da solução judicial ou arbitral, a parte inocente tende a adotar posição mais complacente durante as negociações.

### 5.31 Contraponto: institutos tradicionais do direito mercantil e criação de obrigações não expressamente desejadas pelas partes. Aviltamento da segurança jurídica?

O novo impulso dado à utilização de institutos tradicionais do direito comercial reacende a discussão sobre a *insegurança jurídica*, na medida em que podem dar origem a deveres não expressamente contratados pelas partes. É preciso reconhecer que, por força de institutos como a boa-fé, o padrão do

214. No original: “compromises are reached in the light of their part to maintain an existing relationship between them; they are not limited to the ‘legal’ considerations which the judge may properly take into account when reaching a judgment” [HARRIS e VJANOVSKI, *The use of economics to elucidate legal concepts: the law of contract*, 116].

homem ativo e probo, a proteção da legítima expectativa etc., o agente econômico resia vinculado a comportamentos que não foram por ele explicitamente negociados.

No passado, embora nunca tenha sido negada a importância desses institutos para a disciplina do tráfico, sua discussão explícita foi arrefecida.<sup>215</sup> Os tribunais aplicavam a lógica a eles inerente, ao mesmo tempo em que evitavam embasar as decisões declaradamente em conceitos fluidos como a boa-fé. Por exemplo, são raros acórdãos impondo expressos deveres às partes por força dos usos e costumes comerciais.

No campo da teoria geral do direito civil, para muitos autores, a inserção no negócio de cláusulas não expressamente desejadas e negociadas pode levar ao sacrifício da autonomia da vontade e à submissão das partes ao arbítrio do legislador, do jurista ou do intérprete.<sup>216</sup>

Ilustrativa a esse respeito é a contenda mantida entre BETTI e STOLFI no final dos anos 40.<sup>217</sup> Vimos acima a linha bettiana, destacando a função econômica

dos negócios e sua objetivação com base nas práticas de mercado. Tenha-se em mente, mais uma vez, que BETTI lutava contra o subjetivismo e o voluntarismo de sua época, que via como desdobramentos de inaceitável liberalismo. De qualquer forma, um dos resultados práticos de sua teoria é o reconhecimento de que a prática social gera deveres de conduta. Note-se bem: a prática social é não exclusivamente a vontade individual é fonte de obrigação.

STOLFI, refulando duramente as críticas que lhe são formuladas, defende ser sempre necessário o consenso do homem para sua vinculação, ou seja, exige-se “efetiva intenção de dar origem à relação concreta”.<sup>218</sup> A submissão a deveres não expressamente contratados [i.e., não derivados de sua vontade] significaria sujeição do ser humano ao arbítrio.<sup>219</sup>

O debate, que pareceria “técnico” aos mais afoitos, não pode sombrear a questão política nele envolvida. Por um lado, a supremacia do individualismo e da vontade do sujeito como motores absolutos de sua vinculação. Por outro, a objetivação dessa vontade, levando-se em conta o fator social. A questão é explicada por ORLANDO GOMES, com a habitual clareza:

“A adoção do negócio jurídico como instrumento da autonomia privada, faz-la, na realidade, impregnar-se de sentido social, ao abandonar o dogma da vontade. A característica no negócio passa a ser [...] o fato de se vincular o sujeito por seu comportamento, no sentido de que a sua conduta sucessiva não pode se desenvolver senão na conformidade do ‘tempinho’ que assumiu, segundo o ordenamento positivo, com seu comportamento. Obviamente, é a lei que vincula o sujeito, ou as partes, a observar esse comportamento. Vincula-se por seu comportamento, não se lhe permitindo invocar deficiências do processo volitivo que não puderam ser descobertas pelos outros e, além disso, prescinde da investigação do intento do

215. As razões dessa subestimação são explicadas por GUIDO ALBA: “[...] pouca familiaridade dos juizes da época com a aplicação de disposições de conteúdo indeterminado diante da interpretação formalística que imperava, privilegiando a aplicação literal do texto do Código; [ii] desconfiança em relação à doutrina que tendia a considerar os juizes como representantes do Estado e via a aplicação de cláusulas gerais aos negócios privados uma forma de intervencionismo estatal; [iii] temor de atribuir-se aos juizes excessivo poder discricionário [Tratado di diritto civile. Storia, fonti, interpretazione, 954]. No mesmo sentido, ALBA, *Corso di sistemi giuridici comparati*, 272. Ainda sobre esse ostracismo, cf. STEFANO RODOTA, *Le fonti di integrazione del contratto*, 184 e ss. Em suma: “Il conceitualismo ed il positivismo, tra loro strettamente allacciati, spiegavano tutta la loro influenza, con effetti che arrivavano fino ad espungere dall’ordinamento alcune norme: ma anche questa è una conseguenza quasi inevitabile, che ciascuna cultura non è disposta a riconoscere altri strumenti tecnici che non siano quelli ad essa omogenei, negando agli altri il carattere della giuridicità” [188]. CARLOS FERRERA DE ALMEIDA dá notícia da relutância do reconhecimento do costume como fonte de direito [Contratos I. Concetto, fontes, formação, 63].

216. A questão discutida é sempre a mesma: “in ciascun ordinamento si esprimono le medesime preoccupazioni, relative alla discrezionalità dell’interprete nella applicazione della clausola attesa la sua genericità e indeterminatezza; al contempo, questa clausola ha finito per assolvere un ruolo tanto importante da considerarsi essenziale, sia per adattare l’intero ordinamento alle nuove esigenze economico-sociali, di cui il legislatore non può temporaneamente tener conto, sia per adattare la regola del caso alla fattispecie concreta” [ALBA, *Trattato di diritto civile. Storia, fonti, interpretazione*, 951].

217. V. discurso de NATALINO IRRI desenvolvimento no primeiro capítulo de seu livro *Letture Bettiane sul negozio giuridico*, de 1991.

218. No original: “[a] ragione si esige sempre il suo [do homem] consenso [...] e cioè la sua effettiva intenzione di dare origine al rapporto concreto, e non si è scritto un solo articolo da cui si possa argomentare il contratto [...]” [Il negozio giuridico è un atto di volontà, 248].

219. Em suma: “Si può invero discutere fino alla noia se la buona fede della controparte o le necessità del commercio o un’altra bizzarria del genere impongano o consigliano di ritenere vincolanti anche le dichiarazioni contrattuali non volute, perché la loro efficacia è solo patrimoniale: siamo ormai tanto abituati alla disinvoltura con cui il legislatore dispone dei beni del prossimo, che non ci scandalizziamo troppo nel constatare come nemmeno il giurista sia alieno dal sacrificare il danaro degli altri pur di dare corpo ai suoi preconcetti” [GIUSEPPE STOLFI, *Il negozio giuridico è un atto di volontà*, 248].

agente. Sobem ao primeiro plano os princípios da autorresponsabilidade do sujeito e da confiança dos outros sujeitos”.<sup>220</sup>

Não vem a talho determo-nos nas discussões travadas entre objetivistas e voluntaristas sobre o negócio jurídico.<sup>221</sup> Ao comercialista interessa mais de perto o vies dessa contenda ligado à *objetivação do comportamento pelo padrão de mercado* [que – destaque-se mais uma vez – sempre foi a regra do direito mercantil] e ao eventual avilamento da segurança jurídica derivada de estipulações inseridas no acordo independentemente do processo de barganha típico de certos negócios interempresariais.<sup>222</sup>

Tudo está na questão da eventual compatibilidade entre a assunção de condições não formalmente expressas e a segurança exigida pelo tráfico mercantil. A atribuição de força normativa às “dimensões implícitas”<sup>223</sup> das

220. *Transformações gerais do direito das obrigações*, 48.

221. Para análise das doutrinas voluntarista e objetivista do negócio jurídico, cf. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4 e ss.

222. Mais recentemente, LISA BERNSTEIN chega a duvidar até mesmo da existência dos usos e costumes da forma de tradicionalmente considerados e incorporados no *Uniform Commercial Code* norte-americano. No entendimento da autora, vários fatores sugeririam que “usages of trade” and “commercial standards”, as those terms are used by the Code, may not consistently exist, even in relatively close-knit merchant communities. While merchants in the industries examined here sometimes do and did act in ways amounting to loose behavioral regularities, most such regularities are either much more geographically local in nature or far more general in scope and conditional in form than in commonly assumed” [“The questionable empirical basis of article 2’s incorporation strategy”: a preliminary study, 715].

223. Sobre as “dimensões implícitas” dos contratos, cf. MILGROW & ROBERTS, *Economics, organization and management*, 132-3, e HUGH COLLINS, “The research agenda of implicit dimensions of contracts, 2-13. A respeito da diminuição do grau de segurança jurídica em virtude da consideração de elementos não expressamente mencionados pelas partes na letra do instrumento, afirma o autor: “It is not disputed that predictability of legal outcomes is an important goal for the regulation of contracts, though not of course the only goal. The important question is rather whose predictions matter?” [9]. A conclusão é que a opção pela abordagem formal, que exclui as dimensões implícitas das contratações, agrada mais aos advogados do que a seus clientes, na medida em que estes realmente as consideram em suas expectativas. “There is much evidence of a gap between the lawyer’s prediction based upon the express terms of the contract and their clients’ prediction based upon implicit understandings and expectations [...] Their intentions were not completely expressed in the contract, and so to enforce the terms without modification may make the law produce unpredicted outcomes. So the question becomes whose calculability really matters: the lawyers or the businessmen?” Enfim, a consideração das dimensões implícitas pode

negociações corrompe o bom fluxo de relações econômicas, aumentando os custos de transação? Eis a preocupação do direito comercial.

As partes, ao contratar, trazem para seu negócio todas as regras cogentes existentes na legislação incidente sobre o contrato. O art. 133 do Código Comercial necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitam ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato”.

A incorporação de “dimensões” além do que foi expressamente deliberado não é mecanismo estranho aos negócios; fontes externas à vontade das partes são reconhecidas pelo ordenamento.<sup>224</sup>

Quanto aos usos e costumes, a pedra de toque não repousa na vontade das partes, mas na incorporação ao negócio de regras cujo grau de institucionalização não é tão elevado como aquele que caracteriza o direito positivo codificado.<sup>225</sup>

O mesmo raciocínio pode ser aplicado às chamadas “cláusulas gerais” como a *boa-fé* e o padrão do homem ativo e probo: embora sua compreensão seja fácil na teoria, é no momento de sua aplicação ao caso concreto que a insegurança faz-se sentir. Na hipótese específica, qual seria a conduta esperada do agente econômico perante a situação que diante dele se apresentava?

Nem todos os mercados são como aqueles da praça de Santos no início do século XX, fonte de inspiração de CARVALHO DE MENDONÇA, ou do comércio de diamantes de Nova Iorque, estudado por LISA BERNSTEIN.<sup>226</sup> Os agentes econômicos que neles interagem têm certa ciência das regras costumeiras que devem ser respeitadas.<sup>227</sup> No mundo contemporâneo, as coisas não se colocam

ter como resultado a maior garantia de concreção de um dos principais escopos da lei: “support for trust and confidence in markets” [10].

224. Como esclarecia RODOTA, a pretexto de comentar o art. 1.374 do *Codice Civile*: “1.374. Integrazione del contratto. Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l’equità” [Le fonti di integrazione del contratto, 93 e ss.].

225. Por mais que, como adverte ANTOINE KASSIS, “[a]u total, la certitude absolue du droit écrit, législatif ou jurisprudentiel, est une velleité” [Théorie générale des usages du commerce, 47].

226. Oping out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry.

227. O assentimento dos costumes visa a dar-lhes publicidade entre os mercadores. Nesse sentido, a Lei da Boa Razão determinava que “os Escrivos da Corte devem ser somente

de maneira tão simples. "Customs are vague and they often differ from place to place". "Judges might not be able to rely on trade usage because none existed or none could be proved".<sup>228</sup>

os que se acharem estabelecidos, e aprovados pelos sobre ditos Assentos da Casa da Supplicação". Como não havia disposição semelhante para os costumes, apontava CORREIA TELLES: "Mas sendo occasião de muitas duvidas o não se saber com certeza, quaes os costumes racionaveis, e que teem mais de cem annos de duração, se ha obra de grande preço mandar o Governo compilar os costumes legitimos, e sapatral-os das corruptelas, e abusos, com os quaes innocenteemente se pode qualquer confundir: até os Soberanos interessariam nisto, porque jurando no acto da acclamação guardar os bons costumes, mal podem saber quanto se comprehende neste vocabulo de significação tao larga" [*Commentario critico da lei da boa razão*, 91]. O Regulamento 738, de 1850, dispunha sobre a publicidade dos usos reconhecidos e os esforços que os Tribunais do Comércio deveriam fazer para sistematizá-los.

Modernamente, sabe-se que não costuma ser frutífera a tentativa de "codificar" os usos e costumes, compilando-os de forma a aumentar o grau de segurança e de previsibilidade que seria por eles proporcionado. Na súpula de BERNSTEIN: "The debates surrounding these codification efforts suggest that there was not widespread agreement among merchants as to either the meaning of common terms of trade or the content of many basic commercial practices. Rules committee debates sometimes went on for years, customs relating to important aspects of transactions were left uncodified because consensus could not be achieved, and in most industries drafting committees eventually engaged in only selective codification. In addition, over time, many associations came to explicitly concede that they were attempting to change rather merely incorporate existing practices" [The questionable empirical basis of article 25 incorporation strategy: a preliminary study, 715].

No caso brasileiro, a situação não é diversa. Em 1907, BRASÍLIO MACHADO lamentava-se que, mesmo após sessenta anos de vigência do Código Comercial, "mal chegamos a contar 20 assentos das juntas commerciaes estabelecendo usos nacionaes do commercio" [*O Código Commercial do Brasil em sua formação histórica*, 268]. Nos termos do art. 8.º, VI, da Lei 8.934, de 1994 [conhecida como "Lei da Junta Comercial"], compete às Juntas Comerciais o assentamento dos usos e práticas mercantis. Por sua vez, os arts. 87 e 88 do Decreto federal 1.800, de 1996, e os arts. 182 e 183 do Decreto do Estado de São Paulo de n. 51.072, de 1968, estabelecem procedimentos para esse assentamento. O art. 6.º, *caput*, da Portaria JUCESP 21, de 24.04.2003, estabelece que "[a] cada mês de abril, a Junta Comercial dará cumprimento ao art. 88, do Decreto Federal 1.800/1996, publicando os usos e práticas mercantis assentados de 01.01 a 31.12 do 6.º ano anterior, para sua revisão".

228. STEWART MACAULAY, The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules, 66.

poder-se-ia estar diante de paradoxo no seio do direito mercantil: de um lado, institutos tradicionais levam ao aumento do grau de segurança jurídica, reduzindo custos de transação por aceitar certas presunções; de outro, as regras que permitem essas mesmas assunções trariam o aumento do grau de insegurança porque, na realidade dos fatos, não se conseguiria determinar com razoável grau de precisão o comportamento esperado do agente.

Contudo, a história do direito mercantil demonstra que, no cômputo geral, os institutos tradicionais próprios ao tráfico prestam-se ao seu bom funcionamento,<sup>229</sup> diminuindo os custos de transação e aumentando o grau de confiança do agente econômico.<sup>230</sup>

Ademais, considerando que a maioria dos contratos interempresariais é naturalmente incompleta, como se verá adiante, é cada vez mais difícil admitir seu desenvolvimento sem o recurso às cláusulas gerais. Elas permitem que as normas *endôgenas integrem o direito exôgeno*, que *as abraça e sorve*. Aterrar essa estrada em nome de inútil formalismo seria condenar a ordem jurídica do

229. Hoje, alguns autores sustentam que a utilização das cláusulas gerais aumenta o grau de racionalização do direito. "Al mito della certezza del diritto [della legge] si avvicinda l'obbiettivo della certezza delle decisioni. Non può sfuggire che l'uso delle clausole generali svolge, in tale contesto, una obbiettiva funzione di razionalizzazione degli indirizzi interpretativi" [FABRIZIO DI MARZIO, Verso il nuovo diritto dei contratti, 22]. Trabalha-se com a relativização da importância que a segurança formal teria para o tráfico. Com efeito, "despite, or because of, the imprecise and often conflicting nature of our contract law, the American economy has been successful" e "Clearly there is room for a contract law with strong elements of flexibility and qualitative norms in many areas of business" [STEWART MACAULAY, The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules, 79].

230. Atualmente, os autores que mais se ocupam dessa questão, combatendo o que chamam de "excessivo formalismo doutrinário" em prol da aplicação das cláusulas gerais e da consideração do contexto que enforma o negócio, são de origem inglesa ou norte-americana e não familiarizados às regras de interpretação de POTHIER, cuja influência doutrinária e jurisprudencial na Europa Continental e no Brasil é inegável. Nessa linha, à luz do art. 131 do Código Comercial, é incontestável a necessidade de consideração das "dimensões implícitas" dos negócios, ou seja, de regras ditadas pela boa-fé, usos e costumes, bem como a atuação de uma *contextual interpretation*. Em nossa tradição, não existe um só manual de direito comercial que negue a força jurídica dos usos e costumes e sua função integrativa, que sempre foi expressamente trazida pelo art. 133 do Código Comercial.

mercado à perene desadaptação<sup>231</sup> e comprometer irremediavelmente o fluxo de relações econômicas.

Muito se lutou para a objetivação das expectativas de comportamento, substituindo a “dimensão individualista” da parte e de sua intenção pela “dimensão social” [BETTI]. O que não pode ser admitido, porque prejudicial ao sistema, é o subjetivismo do intérprete que, despregando-se propositadamente da prática social, confunde suas decisões com suas aspirações, substituindo juízo minimamente objetivo por aquilo que entende ser “justiça social”.

231. CARL SCHMITT identifica nas cláusulas gerais a ruína do positivismo. “En todas partes y en todos los campos de la vida jurídica penetran las llamadas ‘cláusulas generales’ en detrimento de la ‘seguridad’ positivista: conceptos indeterminados de todo tipo, reenvíos a medidas y conceptos extralegales como buenas costumbres, lealtad y buena fe, exigibilidad y no-exigibilidad, razón suficiente, etcétera, que suponen una renuncia al fundamento del positivismo, a saber, la decisión legal, a la vez contenida y desvinculada de la norma. [...] En el momento en que conceptos como ‘lealdad y buena fe’, ‘buenas costumbres’, etc., se aplican no a una sociedad civil de tráfico individualista, sino al interés de la totalidad del pueblo, cambia de hecho todo el derecho sin que sea preciso que cambie una sola ley”. As cláusulas gerais, assim, “deben ser utilizadas como medios específicos de un nuevo tipo de pensar jurídico” [Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica, 67 e ss.].

## OS CON

SUMÁRIO  
socioed  
polo: a  
interes  
da resp  
cípio n  
de nov  
colabo  
perar?  
híbrida  
pletud  
aberto:  
Segue:

### 6.1 Os contra sociedade

Os contrat  
litam a atuação  
classificação em  
de intercâmbio e  
como as socieda

1. “[N]a associ  
troca. Aqui c  
da é favoráv  
dano, meu b  
outros por z  
interêsse par  
também o ou  
de solidaried  
de sociedade  
interêsse, de  
-se arruinála  
que Jur