

OBRAS DA AUTORA

O Estado, a empresa e o contrato. Com Eros Roberto Grau. São Paulo: Malheiros (no prelo).

Os fundamentos do antitruste. São Paulo: RT, 1998.

Sociedade por ações. Jurisprudência, Casos e comentários. Com Paulo de Lourenço Messina. São Paulo: RT, 1999.

PAULA A. FORGIONI

CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Forgioni, Paula A.

Contrato de distribuição. / Paula A. Forgioni. — São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

Bibliografia.

ISBN 85-203-2646-3

1. Contratos de distribuição 2. Contratos de distribuição - Brasil. I. Título.

01-7528

CDU-347.75:658.8

Índices para catálogo sistemático: 1. Contratos de distribuição / Direito civil 347.75:658.8

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

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 freqüentemente, 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 nova 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 desejará, 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 di 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 empresarial 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 cardiais 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, mira-se na realidade européia 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 Ordoliberalais, 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.¹⁰⁰¹ 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.¹⁰⁰² 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.

¹⁰⁰¹ *Direito internacional do meio ambiente*, p. 19-21.

¹⁰⁰² 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 situazione 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 legítimo¹⁰⁰³ 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 *bou-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".¹⁰⁰⁴ 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

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

¹⁰⁰³ 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.

¹⁰⁰⁴ 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 empréstá-los segundo as regras do mercado financeiro. Qual seria a taxa de juros desse novo 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 intrínseca 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 Marcello Huek 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 pôde 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-

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

te as manobras, e artifícios 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 posituação 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 profícuo 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 (...)"

de competição (porque todos buscam o prêmio do maior sucesso, da adoção da estratégia mais eficiente).

A questão teórica que vem à mente é a explicação do erro, dentro da pressuposição de que os agentes atuariam, sempre, de forma racional, visando à obtenção do melhor resultado. Aliás, já se anotou que, na realidade, autores da linha de Richard Posner, muito embora falem em "escolha" dos agentes econômicos, adotam uma noção de eficiência e de maximização que acaba por paradoxalmente eliminar esse mesmo processo de escolha.¹²⁸

Conquanto a questão passe despercebida de alguns economistas e de seus modelos, é possível entender a relação entre escolha e erro dentro do sistema microeconômico,¹²⁹ valendo-nos da lição de Williamson: segundo ele, sem embargo de o estudo da organização industrial lidar principalmente com o mercado e com os mecanismos de mercado, a maioria das atividades econômicas é desenvolvida por *empresas* ("firms").¹³⁰ Estas não são meras "curvas de custo e de demanda", indo muito além da "lógica do preço ótimo e da combinação de insumos".¹³¹ Na verdade, *a empresa é um centro de tomada de decisão.*

¹²⁸ Nas palavras de Jeanne Schroeder sobre Posner, "his definition of rationality excludes the process of making choices", *Economic rationality in law and economics scholarship*, p. 17.

¹²⁹ Os economistas tradicionais costumam explicar a diferença de comportamentos entre os agentes econômicos e seus erros apenas com base em sua "racionalidade limitada". Assimetrias de informação e a impossibilidade de conhecimento de toda a realidade forçariam que a ação seja embasada não em uma racionalidade plena, mas limitada (cf. Sylvie Lebreton, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, p. 62).

¹³⁰ *The mechanisms of governance*, p. 94.

¹³¹ Coase, *The firm, the market and the law*, p. 3.

Diz Coase que, para os economistas tradicionais, o sistema econômico funcionaria por si mesmo. Sua operação dar-se-ia sem um controle centralizado, sem uma visão geral. O fornecimento é ajustado à demanda e a produção ao consumo por um processo *automático, elástico e confiável*. Em suma, "the economic system works itself". As escolhas dos agentes seriam tomadas diretamente em função do mecanismo do preço.

No entanto, essa teoria é insustentável ao desconsiderar a figura da *empresa*, porque há alocações de recursos que não derivam do comportamento dos preços, mas da *escolha do empresário*. Afinal, não é em decorrência de uma alteração nos preços relativos que um trabalhador muda do departamento "y" para o departamento "x", mas simplesmente porque alguém ordenou que ele agisse desse modo!¹³²

Ora, a realidade impele-nos às mesmas conclusões de Coase. Por isso, podemos dizer que *o erro é possível dentro do sistema, porque não é o "infalível" mercado quem determina as jogadas, mas sim a lógica do empresário*. Para cada sujeito, uma jogada, uma conclusão, mesmo que partindo das mesmas variáveis (inclusive o direito). Por exemplo, diante da crise econômica argentina, uma pessoa resolve investir capital na bolsa de futuros, apostando na baixa do trigo. Por sua vez, uma outra contrata empregados, porque prevê um colapso na economia argentina e uma migração de consumidores para os nossos produtos. Uma terceira demite empregados porque acredita que a crise impactará a nossa economia negativamente e assim por diante. Uns decidem

¹³² "Yet in the real world we find that there are many areas where this does not apply. If a workman moves from department Y to department X, he does not go because of a change in relative prices, but because he is ordered to do so" (Coase, *The firm, the market and the law*, p. 35).

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.

dentemente 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 negatividade 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.

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-