

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO**

GIOVANI RIBEIRO RODRIGUES ALVES

**A RACIONALIDADE LIMITADA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: DA
CONCEPÇÃO MODERNA DE RACIONALIDADE À ANÁLISE ECONÔMICA DO
DIREITO**

CURITIBA

2011

GIOVANI RIBEIRO RODRIGUES ALVES

**A RACIONALIDADE LIMITADA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: DA
CONCEPÇÃO MODERNA DE RACIONALIDADE À ANÁLISE ECONÔMICA DO
DIREITO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão do curso de bacharelado em Ciências Jurídicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo.

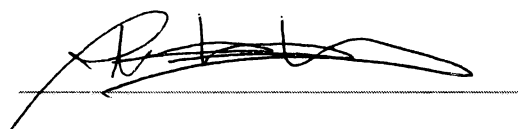
CURITIBA

2011

TERMO DE APROVAÇÃO

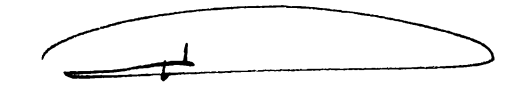
GIOVANI RIBEIRO RODRIGUES ALVES

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

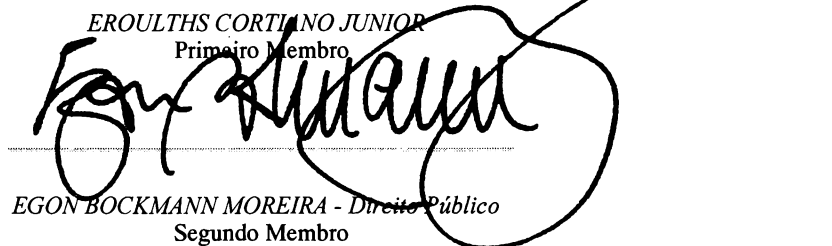


RODRIGO XAVIER LEONARDO
Orientador

Coorientador



EROULTHS CORTIANO JUNIOR
Primeiro Membro



EGON BOCKMANN MOREIRA - Direito Público
Segundo Membro

À Renata pela paciência, pelo amor e por ser minha eterna fonte inspiradora.

A minha mãe, pelo amor incondicional e por me ensinar desde cedo a amar esta Faculdade.

Ao meu pai pelo amor e por me ensinar que a vida não é tão racional quanto afirmam que ela seja.

Aos meus irmãos pela alegria que me trazem todos os dias.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao Professor Doutor Rodrigo Xavier Leonardo pela paciência e por compatibilizar suas atividades de advocacia e de coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná com a criteriosa orientação aos estudantes. Agradeço em especial pelas orientações bibliográfica e metodológica, iniciadas ainda quando da formulação do projeto da monografia em 2010, pela revisão do texto e pelo intenso aprendizado proporcionado aos alunos nas aulas de quinta-feira.

Agradeço à Professora Doutora Marcia Carla Pereira Ribeiro pela revisão do texto, bem como pelas orientações de leitura relacionadas principalmente à Análise Econômica do Direito.

Agradeço à acadêmica Renata Carvalho Kobus pela revisão do texto e pelo imprescindível auxílio formal.

“Os mesmos cordiais se podem converter em venenos, pela precipitação da receita, ou intemperança de quem os toma”.

Visconde de Cairu

RESUMO

O presente trabalho analisa a racionalidade humana no contexto de formação do Direito Comercial, na consolidação do paradigma moderno e no atual panorama das relações empresariais. Para os modernos, a racionalidade do sujeito não possuía limites, o que levou a crença de que o homem era capaz de contemplar plenamente a realidade e de realizar invariavelmente as melhores escolhas conforme os diferentes contextos se apresentassem. Várias teorias surgiram para justificar o método de escolha dos sujeitos e na Economia tradicional predominava o modelo da escolha racional. Reflexo dos constantes equívocos dos sujeitos, passou-se a ver que o homem não é tão racional quanto se pressupunha, de modo que novas vertentes da Economia buscaram observar na prática elementos que evidenciassem as falhas do modelo teórico tradicional de explicação do comportamento, se afastando dos ideais modernos. Neste contexto, se insere a análise dos contratos firmados entre empresários, os quais por suas peculiaridades devem ser analisados distintamente dos contratos de consumo ou de trabalho pelo operador do direito. Se é previsível que os agentes não farão sempre a melhor opção ou se equivocarão em grande parte nas previsões, há de se respeitar o ambiente de formação dos contratos empresariais, não podendo se admitir a relativização exagerada dos mesmos. Elementos como a cooperação podem ser extremamente úteis para manter um bom desenvolvimento das relações entre empresários no exercício de suas atividades profissionais. A pesquisa possui como metodologia a pesquisa doutrinária e a análise de decisões judiciais paradigmáticas.

Palavras-chave: Racionalidade. Paradigma Moderno. Direito Comercial. Análise Econômica. Cooperação. Contratos Empresariais.

ABSTRACT

This paper examines human rationality in the context of the Commercial Law origin and in the consolidation of the modern paradigm. According to the moderns, the human rationality had no limits, which led to the belief that man was able to fully consider the reality and invariably make the best choices within the different contexts. Several theories have emerged to justify the method of choice in the traditional Economics and the prevailing model was of the rational choice. As a result of the constant human's mistakes, it has started to see that man is not as rational as it was assumed, so that new strands of Economics tried to observe elements in the practice to show the flaws of the traditional theoretical model to explain the behavior, far from the modern's assumptions. In this context, it is analyzed the contracts between entrepreneurs, which in its peculiarities should be analyzed separately from consumer contracts or work contracts. If it is likely that agents will not always choose the best option or that they will be largely deluded in the predictions, it has to be respected the environment in which the business contracts were celebrated and it can not be admitted an exaggerated relativization. Elements such as cooperation can be extremely useful to keep a good development of relations between businessmen in the exercise of their professional activities. The research methodology is based on literature and on analysis of paradigmatic court decisions.

Keywords – Rationality. Modern Paradigm. Commercial Law. Economic Analysis. Cooperation. Commercial Contracts

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA	11
1.1 O SUJEITO NA MODERNIDADE E O ELEMENTO FUNDANTE	16
1.2 A TRANSIÇÃO DA IDADE MÉDIA PARA A IDADE MODERNA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO COMERCIAL	19
1.3 O DIREITO COMERCIAL E CONTRATUAL MODERNO E PRIMEIROS ASPECTOS DA COMPREENSÃO DE RACIONALIDADE ILIMITADA	24
2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E PRESSUPOSTOS DE APLICABILIDADE	28
2.1 O MODELO DE ESCOLHA RACIONAL E ALGUMAS FERRAMENTAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	32
2.2 TEORIA DOS JOGOS, DILEMA DOS PRISIONEIROS E COOPERAÇÃO....	35
2.3 A RACIONALIDADE LIMITADA E A ECONOMIA COMPORTAMENTAL.....	43
3 CONTRATOS EMPRESARIAIS E INTERPRETAÇÃO	48
3.1 CLASSIFICAÇÃO E CONCEITUAÇÃO	48
3.2 CARACTERÍSTICAS GERAIS E DISTINÇÃO COM OUTRAS MODALIDADES CONTRATUAIS.....	49
3.3 A RACIONALIDADE LIMITADA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS E A INTERVENÇÃO JUDICIAL.....	52
CONSIDERAÇÕES FINAIS	62
REFERÊNCIAS	64

INTRODUÇÃO

A presente monografia busca, inicialmente, analisar a concepção de racionalidade do sujeito e seus reflexos em três diferentes momentos históricos, quais sejam: (i) quando da origem propriamente dita do Direito Comercial, na Idade Média; (ii) no contexto de formulação do Código Comercial Francês de 1807, na Idade Moderna e; (iii) no atual ambiente de celebração dos contratos empresariais.

Para isso, o primeiro capítulo aborda a passagem do paradigma predominante na Idade Média para o que prepondera na Idade Moderna, tendo como elementos principais de análise a racionalidade na formação do Direito, bem como a compreensão do elemento fundante da Ciência nos referidos momentos históricos.

Neste sentido, objetiva-se compreender os reflexos da concepção de racionalidade na origem do *ius mercatorum* e as distinções em relação às ideias preponderantes quando da formulação do Código Comercial na França, no século XIX.

No segundo capítulo, analisa-se a queda da presunção moderna de racionalidade ilimitada do sujeito, tanto no campo jurídico quanto no econômico. Nesta esteira, faz-se uma incursão em algumas das ferramentas da Análise Econômica do Direito (AED), que podem auxiliar o jurista a prever o comportamento dos agentes, ainda que estes não sejam absolutamente racionais ou inteiramente coerentes em suas escolhas.

O trabalho adota a Análise Econômica não como um método que vislumbra a Economia como um imperativo sobre o Direito, mas, sim, como uma ferramenta de auxílio ao operador e ao legislador.

Além disso, decorrência do reconhecimento das limitações do sujeito e da consequente impossibilidade de formação de contratos perfeitos, a Análise Econômica é compreendida como um meio possível (não único, nem infalível - portanto - distante do paradigma moderno) de análise e suprimento de lacunas contratuais nas relações entre empresários.

É analisada neste capítulo a Teoria dos Jogos e, em especial, um exemplo de sua aplicação, o chamado Dilema dos Prisioneiros, com uma possível derivação do famoso dilema ao campo dos contratos empresariais, tomando como base o estudo feito por Robert Axelrod acerca da cooperação entre os agentes.

No terceiro capítulo, discorre-se especificamente sobre os contratos empresariais, propondo-se uma abordagem fundada no conceito de Paula A. Forgioni e descrevendo as diferentes características apontadas pela doutrina comercialista acerca do tema.

Em seguida, analisa-se a interpretação dos contratos empresariais, a partir do pressuposto de que os agentes econômicos possuem limitações que resultam na formação de contratos imperfeitos.

Ato seguinte, são abordados apontamentos doutrinários acerca das peculiaridades com que as relações entre empresários devem ser analisadas pelo judiciário, para que seja propiciado o melhor ambiente institucional possível para o bom desenvolvimento das atividades empresariais. Por fim, faz-se breve exposição acerca de julgados paradigmáticos de Tribunais brasileiros a respeito do assunto.

1 A TRANSIÇÃO PARADIGMÁTICA

Com o objetivo de analisar a mudança da concepção predominante na Idade Média para a que prevaleceu na Idade Moderna, o presente trabalho adota como referencial teórico Thomas Kuhn, para quem, paradigma pode ser definido como um conjunto de crenças, valores e técnicas compartilhadas pelos membros de uma determinada comunidade¹.

Depreende-se da obra de Kuhn que há uma relação dialética entre os paradigmas e a comunidade, visto que ao mesmo tempo em que o paradigma forma a comunidade, ele é formado por ela. Nas palavras do autor: “[u]m paradigma é o que membros de uma comunidade científica dividem, e, de modo inverso, uma comunidade científica consiste em homens que dividem um paradigma”².

O paradigma mais do que um modelo segundo o qual se processa a Ciência, atua como um filtro de realidade que molda o conhecimento dos integrantes, segundo os pressupostos teóricos e práticos compartilhados. Em outros termos, algo só passa a ser considerado de valor científico caso esteja dentro destes componentes, o que não estiver não é conhecimento, não é sequer aproveitável.

Aos poucos, no entanto, com as mudanças que permeiam a sociedade, questionamentos começam a colocar em dúvida o paradigma vigente, e a partir do momento em que o sistema (paradigma) não consegue dar conta da realidade, passa-se a fortalecer um novo modelo³.

O número de perguntas que passa a não ser respondida dentro da forma vigente de Ciência gera lacunas que provocam uma paralisia paradigmática, de modo que como uma reação, por meio de um processo dialético, revolucionário e com um marcante salto qualitativo, é formado um novo paradigma⁴.

Não significa, desde já se aponta, que na passagem de um paradigma para outro haja uma mudança quantitativa, como se os ganhos de uma determinada

¹KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolutions*. 3ª edição. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1996, p. 176-179.

²Tradução livre. No original: “[a] paradigm is what the members of a scientific community share, and, conversely, a scientific community consists of men who share a paradigm” (KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolutions*. 3ª edição. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1996, p. 176).

³KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolutions*. 3ª edição. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1996, p. 77.

⁴LUDWIG, Celso. *Para uma filosofia jurídica da libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 23 e 24.

forma de se fazer Ciência fossem se aglutinando a tal ponto de linearmente resultar na etapa seguinte. Pelo contrário, tal ruptura se dá por meio de saltos qualitativos. Quando um determinado paradigma não mais consegue responder aos questionamentos internos no sistema, outro surge para contemplar a realidade⁵.

Com este embasamento, pode-se classificar a transição do modelo de pensar medieval para o moderno como uma mudança paradigmática, isto é, um conjunto de crenças, métodos e objetivos foi substituído por outro que passou a contemplar a realidade.

Atente-se que não se está a dizer que em um momento exato da história uma forma de pensar foi completamente substituída por outra, pois não se deseja fazer uma análise que despreze a complexidade do passado e lhe imponha uma lógica forçada⁶. O objetivo inicial do trabalho é abordar, sob um enfoque generalista, a transição do modelo predominante de pensar medieval para o moderno, no que se refere à centralidade da concepção de racionalidade e as influências desta nos contratos empresariais.

No pensamento medieval predominava a concepção que alçava Deus ao patamar de centro do universo e Ele era visto como o ente justificador da Ciência⁷. O elemento fundante, portanto, era um ente metafísico intangível ao ser humano, algo que ia para além do racional.

Era disseminada a crença de que todo ser humano respondia a uma ordem e a uma hierarquia que seguiam o modelo divino. Com efeito, Bobbio apontou que:

[n]a Idade Média o direito natural era considerado superior ao positivo, era visto como uma norma fundada na própria vontade de Deus, como a lei escrita por Deus no coração dos homens⁸.

Por outro lado, para o paradigma moderno, o sujeito passou a ser considerado o centro da Ciência e também do Direito⁹. A figura do ser humano era

⁵LUDWIG, Celso. *Para uma filosofia jurídica da libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 23 e 24.

⁶FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002, p. 26.

⁷MUÑOZ, Andrés Barcala. La edad media. In: VALLESPÍN, Fernando (org.). *Historia de la teoría política*. Madrid: Alianza Editorial, 1990, p. 219.

⁸BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p. 25.

⁹FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002, p.51.

vista pela modernidade como essencialmente racional e autônoma, capaz de ditar seu próprio caminho por meio de escolhas racionais.

A respeito do assunto, Touraine observou que:

[a] subjetivação é o contrário da submissão do indivíduo a valores transcendentais: o homem se projetava em Deus; doravante, no mundo moderno, é ele que se torna o fundamento dos valores, já que o princípio central da moralidade se torna a liberdade, uma criatividade que é seu próprio fim e se opõe a todas as formas de dependência¹⁰.

Com efeito, Ludwig aponta que:

[a] modernidade se funda e age a partir dos parâmetros paradigmáticos do sujeito e neles. Desde Descartes ao idealismo alemão a fundamentação do pensar é a consciência, o sujeito. Inicialmente, como razão pura, em Descartes; depois, como eu penso em geral, em Kant, como interioridade absoluta do eu em Fichte, como eu absoluto plenamente acabado em Schelling; para finalizar, como idéia absoluta do processo de totalidade, em Hegel¹¹.

Ainda que não se possa desconsiderar a base teórica que muito contribuiu para o surgimento do modelo de racionalidade moderno, analisada pormenorizadamente por Hespanha¹² e Wieacker¹³, aponta-se que, em linhas gerais, este modelo se constituiu a partir da revolução científica do século XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes sob o domínio das Ciências Naturais¹⁴.

Almejava-se um conhecimento advindo de um método rigoroso¹⁵, de modo que, não por acaso, foi a Matemática quem forneceu à Ciência moderna o instrumento principal de análise e a lógica de investigação¹⁶.

¹⁰TOURAINÉ, Alain. *Crítica da Modernidade*. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 222.

¹¹LUDWIG, Celso. *Para uma filosofia jurídica da libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 51-52.

¹²HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 121-242.

¹³WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª edição. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 15-96.

¹⁴SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da razão indolente*. 3ª edição. São Paulo: Cortez, 2001, p. 60.

¹⁵DESCARTES, René. *Discours de la Méthode*. 22ª edição. Paris: Larousse, 1978, p. 11.

¹⁶SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da razão indolente*. 3ª edição. São Paulo: Cortez, 2001, p. 63.

Descartes, a título exemplificativo, declarou a preferência pela Matemática ao afirmar que “[a]dmiro sobretudo a matemática, em razão da certeza e da evidência de suas razões”¹⁷.

Ganhava espaço, especialmente a partir do século XVI, o Direito racionalista, em que se acreditava que os princípios norteadores do Direito eram produto da razão¹⁸ e não mais de Deus. Houve, portanto, uma radical mudança no modo de pensar e de se fazer Ciência e Direito.

O pensamento moderno foi um grande marco para o estudo jurídico. Não é possível se pensar em um Direito organizado e sistematizado sem abordar a contribuição moderna.

Neste sentido, a sistematização e a organização podem ser vistas como alguns dos reflexos da racionalidade típica do paradigma moderno, o qual, inegavelmente, continua produzindo efeitos na contemporaneidade¹⁹. Pensadores como Anthony Giddens²⁰ e Gilles Lipovetski²¹ afirmam que ao invés de, na contemporaneidade, entrarmos num período de pós-modernidade, as consequências da modernidade estão se tornando cada vez mais radicalizadas e universalizadas, na chamada hipermodernidade.

Não existia no Direito Medieval um sistema unitário e formalizado de fontes positivas²². Em contraposição, na modernidade buscava-se criar um Direito racional sistêmico que fosse explicado por sua própria lógica interna. O racionalismo moderno vislumbrava que era necessária a unificação de raciocínios e ordenamentos.

Como consequência, foi reflexo desse modo de pensar a formação de um Direito intimista, voltado para ele mesmo. Estava em formação um sistema que objetivava a segurança jurídica, por meio da interpretação de um conjunto de axiomas logicamente concatenados. Acreditava-se que era possível criar um

¹⁷Tradução livre. No original: “Je me plaisais surtout aux mathématiques, à cause de la certitude et de l’évidence de leurs raisons”.(DESCARTES, René. *Discours de la Méthode*. 22ª edição. Paris: Larousse, 1978, p. 14).

¹⁸HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 253.

¹⁹HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia: Síntese de um Milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 338.

²⁰GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

²¹LIPOVETSKI, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Les temps hypermodernes*. Paris: Grasset, 2004.

²²FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZORO, Danilo (orgs). *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.419.

ordenamento jurídico em que seria o bastante racionalizar dentro do próprio sistema para se chegar às respostas necessárias²³.

Como é característico em qualquer ruptura, a revolução científica caracterizada pela mudança paradigmática do modelo medieval para o modelo moderno trouxe concepções extremadas, mormente na tentativa do novo modelo demonstrar que a ruptura fundante propiciaria apenas uma forma de ciência verdadeira²⁴, aquela que era instaurada pelo novo paradigma.

As outras formas de conhecimento eram completamente descartadas, ou, em termos modernos, não eram sequer consideradas conhecimento. O paradigma moderno rejeitava o diferente.

Sousa Santos assevera que:

a nova racionalidade científica é também um modelo totalitário, na medida em que nega o caráter racional a todas as formas de conhecimento que se não pautarem pelos seus princípios epistemológicos e pelas suas regras metodológicas²⁵.

No mesmo sentido, Giddens afirmou que:

[o]s modos de vida produzidos pela modernidade nos desvencilharam de todos os tipos tradicionais de ordem social, de uma maneira que não têm precedentes. (...) [A]s mudanças ocorridas durante os últimos três ou quatro séculos – um diminuto espaço de tempo – foram tão dramáticas e tão abrangentes em seu impacto que dispomos apenas de ajuda limitada de nosso conhecimento de períodos precedentes de transição na tentativa de interpretá-la²⁶.

Os modernos rejeitavam por completo o diferente, a tal ponto que esqueciam e encerravam em instituições repressivas qualquer coisa, fato ou pensamento que parecesse resistir ao triunfo da razão²⁷.

Ademais, qualificavam a razão moderna como emancipadora, isto é, era por intermédio da racionalidade que o indivíduo deixava seu estado primitivo²⁸ (pelos

²³WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª edição. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 92.

²⁴SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 12ª edição. Porto: Edições Afrontamento, 2002, p. 11.

²⁵SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 12ª edição. Porto: Edições Afrontamento, 2002, p. 10.

²⁶GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 13.

²⁷TOURAINE, Alain. *Crítica da Modernidade*. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 213.

modernos descrito como o estado em que se encontrava a sociedade durante a Idade Média) e passava, efetivamente, a produzir conhecimento²⁹.

Em relação à concepção de razão para os modernos, Touraine elucidou que:

[é] a razão que anima a ciência e suas aplicações; é ela também que comanda a adaptação da vida social às necessidades individuais ou coletivas; é ela, finalmente, que substitui a arbitrariedade e a violência pelo Estado de direito e pelo mercado. A humanidade, agindo segundo suas leis, avança simultaneamente em direção à abundância, à liberdade e à felicidade³⁰.

Fonseca sintetiza os preceitos do paradigma moderno e a nova ordem que estava sendo instaurada:

[r]acionalidade, universalidade e autonomia da vontade: são estes os signos da modernidade – todos girando em torno do sujeito moderno individualizado – e da organização política e jurídica que a partir de então é moldada³¹.

Com o racionalismo abriu-se uma nova fase na História do Direito. Uma ordem jurídica pautada na razão, que buscava a radical separação entre sujeito e objeto, o emprego de um método rígido, a sistematização do ordenamento jurídico e a confiança de que uma época de estabilidade e segurança jurídica estaria por vir³², conforme se analisará a seguir.

1.1 O SUJEITO NA MODERNIDADE E O ELEMENTO FUNDANTE

Para que houvesse a mudança paradigmática era necessária a ruptura com o antigo paradigma que vigorava (medieval). Deste modo, se antes as justificativas da Ciência e do Direito advinham de Deus e - portanto - de algo que ia para além da percepção do homem médio, com o novo paradigma havia a necessidade de

²⁸DESCARTES, René. *Discours de la Méthode*. 22ª edição Paris: Larousse, 1978, p. 10.

²⁹ROUANET, Sergio Paulo. *Mal Estar na Modernidade: ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 14.

³⁰TOURAINÉ, Alain. *Crítica da Modernidade*. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 9

³¹FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade é contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002, p. 57.

³²HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um Milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 336.

estabelecer-se novos elementos fundantes, os quais foram identificados pelos modernos como o homem e sua racionalidade.

O racionalismo científico buscou contemplar a ordem do mundo sem ter em conta a existência de Deus³³. Laicizou-se o pensamento social e jurídico em nome da razão³⁴.

A respeito deste novo elemento fundante, Tourraine afirmou que:

[a] secularização e o desencanto de que nos fala Weber, que definiu a modernidade pela intelectualização, manifesta a ruptura necessária com o finalismo do espírito religioso³⁵.

O sujeito racional é, portanto, sob o enfoque do paradigma moderno, alçado ao patamar central da Ciência e do Direito³⁶. O homem passava a ser visto como ser racional, lógico, capaz de fazer as melhores escolhas conforme os diferentes contextos se apresentassem.

Com efeito, Fonseca aponta que “[o] sujeito tornou-se a origem e ao mesmo tempo o objetivo do pensamento, da organização da sociedade e da constituição do direito³⁷. Acreditava-se que o homem possuía uma natureza própria, a natureza humana, uma essência única³⁸, identificável pela razão.

A racionalidade, deste modo, elemento singular presente somente nos seres humanos³⁹, passava a ser o marco inicial e justificador do Direito para o paradigma moderno.

Na Idade Média, o legado patrístico, a tradição jurídica romana e o pensamento grego constituíam as principais fontes, mas todas elas eram centradas e convergiam para um sistema de valores e crenças herdadas do clero, as quais culminavam, invariavelmente, na ideia de uma comunidade instituída por Deus⁴⁰.

³³MARQUES, Mário Reis. *Codificação e Paradigmas da Modernidade*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 381.

³⁴HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um Milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 297.

³⁵TOURRAINE, Alain. *Crítica da Modernidade*. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 17.

³⁶FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002, p. 51.

³⁷FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002, p. 19.

³⁸SARTRE, Jean Paul. *El existencialismo es un humanismo*. Barcelona: Edhasa, 1999, p. 30.

³⁹DESCARTES, René. *Discours de la Méthode*. 22ª edição. Paris: Larousse, 1978, p. 10.

⁴⁰MUÑOZ, Andrés Barcala. La edad media. In: VALLESPÍN, Fernando (org.). *Historia de la teoría política*. Madrid: Alianza Editorial, 1990, p. 219.

Para os modernos, o homem medieval vivia na barbárie, visto que estavam privados da luz da razão e eram submetidos à impostura religiosa. No entanto, em virtude da própria natureza humana, todos os homens eram capazes de transitar do estado de barbárie para o estado civilizado, por intermédio da razão⁴¹.

Os modernos rejeitavam qualquer justificativa de origem metafísica. Deste modo, acreditava-se que as respostas somente poderiam ser obtidas com o instrumental da razão. É a racionalidade que distingue o homem e o faz capaz de extrair das coisas o seu verdadeiro significado e o torna apto a obter o conhecimento.

O sujeito é compreendido na modernidade como capaz de se afastar do objeto a ser analisado⁴² e de contemplá-lo objetivamente, de forma completa e justa, sem a interferência de outros elementos, nem mesmo de seus próprios sentimentos, para então conseguir chegar ao verdadeiro conhecimento.

Neste sentido, ao mesmo tempo que se fala de subjetivação na modernidade com a centralidade do sujeito na Ciência, fala-se em objetivação, pois havia a crença de que com a rígida separação entre sujeito e objeto e com a rigorosidade de um método, se chegaria a respostas às inquietudes humanas de modo objetivo, sem brechas para qualquer interferência do sujeito observador no elemento a ser analisado.

Com efeito, se a razão era o elemento fundamental da ruptura paradigmática e a grande base para os estudos do novo paradigma, havia de se deixar claro que o homem era um ser absolutamente racional, capaz de justificar tudo por meio de sua própria racionalidade e sem recorrer a justificativas transcendentais.

Esta elevação da racionalidade ao patamar de único meio de se obter conhecimento produziu grandes reflexos na análise das relações humanas, sejam estas de caráter político ou jurídico.

No campo político, Fonseca ao realizar uma aproximação teórica entre as concepções modernas de estado de natureza de Hobbes, Locke e Rousseau, assevera que a despeito das diferenças entre elas, todas reconhecem que a saída

⁴¹ROUANET, Sergio Paulo. *Mal Estar na Modernidade: ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 14.

⁴²STRECK, Lênio Luiz. O "Novo" Código de Processo Penal e as Ameaças do Velho Inquisitorialismo: Nas So(m)bras da Filosofia da Consciência. In: BONATO, Gilson (org). *Processo Penal, Constituição e Crítica: estudos em homenagem ao Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, p. 457.

do estado de natureza ocorre a partir “*de um ato de vontade, por uma decisão racional*”⁴³.

No campo jurídico, por sua vez, Gomes observou que o racionalismo influenciou na formação histórica do conceito de contrato ao ser sustentado na modernidade que o simples consentimento, por si só, bastaria para fundar as obrigações⁴⁴.

A racionalidade humana, a sua direta relação com o elemento volitivo e a compreensão destas duas concepções nos contratos empresariais serão pormenorizadamente analisadas nos capítulos seguintes deste trabalho.

1.2 A TRANSIÇÃO DA IDADE MÉDIA PARA A IDADE MODERNA SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO COMERCIAL

Em que pese os inegáveis avanços ocorridos e a riqueza de seus modelos jurídicos, o período chamado pela historiografia de Alta Idade Média, foi nefasto para a prática comercial⁴⁵, o que causou, por conseguinte, grande insatisfação para a classe comerciante⁴⁶.

Com o progressivo aumento dos saques nos campos, a instabilidade política provocada pelo sistema feudal descentralizado e o reduzido número de trocas comerciais, a insatisfação dos comerciantes foi se intensificando cada vez mais.

Galgano apontou que:

*a antiga classe mercantil estava extinta ao limiar do período feudal, em uma Europa privada de escoadouros comerciais externos; durante todo o Medievo a vida econômica esteve restrita ao interior das propriedades feudais*⁴⁷.

⁴³FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002, p. 55.

⁴⁴GOMES, Orlando. *Contratos*. Coordenação de Edvaldo Brito. Atualizadores: Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 06.

⁴⁵GIST, Noel P.; HALBERT, L.A. *A cidade e o homem*. Tradução de Manuel Campos. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961, p. 32.

⁴⁶GALGANO, Francesco. *Lex Mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 29.

⁴⁷Tradução livre. No original: “[I]antica classe mercantile si era estinta alle soglie del periodo feudale, in un’Europa privata di sbocchi commerciali esterni; per tutto l’alto Medioevo la vita economica si era chiusa all’interno delle proprietà feudali”.(GALGANO, Francesco. *Lex Mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 29).

No mesmo sentido, Boistel afirmou que “o comércio terrestre resta quase nulo até a emancipação das comunas”⁴⁸, em razão, precipuamente, da miséria da maior parte da população e das constantes guerras que marcaram a alta Idade Média⁴⁹.

Com efeito, ao mesmo tempo em que os burgueses estavam descontentes com a ordem feudal por não ser o sistema mais interessante para a prática comercial devido à acentuação das distâncias, à dificuldade de efetuar transações comerciais e pelo fato da economia estar essencialmente voltada para o próprio feudo, a descentralização do sistema, típica da Idade Média, era uma constante ameaça e provocava uma instabilidade altamente indesejável para o comércio.

Para os comerciantes era fundamental a existência de um sistema que incentivasse as trocas. Neste sentido, um sistema favorável seria aquele em que houvesse, essencialmente: (i) autonomia individual, para que as práticas comerciais pudessem ser realizadas sem interferências externas e para que cada sujeito atuasse conforme a sua consciência; (ii) respeito à propriedade, para que os bens fossem protegidos e, ao mesmo tempo, acumuláveis; (iii) integração entre comunidades, para que diferentes produtos produzidos por distintas regiões fossem comerciáveis; (iv) dinamicidade nas trocas, para que pudessem ser maximizadas as atividades comerciais; e, (v) a existência de um sistema de governo forte, capaz de assegurar a estabilidade das instituições, em especial da propriedade privada. Tais características passaram a ser vistas com maior relevo a partir da Baixa Idade Média.

A retomada de força dos comerciantes ocorreu concomitantemente como causa e efeito do surgimento dos chamados burgos⁵⁰, os quais eram vilas cercadas por muralhas que visavam a delimitar expressamente a propriedade e garantir maior segurança, constantemente ameaçada no sistema feudal.

Estabelecidos com a força econômica da classe burguesa, o surgimento dos burgos é tradicionalmente retratado como o renascimento das cidades⁵¹. Durante os séculos XI e XII observou-se um êxodo rural rumo a eles, buscando a população novas oportunidades e as fugas da pobreza e da insegurança do campo⁵².

⁴⁸Tradução livre. No original: “le commerce terrestre resta presque nul jusqu’à l’émancipation des communes”.(BOISTEL, Alphonse. *Droit Commercial*. Paris: Ernest Thorin Editeur, 1878, p. 07).

⁴⁹BOISTEL, Alphonse. *Droit Commercial*. Paris: Ernest Thorin Editeur, 1878, p. 07.

⁵⁰WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª edição. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 103.

⁵¹COSTA, Pietro. *Cittadinanza*. Bari: Editori Laterza, 2005, p.14.

⁵²GIST, Noel P.; HALBERT, L.A. *A cidade e o homem*. Tradução de Manuel Campos. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961, p. 32.

Gradativamente, com o fortalecimento dos burgos e suas ampliações, as distâncias comerciais diminuíram, a centralização do poder ganhou força⁵³, bem como a prática comercial retomou seu poder, estimulando o próprio crescimento das cidades. O progresso urbano, reflexamente, criou um ambiente comercial favorável⁵⁴.

Ademais, a cidade trouxe de volta a ideia de cooperação entre as pessoas (igualmente fundamental para a mercancia, como se analisará adiante), em contraposição aos constantes conflitos do campo. Neste sentido, Costa assevera que “[a] cidade é um corpo que vive da colaboração das partes: o conflito não pode ser, portanto, outra coisa que não uma intolerável patologia”⁵⁵.

Por mais que os burgos visassem a, inicialmente, criar uma espécie de isolamento com as muralhas, em nome da segurança e da consequente proteção da propriedade, em virtude da natureza dinâmica e cosmopolita do comércio, foi-se sedimentando a necessidade da ampliação das fronteiras para o intercâmbio de mercadorias não somente dentro do próprio burgo, mas também entre comerciantes de diferentes regiões⁵⁶.

A respeito do assunto vale fazer menção ao surgimento dos títulos de crédito, os quais foram criados neste contexto. O objetivo da criação dos mesmos foi dar maior agilidade e segurança jurídica à prática comercial entre comerciantes de diferentes regiões⁵⁷.

Com a progressiva retomada da força do comércio na Baixa Idade Média, a classe comerciante se organizava cada vez mais, chegando a elaborar para sua segurança jurídica e com o intuito de facilitar as trocas, um Direito próprio, criado por e para os comerciantes, sem a interferência do ente estatal⁵⁸. Era o nascimento do *ius mercatorum*, sobre o qual Galgano apontou que:

⁵³WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª edição. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 103.

⁵⁴WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª edição. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 40.

⁵⁵Tradução livre. No original: “[l]a città è un corpo che vive della collaborazione delle parti: Il conflitto non può essere quindi che un’intollerabile patologia” (COSTA, Pietro. *Cittadinanza*. Bari: Editori Laterza, 2005, p.14).

⁵⁶ASCARELLI, Tullio. *Lezioni di Diritto Commerciale*. Milano: Dott. Antonino Giuffré Editore, 1955, p. 6.

⁵⁷MARTINS, Fran. *Títulos de Crédito*. Vol. 1. 13ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 4.

⁵⁸BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 23.

*é direito criado dos mercadores, que nasce do estatuto da corporação mercantil, do costume mercantil, da jurisprudência da cúria mercantil*⁵⁹.

No mesmo sentido, Ascarelli afirmou que:

*o direito comercial se afirma assim como um direito autônomo de classe, profissional, fruto do costume e da autonomia corporativa; direito fruto do costume e da autonomia corporativa dos comerciantes e portanto só a estes aplicável*⁶⁰.

Os comerciantes criaram, portanto, suas corporações que tinham como função ditar normas aplicáveis ao comércio e julgar os possíveis conflitos decorrentes desta aplicação. Era um Direito emanado de uma classe socioeconômica ao invés de se originar do Estado e era caracterizado por ser eminentemente consuetudinário e corporativo⁶¹. Destarte, o Direito Comercial surgiu como um fenômeno histórico, com a afirmação da classe burguesa e o seu espírito empreendedor⁶².

Objetivava-se, primordialmente, a segurança jurídica da prática comercial, como reação à instabilidade da Alta Idade Média e à diferença nos regimes jurídicos aplicáveis, fatores extremamente prejudiciais à prática mercantil⁶³.

Ainda a respeito do assunto, a doutrina aponta que a despeito da grande e importantíssima influência do Direito Romano em alguns dos institutos do atual Direito Comercial, o início propriamente dito deste ramo do Direito não pode ser imputado a outro período que não à Idade Média com a criação do *ius mercatorum*⁶⁴, já que no Direito Romano não havia um corpo de normas específicas que regesse a matéria comercial, o que só veio a ocorrer no período medieval⁶⁵.

⁵⁹Tradução livre. No original: “è diritto creato dai mercatores, che nasce dagli statuti delle corporazioni mercantili, dalla consuetudine mercantile, dalla giurisprudenza della curia dei mercanti”. (GALGANO, Francesco. *Lex Mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 9).

⁶⁰Tradução livre. No original: “Il diritto commerciale si afferma così come un diritto autônomo di classe, professionale, frutto della consuetudine e dell’autonomia corporativa; diritto frutto della consuetudine e dell’autonomia corporativa dei commercianti e perciò solo a questi applicabile”.(ASCARELLI, Tullio. *Lezioni di Diritto Commerciale*. Milano: Dott. Antonino Giuffré Editore, 1955, p. 9).

⁶¹BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 24.

⁶²ASCARELLI, Tullio. *Lezioni di Diritto Commerciale*. Milano: Dott. Antonino Giuffré Editore, 1955, p. 4

⁶³ASCARELLI, Tullio. *Lezioni di Diritto Commerciale*. Milano: Dott. Antonino Giuffré Editore, 1955, p.7.

⁶⁴ASCARELLI, Tullio. *Lezioni di Diritto Commerciale*. Milano: Dott. Antonino Giuffré Editore, 1955, p.4.

⁶⁵GALGANO, Francesco. *Lex Mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 25.

Deste modo, partindo da análise do nascimento do Direito Comercial, observa-se que este foi oriundo de um modo de pensar que precedeu ao consagrado pela modernidade.

Adveio, pois, de um período em que era vigente o paradigma medieval. Isto se reflete, dentre outras características, no fato de ter sido criado a partir de uma forma de pensar em que o Estado ainda não era visto como única fonte legítima de instauração da ordem jurídica.

A modernidade rompeu com o pensamento medieval neste aspecto e passou a ter no Estado o referente único e obrigatório do Direito. O ente estatal passou a ser reconhecido como produtor e gestor exclusivo dos comandos legítimos⁶⁶.

Ferrajoli aponta que na passagem do Direito Medieval para o Direito Moderno “o que muda é o título de legitimação: não é mais a respeitabilidade dos doutores, mas a autoridade da fonte de produção”⁶⁷.

Isto porque, por mais que houvesse fontes estatutárias no período Medieval, essas se reportavam a instituições distintas e concorrentes entre si – o Império, a Igreja, os príncipes, as comunas, as corporações -, sem que nenhuma delas possuísse o monopólio da produção jurídica⁶⁸.

Por outro lado, à luz do novo paradigma, as leis haveriam de ser emanadas do Estado, com um caráter universal e sistêmico⁶⁹. Sob estes pressupostos, desejava-se estabelecer um sistema mais seguro e sem particularidades que pudessem comprometer a pretensão de universalidade do ordenamento jurídico moderno.

Sintomático, a respeito do assunto, foi o surgimento do Código Comercial Francês de 1807, o qual rejeitou a ideia de um Direito feito pelos comerciantes para

⁶⁶FONSECA, Ricardo Marcelo. Foucault, o direito e a ‘sociedade de normalização’. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org). *Crítica da Modernidade, diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 113.

⁶⁷FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZORO, Danilo (orgs). *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 421.

⁶⁸FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZORO, Danilo (orgs). *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 419.

⁶⁹TIMM, Luciano Benetti. “Descodificação”, *constitucionalização e reprivatização no Direito Privado: O código civil ainda é útil?*. The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies. Vol. 3. Berkeley: The Berkeley Electronic Press, 2008, p. 05. Disponível em: services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context, acesso em 07/06/2011.

os próprios comerciantes. A referida rejeição pode ser observada com a tentativa do *Code* de definir, objetiva e taxativamente, quais seriam os atos de comércio⁷⁰.

Por meio desta objetivação, tentou-se imputar a incidência das leis comerciais a qualquer indivíduo que praticasse os atos elencados pelo código como de comércio⁷¹ e não somente a uma classe restrita, dos comerciantes, como ocorria durante a vigência do *ius mercatorum*.

Neste sentido, Wieacker sintetizou o novo modelo instituído com o Código Comercial Francês de 1807, ao apontar que:

*no direito comercial a classe burguesa dos empresários comerciais e industriais, estabeleceu para si um direito especial, mas também aqui de acordo com o modelo napoleônico: nas suas linhas gerais já não o direito da ordem dos comerciantes do antigo regime (...), mas um direito especial, abstracto, adequado à função (não ao estado) dos comerciantes (...)*⁷²

O Código Comercial Francês napoleônico, portanto, fez parte do apogeu de um modelo de pensar que instaurou uma nova forma jurídico-organizatória que visou a instauração de uma equilibrada ordem de convivência, de caráter universalista⁷³, pautada no pensamento racionalista⁷⁴.

Veja-se, assim, a mudança de concepção (paradigmática) entre o *ius mercatorum* e o nascimento do Direito Comercial codificado, ambos produtos da racionalidade predominante à época de seus surgimentos.

1.3 O DIREITO COMERCIAL E CONTRATUAL MODERNO E PRIMEIROS ASPECTOS DA COMPREENSÃO DE RACIONALIDADE ILIMITADA

Analisadas algumas das características modernas e a influência delas na passagem do *ius mercatorum* para o Direito Comercial codificado, observa-se que o

⁷⁰MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 07.

⁷¹OPPO, Giorgio. *Principi e Problemi del Diritto Privato*. Padova: CEDAM, 2000, p. 164-165.

⁷²WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª edição. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 528-529.

⁷³GALGANO, Francesco. *Diritto Civile e Commerciale*. Vol. 01. Padova: CEDIM, 1993, p. 67.

⁷⁴MARQUES, Mário Reis. *Codificação e Paradigmas da Modernidade*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003, p. 05.

pensamento moderno deve ser compreendido como uma reação ao pensamento que o antecedeu.

Não há que se fazer um juízo de valor anacrônico sobre um suposto progresso obtido com a mudança de concepção, mas sim analisar o ambiente que permeou o nascimento das concepções, para que então possam ser analisadas contextualizadamente.

Partindo deste pressuposto e compreendendo, ainda que em linhas gerais, alguns dos elementos essenciais da modernidade, verifica-se que o Direito moderno visou trazer maior segurança jurídica à sociedade, por meio de um sistema legal pautado na racionalidade do sujeito e na busca de soluções dentro do próprio sistema.

Por mais que o pensamento típico da modernidade e a própria crença na racionalidade ilimitada sejam muito criticadas na atualidade, há de se compreender que sob o contexto de reação ao pensamento medieval, a concepção moderna era *avant-garde* e muito contribuiu para o Direito contemporâneo, em especial para a cientificidade e para a organização do estudo do ordenamento jurídico.

Lima Lopes observa que o nascente Direito moderno era uma luta contra “o sistema medieval de estudo e de ensino, de submissão à tradição e aos costumes”⁷⁵. Foram os pensadores da modernidade que sistematizaram o Direito e seu estudo, o que veio a culminar nas codificações dos séculos XIX e XX, as quais permanecem como base (não unitária) dos estudos jurídicos na atualidade.

A racionalidade humana não tinha limites na visão moderna. Assumindo que o indivíduo era plenamente capaz de escolher a melhor opção para si, parecia lógico aos modernos que em qualquer tipo de relação estabelecida entre partes e em que houvesse a interação das mesmas, o resultado seria, invariavelmente, a melhor opção para ambas.

Neste sentido, o Direito moderno deixou de atribuir qualquer valor à equivalência material entre prestação e contraprestação nos contratos bilaterais⁷⁶, acreditando que os indivíduos no choque entre interesses chegariam ao melhor resultado. Fonseca aponta que na modernidade “*reina absoluta a idéia de um sujeito*

⁷⁵LOPES, José Reinaldo Lima. *O Direito na História: Lições Introdutórias*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2008, p. 164.

⁷⁶WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª edição. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 599.

*dotado de plena racionalidade, portanto, totalmente autônomo e com domínio de sua vontade livre*⁷⁷.

A respeito do assunto, Gomes assevera que:

*[a] moderna concepção do contrato como acordo de vontades por meio do qual as pessoas formam um vínculo jurídico a que se prendem se esclarece à luz da ideologia individualista dominante na época de sua cristalização e do processo econômico de consolidação do regime capitalista de produção*⁷⁸.

Portanto, à luz do pensamento moderno, não haveria que se pensar em uma intervenção externa nas relações entre sujeitos, já que esta viria, simplesmente, a desequilibrar uma relação equânime por natureza. Não haveria que se falar, também, em uma função social do contrato⁷⁹.

É a partir deste pressuposto de equilíbrio que os modernos acreditavam que nos contratos (e dentro destes os contratos empresariais), as premissas de igualdade e autonomia dos sujeitos contratantes eram indiscutíveis⁸⁰.

Há de se ressaltar que a concepção de sujeito absolutamente racional fazia total sentido sob a perspectiva antropocentrismo, em que o homem era a origem e o fim, e deve ser compreendida como uma reação à perspectiva teocentrismo predominante na Idade Média.

É inegável que tais características foram verdadeiros pilares para a sedimentação de um sistema favorável à burguesia⁸¹, bem como foram reflexos de um modo de pensar próprio, mas devem, desde já se adverte, serem vistos com certo cuidado no atual contexto, como será abordado nos capítulos seguintes.

Por fim, ainda a respeito da concepção de racionalidade defendida pelos modernos, vale destacar que a própria pretensão, supracitada, do Código Comercial Francês de 1807, de elencar exaustivamente todos os atos que seriam de comércio, pode ser entendida como reflexo da concepção de racionalidade ilimitada, já que o

⁷⁷FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002, p. 20.

⁷⁸GOMES, Orlando. *Contratos*. Coordenação de Edvaldo Brito. Atualizadores Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.06.

⁷⁹WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª edição. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 599.

⁸⁰FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002, p. 20.

⁸¹LOPES, José Reinaldo Lima. *O Direito na História: Lições Introdutórias*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2008, p. 164.

legislador francês buscou contemplar a realidade por completo, por intermédio da ferramenta da razão. Ademais, nota-se a pretensão do legislador de criar um axioma, típico da matemática, no campo do Direito.

A imagem do Direito codificado é fruto de uma sociedade que se pretendia unitária e igualitária, pautada nos princípios da propriedade e da liberdade contratual⁸².

Assim, após essa breve abordagem sobre alguns dos pressupostos da modernidade e das características do nascimento do Direito Comercial, abordar-se-á nos próximos capítulos a queda da presunção moderna de racionalidade ilimitada e seus reflexos nos contratos empresariais.

⁸²WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª edição. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967, p. 528.

2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E PRESSUPOSTOS DE APLICABILIDADE

Conforme analisado no capítulo anterior, a modernidade, sob o pressuposto da racionalidade ilimitada do sujeito, vislumbrava que o homem era capaz de tudo compreender e sistematizar por intermédio da razão.

Nada obstante, a intenção moderna de formar um sistema jurídico completo, capaz de fornecer todas as respostas por meio da busca interna no próprio ordenamento se mostrou insubsistente, visto que não logrou êxito em contemplar plenamente a realidade, devido à própria limitação humana.

A tentativa do Código Comercial napoleônico de objetivar quais eram os atos de comércio, a título exemplificativo, logo sofreu fortes críticas (assim como o Regulamento 737 de 1850, no Brasil, que possuía o mesmo escopo de objetivação⁸³), em razão da completa impossibilidade de tornar estática uma realidade dinâmica como é a comercial⁸⁴.

Como reflexo da incompletude da racionalidade do ser humano, as Ciências também se mostraram incompletas e com isso novas vertentes e métodos interpretativos surgiram para aprimorar o estudo científico.

No campo jurídico, por exemplo, a pretensão de isolamento do Direito em relação às demais formas de Ciência (ou das Ciências) perde força⁸⁵ e a interdisciplinaridade ganha espaço, observando-se a ascendente e marcante presença de disciplinas como Antropologia⁸⁶, Filosofia⁸⁷, História⁸⁸, Sociologia⁸⁹, Medicina⁹⁰, Economia⁹¹, dentre outras, nos estudos legais.

⁸³MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 14.

⁸⁴BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 24-25.

⁸⁵STRECK, Lênio Luiz. O “Novo” Código de Processo Penal e as Ameaças do Velho Inquisitorialismo: Nas So(m)bras da Filosofia da Consciência. In: BONATO, Gilson (org). *Processo Penal, Constituição e Crítica. Estudos em homenagem ao Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, p. 445.

⁸⁶ALVES, Elizete Lanzoni. *Iniciação à antropologia jurídica: por onde caminha a humanidade?* Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

⁸⁷LUDWIG, Celso. *Para uma filosofia jurídica da libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

⁸⁸LOPES, José Reinaldo Lima. *O Direito na História. Lições Introdutórias*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2008.

No que tange à Economia, a ideia de unir os conceitos econômicos aos conceitos jurídicos não chega a ser uma novidade absoluta da contemporaneidade. Mackaay e Rousseau apontam que “*nós podemos a remeter à Maquiavel, à Hobbes e à Locke e aos pensadores escoceses do século das luzes*”⁹².

Contudo, os próprios autores afirmam que foi somente na década de 1960 que a chamada Análise Econômica do Direito surge propriamente dita⁹³, em que pese a grande influência de pensadores que precederam a inauguração do movimento, conforme observado por Posner⁹⁴.

Como ponto de partida da exposição acerca de algumas das ferramentas da Análise Econômica do Direito, necessário se faz um prévio esclarecimento, já apontado por parte da doutrina nacional e estrangeira, mas que ainda não se difundiu suficientemente no Brasil.

A chamada Análise Econômica do Direito não é uma escola unitária, portadora da mesma linha argumentativa, que detém uma visão única a respeito dos assuntos jurídicos. Muito pelo contrário, são autores que a despeito de uma eventual distância entre seus pensamentos, compartilham de certas concepções e se utilizam de um raciocínio econômico que os une⁹⁵.

O raciocínio econômico, por sua vez, não é necessariamente exclusivo, mas também pode ser conjugado com o de outras ciências, com o escopo de tentar fornecer ao Direito uma base analítica maior na compreensão dos efeitos gerados por uma norma ou decisão judicial.

Este esclarecimento se faz necessário pelo fato de grande parte dos críticos da Análise Econômica do Direito fazer referência a ela invocando unicamente algumas das vertentes mais radicais, como a do utilitarismo de Bentham⁹⁶, ou

⁸⁹CASTRO, Celso Antônio Pinheiro de. *Sociologia do direito: Fundamentos de sociologia geral; Sociologia aplicada ao direito*. São Paulo. Atlas, 2003.

⁹⁰ALMEIDA, Álvaro Henrique Teixeira; NIGRE, André Luis (coord). *Direito e Medicina: um estudo interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007.

⁹¹COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010.

⁹²Tradução Livre. No original: “*On peut la faire remonter à Machiavel, à Hobbes et à Locke et aux penseurs écossais du Siècle des Lumières*”.(MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Analyse Économique du Droit*. 2ª edição. Dalloz: Paris, 2008, p. 07).

⁹³MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Analyse Économique du Droit*. 2ª edição. Dalloz: Paris, 2008, p. 09.

⁹⁴POSNER, Richard A. *Para Além do Direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 462.

⁹⁵FORGIONI, Paula Andrea. *A Análise Econômica do Direito: paranóia ou mistificação?* Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª região. São Paulo, nº 77, maio/junho, 2006, p. 53.

⁹⁶GALESKI Junior, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 55.

restringi-la aos primeiros estudos de Posner⁹⁷, deixando de lado tendências contemporâneas que não vislumbram na Economia um imperativo sobre o Direito, mas sim, uma ferramenta de auxílio à ordem jurídica⁹⁸.

A respeito do assunto, Galeski Junior e Ribeiro exemplificam que⁹⁹:

[o]s críticos dos doutrinadores que aplicam os conceitos econômicos à interpretação do Direito adotam geralmente a obra de Bentham ao afirmar que a Análise Econômica do Direito acaba por substituir os valores éticos por soluções baseadas na utilidade (eficiência), o que poderia conduzir a situações aberrantes (como o comércio de órgãos ou crianças), uma vez que a comercialização de um rim traria felicidade para vendedor e comprador: o primeiro porque teria pequena privação de atividades físicas, mas poderia usufruir de grande quantidade de dinheiro; e o segundo, porque teria prejuízo monetário, mas teria alcançado a sobrevivência, sem a qual o dinheiro não teria significado.

Uma aplicação irrestrita dos conceitos econômicos ao Direito levaria a este tipo de conclusão que, por certo, seria um absurdo se confrontado aos princípios jurídicos basilares. É necessário, assim, que sejam respeitadas e preservadas as peculiaridades de cada campo¹⁰⁰.

Portanto, toma-se como primeiro pressuposto em relação ao tema, neste trabalho, que a Análise Econômica do Direito é uma escola formada por diferentes modos de pensar, que não pode ser reduzida a apenas uma visão radical, isoladamente, como se a mesma representasse todo o conjunto das diferentes perspectivas que a compõem.

Com efeito, a Análise Econômica do Direito não se restringe à busca da maximização de riquezas ou de alegrias, deixando de lado os princípios éticos e morais que devem embasar a sociedade.

Hirsch aponta que a missão de conjugar as teorias econômicas e jurídicas seria muito mais fácil se a eficiência pudesse ser defendida como o único e supremo

⁹⁷KLEIN, Vinicius. Posner é a única opção? In: KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 171.

⁹⁸Dentre os críticos que apontam a submissão, por todos v. STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 102.

⁹⁹GALESKI JUNIOR, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 55.

¹⁰⁰FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. *Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, nº 1, jan. a mar., 2003, p. 37-38.

objetivo¹⁰¹. Todavia, o Direito vai além da busca da eficiência, pois, na área jurídica o mais eficiente nem sempre será a melhor solução, muitas vezes, nem mesmo possível.

Na tentativa de desmistificar o caráter meramente utilitarista da Análise Econômica do Direito e visando a utilizar como ferramenta em prol da justiça no caso concreto, sem deixar de lado os valores fundamentais da sociedade e da ordem jurídica, vale transcrever trecho de decisão do juiz Yhon Tostes, da Quinta Turma de Recursos do Juizado Especial Cível de Joinville, que explicou em voto de sua relatoria:

não se pode fazer tal interpretação extremista e deixar de levar em conta os conceitos de moral, ética e justiça, a complementaridade entre eles, e a maneira com que tais conceitos devem ser introduzidos ao se falar de maximização de utilidades¹⁰².

A Economia deve ser compreendida, na área jurídica, como uma ferramenta que pode auxiliar tanto o legislador quanto o operador do Direito a encontrar soluções apropriadas para os problemas jurídicos do dia-a-dia. É na complementaridade da Economia e do Direito que reside o pressuposto para a Análise Econômica do Direito que se quer tomar por base neste trabalho.

A partir destes fundamentos, adota-se como referencial teórico de estudo a concepção de Cooter e Ulen, para quem a Economia pode fornecer ao Direito uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis e às decisões

¹⁰¹HIRSCH, Werner Z. *Law and Economics: an introductory analysis*. Nova Iorque e Londres: Academic Press, 1979, p. 04.

¹⁰²Ementa: "RECURSO INOMINADO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TELEFONIA (BRASIL TELECOM S/A). CONTRATAÇÃO REALIZADA POR TERCEIRO MEDIANTE FRAUDE. RELAÇÃO NEGOCIAL INEXISTENTE. INDEVIDA INSCRIÇÃO NO CADASTRO DE INADIMPLENTES (SPC). DANO MORAL CARACTERIZADO. DEVER DE INDENIZAR. QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL (R\$5.000,00). É causa geradora de lesão moral a inscrição em cadastros de inadimplentes de toda pessoa física ou jurídica que teve seu nome indevidamente usado em contrato com empresa prestadora de serviço, independentemente desta ter sido vítima de fraude ou não quando da pactuação. Não se pode mais admitir a figura do Juiz "Robin Hood" que, a pretexto de distribuir justiça aos hipossuficientes, arbitra indenizações milionárias que só alimentam a indústria do dano moral sem consciência do ambiente econômico que essas decisões estão inseridas e a necessidade de observância do custo-benefício. Em contrapartida, a reiterada prática de lesão aos consumidores demonstra a necessidade de elevar o custo do serviço mal administrado e ofertado através da repercussão indenizatória que este gera na Justiça". (Quinta Turma Recursal do Juizado Especial Cível da Comarca de Joinville, Recurso Inominado nº 2009.501638-0, Relator Yhon Tostes, julgado em 28/03/2011).

judiciais¹⁰³, complementado por Faraco e Santos que vislumbram na Economia uma ferramenta para explicitar fatos econômicos constantes de disposições legais¹⁰⁴. Trata-se, portanto, de uma previsão, não de um imperativo, ao qual o Direito estaria submisso.

2.1 O MODELO DE ESCOLHA RACIONAL E ALGUMAS FERRAMENTAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Economia tradicional presume que o comportamento humano é previsivelmente racional nas respostas às situações que se apresentam¹⁰⁵. Deste modo, a racionalidade das escolhas do sujeito é o alicerce das teorias, das previsões¹⁰⁶ e das recomendações econômicas tradicionais¹⁰⁷.

Neste sentido, na Ciência Econômica predomina o chamado Modelo da Escolha Racional, sobre o qual Mackaay e Rousseau explicam que:

situado diante de um caso a resolver, o sujeito que decide no modelo da escolha racional faz o levantamento dos resultados desejados (valores), identifica as ações que ele pode empreender na busca das opções, determina em que medida cada ação contribui para os resultados desejados e a que custo (valorização) e fica com aquela que mais contribui (escolha)¹⁰⁸.

¹⁰³COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 25.

¹⁰⁴FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. *Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, nº 1, jan. a mar., 2003, p. 27.

¹⁰⁵SIMON, Herbert A. *Models of Man: Social and Rational*. Nova Iorque: John Wiley & Sons, Inc., 1956, p. 196-197.

¹⁰⁶GICO JR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 18.

¹⁰⁷ARIELY, Dan. *Previsivelmente Irracional*. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 07 da introdução.

¹⁰⁸Tradução livre. No original: “[p]lacé devant un cas à résoudre, le décideur du modèle du choix rationnel fait l’inventaire des résultats désirés (valeurs), identifie les actions qu’il peut entreprendre dans la poursuite de ceux-ci (options), détermine dans quelle mesure chaque action contribue aux résultats désirés et a quel coût (valorisation) et retient celle qui y contribue le plus (choix)”.(MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Analyse Économique du Droit*. 2ª ed. Paris: Dalloz, 2008, p. 27-28).

Na concepção do modelo tradicional de Economia, portanto, o sujeito racional busca sempre a melhor alternativa dentre as opções que se apresentam¹⁰⁹. Isto é, os agentes ponderam os custos e benefícios das alternativas disponíveis e optam pela que lhes oferecerá o maior bem-estar¹¹⁰, sempre guiado sob uma ótica racional coerente¹¹¹.

Nas palavras de Posner “*se me pedirem para escolher entre 2 e 3, eu preferirei 3. Mas e se eu tiver outra oportunidade que valha 4? Então preferirei esta, pois prefiro mais a menos*”¹¹².

Uma determinada situação x, por exemplo, apresenta como opções possíveis e excludentes entre si y e z. Pelo Modelo de Escolha Racional é previsível que o sujeito irá optar pela alternativa que lhe fornecerá a melhor valia.

O agente é capaz de ponderar as alternativas, avaliar os custos e benefícios de cada uma e optar pela que melhor satisfizer seus anseios¹¹³. Ninguém (nem mesmo o Estado) poderia fazer uma escolha mais apropriada do que o próprio sujeito racional que tem o interesse particular de maximizar a sua satisfação e minimizar suas despesas¹¹⁴.

Observe-se que o modelo tradicional de Economia está ancorado no pensamento tipicamente moderno, sob os pressupostos de infalibilidade do sujeito e da conseqüente racionalidade absoluta do ser humano.

A respeito do assunto, Ariely aponta que¹¹⁵:

[n]a economia convencional, a hipótese de que somos todos racionais implica que, na vida cotidiana, calculamos o valor de todas as opções que encaramos e, então, seguimos o melhor curso de ação possível.

Esta melhor escolha dentre as restrições que se apresentam é chamada pelos economistas de maximização¹¹⁶ ou como conduta racional maximizadora¹¹⁷.

¹⁰⁹STEINER, Philippe. *A Sociologia Econômica*. Tradução de Maria Helena C. V. Trylinski. São Paulo: Atlas, 2006, p. 33.

¹¹⁰GICO JR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: KLEIN, Vinícius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 22.

¹¹¹NICOLAÏ, André. *Comportamento Econômico e Estruturas Sociais*. Tradução de Oracy Nogueira. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1973, p. 185.

¹¹²POSNER, Richard A. *Para Além do Direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 466.

¹¹³ARIELY, Dan. *Positivamente Irracional: os benefícios inesperados de desafiar a lógica em todos os aspectos de nossas vidas*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 05.

¹¹⁴CAPUL, J. Y; MARTORY, B. *Économie générale*. Paris: Éditions Nathan, 1989, p. 13.

¹¹⁵ARIELY, Dan. *Previsivelmente Irracional*. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 08 da introdução.

Configura-se, destarte, como o processo de classificação e escolha efetuada pelo agente racional, pautada no grau de satisfação proporcionado pelas alternativas que são oferecidas¹¹⁸.

A Economia tradicional presume que há todo um ambiente favorável para as decisões dos sujeitos, seja com a paridade de barganha entre as partes, seja com o conjunto completo de opções e a perfeita avaliação destas para a tomada de decisão¹¹⁹.

Assim, se pode concluir desde já, que sob a perspectiva econômica tradicional, o comportamento do agente é absolutamente previsível, em virtude da racionalidade de suas escolhas¹²⁰, vez que sempre fará a melhor opção possível, guiado por seu senso coerente indefectível.

Consequentemente, com a possibilidade de se prever a reação, também se pode, por intermédio da ferramenta econômica, pensar em estímulos para que certa conduta seja tomada em detrimento de outra, visando a uma determinada finalidade buscada pelo agente que oferece as alternativas. Estes estímulos são chamados na Economia de incentivos¹²¹ e são de suma importância para o Direito¹²².

Em relação aos contratos empresariais, por exemplo, com auxílio da ferramenta econômica, seria possível a criação de um incentivo (na terminologia da Economia), com a estipulação de um valor para a multa contratual que desestimulasse aos contratantes empresários a romper o contrato. Desta forma, pela racionalização das escolhas, as partes optariam por adimplir as obrigações recíprocas, ao invés de simplesmente descumpri-las.

Ainda, para ilustrar a racionalidade das escolhas, a presunção do comportamento humano e os estímulos que podem ser fornecidos com o auxílio da

¹¹⁶COOTER, Robert; Ulen, Thomas. *Direito e Economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 37.

¹¹⁷GICO JR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 22.

¹¹⁸COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 36.

¹¹⁹SIMON, Herbert A. *Models of Man. Social and Rational*. Nova Iorque: John Wiley & Sons, Inc., 1956, p. 198.

¹²⁰SIMON, Herbert A. *Models of Man. Social and Rational*. Nova Iorque: John Wiley & Sons, Inc., 1956. p. 198.

¹²¹LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta*. Tradução Regina Lyra. 4ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 18.

¹²²GICO JR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 23.

Economia, passa-se a analisar uma famosa ferramenta da Análise Econômica do Direito, que é a Teoria dos Jogos e, mais especificamente, um exemplo clássico de sua aplicação, o *Dilema dos Prisioneiros*.

2.2 · TEORIA DOS JOGOS, DILEMA DOS PRISIONEIROS E COOPERAÇÃO

John Von Neumann é apontado como o criador da Teoria dos Jogos por seu artigo “*Zur Theorie der Gesellschaftsspiele*”, publicado em 1928¹²³. Contudo, a obra fundamental a respeito do assunto foi “*Theory of Games and Economic Behavior*”, escrita por Neumann em coautoria com Oskar Morgenstern, no ano de 1945¹²⁴.

A Teoria dos Jogos é definida como um método matemático que aborda os processos de decisão praticados por agentes que reconhecem sua interação mútua¹²⁵. Marinho aponta que a Teoria dos Jogos entra em ação “*sempre que minha decisão é baseada no que eu acho que você vai fazer, em função do que você entende que eu mesmo vou decidir*”¹²⁶.

Tradicionalmente, a Teoria dos Jogos é explicada por meio do chamado Dilema dos Prisioneiros, o qual foi inauguralmente proposto por William Poundstone, em 1953¹²⁷.

O Dilema dos Prisioneiros é descrito a partir da seguinte situação: dois sujeitos (neste trabalho hipoteticamente chamados de João e José) se unem para a prática de dois crimes. Logo após praticarem o segundo ato criminoso, os bandidos são presos, no entanto, a polícia só possui provas suficientes para ensejar a futura condenação pelo primeiro crime, menos grave.

Após serem encaminhados para a penitenciária, são colocados em celas separadas e mantidos incomunicáveis. Ato seguinte, são interrogados simultânea e

¹²³BECUE, Sabrina Maria Fadel. Teoria dos Jogos. In: KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 112.

¹²⁴MARINHO, Raul. *Prática na Teoria: Aplicações da Teoria dos Jogos e da Evolução dos Negócios*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 18.

¹²⁵AXELROD, Robert. *The Evolution of Cooperation*. Nova Iorque: Basic Books Inc. Publishers, 1984, p. 27.

¹²⁶MARINHO, Raul. *Prática na Teoria: Aplicações da Teoria dos Jogos e da Evolução dos Negócios*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 19.

¹²⁷MARINHO, Raul. *Prática na Teoria: Aplicações da Teoria dos Jogos e da Evolução dos Negócios*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 20.

separadamente e lhes são apresentadas as alternativas a seguir: (a) calar-se a respeito dos crimes; e (b) confessá-los.

As consequências dos comportamentos dos sujeitos são comunicadas a cada um deles:

(i) se ambos optarem por permanecer calados, e, portanto, não confessarem o crime, João e José cumprirão 02 anos de cadeia cada;

(ii) se ambos confessarem os crimes, os dois cumprirão 04 anos de prisão;

(iii) se somente um deles confessar (e o outro se calar), o que confessar ficará apenas um ano preso (como benefício por ter ajudado a polícia), enquanto o que ficou calado será preso por 08 anos.

Verificando a situação e os possíveis comportamentos a serem adotados pelas partes (João e José), tem-se que haverá cooperação entre os sujeitos infratores quando não confessarem o crime (cada um mantendo-se calado). Veja-se que o termo cooperação está unicamente ligado à relação entre os sujeitos infratores e não destes com a polícia ou com a ordem social.

Haverá, por sua vez, não cooperação (ou deserção) quando confessarem o crime, pois a partir do momento que um dos sujeitos infratores confessar, estará desde logo, a prejudicar o comparsa, visto que este sempre será condenado a uma pena maior, seja igualmente confessando, seja mantendo-se calado (situação em que seria condenado a maior das penas).

Retomando a ideia central da Teoria dos Jogos, observa-se que há uma interação mútua entre os sujeitos (João e José), de modo que o melhor comportamento de cada um (busca pela maximização) dependerá do que cada um pressupõe que o outro fará, a partir de um raciocínio estratégico¹²⁸.

Analisado o dilema, aparentemente, a melhor resposta seria a cooperação, pois, se ambos cooperassem, ficariam somente dois anos presos.

Todavia, conforme mencionado anteriormente, não há como ter certeza da escolha que o outro sujeito fará. Assim, numa visão egoística e pensando que o parceiro (comparsa) irá cooperar, a melhor opção passa a ser não cooperar, pois deste modo, o sujeito que não cooperasse ficaria com a menor das penas.

No mesmo sentido, se o sujeito acredita que o comparsa não irá cooperar, a melhor opção passa a ser, novamente, não cooperar (desertar), visto que assim

¹²⁸BECUE, Sabrina Maria Fadel. Teoria dos Jogos. In: KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 111.

ambos cumpririam 04 anos de prisão, enquanto que se um cooperar e o outro não, o que cooperasse cumpriria 08 anos.

Observe-se, assim, que o suspeito tende a optar pela confissão (não cooperação), pois a probabilidade de ter um tempo menor de prisão em decorrência deste comportamento é maior. A possibilidade de cooperação é praticamente inexistente em razão dos dois prisioneiros serem mantidos separados, o que gera uma situação de assimetria informacional desfavorável ao ambiente cooperativo. À esta melhor opção abstrata, a Teoria dos Jogos atribui o nome de estratégia dominante¹²⁹.

O Dilema dos Prisioneiros foi muito estudado e diversas ramificações surgiram a partir dele, a fim de aplicá-lo aos mais diversos contextos e situações, como a concorrência, a produção de bens coletivos e mesmo sufrágios políticos¹³⁰. Tal raciocínio pode ser empregado, também, nos contratos empresariais.

Imagine-se que dois empresários resolvam celebrar um contrato de compra e venda mercantil, segundo o qual o empresário *Caio* pagaria R\$ 1.000,00 ao empresário *Tício*, que em contrapartida forneceria 20 sacas de um determinado produto ao comprador.

Considerando que o preço estipulado seja justo, causando a devida retribuição ao vendedor e gerando o esperado retorno àquele que compra, o comportamento dos contratantes poderia ser analisado da seguinte forma, em termos de Teoria dos Jogos:

(i) ao efetuar o pagamento a *Tício*, *Caio* tem uma despesa de R\$ 1.000,00. Cotejando o dissabor do gasto e a alegria do recebimento do produto, em uma escala hipotética da Teoria dos Jogos, atribui-se o valor +2 para o sentimento de *Caio* pelo negócio firmado.

(ii) partindo do prisma do vendedor, analogamente, subtrai-se da felicidade pela venda do produto, o dissabor da impossibilidade de vendê-lo a outro interessado por um preço maior, atribuindo a esta operação o valor final de +2.

Teoricamente, as duas partes estão satisfeitas pelo negócio efetuado, pois ambas, por um preço justo, adequadamente estipulado e aceito, chegaram a um bom acordo, com benefício mútuo equivalente a +2.

¹²⁹COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 57-58.

¹³⁰AXELROD, Robert. *The Evolution of Cooperation*. Nova Iorque: Basic Books Inc. Publishers, 1984, p. 28.

Contudo, imagine-se que o comprador *Caio* ao invés de pagar pelo **produto**. egoisticamente, em um flagrante comportamento oportunista, decida receber a mercadoria, todavia, sem cumprir sua obrigação de pagamento.

Abstratamente, retirando qualquer possibilidade de punição imediata ao desertor, *Caio* deixaria de sentir o dissabor pela despesa de R\$ 1.000,00, enquanto a alegria pelo recebimento do produto continuaria existindo. Assim, na escala abstrata proposta, o índice +2 aumentaria para +4.

No outro vértice, sob a ótica do vendedor, o prejuízo causaria uma grande insatisfação, pois além de ficar sem o produto que poderia ser vendido para outrem, ficaria também sem receber o dinheiro, causando, assim, insatisfação de -4.

Portanto, se por um lado, considerando a relação estabelecida pelas partes, a cooperação geraria um benefício mútuo de +2, caso uma delas desertasse enquanto a outra cooperasse, a desertora teria um benefício maior (de +4), enquanto a que cooperou amargaria um prejuízo de -4.

Observe-se que, para este exemplo nos contratos empresariais assim como na formulação original do dilema (no caso dos presos), o melhor resultado possível para uma das partes (pensando de forma egoística), seria aquele advindo da deserção quando a outra parte coopera.

Em face deste panorama, Robert Axelrod preocupou-se em encontrar uma fórmula para encontrar o melhor comportamento possível para os sujeitos participantes do Dilema do Prisioneiro, buscando as condições nas quais a cooperação poderia se tornar um comportamento dominante.

Para isso, além de analisar o comportamento de cada um dos participantes do jogo sob a expectativa de como o outro atuará, Axelrod abordou as prévias interações desenvolvidas entre os sujeitos até o momento em que estão em face do dilema e as expectativas futuras de encontro entre as partes¹³¹.

Após uma série de experimentos empíricos com jogos e programas de computador em que participaram vários pensadores da Teoria dos Jogos com suas respectivas estratégias, o autor constatou que a estratégia vencedora foi a *tit for tat* (olho por olho)¹³².

¹³¹ AXELROD, Robert. *The Evolution of Cooperation*. Nova Iorque: Basic Books Inc. Publishers, 1984, p. 30.

¹³² AXELROD, Robert. *The Evolution of Cooperation*. Nova Iorque: Basic Books Inc. Publishers, 1984, p. 31-54.

Esta tática é definida por Axelrod como aquela em que o operador inicia a relação com uma opção cooperativa e a partir de então opta pela alternativa escolhida pelo outro sujeito na rodada anterior¹³³. Em outras palavras, o sujeito inicia cooperando e a partir da segunda rodada repetirá a conduta feita pelo outro sujeito na anterior negociação.

Retomando o exemplo do contrato de compra e venda entre empresários; volta-se ao equilíbrio inicial gerado pela cooperação na rodada inicial: tanto comprador quanto vendedor ganham +2 na escala abstrata proposta por este trabalho.

No entanto, com o comportamento egoístico do promitente comprador que apenas recebe o produto, deixando de efetuar o pagamento e a concomitante cooperação do promitente vendedor (ao fornecer a mercadoria), aquele que não cooperou iria ter um ganho maior na rodada inicial, passando de +2 para +4, deixando o vendedor com o prejuízo de -4.

Pela estratégia *tit for tat*, em uma eventual próxima negociação entre as mesmas partes, o comportamento do vendedor seria de deserção (não cooperação), de modo que nesta segunda rodada de negócios, se o comprador cumprisse com sua obrigação (cooperando) teria uma perda de -4 (que igualaria os ganhos da primeira rodada com as perdas da segunda), enquanto que se não cooperasse, ambos teriam um prejuízo de -2, restando o comprador com o índice +2 e o vendedor com -6.

Assim, com base na reciprocidade característica da melhor estratégia (*tit for tat*), Axelrod observou que para o sucesso da cooperação, a relação entre os mesmos sujeitos deve ter um tempo tal (repetições da negociação) que faça com que os ganhos obtidos com o comportamento oportunista sejam compensados pelas perdas nas rodadas seguintes, de tal forma que o benefício advindo de um primeiro comportamento oportunista não se torne lucrativo ao final¹³⁴.

Passando aos números: o agente oportunista tem a oportunidade de burlar as regras, desertar e com isso obter uma vantagem de +4 em uma determinada negociação.

¹³³AXELROD, Robert. *The Evolution of Cooperation*. Nova Iorque: Basic Books Inc. Publishers, 1984, p. 31.

¹³⁴AXELROD, Robert. *The Evolution of Cooperation*. Nova Iorque: Basic Books Inc. Publishers, 1984, p. 59.

Ocorre que em uma próxima rodada com os mesmos participantes, a outra parte tende a repetir o comportamento utilizado pelo polo desertor na rodada inicial, causando, assim, ou um prejuízo de -4 ao sujeito oportunista da primeira rodada ou gerando um prejuízo de -2 para ambas as partes.

Observe-se que a partir da terceira rodada, por mais que o desertor inicial optasse por continuar desertando, os ganhos já estariam zerados, enquanto que caso houvessem optado pela cooperação nas três rodadas, ambas as partes estariam com benefício de +6.

A aproximação da formulação de Axelrod com os contratos empresariais é constatada ao se concluir que a possibilidade de cooperação é maior entre os agentes econômicos quando se está em face de uma relação duradoura ou, ao menos, que tende a ser duradoura.

Por outro lado, em uma relação esporádica ou ainda, em uma eventual última negociação (sabendo que não mais irá haver a relação com o outro sujeito), a opção mais vantajosa seria mudar o comportamento de cooperativo para desertor¹³⁵.

Saliente-se que a Teoria dos Jogos nada mais é do que uma ferramenta que objetiva explicar a realidade fática. Não se está a incentivar um comportamento oportunista para a obtenção de vantagens ilícitas. Pelo contrário, nas palavras de Marinho ao analisar as relações entre os contratantes com base na Teoria dos Jogos: *“entendendo melhor o mecanismo subjacente à realidade (...) tanto mais fácil formular políticas para compensar esse desequilíbrio”*¹³⁶.

Com efeito, a partir do Dilema dos Prisioneiros e sua derivação para os contratos empresariais, podem ser destacados alguns dos importantes conceitos da Análise Econômica do Direito, quais sejam: racionalidade do sujeito, incentivos, maximização, comportamento oportunista, simetria informacional, custos de transação e custos de oportunidade.

A racionalidade do sujeito, os incentivos e a maximização já foram previamente conceituados e se apresentam na avaliação que o sujeito fará das alternativas e na escolha daquela que acredita que lhe trará o melhor resultado.

O comportamento oportunista, por sua vez, é aquele não cooperativo (desertor), pelo qual o agente se vale da peculiaridade de uma situação para tomar

¹³⁵MARINHO, Raul. *Prática na Teoria: Aplicações da Teoria dos Jogos e da Evolução dos Negócios*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 27.

¹³⁶MARINHO, Raul. *Prática na Teoria: Aplicações da Teoria dos Jogos e da Evolução dos Negócios*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 27.

proveito, obtendo um resultado inicial positivo para si, mas prejudicial ao outro membro da relação. Com efeito, Williamson aponta que a economia ortodoxa despreza as consequências do oportunismo ao se pautar na racionalidade ilimitada do agente¹³⁷.

A simetria informacional, diz respeito à igualdade de informações entre as partes que se relacionam no que tange aos elementos que envolvem a relação¹³⁸. Veja-se que este é um pressuposto fundamental no exemplo acima, pois caso fossem dadas informações incompletas ou equivocadas a um dos prisioneiros, o sistema perderia sua própria lógica.

Neste sentido, (i) saber qual a pena a ser cumprida em caso de cooperação; ou (ii) em caso de deserção; é igualmente importante a (i') ter certeza que o comparsa não saberá da opção do outro prisioneiro antes de fazer a sua; (ii') saber se a polícia efetivamente cumprirá o prometido nas alternativas por ela propostas.

A importância da simetria informacional para o Direito também pode ser visualizada pela análise de um simples contrato de compra e venda tradicional¹³⁹.

Veja-se que o vendedor tem um conjunto de informações sobre o produto que o colocam na condição de estipular um valor sobre ele¹⁴⁰.

Um determinado sujeito, por exemplo, que queira vender seu computador usado para outrem, sabe além das informações básicas inerentes ao produto, um conjunto de dados específicos como a velocidade real de operação, os programas que nele foram instalados e os efeitos que algum vírus possa ter causado em sua capacidade de processamento, que o permitem fixar um determinado valor de venda.

O potencial comprador precisa destas informações para saber se o preço estipulado pelo vendedor é ou não justo. Observe-se que o desequilíbrio informacional (assimetria) gera uma lacuna na possibilidade de racionalização

¹³⁷WILLIAMSON, Oliver E. *The Mechanisms of Governance*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1996, p. 06.

¹³⁸COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 233.

¹³⁹GALESKI JUNIOR, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 94-95.

¹⁴⁰RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade Limitada. In: KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 65.

acerca da transação a ser efetuada¹⁴¹ e, como reflexo dos constantes desequilíbrios, o Direito entra em cena com o escopo de igualar o desigual, atribuindo prerrogativas e benefícios ao polo hipossuficiente, vide Código de Defesa do Consumidor.

Tais desequilíbrios são frequentes na prática cotidiana, assim, em que pese as assunções econômicas clássicas, a realidade fática demonstrou que a racionalidade plena do sujeito e o ambiente perfeito para as escolhas foram abstrações teóricas distantes da realidade¹⁴².

Como consequência, desenvolveu-se na Ciência Econômica algumas vertentes que relativizam algumas das presunções tradicionais econômicas. Dentre as vertentes se destaca a Economia Comportamental, a qual rompeu com elementos basilares da compreensão econômica clássica, mormente o de racionalidade absoluta do sujeito, como se verá no capítulo seguinte.

Os custos de transação, outro conceito identificável nas formulações acima, são pomenorizadamente estudados pela doutrina econômica¹⁴³ e são conceituados por Cooter e Ulen como “*os custos das trocas ou comércio*”¹⁴⁴. Segundo os autores, são divididos em (i) custos da busca para a realização do negócio; (ii) nos custos da negociação e (iii) nos custos do cumprimento do que foi negociado¹⁴⁵.

Dentre estes custos se destacam, portanto, nos contratos empresariais, os existentes (a) para se obter informações no mercado¹⁴⁶, (b) para se celebrar o contrato¹⁴⁷ e (iii) fazer valer o pactuado.

Os custos de oportunidade, por sua vez são os decorrentes de uma oportunidade perdida¹⁴⁸, já que ao fazer a opção entre duas ou mais alternativas, por mais que se opte pela que mais benefício trará ao agente tomador da decisão,

¹⁴¹RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade Limitada. In: KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 66.

¹⁴²WINTER, Sidney G. Economic “Natural Selection” and the Theory of the Firm. In: EARL, Peter E. *Behavioural Economics*. Vol. 1. Bath: Edward Elgar Publishing Limited, 1988, p. 112-113.

¹⁴³Em especial por Oliver E. Williamson, como se verifica na obra: *Mechanisms of Governance*, New York/Oxford: Oxford University Press.

¹⁴⁴COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.105.

¹⁴⁵COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, p.105.

¹⁴⁶COASE, Ronald. The Nature of the Firm. In: *Economica*, New Series, vol. 04, n° 16, 1937, p. 390.

¹⁴⁷COASE, Ronald. The Nature of the Firm. In: *Economica*, New Series, vol. 04, n° 16, 1937, p. 391.

¹⁴⁸FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. *Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, n° 1, jan. a mar., 2003, p. 33.

haverá benefícios não aproveitados que seriam provenientes da outra opção (preterida).

2.3 A RACIONALIDADE LIMITADA E A ECONOMIA COMPORTAMENTAL

A prática cotidiana demonstra que as abstrações teóricas, não raramente, estão distantes da realidade fática. A título exemplificativo, por vezes, há custos para identificação das oportunidades, o que faz com que as pessoas façam escolhas diferentes das que fariam se os custos com as informações fossem nulos¹⁴⁹.

Na celebração de um contato empresarial de longo prazo, por exemplo, as partes não conseguem prever todo o conjunto fático, político e econômico que permeará o contexto dos contratantes e que pode afetar, em maior ou menor grau, os interesses expressos no contrato¹⁵⁰. Com efeito, quanto maior e mais complexa a relação contratual a ser firmada, mais caro e difícil será a formação do pacto¹⁵¹, bem como mais difícil se torna a especificação dos comportamentos (prestações e contraprestações) que devem ser seguidos pelas partes¹⁵².

Nada obstante, ainda que fosse possível a formação de um contrato empresarial sem qualquer lacuna, a celebração de um contrato perfeito não seria interessante e lucrativo aos contratantes, já que os custos para a formação do mesmo seriam exorbitantes¹⁵³.

Com base em formulação inauguralmente proposta por Francis Knight, Demsetz¹⁵⁴ diferencia dois elementos essenciais na formação do contrato: (a) os riscos e (b) as incertezas.

Os riscos são elementos inatos a qualquer contrato e é característica marcante da atividade empresarial. Não existe qualquer atividade econômica que

¹⁴⁹POSNER, Richard A. *Para Além do Direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 467.

¹⁵⁰SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2010, p. 108.

¹⁵¹MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 126.

¹⁵²COASE, Ronald. The Nature of the Firm. In: *Economica*, New Series, vol. 04, nº 16, 1937, p. 391.

¹⁵³GALESKI JUNIOR, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 139.

¹⁵⁴DEMSETZ, H. *Ownership control and the firm: The organization of economic activity*. Cambridge: Basil Blackwell, vol. 1, 1990. p. 237.

esteja desvinculada do risco. Ocorre que por intermédio de complexos cálculos, pautados em uma grande quantidade de variáveis oriunda do contexto em que a relação contratual se passará, os riscos podem ser mensurados e, portanto, são passíveis de ser incluídos e alocados no contrato¹⁵⁵.

As incertezas, por sua vez, são elementos fáticos que não são passíveis de previsão ou mensuração por parte dos contratantes¹⁵⁶. Nesta impossibilidade de traduzir as incertezas em números é que reside a diferença em relação aos riscos¹⁵⁷.

Deste modo, ainda que fosse possível fazer a previsão de todos os riscos e calculá-los, as incertezas vão além da capacidade humana de previsão, deixando, portanto, lacunas nas relações contratuais.

Ciente das limitações do sujeito, a Análise Econômica do Direito reconhece a impossibilidade de previsão de todas as variáveis fáticas que envolvem um contrato empresarial¹⁵⁸.

Mesmo as formulações mais recentes da Teoria dos Jogos e, em especial, as variações do Dilema dos Prisioneiros abandonam, gradativamente, a presunção de racionalidade absoluta do sujeito, ao estabelecerem que o comportamento racional estará presente somente quando os agentes estiverem diante de um conjunto de circunstâncias como: (i) não forem motivados apenas por condutas emocionais; (ii) tiverem a oportunidade de aprender a jogar por intermédio de tentativas e erros; e (iii) estiverem diante de jogos simples, com a presença de poucos agentes¹⁵⁹.

Em relação à racionalidade do sujeito e a consequente previsibilidade do comportamento humano, Levitt e Dubner afirmam - não sem um acentuado tom irônico - que:

*[o] economista-padrão acredita que o mundo ainda não inventou um problema cuja solução ele não possa inventar, desde que lhe seja dada uma carta branca para elaborar o esquema de incentivo apropriado.*¹⁶⁰

¹⁵⁵DEMSETZ, H. *Ownership control and the firm: The organization of economic activity*. Cambridge: Basil Blackwell, vol. 1, 1990. p. 237.

¹⁵⁶DEMSETZ, H. *Ownership control and the firm: The organization of economic activity*. Cambridge: Basil Blackwell, vol. 1, 1990. p. 237.

¹⁵⁷PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 125.

¹⁵⁸GALESKI JUNIOR, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 139.

¹⁵⁹BECUE, Sabrina Maria Fadel. Teoria dos Jogos. In: KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 114.

¹⁶⁰LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta*. Tradução Regina Lyra. 4ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 18.

Nicolai, por sua vez, critica a estrutura estática e mecanicista da Economia tradicional clássica ao afirmar que:

*[...] ao se fundar sobre um esquema de comportamento formal (a pura lógica das coisas) e hipotético (a racionalidade) atribuído a um indivíduo abstrato que escapã a toda determinação social e temporal, esquece o ambiente ou não faz dele senão um dado, negligencia o processo de confrontação das decisões individuais (...) e chega, assim, no plano global, a um resultado fictício: a hipótese de um equilíbrio estático.*¹⁶¹

Nesta crítica à estaticidade e à mecanicística da Economia tradicional que se desenvolve a chamada Economia Comportamental, cujos expoentes tradicionalmente citados são Herbert Simon, Richard Cyert e James March¹⁶².

Simon pauta sua obra na incapacidade do sujeito lidar com os problemas do mundo real, longe da abstração teórica. Para Simon, as teorias econômicas clássicas falham ao deixar de analisar os aspectos psicológicos que são peculiares a cada sujeito¹⁶³.

Com base na racionalidade limitada do sujeito e na distância entre a teoria econômica e a prática do dia-a-dia, duas recentes obras tornaram-se best-sellers nos Estados Unidos, difundindo as ideias da Economia Comportamental: *Freakonomics*¹⁶⁴ e *Previsivelmente Irracional*¹⁶⁵.

Ambas, por meio de experiências práticas, demonstram a relatividade e incompletude das teorias econômicas e as lacunas observáveis quando confrontadas com a prática.

As duas obras citadas, a título exemplificativo, abordam o caso de escolas israelenses que sofriam com os atrasos dos pais para buscarem seus filhos no término das aulas.

¹⁶¹NICOLAÏ, André. *Comportamento Econômico e Estruturas Sociais*. Tradução de Oracy Nogueira. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1973, p. 23.

¹⁶²EARL, Peter E. *Behavioural Economics. Vol. 1*. Bath: Edward Elgar Publishing Limited, 1988, p.3-4.

¹⁶³SIMON, Herbert A. *Models of Man. Social and Rational*. Nova Iorque: John Wiley & Sons, Inc., 1956, p. 197.

¹⁶⁴Disponível em:freakonomicsbook.com/freakonomics/about-freakonomics/, acesso em 30/07/2011.

¹⁶⁵Disponível em:danariely.com/honors-for-predictably-irrational-2008, acesso em 30/07/2011.

Uma dupla de economistas tradicionais buscando sanar tal problema, apresentou a seguinte solução: multar os pais atrasados, para que os mesmos se tornassem mais pontuais¹⁶⁶.

A despeito do que esperava a direção da escola e do que a Economia tradicional apontaria, o efeito resultante da instituição da multa foi um expressivo acréscimo no número de atrasos¹⁶⁷.

No caso, a explicação fornecida pela Economia Comportamental foi a de que por intermédio da instituição de uma cobrança de multa por atraso, a escola ao invés de incentivar a pontual busca dos filhos, institucionalizou o pensamento de que a impontualidade estava sendo devidamente punida e assim, compensada, pela multa a ser paga.

Em termos econômicos, a criação da multa trocou as normas sociais pelas normas de mercado¹⁶⁸, o que, a despeito da interpretação tradicional, não será sempre o mais eficiente.

A Economia Comportamental aponta que não são simplesmente os aspectos econômicos que devem ser analisados nas decisões dos sujeitos. Há todo um conjunto de normas sociais, contextuais e de processos psicológicos que também devem ser analisados nas teorizações¹⁶⁹.

A partir de situações como a da escola israelense, que fogem aos padrões das indagações e teorizações acadêmicas tradicionais, que a Economia Comportamental foca seus esforços e busca abranger um número maior de variáveis, pautados precipuamente na prática cotidiana, para analisar o comportamento dos sujeitos¹⁷⁰.

Com efeito, a aproximação entre o Direito Comercial e a Economia Comportamental pode ser averiguada na importância do reconhecimento dos usos e costumes como fonte fundamental no Direito Mercantil¹⁷¹ e na impossibilidade de se

¹⁶⁶LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta*. Tradução Regina Lyra. 4ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 17.

¹⁶⁷LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta*. Tradução Regina Lyra. 4ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 17.

¹⁶⁸ARIELI, Dan. *Previsivelmente Irracional*. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 63.

¹⁶⁹SBICCA, Adriana. *O uso de heurísticas no estudo das decisões econômicas*. p. 15. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/.../73060100001.pdf, acesso em 16/07/2011.

¹⁷⁰ARIELI, Dan. *Positivamente Irracional*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 254.

¹⁷¹BERTOLDI, Marcelo; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 44.

defender a existência de um Direito ideal que despreze as constantes mutações que a realidade apresenta, como ensinam Ascarelli¹⁷² e Buonocore¹⁷³.

Aponte-se, ainda que de passagem, que tal discussão merece ser resgatada neste momento, vez que tramita na Câmara dos Deputados o Projeto do Novo Código Comercial (Projeto de Lei 1572/2011).

Talvez, após repetidos revezes na tentativa de tornar estática uma realidade dinâmica como a empresarial, um Novo Código Comercial, nos moldes do pensamento moderno e, ainda, com todas as dificuldades do tempo de tramitação, não seja a melhor alternativa para o Direito Comercial.

¹⁷²ASCARELLI, Tullio. *Iniciação ao Estudo do Direito Mercantil*. Sorocaba: Editora Minelli, 2007, p. 119-120.

¹⁷³BUONOCORE, Vincenzo. *L'impresa: Trattato de Diritto Commerciale*. Seção I, tomo 2.I. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002, p: 117.

3 CONTRATOS EMPRESARIAIS E INTERPRETAÇÃO

Consoante exposto nos capítulos precedentes, há um conjunto de elementos que impedem a formação de contratos perfeitos por parte de agentes econômicos, dentre os quais se destaca a própria racionalidade limitada do sujeito. Simon expressa tal limitação ao afirmar que o comportamento humano é “*intencionalmente racional, mas apenas limitadamente racional [na prática]*”¹⁷⁴.

Neste sentido, falhas de previsão e de execução nos contratos empresariais são frequentes e muitas vezes colocadas à apreciação do poder judiciário. Com efeito, pelo conjunto de elementos singulares existentes nesta modalidade contratual, há de se ter uma maior cautela para a relativização dos mesmos, como se verá a seguir.

3.1 CLASSIFICAÇÃO E CONCEITUAÇÃO

Não há uma definição doutrinária pacífica acerca do que sejam os contratos empresariais¹⁷⁵, mormente em virtude do descaso da doutrina acerca de uma teoria geral desta modalidade de contrato¹⁷⁶. Contudo, alguns elementos de sua conceituação, bem como algumas classificações, são vistos com maior frequência nos estudos jurídicos comercialistas.

Primeiramente, no que se refere à classificação geral dos contratos, adota-se a que é exposta por Gross e Bihl¹⁷⁷, segundo a qual se um contrato for firmado entre empresários no exercício da atividade profissional por eles exercida, é qualificado como contrato empresarial. Por outro lado, se for celebrado por um comerciante no exercício de sua atividade com um não empresário, trata-se de um contrato misto. Por fim, se o contrato for firmado entre dois particulares que não exerçam a

¹⁷⁴Tradução livre: “intendly rational, but only limitedly so”. (SIMON, Herbert. *Administrative Behaviour*. 2ª edição. New York: Macmillan, 1957, p. xxiv).

¹⁷⁵BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 1991, p. 78-81.

¹⁷⁶FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 40.

¹⁷⁷GROSS, Bernard; BIHR, Philippe. *Contrats: tome 1 Ventes civiles et commerciales, baux d’habitation, baux commerciaux*. Presses Universitaires de France: Paris, 1993, p. 29.

atividade profissional organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços, está-se diante de um contrato civil.

Contudo, para a identificação das características dos contratos empresariais, necessário se faz que, para além da identificação dos sujeitos contratantes, se compreenda também as demais peculiaridades atinentes a esta modalidade contratual.

Assim, a presente análise adota a concepção de Paula Forgioni para quem os contratos empresariais são aqueles praticados pelos comerciantes no exercício de sua profissão com outros empresários, movidos pela busca do lucro¹⁷⁸, características estas analisadas no decorrer do trabalho.

3.2 CARACTERÍSTICAS GERAIS E DISTINÇÃO COM OUTRAS MODALIDADES CONTRATUAIS

A partir da classificação e conceituação descritas acima, passa-se a elencar algumas das características dos contratos empresariais e as diferenças em relação a outras modalidades contratuais.

A respeito das pessoas dos contratantes, na mesma esteira da classificação proposta por Gross e Bihl, Martins aponta que os contratos empresariais podem ser diferenciados dos civis, em virtude daqueles serem sempre celebrados pelos comerciantes em sua atividade profissional, enquanto estes podem ser firmados por qualquer pessoa capaz¹⁷⁹, em qualquer atividade.

Efeito deste elemento distintivo entre contratos civis e empresariais, é a verificação da presença de um objetivo comum dos agentes nos contratos empresariais, qual seja, a conotação econômica expressa na busca pelo lucro¹⁸⁰.

Tal raciocínio é importante na diferenciação entre contratos empresariais e contratos de consumo, pois enquanto nestes uma das partes visa ao mero

¹⁷⁸FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 29. Vale ressaltar, neste ponto, que outras características comumente elencadas pela doutrina em relação aos contratos empresariais são a onerosidade e a vocação à execução continuada, como se verificará no decorrer do capítulo.

¹⁷⁹MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 77.

¹⁸⁰FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 29

desfrute¹⁸¹ (consumidor), naqueles os dois polos almejam o resultado econômico expresso no lucro.

Esta característica confere um elemento singular aos contratos empresariais¹⁸², já que “[e]m qualquer hipótese, a contratação terá um objetivo, almejado em conjunto pelas empresas, isto é, todo negócio tem uma função econômica e nessa função encontra sua razão de ser”¹⁸³.

Além da distinção oriunda da análise das pessoas dos contratantes e de seus escopos, a doutrina aponta que os contratos empresariais se diferenciam das outras modalidades contratuais em virtude de seu aspecto histórico. Com efeito, Ascarelli afirma que é na história que reside a diferença fundamental entre as disciplinas civil e comercial¹⁸⁴.

Inicialmente, pode-se constatar que a importância do caráter histórico no Direito Comercial é demonstrada na própria observância e relevância dos usos e costumes na disciplina, os quais são considerados fontes essenciais deste ramo do Direito¹⁸⁵.

A doutrina preconiza que se constata nos contratos praticados por empresários no exercício de sua profissão uma maior sujeição aos usos e costumes em comparação às demais categorias contratuais¹⁸⁶. Isto porque, conforme elucida Forgioni:

[o]s usos e costumes geram legítimas expectativas de atuação, probabilidades de comportamento; presume-se que as partes comportar-se-ão de acordo com o modelo usual, de maneira que cada agente é capaz de planejar sua jogada (i.e., estratégia de atuação no mercado) com maior margem de segurança¹⁸⁷.

¹⁸¹ASCARELLI, Tullio. *Iniciação ao Estudo do Direito Mercantil*. Sorocaba: Editora Minelli, 2007, p. 195.

¹⁸²FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 29.

¹⁸³FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 59.

¹⁸⁴ASCARELLI, Tullio. *Iniciação ao Estudo do Direito Mercantil*. Sorocaba: Editora Minelli, 2007, p. 117.

¹⁸⁵BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 84-85.

¹⁸⁶GALESKI JUNIOR, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 17.

¹⁸⁷FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 117-118.

Ademais, aponta-se que esta modalidade contratual é vocacionada à duração continuada¹⁸⁸. Consequência direta disto é a impossibilidade de previsão de todos os eventos e externalidades que possam alterar o equilíbrio contratual durante o transcurso da vigência do pacto celebrado.

Diante deste panorama, a previsibilidade de comportamento das partes, advindo em grande parte do respeito aos usos e costumes, se mostra essencial para o bom andamento da relação entre os contratantes¹⁸⁹, a fim de evitar comportamentos oportunistas e, assim, reduzir os custos de transação.

Ademais, em face de o elemento risco ser característica ínsita a própria atividade empresarial (como será visto logo a seguir), mecanismos que possam reduzi-lo, como a previsibilidade de comportamento, se mostram primordiais.

Ainda em relação à parte histórica, a doutrina aponta que é marcante o caráter cosmopolita dos contratos empresariais, vez que frequentemente transcendem aos limites territoriais de um Estado¹⁹⁰, disseminando – por via reflexa – usos e costumes desenvolvidos em diferentes regiões¹⁹¹.

No que tange à função, esta modalidade contratual se caracteriza por viabilizar a prática empresarial, constituindo os principais atos realizados pelos comerciantes no exercício de sua profissão¹⁹², representando o núcleo básico e essencial de sua atividade¹⁹³ e possibilitando seu desenvolvimento eficaz¹⁹⁴.

Nesta esteira, diferentemente do que ocorre nos contratos trabalhistas ou de consumo, nos contratos empresariais se espera que haja igualdade material entre os contratantes¹⁹⁵, em virtude de estarem em posições equivalentes (de empresário) e pela habitualidade da prática contratual no exercício da atividade profissional, haja vista sua essencialidade para a mesma.

¹⁸⁸GALESKI JUNIOR, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 17.

¹⁸⁹FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 232.

¹⁹⁰GALESKI JUNIOR, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 17.

¹⁹¹FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 132.

¹⁹²MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 77.

¹⁹³BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 1984, p. 23.

¹⁹⁴GALESKI JUNIOR, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 17.

¹⁹⁵FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos*. 2ª edição. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 120.

Decorrencia da habitualidade e da presunção de igualdade material entre as partes é a alta relevância da concepção de autonomia privada nos contratos empresariais¹⁹⁶.

Presume-se, pois, que os empresários são diligentes e probos¹⁹⁷, habituados a celebrar contratos no exercício de sua profissão e cientes de que toda atividade empresarial possui como elemento indissociável o risco. Até mesmo porque, é o próprio risco remunerado pelo lucro que conduz a atividade do empresário em sua profissão¹⁹⁸.

A respeito do elemento risco, Galeski Junior e Ribeiro asseveram que:

*nos contratos empresariais o risco não pode ser considerado elemento estranho, ao contrário, a atividade econômica é uma atividade de risco, remunerada pelo lucro e ágio, não se justificando a invocação e a aceitação das normas gerais dos contratos com o propósito de neutralização do risco*¹⁹⁹.

O conjunto destes fatores singulares encontrados nos contratos empresariais confere a esta modalidade contratual racionalidade e lógica próprias, não se confundindo com as demais modalidades contratuais.

3.3 A RACIONALIDADE LIMITADA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS E A INTERVENÇÃO JUDICIAL

A liberdade contratual é o princípio basilar do Direito Privado moderno²⁰⁰. À luz da ideologia liberal individualista predominante na modernidade, o contrato era visto como consenso perfeito, superestimando o papel do indivíduo²⁰¹ como ser

¹⁹⁶GALESKI JUNIOR, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 18.

¹⁹⁷FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 87.

¹⁹⁸GALESKI JUNIOR, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 164.

¹⁹⁹GALESKI JUNIOR, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 164.

²⁰⁰ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva e Livraria Acadêmica, 1947, p. 55.

²⁰¹GOMES, Orlando. *Contratos*. Coordenação de Edvaldo Brito. Atualizadores: Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 07.

absolutamente racional, maximizador por essência e excelência, conforme analisado nos capítulos precedentes.

Contudo, superado o mito da racionalidade ilimitada do sujeito e a consequente presunção moderna de equilíbrio completo e estático entre os contratantes, o Poder Judiciário se deparou com a necessidade de intervir nas relações privadas, a fim de equilibrar, reequilibrar ou cessar abusos de uma das partes em relação à outra.

No contexto econômico e social do pós-Segunda Guerra Mundial (em que se inclui o presente momento para fins desta análise), verifica-se o fenômeno da produção de contratos em massa, em que se simplifica o processo de formação²⁰² e são impostas determinadas cláusulas, não raramente abusivas, por parte do proponente, prejudicando o equilíbrio contratual.

Como reação, a intervenção estatal por intermédio do judiciário limitou, por vezes, a ideia de liberdade contratual, restringindo a concepção de autonomia privada²⁰³, rompendo radicalmente com a tradição contratual moderna pautada no individualismo.

Pouca dúvida resta no que tange à legitimidade de tais intervenções, vez que os casos de abusos são rotineiros e não podem ser respaldados pelo sistema jurídico²⁰⁴.

Nada obstante, a intervenção judicial merece ser vista com maior cautela quando referentes aos contratos empresariais. Por esta razão, sua distinção em relação às outras modalidades contratuais se mostra fundamental²⁰⁵.

Nesta esteira, dentre o conjunto de características próprias dos contratos empresariais - anteriormente elencadas - se encontram a (i) busca pelo lucro pelos dois polos; (ii) a habitualidade na celebração de contratos por parte dos empresários; (iii) o risco como elemento indissociável da prática empresarial e (iv) o reconhecimento dos usos e costumes como fonte primordial de direitos e obrigações relativas ao comércio.

²⁰²GOMES, Orlando. *Contratos*. Coordenação de Edvaldo Brito. Atualizadores: Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.09.

²⁰³GOMES, Orlando. *Contratos*. Coordenação de Edvaldo Brito. Atualizadores: Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.08.

²⁰⁴FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos*. 2ª edição. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 84-85.

²⁰⁵GALESKI JUNIOR, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 18.

Tais particularidades dos contratos empresariais devem ser levadas em consideração pelo julgador no momento em que for analisar esta modalidade contratual.

A título exemplificativo, não é pelo simples fato de um contrato empresarial não ter alcançado a pretensão inicial do contratante (empresário/investidor) que o mesmo deva ser revisto, indiscriminadamente, como – via de regra – ocorre nos contratos consumeristas e trabalhistas.

Neste sentido, Galeski Junior e Ribeiro explicam que:

ao se cotejar contratos empresariais, contratos de consumo e de trabalho, as medidas a serem adotadas para o reequilíbrio, por força externa, do contrato, não serão necessariamente as mesmas, assim como os critérios e a razão da modificação não serão necessariamente coincidentes.²⁰⁶

Na mesma esteira, ao fazer referência ao instituto da lesão, Forgioni retrata a preocupação da doutrina comercialista com a interpretação do aplicador do Direito em face de um contrato empresarial, distinto – por natureza – das demais modalidades de contrato:

preocupa a interpretação/aplicação que será dada ao texto do art. 157 quando estiverem envolvidos negócios celebrados entre empresários. Será desconsiderada a força do contrato quando uma das partes ‘errar’ na sua previsão? (...) parece-nos que a aplicação do preceito no campo do direito empresarial deverá ser extremamente cuidadosa, sob pena de transformar-se em instrumento de neutralização de vantagens competitivas²⁰⁷.

Para sustentar a particularidade com que devem ser analisados os contratos empresariais pelo judiciário, vale ressaltar que a própria capacidade de prever os resultados de uma negociação faz parte da qualidade distintiva de um empresário de sucesso em comparação a outro que não tenha tanto êxito em sua atividade.

Ademais, lembre-se que nos contratos empresariais não há, via de regra, hipossuficiência de uma das partes, como frequentemente ocorre nos contratos de trabalho e de consumo, vez que ambos os polos exercem a mesma atividade

²⁰⁶GALESKI JUNIOR, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 18.

²⁰⁷FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 249-250.

profissional e são acostumados a celebrar contratos, tendo em vista a supracitada essencialidade dos mesmos na atividade profissional exercida pelos contratantes²⁰⁸.

Galeski Junior e Ribeiro exemplificam tal entendimento ao apontarem que não seria correto o judiciário revisar um contrato de locação de espaço para comércio em *shopping center* pelo simples fato de não ter havido o retorno esperado nas vendas²⁰⁹. Prosseguindo, os autores afirmam que “*não socorreria o lojista o argumento de que não era obrigação sua conhecer o mercado (...) pois sua atividade lhe concederia ou obrigaria a ter um maior grau de informação*”²¹⁰.

Deste modo, pode-se concluir que a concepção de que o vínculo contratual traz um ambiente de certeza e segurança jurídicas²¹¹, em que as partes acreditam no cumprimento das obrigações recíprocas, possui ainda maior importância no contexto empresarial. A confiança no contrato e no seu cumprimento são fundamentos basilares para o desenvolvimento da economia²¹².

Com efeito, é somente em um ambiente de respeito aos vínculos contratuais que se desenvolve um elemento muito importante aos comerciantes e que é decorrência direta da confiança institucional: o crédito²¹³.

A respeito do crédito, tradicional na doutrina comercialista é o exemplo referente ao fracasso das Cédulas de Produto Rural no mercado do agronegócio brasileiro.

As chamadas CPR são definidas como os títulos de crédito que outorgam ao credor o direito de exigir do emitente a entrega do produto rural nela determinado²¹⁴. As referidas cédulas eram frequentemente utilizadas como meio de financiamento da atividade agrícola, com uma taxa de juros abaixo das geralmente cobradas pelas instituições financeiras.

Consistiam no prévio repasse de capital do investidor ao empresário agrícola para a realização da atividade rural, em troca de uma determinada quantia de

²⁰⁸ FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos*. 2ª edição. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 120.

²⁰⁹ GALESKI JUNIOR, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 213.

²¹⁰ GALESKI JUNIOR, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 213.

²¹¹ GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andrea. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 16.

²¹² GALESKI JUNIOR, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 130.

²¹³ FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 91.

²¹⁴ PEREIRA, Lutero de Paiva. *Comentários à lei da cédula de produto rural*. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2009, p. 13.

produtos a ser fornecida ao sacador do título após a colheita do produto, cuja produção havia sido financiada pelo capital obtido²¹⁵.

Pereira sintetiza o processo de investimento da seguinte maneira:

[a] promessa constante da Cédula que o emitente se obriga a satisfazer não é gratuita, mas onerosa, e essa onerosidade decorre do fato de que o credor já satisfez sua obrigação, pagando-lhe o preço entre eles ajustado, relativamente à aquisição do produto rural nela descrito, considerando sua quantidade e qualidade²¹⁶.

Ocorre que, não raramente, o preço do produto prometido como pagamento disparava em determinada época do ano, causando um acréscimo expressivo no valor da safra.

Ato seguinte, instado pelo descontente empresário agrícola, por diversas vezes, o judiciário entrevistou, por intermédio de uma lógica própria da não empresariedade, reestabelecendo a seu arbítrio, um valor adequado relativamente à safra, porém, não condizente com a estipulação inicial e possivelmente esperada pelo investidor²¹⁷.

Tais intervenções geraram uma desconfiança tamanha aos investidores empresários que a Cédula de Produto Rural passou a ser de raríssima utilização atualmente.

Como consequência, a dificuldade para obter capital por parte dos produtores rurais aumentou significativamente, obrigando os mesmos a celebrarem pactos não tão benéficos, com taxas de juros maiores do que aquelas cobradas anteriormente, o que prejudica toda a rede de negócios ligados ao campo²¹⁸.

Veja-se, assim, a importância de se ter um ambiente de confiança no meio empresarial, em que os ganhos sejam realmente obtidos em caso de sucesso ou, efetivamente perdidos em eventuais fracassos, posto que as relações empresariais

²¹⁵ALMEIDA, Luciana Florêncio; Zylbersztajn, Décio. *Crédito Agrícola no Brasil: uma perspectiva institucional sobre a evolução dos contratos*. p. 07. Disponível em: <http://internext.espm.br/index.php/internext/article/viewFile/67/57>, acesso em 23/09/2011..

²¹⁶PEREIRA, Lutero de Paiva. *Comentários à lei da cédula de produto rural*. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2009, p. 18.

²¹⁷ALMEIDA, Luciana Florêncio; Zylbersztajn, Décio. *Crédito Agrícola no Brasil: uma perspectiva institucional sobre a evolução dos contratos*. p. 07. Disponível em: <http://internext.espm.br/index.php/internext/article/viewFile/67/57>, acesso em 23/09/2011.

²¹⁸Acerca do ambiente institucional relacionado às Cédulas de Produto Rural ver ainda GONZALES, Bernardo C. R; MARQUES, Pedro Valentim. *A Cédula de Produto Rural- CPR e seus ambientes contratual e operacional*. Disponível em <http://www.estecon.fea.usp.br/index.php/estecon/article/viewFile/495/206>, acesso em 22/09/2011.

somente podem se desenvolver satisfatoriamente em um ambiente que privilegie a segurança e a previsibilidade jurídicas²¹⁹.

Tal raciocínio ganha ainda maior destaque ao considerar que toda atividade empresarial tem como ponto fundamental e indispensável a disponibilidade de crédito. Se o investidor não tem uma expectativa razoável de ter um retorno do investimento, ou estabelecerá juros mais altos que compensem eventual perda ocasionada pelo não cumprimento do contrato ou cessará o investimento.

Com a lógica acima, não se está a sustentar que a autonomia privada seja um preceito absoluto na disciplina dos contratos empresariais, ou que o princípio do *pacta sunt servanda* deva prevalecer em detrimento de todos os outros assegurados no ordenamento jurídico.

Este raciocínio não poderia prevalecer, até mesmo porque nem sempre o simples fato de existir um pacto entre dois empresários confere possibilidade de equilíbrio de barganha entre as partes²²⁰ e de consequente razoabilidade entre prestações e contraprestações no contato²²¹. O que se sustenta é que o julgador deve ter cautela especial ao relativizar contratos firmados entre empresários.

Com efeito, ao se referir às frequentes relativizações dos contratos pelo judiciário, pautado em especial pela exegese do Código do Consumidor e das Leis Trabalhistas, Forgioni elucida que:

[e]ntretanto, passada a agitação da última metade do século XX, é necessário lançar olhar mais sereno e lúcido sobre a realidade, digerindo os resultados de período histórico no qual, muitas vezes, deu-se mais importância à exceção do que à regra²²².

A regra é a de que o contrato expressa a vontade das partes e a de que faz lei entre elas, mormente no ambiente empresarial, não devendo ser admitida a generalizada utilização do Código do Consumidor ou das Leis Trabalhistas e suas lógicas próprias, como aplicáveis à relação entre empresários na atividade comercial.

²¹⁹FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 75.

²²⁰GALESKI JUNIOR, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 18.

²²¹FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos*. 2ª edição. Buenos Aires: Astrea, 1997, p. 84-85.

²²²FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 86.

Neste sentido, a respeito da distinta lógica que deve preponderar na análise dos contratos empresariais, vejam-se exemplos de julgados, abaixo comentados.

O primeiro dos casos analisados, diz respeito à exceção de incompetência territorial oposta pela ré, uma sociedade limitada, em lide proposta por outra sociedade limitada, com quem celebrou contrato de vendas e serviços.

A sociedade autora ajuizou ação objetivando a rescisão do contrato, no foro do local onde a obrigação deveria ser satisfeita. Nada obstante, a ré opôs a referida exceção de incompetência territorial, pautada no fato do contrato celebrado entre as duas sociedades ter estipulado como foro de eleição outro juízo.

O juízo de primeiro grau julgou procedente a exceção de incompetência, com base na expressa disposição contratual de eleição. Por outro lado, ao julgar o Agravo de instrumento interposto pela autora, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul declarou abusiva a cláusula de eleição do foro para dirimir os conflitos entre as partes, sob o fundamento de ter sido prevista em contrato de adesão, asseverando que o foro competente seria, então, o do local em que a obrigação deveria ser satisfeita, como preceitua a regra geral das obrigações. Verifica-se, pois, o emprego de uma lógica tipicamente consumerista na análise feita pelo Tribunal gaúcho.

Ato seguinte, foi interposto Recurso Especial. Na decisão do Superior Tribunal de Justiça foi exposto que em razão do contrato ter sido celebrado entre duas sociedades empresárias (uma montadora de veículos e uma concessionária), não haveria que prevalecer a lógica consumerista, de modo que a cláusula debatida deveria ser mantida e respeitada²²³.

Os julgadores observaram que a despeito de uma disparidade de poderio econômico entre as partes (diferença razoável entre montadora e concessionária), não é a mera diferença de porte que deve ensejar a revisão contratual indiscriminada, já que na grande maioria das vezes, empresários que não possuam rigorosamente o mesmo porte celebrarão contratos empresariais.

²²³ Ementa: “*PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - COMPETÊNCIA - FORO DE ELEIÇÃO - EMPRESAS DE GRANDE PORTE - ALTO VALOR DO CONTRATO - MONTADORA DE VEÍCULOS E CONCESSIONÁRIA - PRECEDENTES DA 2ª SEÇÃO. 1 - Contratos firmados entre montadora e concessionária de veículos constituem contratos empresariais pactuados entre empresas de porte, financeiramente capazes de demandar no foro de eleição contratual. 2 - A mera circunstância de a montadora de veículos ser empresa de maior porte do que a concessionária não é suficiente, por si só, a afastar o foro eleito. 3 - Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a competência do foro de eleição, qual seja, da cidade de São Bernardo do Campo/SP, para o processo e julgamento do feito*” (STJ, REsp 827.318/RS, Rel. Ministro Jorge Scartezini, publicado em 09/10/2006).

A respeito da simetria entre os empresários que celebram um contrato no exercício de sua atividade profissional, é interessante observar os diferentes cerne da preocupação da doutrina comercialista.

Enquanto parte afirma genericamente que (i) em caso de equilíbrio entre os contratantes a lógica do Direito Empresarial deve prevalecer na relação e em caso de disparidade de forças, a lógica consumerista deve preponderar²²⁴, outra parte (ii) se preocupa com a eventual perda de competitividade por relativizações de contratos empresariais nos casos de pactos entre empresários desiguais²²⁵.

Pela lógica desenvolvida por este trabalho, a primeira afirmação merece ser vista com cautela, já que nem sempre a diferença de porte entre os contratantes ensejará na automática aplicabilidade da lógica consumerista nos contratos empresariais. Cabe ao julgador averiguar, no caso concreto, em especial os usos e costumes, para ter parâmetros de comparação acerca da negociação celebrada e averiguar a existência de eventual ilegalidade decorrente do abuso de poder econômico.

Para embasar o maior cuidado com que deve ser compreendida a assertiva, veja-se o exemplo de uma sociedade em recuperação judicial. Pela condição de crise em que se encontra, perde poderio econômico e, conseqüentemente, poder de barganha. No entanto, é justamente neste momento que mais precisa de crédito e celebrar relações contratuais que possam lhe trazer bons resultados, para ter condições de se recuperar.

Assim, da mesma forma como aconteceu com as CPR, caso os contratos com sociedades em recuperação sejam desconsiderados frequentemente, haverá um abalo no mercado, o que fará com que o crédito seja restringido e a situação da sociedade em dificuldade se agrave ainda mais.

O segundo julgado analisado é relativo à Ação Declaratória de Inexigibilidade de Título, referente à duplicata mercantil, em que se discutiu – basicamente - a aplicabilidade do diploma consumerista para a relação entre as duas empresas litigantes, uma delas (ré) fornecedora do produto, a outra que o adquiriu para uso na atividade empresária.

²²⁴COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 414.

²²⁵FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 249-250.

A decisão de primeiro grau entendeu pela inexigibilidade da duplicata, pautando sua decisão na aplicabilidade do diploma consumerista para a relação em análise.

Contudo, em sede de apelação, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a sentença, julgando ser exigível a duplicata, expondo em síntese que:

*não se aplica o diploma consumerista nas relações entre empresários, como é o caso dos autos, em que todos os litigantes são empresas de segmentos distintos, oferecendo bens e serviços à cadeia de produção econômica.*²²⁶

Observe-se que na decisão, os julgadores de segundo grau tiveram a cautela de identificar a finalidade empresarial da celebração do contrato. Uma vez celebrado entre empresários e concebido para um fim (resultado econômico favorável)²²⁷ não se pode admitir uma interpretação que o desvie do que se esperava quando de sua celebração²²⁸.

É a prevalência da lógica comercial na relação empresarial em detrimento da consumerista, a qual, por sua vez, deve certamente proponderar nas relações de consumo.

Portanto, não é pelo fato de haver equívocos na formulação dos contratos (frutos da própria racionalidade limitada do sujeito contratante) ou previsões erradas acerca do retorno que se conseguirá do negócio, que os contratos empresariais devam ser relativizados.

Consoante exposto, os empresários são acostumados a firmar negócios no seu dia-a-dia. Dependem dos mesmos para o exercício da atividade profissional. Assim, não possuem a inocência (oriunda em grande parte da inexperiência) que, por vezes, caracteriza o consumidor numa relação contratual.

²²⁶Ementa: “CONTRATOS EMPRESARIAIS - Ação declaratória de inexigibilidade de título — Duplicata expedida tendo como causa a prestação de serviço de reparação de veículo - Relação envolvendo pessoas jurídicas — Sentença que conclui pela inexigibilidade do título - Decisão de procedência fundada na aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor - Insurgência da recorrente por entender que a empresa autora valeu-se do veículo para o desenvolvimento de atividade negocial - Impossibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor por ser a relação firmada entre empresários e para o fomento das atividades empresariais — Aplicação da corrente finalista de qualificação do empresário como consumidor — Sentença reformada — apelo provido”(TJSP, Apelação Cível nº 9199903-82-2008.8.26.0000, Rel. Ricardo Negrão, publicado em 14.06.2011).

²²⁷GALESKI JUNIOR, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 14.

²²⁸FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 226.

Deste modo, a tendência é a de que o comportamento cooperativo conduza ao melhor resultado para as partes, seja pelo fato de poderem continuar contratando entre si (o que faria pouco sentido em caso de não cooperação), seja em virtude dos agentes que atuam no mercado estarem atentos às negociações existentes que envolvam possíveis parceiros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A modernidade acreditava que o sujeito era essencialmente racional, capaz de escolher, invariavelmente, as melhores opções dentre as diferentes alternativas que se apresentavam aos agentes. Um dos reflexos desta concepção foi a crença na possibilidade das partes construírem contratos perfeitos, que por meio do cotejo entre as diferentes vontades dos contratantes, refletissem um equilíbrio que traria plena satisfação aos agentes.

Contudo, as concepções de equilíbrio estático e de racionalidade ilimitada do sujeito não mais prevalecem no atual contexto. Em especial as grandes guerras mundiais e as desigualdades sociais demonstraram que o homem não era tão perfeito quanto se imaginava na modernidade.

Neste sentido, a crença do sujeito poder tudo objetivar e sistematizar por intermédio da razão também foi abalada diante das inevitáveis incompletudes das obras humanas. No Direito Comercial, a tentativa de objetivação taxativa dos atos de comércio por parte do legislador francês do século XIX se mostrou falha, já que a dinamicidade deste ramo não permite fixações estáticas como a pretendida.

Com efeito, os cientistas em geral e em especial os juristas, foram obrigados a encontrar novos meios de conhecimento e de interpretação, buscando interações com áreas outrora distantes, como é o caso do Direito e da Economia.

A lógica econômica passa a ser vista como ferramenta de auxílio ao Direito. Não como um método único, pré-moldado, capaz de tudo compreender e responder, mas, sim, como uma lógica complementar, não exclusiva, que auxilia tanto o legislador quanto o julgador a encontrar respostas adequadas aos problemas jurídicos.

A Análise Econômica do Direito apresenta como um de seus focos os métodos de suprimento das lacunas contratuais, decorrentes da impossibilidade humana de formar contratos perfeitos. Veja-se que a AED não se presume como método único e suficiente para as respostas, mas como um instrumental de melhor compreensão do comportamento dos sujeitos. Portanto, não possui a pretensão moderna de esgotamento da questão ou de solução exclusiva.

Dentre as relações contratuais que exigem suprimento das lacunas se encontram os contratos empresariais, cuja tendência duradoura implica na impossibilidade de previsão de todos os comportamentos a serem seguidos no

transcurso da relação, exigindo constante revisão e alteração dos mesmos, de modo a propiciar prosseguimento de sua execução.

Nesta esteira, a cooperação entre as partes se apresenta como um meio de proporcionar a elas o prosseguimento da relação estabelecida, gerando benefícios recíprocos.

Contudo, nem sempre a solução negociada acaba sendo escolhida. Então, o judiciário costuma entrar em cena, cabendo aos julgadores atentarem para o fato de que os contratos empresariais possuem uma lógica própria e devem ser interpretados dentro desta, se afastando do raciocínio típico de outras disciplinas como a trabalhista e a consumerista.

O Poder Judiciário, infelizmente, vem obtendo pouco sucesso no equilíbrio de tais relações, já que a dinamicidade das mesmas exige uma velocidade na tomada de decisões que se mostra incompatível com o atual panorama da justiça brasileira. Não é por acaso que a doutrina chega a apontar que mais vale um mau acordo do que uma boa demanda.

Os contratos entre empresários necessitam de estabilidade e confiança, para que o mercado possa disponibilizar o elemento essencial do desenvolvimento da atividade mercantil que é o crédito.

Assim, talvez a mais simples das soluções para sanar as lacunas, seja também a mais eficiente: a cooperação entre as partes. Adotando como referencial teórico a análise sobre cooperação desenvolvida por Axelrod, analisada no segundo capítulo deste trabalho, observa-se que as relações contratuais tendem a se enquadrar no ambiente propício à prática cooperativa, mormente pelo fato de serem caracteristicamente repetitivas e duradouras.

Deste modo, a tendência é a de que o comportamento cooperativo conduza ao melhor resultado para as partes, seja pelo fato de poderem continuar contratando entre si (o que faria pouco sentido em caso de não cooperação), seja em virtude dos agentes que atuam no mercado estarem atentos às negociações existentes que envolvam possíveis parceiros.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Luciana Florêncio; Zylbersztajn, Décio. *Crédito Agrícola no Brasil: uma perspectiva institucional sobre a evolução dos contratos*. p. 07. Disponível em: <http://internext.espm.br/index.php/internext/article/viewFile/67/57> , acesso em 23/09/2011.

ALVES, Elizete Lanzoni. *Iniciação à antropologia jurídica: por onde caminha a humanidade?* Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

ARIELI, Dan. *Positivamente Irracional*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ARIELI, Dan. *Previsivelmente Irracional*. Tradução de Jussara Simões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

ASCARELLI, Tullio. *Iniciação ao Estudo do Direito Mercantil*. Sorocaba: Editora Minelli, 2007.

ASCARELLI, Tullio. *Lezioni di Diritto Commerciale*. Milano: Dott. Antonino Giuffré Editore, 1955.

ASCARELLI, Tullio. *Panorama do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva e Livraria Acadêmica, 1947.

AXELROD, Robert. *The Evolution of Cooperation*. Nova Iorque: Basic Books Inc. Publishers, 1984.

BECUE, Sabrina Maria Fadel. Teoria dos Jogos. In: KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso Avançado de Direito Comercial*. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de Filosofia do Direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BOISTEL, Alphonse. *Droit Commercial*. Paris: Ernest Thorin Editeur, 1878.

BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 4ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 6ª edição. São Paulo: Atlas, 1991.

BUONOCORE, Vincenzo. *L'impresa: Trattato de Diritto Commerciale*. Seção I, tomo 2.I. Torino: G. Giappichelli Editore, 2002.

CAPUL, J. Y; MARTORY, B. *Économie générale*. Paris: Éditions Nathan, 1989.

CASTRO, Celso Antônio Pinheiro de. *Sociologia do direito: Fundamentos de sociologia geral; Sociologia aplicada ao direito*. São Paulo. Atlas, 2003.

COASE, Ronald. The Nature of the Firm. In: *Economica*, New Series, vol. 04, nº 16, 1937.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA, Pietro. *Cittadinanza*. Bari: Editori Laterza, 2005.

DEMSETZ, H. *Ownership control and the firm: The organization of economic activity*. Cambridge: Basil Blackwell, vol. 1, 1990.

DESCARTES, René. *Discours de la Méthode*. 22ª edição. Paris: Larousse, 1978.

EARL, Peter E. *Behavioural Economics. Vol. 1*. Bath: Edward Elgar Publishing Limited.

FARACO, Alexandre Ditzel; SANTOS, Fernando Muniz. *Análise econômica do direito e possibilidades aplicativas no Brasil*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, nº 1, jan. a mar., 2003.

FARINA, Juan M. *Contratos Comerciales Modernos*. 2ª edição. Buenos Aires: Astrea, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. O Estado de Direito entre o passado e o futuro. In: COSTA, Pietro; ZORO, Danilo (orgs). *O Estado de Direito. História, teoria, crítica*. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Foucault, o direito e a 'sociedade de normalização'. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org). *Crítica da Modernidade, diálogos com o direito*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

FONSECA, Ricardo Marcelo. *Modernidade e contrato de trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002.

FORGIONI, Paula Andrea. *A Análise Econômica do Direito: paranóia ou mistificação?* Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª região. São Paulo, nº 77, maio/junho, 2006.

FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GALESKI Junior, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

GALGANO, Francesco. *Lex Mercatoria*. Bologna: Il Mulino, 2001, p. 29.

GALGANO, Francesco. *Diritto Civile e Commerciale*. Vol. 01. Padova: CEDIM, 1993, p. 67.

GICO JR, Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito. In: KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.

GIST, Noel P.; HALBERT, L.A. *A cidade e o homem*. Tradução de Manuel Campos. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Coordenação de Edvaldo Brito. Atualizadores: Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. 26ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GONZALES, Bernardo C. R.; MARQUES, Pedro Valentim. *A Cédula de Produto Rural- CPR e seus ambientes contratual e operacional*. Disponível em <http://www.estecon.fea.usp.br/index.php/estecon/article/viewFile/495/206>, acesso em 22/09/2011.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula Andrea. *O Estado, a Empresa e o Contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROSS, Bernard; BIHR, Philippe. *Contrats: tome 1 Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*. Presses Universitaires de France: Paris, 1993.

HESPANHA, António Manuel. *Cultura Jurídica Europeia. Síntese de um Milênio*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

HIRSCH, Werner Z. *Law and Economics: an introductory analysis*. Nova Iorque e Londres: Academic Press, 1979.

KLEIN, Vinicius. Posner é a única opção? In: KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolutions*. 3ª ed. Chicago e Londres: The University of Chicago Press, 1996.

LEVITT, Steven D.; DUBNER, Stephen J. *Freakonomics: o lado oculto e inesperado de tudo que nos afeta*. Tradução Regina Lyra. 4ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LIPOVETSKI, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Les temps hypermodernes*. Paris: Grasset, 2004.

LOPES, José Reinaldo Lima. *O Direito na História. Lições Introdutórias*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2008.

LUDWIG, Celso. *Para uma filosofia jurídica da libertação: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Analyse Économique du Droit*. 2ª edição. Dalloz: Paris, 2008.

MARCONDES, Sylvio. *Problemas de Direito Mercantil*. São Paulo: Max Limonad, 1970.

MARINHO, Raul. *Prática na Teoria: Aplicações da Teoria dos Jogos e da Evolução dos Negócios*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARQUES, Mário Reis. *Codificação e Paradigmas da Modernidade*. Coimbra: Gráfica de Coimbra, 2003.

MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARTINS, Fran. *Títulos de Crédito*. Vol. 1. 13ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010.

MUÑOZ, Andrés Barcala. La edad media. In: VALLESPÍN, Fernando (org.). *Historia de la teoría política*. Madrid: Alianza Editorial, 1990.

NICOLAÏ, André. *Comportamento Econômico e Estruturas Sociais*. Tradução de Oracy Nogueira. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1973.

OPPO, Giorgio. *Principi e Problemi del Diritto Privato*. Padova: CEDAM, 2000.

PEREIRA, Lutero de Paiva. *Comentários à lei da cédula de produto rural*. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Richard A. *Para Além do Direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade Limitada. In: KLEIN, Vinicius; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira (coords.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

ROUANET, Sergio Paulo. *Mal Estar na Modernidade: ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Crítica da razão indolente*. 3ª edição. São Paulo: Cortez, 2001.

SANTOS, Boaventura. *Um discurso sobre as ciências*. 12ª edição. Porto: Edições Afrontamento, 2002.

SARTRE, Jean Paul. *El existencialismo es um humanismo*. Barcelona: Edhasa, 1999.

SBICCA, Adriana. *O uso de heurísticas no estudo das decisões econômicas*. p. 15. Disponível em: bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/.../73060100001.pdf, acesso em 16/07/2011.

SIMON, Herbert A. *Models of Man. Social and Rational*. Nova Iorque: John Wiley & Sons, Inc., 1956.

SIMON, Herbert. *Administrative Behaviour*. 2ª edição. New York: Macmillan, 1957.

STEINER, Philippe. *A Sociologia Econômica*. Tradução de Maria Helena C. V. Trylinski. São Paulo: Atlas, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. O “Novo” Código de Processo Penal e as Ameaças do Velho Inquisitorialismo: Nas So(m)bras da Filosofia da Consciência. In: BONATO, Gilson (org). *Processo Penal, Constituição e Crítica: estudos em homenagem ao Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris,

STRECK, Lênio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SZTAJN, Rachel. *Teoria Jurídica da Empresa: Atividade Empresária e Mercados*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2010.

TIMM, Luciano Benetti. "Descodificação", *constitucionalização e reprivatização no Direito Privado: O código civil ainda é útil?* . The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies. Vol. 3. Berkeley: The Berkeley Electronic Press, 2008, p. 05. Disponível em: services.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1027&context, acesso em 07/06/2011.

TOKARS, Fábio. *Primeiros Estudos de Direito Empresarial: teoria geral, direito societário, títulos de crédito, direito falimentar e contratos empresariais*. São Paulo: LTr, 2007.

TOURAINE, Alain. *Crítica da Modernidade*. Tradução de Elia Ferreira Edel. Petrópolis: Vozes, 1994.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 2ª edição. Tradução de A.M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

WILLIAMSON, Oliver E. *The Mechanisms of Governance*. New York/Oxford: Oxford University Press, 1996.

WINTER, Sidney G. Economic "Natural Selection" and the Theory of the Firm. In: EARL, Peter E. *Behavioural Economics*. Vol. 1. Bath: Edward Elgar Publishing Limited, 1988.