

Análise econômica dos contratos bancários:  
reflexos das ações revisionais no comportamento do  
mercado e na instabilidade do capital financeiro

Economic analysis of bank contracts: reflexes of the  
revisionary actions in the behavior of the market  
and the instability of the financial capital

*Adalberto Narciso Hommerding(1); Tiago Neu Jardim(2)*

1 Docente permanente PPGDireito URI Santo Ângelo/RS.

E-mail: ANHommerding@tjrs.jus.br | ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1707-1011>

2 Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Professor dos cursos de Ciências Econômicas da Faculdade Horizontina - FAHOR e de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA/ Santa Rosa e da Sociedade Educacional Três de Maio – SETREM. É Procurador do Município de Horizontina/RS.

E-mail: [tnj\\_economia@yahoo.com.br](mailto:tnj_economia@yahoo.com.br) | ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5579-0263>

**Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 15, n. 2, p. 232-259, Maio-Agosto, 2019 - ISSN 2238-0604

[Received/Recebido: Julho 25, 2019; Accepted/Aceito: Janeiro 25, 2020]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2019.v15i2.3446>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui!/click here!](#)

## Resumo

Mais do que um simples negócio jurídico, o contrato possibilita a instrumentalização das trocas de forma eficiente, reduzindo as incertezas decorrentes da assimetria de informação entre as partes. Em outras palavras, o contrato otimiza a alocação de recursos de forma lógica e racional, evitando as falhas de mercado. A relativização do princípio *pacta sunt servanda* por meio da interferência do Judiciário nos acordos privados repercute no comportamento dos agentes econômicos, aumentando a instabilidade do capital financeiro e gerando externalidades negativas, fazendo com que o custo social de uma inadimplência legitimada seja superior aos eventuais benefícios privados esperados pelo demandante. As ações revisionais potencializam a incerteza e socializam o custo da inadimplência gerando para os consumidores um prejuízo coletivo. Nesse sentido, a Análise Econômica do Direito demonstra que a pretensão de fazer justiça no caso concreto, mediante a revisão de cláusulas contratuais supostamente abusivas, acaba reforçando a expectativa dos agentes de que, no Brasil, descumprir acordos efetivamente compensa. O resultado é o aumento dos índices de inadimplência e, por decorrência lógica, das taxas de juros, levando à instabilidade do mercado monetário e do capital financeiro, um dos principais responsáveis pelo equilíbrio entre a poupança e o investimento do país. A conclusão, portanto, é a de que as decisões judiciais não devem se substituir à vontade das partes, mormente quando aquelas decorrerem de escolhas deliberadas e previsíveis, sob pena de desestabilizar o sistema econômico e afetar a racionalidade alocativa dos recursos.

**Palavras-chave:** Contrato. Análise Econômica. Revisional. *Pacta Sunt Servanda*. Comportamento.

## Abstract

More than just a legal transaction, the contract allows the instrumentalization of trade in an efficient way, reducing the uncertainties arising from the asymmetry of information between the parties. In other words, the contract optimizes the allocation of resources in a logical and rational way, avoiding market failures. The relativization of the *pacta sunt servanda* principle through the interference of the judiciary in private agreements has repercussions on the behavior of economic agents, increasing the instability of financial capital and generating negative externalities, making the social cost of a legitimate default superior to any private benefits expected by the claimant. The revision lawsuits increase uncertainty and socialize the cost of default by generating a collective loss for consumers. In this sense, the Economic Analysis of the Law demonstrates that the claim to do justice in the concrete case, through the revision of supposedly abusive contractual clauses, reinforces the expectation of agents in Brazil, that failure to comply with agreements effectively compensates. The result is an increase in default rates and, logically, in interest rates, leading to instability in the money market and financial capital, one of the main factors responsible for balancing savings and investment in the country. The conclusion, therefore, is that judicial decisions should not substitute for the will of the parties, especially when they are derived from deliberate and predictable choices, otherwise the economic system will be destabilized and the resource allocation rationality will be affected.

**Keywords:** Contract. Economic Analysis. Revisional. *Pacta Sunt Servanda*. Behavior.

## 1 Introdução

As taxas de juros constituem um importante instrumento da política monetária, uma vez que determinam o grau de investimento, regulam a expansão do crédito e contribuem para o crescimento econômico de um país. Ao longo da história, os juros sempre suscitaram acalorados debates, tanto no campo econômico quanto no meio jurídico. De um lado, a tese liberal, defendida pelos economistas clássicos<sup>1</sup>, de que a determinação dos juros deveria ser deixada ao sabor do mercado; de outro, a ideia de que eles deveriam ser regulamentados e submetidos às decisões do governo. Discussões à parte, o fato é que inúmeras ações judiciais ingressam diariamente nos foros do país com o objetivo de rever os encargos incidentes sobre os débitos bancários, sob o argumento de que a atual prática dos juros representa uma distorção econômica que merece ser corrigida. As chamadas *ações revisionais* derivam da ideia do valor esperado relacionado com as probabilidades de sucesso descontados os custos do processo. Quando o custo do demandante é zero e existe qualquer probabilidade de ganho, há um incentivo para que os agentes movimentem o Judiciário, mesmo que a utilidade esperada seja mínima e supere o custo social da ação. Embora possa existir racionalidade na conduta do agente, já que ele tenta promover o auto-interesse, não se pode afirmar que a ação seja eficiente, já que a inutilidade coletiva gerada supera os eventuais benefícios privados obtidos. O modelo apresentado por Robert Cooter e Thomas Ullen<sup>2</sup> identifica três causas imediatas para a apresentação de uma petição judicial: lesão ou dano que provoca disputas; o custo de apresentar uma petição e o valor esperado da reivindicação. A apresentação de petições judiciais deve aumentar com o crescimento dos eventos que as causam, como acidentes, quebras de promessas, invasões de propriedade, e assim por diante. O número também aumenta com a queda dos custos de apresentação de petições, incluindo os custos de contratação de advogados. O aumento em indenizações monetárias aumenta o valor esperado do julgamento, o que aumenta o valor esperado da reivindicação judicial, aumentando também o número de reivindicações apresentadas. Aumentos em indenizações para autores de ações de sucesso tendem a aumentar o número de petições judiciais apresentadas ao aumentarem o valor esperado do julgamento. O aumento das indenizações monetárias também tem efeitos na direção oposta. Réus em potencial normalmente podem evitar disputas jurídicas com a prevenção das lesões que as causam. Se as indenizações concedidas aos autores de ações de sucesso aumentam (ou se a probabilidade dos autores vencerem suas ações aumenta, ou ambos, o que se resume por um aumento da indenização esperada), os réus em

1 A chamada escola clássica era composta pelos economistas liberais do século XVIII entre eles Adam Smith, David Ricardo. John Stuart Mill e J. B. Say.

2 COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

potencial tomarão mais precauções, dando menores oportunidades a autores de ações em potencial de apresentarem petições judiciais. Assim como é desejável cobrar pedágios em pontes durante congestionamentos para dirigir no centro da cidade, a taxação de congestionamentos nos tribunais também pode ser desejável. Os custos de apresentação agem como filtros para disputas. As disputas de valores altos passam pelo filtro e produzem processos judiciais, enquanto as de valores baixos não passam e não produzem processos. As autoridades precisam comparar a economia em custos administrativos produzida com o custo do erro resultante. O valor social da redução dos erros depende deles afetarem a produção ou apenas a distribuição. Os erros afetam a produção quando têm fortes efeitos de incentivo sobre os comportamentos que causam lesões, como a invasão de propriedade, a quebra de contratos ou a direção imprudente. Para tanto, o advogado precisa trabalhar no caso até que o custo marginal seja igual ao benefício marginal para ambas as partes. O custo marginal do tempo que o advogado gasta com um processo é igual ao valor do melhor uso alternativo do tempo (*custo de oportunidade*). O benefício marginal do cliente é igual ao aumento resultante em valor esperado de sua reivindicação judicial (ou queda em valor esperado de sua responsabilidade civil). Em diversos processos, o réu sabe menos do que o autor da ação sobre a magnitude da lesão, enquanto o autor da ação sabe menos do que o réu sobre a magnitude das precauções do réu contra o acidente ou, simplesmente, o fato. Se o réu superestima a lesão e o autor da ação superestima a precaução, ambas as partes são relativamente pessimistas. Em casos assim é fácil chegar a um acordo. Por outro lado, se o réu subestima a lesão e o autor da ação subestima as precauções do réu, ambas as partes são relativamente otimistas, o que dificulta a realização de acordos.

Em geral, as partes tendem a revelar informações voluntariamente antes que o julgamento corrija o otimismo relevante da outra, o que estimula a realização de acordos. O julgamento ocorre quando as partes estão relativamente otimistas quanto ao resultado, fazendo com que ambos os lados prefiram o julgamento ao acordo, em termos aceitáveis ao lado oposto. Quando as partes estão relativamente otimistas, pelo menos uma delas está mal informada. O compartilhamento de informações antes do julgamento reduz o otimismo relativo e, por consequência, promove os acordos. Além disso, ao revelar informações privadas para corrigir o falso otimismo do outro lado, a parte que revela informações aumenta a probabilidade de se chegar a um acordo em termos mais favoráveis. Assim, a eficiência (economia e do custo do julgamento) e a redistribuição (fortalecer a posição de barganha) incentivam a revelação voluntária de fatos para corrigir o falso otimismo do lado oposto.

Os acordos ocorrem quando as partes estão relativamente pessimistas quanto ao resultado do julgamento, fazendo com que ambos os lados prefiram o acordo ao risco de um julgamento. Quando as partes estão relativamente pessimistas, pelo menos uma delas está mal informada. Ao revelar informações privadas para corrigir o falso

pessimismo do outro lado, a parte que faz as revelações piora os termos com relação aos quais a outra parte concordaria em conceder extrajudicialmente. Os fatos oferecem um forte incentivo para esconder as informações que corrigiriam o falso pessimismo do lado oposto da disputa.

Apesar das regras processuais ocasionalmente contradizerem as regras econômicas da decisão sob incerteza, existem certas áreas amplas de concordância. Por exemplo, pode-se dizer que, apesar das regras processuais imporem limitações aos tribunais, os juízes raciocinam como quaisquer outros decisores racionais econômicos. As regras processuais prescrevem uma estrutura cuja justificativa não é necessariamente econômica, mas a lógica econômica ainda pode operar dentro delas. Essa infraestrutura pode ser rerepresentada com a linguagem da teoria da decisão. O apostador racional começa com uma série de crenças anteriores, baseadas em experiência, sentimento, instinto e todas as informações que puder encontrar sobre o evento em questão. A principal causa dos julgamentos é a de que o otimismo relativo: ambas as partes esperam se sair melhor com o julgamento do que a outra. Em outras palavras, a principal causa dos julgamentos é que as informações privadas das partes fazem com que discordem sobre o resultado provável do julgamento.

O presente artigo propõe-se a abordar a questão dos contratos bancários sob a ótica da Análise Econômica do Direito e da Economia Comportamental, dividindo-se em três partes: a primeira apresenta algumas das manifestações de representantes das instituições bancárias e afins em evento de interesse econômico ligado à temática aqui discutida; a segunda destaca a importância de se analisar o instituto do contrato a partir de um novo paradigma, o da policontextualidade, pela perspectiva da teoria dos sistemas; a terceira, por fim, disserta sobre a necessidade da aplicação de uma análise econômica do Direito quando o objeto de uma demanda judicial for a revisão de um contrato.

## **2 Os motivos ocultos por trás das altas taxas de juros praticadas no Brasil**

De uma forma bastante simplificada, a taxa de juro pode ser definida como o custo do dinheiro. É o preço que os agentes pagam para ter acesso a recursos. De uma forma um pouco mais elaborada, é o valor que equaciona e equilibra o mercado monetário (oferta de moeda e demanda por moeda). Do ponto de vista macroeconômico, existe uma série de variáveis que interferem na decisão do Comitê de Política Monetária (COPOM) de regular a taxa de juros, tais como inflação, nível de investimentos, câmbio e nível de endividamento. O que se pretende, aqui, no entanto, é investigar os motivos ocultos que pressionam as taxas de juros, fazendo com que, no Brasil, elas sejam umas das mais altas do mundo.

Consoante a manifestação do Presidente da Federação Brasileira dos Bancos (Febraban), Murilo Portugal<sup>3</sup>, em audiência pública realizada em 03.05.2017, na Comissão de Assuntos Econômicos (CAE), para tratar dos *spreads* bancários – taxa adicional de risco cobrada no mercado financeiro –, o custo bancário é quatro vezes maior no Brasil do que na maioria dos países de economia relevante e a inadimplência compromete a expansão do crédito a pessoas físicas e jurídicas. Segundo Murilo Portugal, 23% é lucro dos bancos, ao passo que 77% são custos da inadimplência, administrativos, tributários e regulatórios.

A inadimplência, de acordo com a Febraban, é o principal fator de encarecimento na concessão de empréstimos bancários, seguida dos custos administrativos, operacionais, tributários, impostos, compulsórios e encargos fiscais que compõem o *spread* que, no Brasil, é de 4,4% do total de ativos de crédito, contra 1,1% em outros países.

Para o Presidente da Febraban, os custos da inadimplência são elevados porque o Judiciário demora muito para decidir, existindo, ainda, certo viés na legislação e na jurisprudência em favor do devedor inadimplente, mesmo para créditos com garantia. Assim é que, no diagnóstico de Murilo Portugal, apenas 16% dos créditos garantidos são recuperados no Brasil, ao passo que a média de outros países na recuperação de crédito de insolvência é de 69%. Além disso, o tempo médio no Brasil é de quatro anos na recuperação de crédito enquanto que nos outros países é de um ano e oito meses. Outro fator importante que eleva o custo da inadimplência, segundo Portugal, é o *descasamento* que existe entre as regras do Banco Central e as regras da legislação tributária no Brasil, um dos poucos países do mundo com tributação indireta sobre a intermediação financeira, o que pode gerar um custo adicional de 8% nos empréstimos a pessoas físicas. O *spread*, portanto, é elevado, e nisso há consenso entre a Febraban e os bancos associados, que compartilham o objetivo de reduzi-lo. O que se questiona, no entanto, é: por que os juros e o *spread* são elevados aqui no Brasil? Por que os bancos estatais praticam o mesmo *spread* dos bancos privados? Por que os bancos estrangeiros praticam aqui *spread* mais elevado do que em outros países? Por que os bancos estrangeiros resolveram deixar o varejo e não conseguiram praticar aqui o custo mais baixo do que em outros países? A resposta para essas perguntas, segundo Murilo Portugal, é que os custos da intermediação financeira no Brasil são mais elevados que a média praticada em países mais relevantes. Como se sabe, o risco está implícito em todos os contratos de empréstimo. Quando os custos são mais baixos eles implicam taxas mais elevadas, havendo um subsídio implícito em tais operações, que fica por conta dos bons pagadores.

Na mesma audiência, manifestou-se o representante da Confederação Nacional da Indústria (CNI), Flávio Pinheiro Castelo Branco, lembrando que o Brasil tem a maior taxa de juros do mundo, que alcança 32%, em um conjunto heterogêneo de operações

3 Fonte: [www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/05/03/custo-bancario-e-inadimplencia-encarecem-credito-diz-presidente-da-febraban](http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/05/03/custo-bancario-e-inadimplencia-encarecem-credito-diz-presidente-da-febraban)

no sistema financeiro. Para Castelo Branco, o *spread* bancário corresponde a 24% contra 6,2% da média mundial. No Brasil, 74% do empréstimo é do *spread*, o que, segundo Castelo Branco, caracterizaria um *ponto muito fora da curva*. É que o custo tributário está presente até indiretamente, quando se trabalha com o custo associado das operações financeiras. O custo administrativo, por sua vez, é menos de dez por cento. O problema, assim, está na inadimplência. O custo final fica com os devedores, e aí é socializado.

### 3 Policontextualidade e Contrato

Quando se analisa a teoria jurídica contemporânea, a teoria que é desenvolvida no Ocidente nos séculos XX e XXI, em especial no que diz com a preocupação constante dessa teoria em tentar encontrar fundamentos demonstrativos no sentido de que o Direito possa ser verdadeiramente enquadrado como uma ciência, é possível constatar – e aqui a lição é de Leonel Severo Rocha<sup>4</sup> – a presença de três *cortes epistemológicas* ou *matrizes epistemológicas da teoria jurídica*<sup>5</sup>: a filosofia analítica, a hermenêutica jurídica e a teoria pragmático-sistêmica. A matriz analítica, por exemplo, que tem como principais expoentes as figuras de Hans Kelsen (Teoria Pura do Direito<sup>6</sup>) e Norberto Bobbio (Ciência do Direito e Análise da Linguagem<sup>7</sup>), que procuraram basear a ciência do Direito sobre um projeto de construção de uma linguagem rigorosa, separando o direito da ciência do Direito, está ligada à ideia de lei como fruto da vontade individual, como um símbolo, portanto, dessa vontade. Um dos problemas desse corte epistemológico está, no entanto, no fato de que, por ser uma matriz centrada primordialmente nos aspectos descritivos e estruturais do direito, mantém, ainda, no tocante aos seus aspectos políticos, uma visão de neutralidade, por se enquadrar no tipo de Estado liberal clássico, não interventor, como aponta Severo Rocha<sup>8</sup>. Nesse sentido, para constatar o que se afirma, basta ver que, para Kelsen, por exemplo, uma ciência autêntica do Direito deveria evitar sincretismos com outras disciplinas, em especial a Sociologia, que seria *muito fraca* para trazer respostas positivas às

4 ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes da teoria jurídica. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

5 ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes da teoria jurídica. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 122.

6 Em especial: KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo, 1998.

7 De consulta obrigatória: BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995; BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

8 Cfe. ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2.ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 86.

questões levantadas pela *vida das normas*<sup>9</sup>. O jurista, por isso, segundo o elaborador da *Teoria Pura do Direito*, teria de se ocupar com normas existentes, efetivas, ficando *resolutamente neutro*. Para poder dizer o que é o Direito, então, bastaria ao jurista examinar o produto de suas fontes, sempre organizadas hierarquicamente, desde uma *norma fundamental*, passando pela constituição, pela lei, e assim por diante até os mais modestos atos jurídicos infra-legislativos. A matriz analítica kelseniana, assim, recusa abordagens interculturais, permanecendo, portanto, alheia à ideia de pluralismo e identificando, por sua vez, Direito e Estado<sup>10</sup>. Por sua vez, a matriz hermenêutica, que tem como seus grandes colaboradores Herbert Hart (*O conceito de direito*<sup>11</sup>) e Ronald Dworkin (em especial, *Levando os direitos a sério* e *O império do Direito*<sup>12</sup>), podendo ser entendida, segundo Rocha<sup>13</sup>, como uma das respostas à crise da matriz analítica, já que passa a compreender o Direito como algo além da regra, seria uma matriz mais atual que a filosofia analítica, voltando-se, assim, para as instituições sociais e se abrindo para o Estado interventor, apresentando-se como uma tentativa de manter a estrutura normativa, ampliando as suas fontes de produção de sentido<sup>14</sup>. Por fim, a teoria dos

9 ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 403.

10 ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 404.

11 HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

12 A obra de Dworkin é vasta. Recomenda-se aqui: DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999; DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução de Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005; DWORKIN, Ronald. *La justicia con toga*. Traducción de Marisa Iglesias Vila e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2007; DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. Revisão técnica de Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Martins Fontes, 2006. No Brasil, um dos que sufragam a matriz hermenêutica dworkiniana é: STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas da Possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Também, e aqui com excelentes contribuições para o debate sobre princípios e responsabilidade política dos juízes: OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; MOTTA, Francisco José Borges. *Levando o direito a sério: uma crítica hermenêutica ao protagonismo judicial*. Coleção Lenio Luiz Streck. Florianópolis: Conceito, 2010; MOTTA, Francisco José Borges. *Ronald Dworkin e a decisão jurídica*. Belo Horizonte: Juspodivm, 2017; MORAIS, Fausto Santos de. *Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF*. Belo Horizonte: Juspodivm, 2016.

13 Cfe. ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes da teoria jurídica. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 129.

14 Cfe. ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 187.

sistemas – que, contemporaneamente, encontra em Niklas Luhmann<sup>15</sup> um dos seus maiores expoentes e que, segundo Rocha<sup>16</sup>, tem proporcionado a configuração de um novo *estilo científico* mais apto à compreensão das sociedades complexas, situando-se, pois, no centro das discussões atuais sobre o sentido do direito e da sociedade – parece ser mais capacitada que as demais para enfrentar os problemas da complexidade social e da contingência, temas trabalhados pela matriz sistêmico-pragmática, e dar conta do que representa a posituação do direito enquanto evolução sistêmica, repelindo, por consequência, todo e qualquer clamor a um Direito natural. De acordo com essa matriz, o ordenamento jurídico é uma construção de *alta complexidade estruturada*.

Veja-se que complexidade, aqui, deve ser entendida como *a totalidade das possibilidades de experiências ou ações, cuja ativação permite o estabelecimento de uma relação de sentido*<sup>17</sup>, o que, no caso do Direito, nas palavras de Luhmann, *significa considerar não apenas o legalmente permitido, mas também as ações legalmente proibidas, sempre que relacionadas ao direito de forma sensível*<sup>18</sup>. A complexidade de um sistema, por sua vez, é sempre uma complexidade estruturalmente possibilitada, contingente. A estrutura do sistema depende de sua complexidade. Assim, diz Luhmann<sup>19</sup>,

Sistemas simples têm necessidades estruturais diferentes de sistemas mais complexos, mas também possuem menos possibilidades de erigir e manter estruturas relevantes enquanto pressupostos de outras possibilidades estruturais. Sociedades simples, por exemplo, possuem um direito tradicionalmente determinado, concebido em termos relativamente concretos. No decorrer do desenvolvimento social em direção à complexidade mais elevada, o direito tem que abstrair-se crescentemente, tem que adquirir uma elasticidade conceitual-interpretativa para abranger situações heterogêneas, tem

15 De consulta necessária: LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980; LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Traducción de Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós Studio, 1997; LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983; LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985; LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993; LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

16 ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes da teoria jurídica. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 1999, p. 132.

17 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 12-13.

18 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 12-13.

19 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 15.

que ser modificável através de decisões, ou seja, tem que tornar-se direito positivo. Nesse sentido formas estruturais e graus de complexidade da sociedade condicionam-se reciprocamente.

Para Luhmann, portanto, a sociedade moderna distingue-se pela alta complexidade. A supercomplexidade, por um lado, envolve supercontingência e abertura para o futuro; por outro, provoca pressão seletiva e diferenciação sistêmico-funcional. Na medida em que estão presentes a complexidade (que implica pressão seletiva), a pressão seletiva (que importa contingência) e a contingência (que significa risco), desenvolve-se uma sobrecarga seletiva que exige especificação de funções em sistemas parciais diferenciados e operacionalmente autônomos<sup>20</sup>.

O Direito, assim, exerce uma função decisiva no alcance de uma complexidade mais alta e estruturada em sistemas sociais<sup>21</sup>. Por isso, então, o Direito deve ser visto como uma estrutura, ao passo que a sociedade, como sistema. E isso tudo numa relação de interdependência recíproca<sup>22</sup>. Falar, hoje, em Direito significa falar, pois, em uma estrutura complexa não manipulada empiricamente, realisticamente, que a todo o momento se encontra sob a prova de uma expansão em decorrência da necessidade de atender aos reclames de uma sociedade complexa. O Direito reflete, portanto, as condições da sociedade. Se assim é, não há um direito para além da sociedade.

Niklas Luhmann destaca-se por fazer uma análise funcional abstrata do Direito. Essa análise é centrada nas expectativas e na evolução por meio da qual essas expectativas se generalizam. Segundo Luhmann, nossas expectativas são de dois tipos: cognitivas e normativas. As expectativas cognitivas relacionam-se com as qualidades do mundo real; as expectativas normativas, com o comportamento das pessoas. Ambas as expectativas podem ver-se frustradas. Mas, como explica John M. Kelly<sup>23</sup>,

[...] se uma expectativa cognitiva é frustrada – se, por exemplo, constatamos que a Terra, afinal de contas, não é plana como tínhamos pensado –, nós lidamos com essa “frustração” mudando nossa expectativa, ou, em outras palavras, informando-nos melhor. Já a frustração de uma expectativa normativa não nos leva a

20 Cfe. NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 16. Também: ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 114-115.

21 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 13.

22 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 15.

23 KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução Marylene Pinto Maciel; revisão técnica e da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (Biblioteca Jurídica WMF), p. 585-586.

abandoná-la. Na verdade, temos de chegar a um acordo com essa frustração (verbeiten; “processá-la”, “digeri-la”); e os sistemas sociais têm a função, inter alia, de facilitar o modo de lidar com frustrações desse tipo.

Nessa função dos sistemas sociais de facilitar o modo de lidar com tais frustrações o papel principal é desempenhado pela *generalização* das expectativas do comportamento. As generalizações possuem várias dimensões. Em sua dimensão social, essas generalizações são representadas pela institucionalização. Quando uma expectativa é institucionalizada ao se transformar em lei, ela, a expectativa, já não depende do consentimento individual ou do grupo. Isso explica o porquê de uma lei - que é, portanto, uma expectativa institucionalizada - poder sobreviver por muito tempo após o desaparecimento do consenso que a confirmou originalmente<sup>24</sup>. Todo esse processo pode ser visto no contexto da evolução preocupada em administrar o mundo cada vez mais complexo e que desenvolve, pois, cada vez e constantemente, novos conjuntos de expectativas. A era da positivação, para Luhmann, é o momento histórico decisivo dessa evolução: o rápido crescimento do Estado burguês, acompanhado da significativa produção de novas leis. É a *complexidade* na evolução que, portanto, exclui como pouco prático o apelo ao Direito natural e aos instintos de justiça<sup>25</sup>. Assim, não há mais como apelar, por exemplo, a uma razão divina imutável frente à complexidade social reinante; não há mais como apelar para um Direito natural, seja de que matiz ele for, porque termina por se esvaziar no exato momento em que a vontade individual é institucionalizada na lei, na positivação do direito.

Como as relações sociais progressivamente se complexificaram, também as relações jurídicas sofreram uma mudança (paradigmática) na sua compreensão. É isso que se passou com o caso do instituto do contrato, cuja adequada compreensão, segundo alguns teóricos sistêmicos<sup>26</sup>, atualmente, poderia ser encontrada na sofisticada ideia de policontextualidade, e não mais na distinção entre público e privado, e na concepção de subordinação do Direito privado ao Direito público.

Considerando, então, que a ideia de contrato deve ser desenvolvida a partir de um contexto de subsistemas sociais autorreferenciais que coexistem construindo sua própria versão de uma mesma realidade social, o que permite compreendê-lo por um

24 KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução Marylene Pinto Maciel; revisão técnica e da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (Biblioteca Jurídica WMF), p. 586.

25 KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução Marylene Pinto Maciel; revisão técnica e da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (Biblioteca Jurídica WMF), p. 586.

26 É o caso de LOPES JR., Dalmir. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da policontextualidade. In: SCHWARTZ, Germano (Organizador). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.147-169.

prisma mais abrangente que o do mero ato de pagamento ou de obrigação jurídica temporal<sup>27</sup>, a tradicional ideia de contrato - como acordo de vontade entre duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial -, de certa forma, fica superada.

Por que tal afirmação? Muito simples. O conceito tradicional de contrato oculta relações que vão além das partes envolvidas. Tais relações entrelaçam diversos discursos e racionalidades dos mais distintos subsistemas (Direito, Economia, Política etc.) que compõem a sociedade. Ou seja, há um conflito mais amplo e geral, ocultado pelo conflito entre as partes, que obriga o intérprete a ampliar a análise para além do fato concreto para discuti-lo em tese, como um entrelaçamento de projetos discursivos. A teoria dos sistemas, a que se vincula a matriz sistêmico-pragmática, contribui nesse aspecto para fornecer bases mais adequadas à compreensão das relações jurídicas contratuais, em especial a partir de Gunther Teubner<sup>28</sup>, outro autor importante do universo sistêmico. Para Teubner, o contrato deve ser concebido como um acordo de vontade entre as partes para a garantia de seus interesses, mas, igualmente, como um sistema formado ao redor da comunicação estabelecida pelas pessoas e que vincula lógicas sociais que devem ser consideradas na ocasião de um conflito jurídico, de uma lide.

De acordo com a teoria sistêmica, notadamente em Niklas Luhmann, é pela via do chamado *acoplamento estrutural* que se pode reconhecer a possibilidade de haver influência dos sistemas uns com os outros. Assim é que o sistema da política, por exemplo, se acopla estruturalmente ao sistema de Direito pelas constituições dos Estados, enquanto o Direito se acopla à economia pelos títulos de propriedade, e assim por diante<sup>29</sup>. A teoria sistêmica considera os diversos sistemas sociais como autônomos, autopoieticos, mas interligados, *estruturalmente acoplados*. Então, transformações em um desses sistemas terminam por afetar os demais<sup>30</sup>. O acoplamento estrutural pressupõe que todo sistema autopoietico opere como sistema determinado pela estrutura, isto é, como um sistema que pode determinar as próprias operações somente por meio das próprias estruturas. O acoplamento estrutural não determina o que se sucede no sistema, mas deve estar pressuposto, já que de outra maneira a autopoiese se deterioraria e o sistema deixaria de existir<sup>31</sup>. O contrato, porém, é muito mais que um acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e econômico. É, sim, um ato

27 LOPES JR., Dalmir. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da policontextualidade. In: SCHWARTZ, Germano (Organizador). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 147-169.

28 TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 272.

29 ABOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 118.

30 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna: introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 19.

31 LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993, p. 51-52.

complexo de congruência de sistemas comunicativos, não podendo mais o conceito clássico de vontade das partes representar a realidade social<sup>32</sup>.

Atualmente, fala-se na concepção dos *contratos relacionais*, que são aqueles que envolvem relações para além de trocas isoladas, e na concepção de contrato a partir da perspectiva da teoria dos sistemas. A teoria dos contratos relacionais é um avanço porque vislumbra a insuficiência da concepção clássica de contrato; peca, no entanto, por depositar confiança numa relação cooperativa, nos moldes de uma orientação comunitarista. Já a concepção de contrato pela ótica da teoria sistêmica centra sua análise na intertextualidade existente na relação contratual. Noutras palavras, essa concepção não ignora a proteção constitucional do sujeito do contrato, mas entende que o contrato engloba a vontade das partes contratantes e também os interesses sociais a ele vinculados. Trata-se, aqui, da chamada dimensão discursiva: uma decisão jurídica afeta a relação objeto da lide e, mais que isso, as demais dimensões sistêmicas envolvidas na intertextualidade. O contrato passa a ser entendido como vínculo não apenas entre os agentes envolvidos, mas entre o discurso por eles edificado, vinculando todo o sistema social nessa relação<sup>33</sup>. Em síntese, quando se trabalha com o instituto do contrato, os interesses que estão em jogo precisam ser equilibrados, conciliados, não podendo mais ser vistos apenas pela perspectiva dos interesses dos indivíduos ou grupos nele envolvidos. E isso implica mudança no papel assumido pelo Direito, que passa, então, a *resolver os conflitos existentes entre os sistemas sociais*. O contrato, assim, é um instituto jurídico sujeito à influência das mais diversas racionalidades, pois cria um sistema em torno dos mais variados discursos presentes na sociedade. A teoria dos sistemas possibilita compreender que o jogo de interesses presentes na lide não pode ser reduzido apenas a uma análise intersubjetiva, devendo, sim, abranger os interesses mais amplos dos sistemas que compõem o contrato.

É aqui, pensamos, que pode entrar em jogo como *suplemento* da decisão<sup>34</sup> – suplemento é o elemento tomado de empréstimo do ambiente para suplementar a incompletude do sistema de referência (no caso em tela, do sistema do Direito), para fundamentar, para justificar para além do campo de referência - o ferramental proporcionado pela Análise Econômica do Direito (AED), no caso a eficiência econômica e a reflexão sobre as consequências da decisão judicial.

32 LOPES JR., Dalmir. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da policontextualidade. In: SCHWARTZ, Germano (Organizador). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 147-169.

33 LOPES JR., Dalmir. O contrato como intertextualidade: o papel do direito privado em face da policontextualidade. In: SCHWARTZ, Germano (Organizador). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 147-169.

34 SIMIONI, Rafael. O que a decisão jurídica observa? Contribuições da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann às teorias pós-positivistas da decisão jurídica. In: SCHWARTZ, Germano (Organizador). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 85-107.

## 4 Análise Econômica do Direito e os efeitos da Revisão Judicial dos Contratos

Quando trabalhamos com Economia e Direito temos de nos dar conta de que estamos nos envolvendo com ferramentas analíticas da economia para focar a fenomenologia jurídica. E isso é a *Análise Econômica do Direito (Law and Economics)*, nascida em Chicago na década de 1950, defendida, entre outros, por Ronald Coase e Guido Calabresi<sup>35</sup>, precursores desse movimento, e, contemporaneamente, por Richard Posner<sup>36</sup> que, em 1973, publicou *The Economic Analysis of Law*.

No Brasil, a Análise Econômica do Direito tem sido objeto de crítica por parte de alguns autores, dentre eles o combativo Alexandre Morais da Rosa<sup>37</sup>. Na visão de Alexandre, cada vez mais vem tomando corpo no pensamento dos juristas um *discurso silencioso condicionador do jurídico*, implementado a partir da construção de uma imagem neutra da economia universal e inevitável. O discurso economicista, assim, tem ingressado no Direito pela brecha normativa, acabando por colocá-lo numa posição de subserviência<sup>38</sup>. A crítica de Alexandre Morais da Rosa parte do fato de que, para a doutrina neoliberal, a sociedade deve buscar maximizar as possibilidades de satisfação do maior número de fins individuais e garantir a liberdade individual, e que será o mercado, como ordem espontânea catalizadora, que irá, então, garantir a satisfação do maior número de fins individuais mediante a criação de meios para fomentar a riqueza, protegendo a liberdade e a propriedade. Assim é que o dito *interesse público* manifestado pelo Direito e suas normas circunscrever-se-ia a tutelar a manutenção da ordem espontânea apresentada pelo mercado. Na perspectiva da AED, nas palavras de Morais da Rosa<sup>39</sup>,

A função do Direito é a de servir de agência coletiva capaz de devolver os sujeitos à ordem espontânea, somente. Ao Estado, como Instituição, via Direito, é descabida qualquer pretensão finalística, dentre elas a “Justiça Social”. Como há uma evolução social

35 Consulte-se: CALABRESI, Guido. *The cost of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970. Também: COASE, Ronald H. *A Firma, o mercado e o direito*. Tradução de Heloisa Gonçalves Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

36 Consultem-se: POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. New York: Aspen, 2003; POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. Tradução Evandro Ferreira da Silva; revisão da tradução Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

37 ROSA, Alexandre Morais da; AROSO LINHARES, José Manuel. *Diálogos com a law & economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 7.

38 Cfe. ROSA, Alexandre Morais da; AROSO LINHARES, José Manuel. *Diálogos com a law & economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 8.

39 ROSA, Alexandre Morais da; AROSO LINHARES, José Manuel. *Diálogos com a law & economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 42.

espontânea o Direito também precisa evoluir e Hayek acomete esta função tanto ao Legislativo quanto ao Judiciário, embora reconheça que ao Judiciário compete um papel mais dinâmico de restauração da ordem espontânea via decisões judiciais. É que as decisões judiciais devem estar atreladas ao critério fixado da ordem espontânea: “o melhor interesse do mercado”.

O mercado, portanto, poderia ser prejudicado pela manutenção da ideia de Estado do Bem-Estar (lembramos que o Estado Social se legitima, antes de tudo, pela realização de políticas públicas, de *programas de ação*, e não pela simples produção do Direito; o discurso neoliberal postularia, pois, o rompimento da concepção do Estado do bem-estar<sup>40</sup>) e do conseqüente direito a ele correspondente, um direito que é protetor dos direitos fundamentais. O mercado, portanto, segundo Alexandre, não combinaria com os direitos fundamentais, pois com relação a estes não se pode transigir e nem negociar, nem mesmo em nome do discurso de eficiência<sup>41</sup>. Se assim é, o que o mercado, como mecanismo dos neoliberais, procura atingir é a dita *situação ótima*, a que só se poderá chegar se os Estados Nacionais sofrerem ajustes estruturais, adequando-se à agenda neoliberal de políticas centradas no crescimento econômico pautado na privatização, na desregulação dos mercados interno/externo e na contenção de gastos públicos com o social<sup>42</sup>.

A preocupação de Alexandre é compartilhada por outros importantes juristas, valendo aqui referir, por todos, o Professor Lenio Luiz Streck. Streck chama atenção para a necessidade de se desenvolver uma teoria da decisão judicial capaz de dar conta e cabo da discricionariedade judicial, evitando que o sistema de Direito passe a ficar refém de outros sistemas, tais como a política, a economia, a moral etc., que seriam, segundo ele, *predadores externos*<sup>43</sup> do sistema de direito. A saída para evitar que isso ocorra, segundo Lenio, é apostar na ideia de que toda decisão deve ter por base a Constituição, os princípios e os direitos fundamentais, e que coerência e integridade são indispensáveis na aplicação do direito. O perigo de professar demasiada fé na Análise Econômica do Direito estaria, então, no aumento da discricionariedade – e, portanto, na arbitrariedade judicial - e na substituição do caráter normativo do Direito

40 Nesse aspecto, consultar GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 26; p. 127.

41 Sobre a temática consultar ROSA, Alexandre Morais da; AROSO LINHARES, José Manuel. *Diálogos com a law & economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 47.

42 Cfe. ROSA, Alexandre Morais da; AROSO LINHARES, José Manuel. *Diálogos com a law & economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 48-49.

43 Consultar, nesse sentido, STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 370. Também TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 29.

pelo pragmatismo e eficiência da Economia que poderiam, por sua vez, vir a sepultar direitos e garantias fundamentais a partir de decisões judiciais fundadas tão somente em relações de custo-benefício e maximização da riqueza.

Embora a formação acadêmica de um dos autores deste artigo<sup>44</sup> seja vinculada à Hermenêutica Jurídica de cunho filosófico, cunhada originalmente no Brasil por Lenio Streck, de quem aquele foi aluno e mantém interlocução, não somos tão pessimistas quanto a isso, ou seja, não cremos que o caráter deontológico do Direito vá sucumbir frente à *Law and Economics*. Tudo bem analisado, pensamos ser possível – e necessário – encontrar um *acordo* entre ambos, Direito e Economia, respeitando, no que for possível, os limites entre ambos os campos. Por isso simpatizamos, por exemplo, com Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy<sup>45</sup> no sentido de que o *movimento Direito e Economia* poderia, também aqui no Brasil, *suscitar referências* em nosso Direito, que ainda permanece focado – e muito - em *questões analíticas* e na *retórica inoperante*.

O grande desafio, assim, poderia estar, por exemplo, em tentar adaptar modelos teóricos da Economia, como os da Teoria Econômica Neoclássica – *v.g.*, o modelo das *curvas de indiferença* -, construindo, com base em elementos adequados, uma teoria da decisão que, racionalmente, possa contribuir para evitar ao máximo a aplicação discricionária do direito, consoante o defendido alhures<sup>46</sup>, o que pressuporia, de parte do intérprete, um conhecimento adequado (informação) da *situação* e uma *compreensão* da regra a ser aplicada. É que qualquer análise econômica parte de um dado importante: *informação*. A informação sobre o que produzir, como produzir, sobre qual o preço<sup>47</sup>

44 No caso, o autor Adalberto Narciso Hommerding.

45 <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/25480-25482-1-PB.pdf>

46 JARDIM, Tiago Neu. *A dimensão normativa da argumentação: contribuições da análise econômica do direito e elementos para uma teoria da decisão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 178-193. As contribuições dessa pesquisa aparecem ao longo deste artigo, em especial no que diz com a consideração do utilitarismo como critério para a decisão judicial, os efeitos da decisão judicial e o seu papel na estabilização das expectativas, e as externalidades negativas (custo social maior que o benefício privado).

47 Preço é a expressão monetária do valor de bens e serviços que utilizamos para satisfazer as nossas necessidades. Existe, na teoria econômica, uma distinção entre preço de mercado ou simplesmente preço e preço natural ou apenas valor. O que determina o preço não é o que determina o valor. A explicação do valor de troca das mercadorias tem duas grandes correntes dentro da ciência econômica: a teoria clássica do valor-trabalho e a teoria neoclássica do valor-utilidade. Essa disputa teórica em torno da determinação do valor entrou na história do pensamento econômico e se manteve por um longo período. Quem apresentou uma solução para o problema foi o economista inglês Alfred Marshall. De acordo com Marshall, o valor de troca é determinado, a curto prazo, subjetivamente pela utilidade e escassez relativa (pelo lado da demanda) e, a longo prazo, objetivamente pelos custos de produção (pelo lado da oferta). Depois disso, os debates acerca da origem do valor foram deixados de lado e pouco tem sido discutido sobre o assunto. Os preços de mercado oscilam conforme as variações da oferta e da procura (demanda é sinônimo de procura, e passaremos a utilizar indistintamente uma ou outra denominação). Nas economias de mercado, o papel dos preços é orientar a alocação (direcionamento) dos recursos de produção, funcionando como um indicador ou índice de escassez.

a ser colocado num bem ou serviço, nunca está totalmente disponível. E isso é um problema porque sem informação não há como precificar. Uma produção ordenada, aliás, necessita de informação. Se não há preços também não há informação. Do ponto de vista do Direito, uma sentença judicial incide no sistema de preços de qualquer economia. As leis, regulações, sentenças, incidem, portanto, no processo econômico. Assim, por detrás de uma norma, há uma lógica de atuação econômica.

A racionalidade econômica que move os indivíduos é subjetivamente racional; não é infalível. De fato, é importante que, quando alguém se equivoque, sofra a influência do seu erro para que da próxima vez leve em conta o erro. É justamente esse desperdício de recursos que ocorre quando o Judiciário intervém numa relação contratual – para revisar juros, por exemplo -, como ocorre no caso da revisão judicial de um contrato bancário. Passa a haver aí um deslocamento entre a ordem espontânea e a ordem deliberadamente criada porque a análise, a interpretação dada pelo Judiciário – que é uma instituição pertencente a *taxis* -, acaba negando a realidade do mercado, invadindo, em nome da defesa de um conjeturado direito individual (o direito à revisão judicial do pacto), espaço que não lhe compete - o mercado - e provocando prejuízo à coletividade, que acaba pagando por aquele que não quer cumprir o contrato a que se obrigou cumprir. O resultado de tal intervenção, como se vê, é ineficiência econômica e aumento do custo social.

Ora, o mercado existe como fato social; é, portanto, um fato, e não uma simples construção jurídica<sup>48</sup>. O mercado, assim, é uma realidade; é uma necessidade das sociedades pós-divisão do trabalho social (Durkheim<sup>49</sup>). A proteção do espaço público do mercado é uma das funções sociais do Direito nas sociedades contemporâneas, e não o contrário. A análise jurídica, a decisão judicial, portanto, não pode negar a realidade do mercado. Quando a análise jurídica nega essa realidade, há prejuízos à organização e ao funcionamento da sociedade. É que o mercado pode ser influenciado pelo Direito, com mais ou menos eficiência social, para garantir valores, princípios legais e constitucionais de uma dada sociedade. Daí os seguintes questionamentos, nas palavras de Luciano Benetti Timm e Rafael Bicca Machado<sup>50</sup>:

---

Os preços são um mecanismo de orientação das atividades econômicas, isto é, dos fluxos da produção e da renda. E, nesse sentido, os preços podem ser também definidos como um índice de conversão de um fluxo real (de bens e de serviços) em nominal (de valores monetários). MICHELS, Erico et al. (Org.). *Fundamentos da economia*. Obra coletiva organizada pela Universidade Luterana do Brasil (Ulbra): IBpex, s/d, p. 34-35.

48 TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. Direito, mercado e função social. *Revista da AJURIS/Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. v. 33, n. 103. Porto Alegre: Ajuris, set./2006, p. 197-210.

49 Consulte-se: DURKHEIM, Émile. *Da divisão do trabalho social*. Tradução de Eduardo Brandão. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010 (Biblioteca do pensamento moderno), p. 31-90.

50 TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. Direito, mercado e função social. *Revista da AJURIS/Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. v. 33, n. 103. Porto Alegre: Ajuris, set./2006, p. 197-210.

Tem-se alguma dúvida de que os preços dos calçados produzidos na China podem afetar as empresas do Vale dos Sinos? Alguém questiona que o preço das ações de sociedades de capital aberto seja usualmente fixado em bolsa de compradores e vendedores? É possível negar que um excesso na oferta de commodities como a soja ou o café tende a provocar uma baixa nos preços das mercadorias nas feiras e nos supermercados? Ou, ainda, será que a proibição da comercialização de álcool pela “Lei Seca” norte-americana evitou o consumo e o tráfico de bebidas? E, por fim, alguém tem dúvida de que o preço para alugar um imóvel no litoral provavelmente será muito mais caro na alta do que na baixa estação (devido ao aumento da procura)?

Certamente que não – dirão Benetti Timm e Bicca Machado<sup>51</sup> -, porque a existência de um referencial de valor das mercadorias e dos serviços, fruto do surgimento de regras espontâneas de comportamento dos agentes econômicos referenciado pelo espaço público do mercado, é empiricamente evidente.

Por isso Ronald Coase<sup>52</sup> dirá que o mercado, como instituição, existe para facilitar as trocas de bens e serviços, a fim de reduzir os custos dessas operações de trocas. A função social do mercado, assim, é viabilizar com que os indivíduos possam obter o que necessitam, mas que não produzem isoladamente, por meio de um contínuo processo de comercialização daquilo que, pela especialização do trabalho, é gerado como excedente.

O mercado é mais que isso: é um espaço público que gera eficiência, pois propicia a concentração de agentes interessados em um bem ou serviço, facilitando as trocas. Como ensinam Luciano Benetti Timm e Rafael Bicca Machado<sup>53</sup>, não há nada errado no fato de o indivíduo cuidar do seu interesse. Quando o padeiro acorda de madrugada e produz o pão para nós consumirmos, o que o move não é o nosso bem-estar, dos consumidores, mas, sim, o dele, padeiro, de vender mais e mais pães. Cuidar do seu interesse, agir no seu interesse, não significa que o indivíduo deve se comportar de qualquer maneira no mercado. Não há como descurar da ética. Quanto maior a confiança entre as pessoas, melhor o ambiente para o desenvolvimento das relações econômicas.

Daí a defesa de uma convergência entre Direito, mercado e Economia. A Economia é a ciência que descreve de maneira adequada o comportamento dos seres humanos em interação no mercado. A Economia é uma ciência comportamental com respeitável padrão científico, com grau de comprovação matemático e econométrico dos seus

51 TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. Direito, mercado e função social. *Revista da AJURIS/ Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. v. 33, n. 103. Porto Alegre: Ajuris, set./2006, p. 197-210.

52 COASE, Ronald H. *The firm, the Market and the law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p. 7.

53 TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. Direito, mercado e função social. *Revista da AJURIS/ Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. v. 33, n. 103. Porto Alegre: Ajuris, set./2006, p. 197-210.

modelos. O seu principal problema é o da eficiência econômica: responder a pergunta de como as necessidades sociais ilimitadas são mais bem satisfeitas diante de recursos que são escassos. E o mercado é a instituição que melhor responde a esse dilema.

Convergir Direito, Economia e mercado não significa submissão absoluta das normas jurídicas ao sistema econômico<sup>54</sup>. Aliás, são os próprios economistas que há tempos vêm alertando para a importância fundamental do Direito para um bom desenvolvimento econômico. É que o Direito cumpre a responsabilidade de atribuir segurança às trocas econômicas. Assim, o Direito tem uma grande capacidade de influenciar decisões dos mais variados agentes econômicos. O fato de o comerciante saber se pode ou não vender determinado bem acaba por afetar o funcionamento do mercado como um todo; a certeza quanto à possibilidade de conseguir cobrar do devedor o preço dos bens vendidos afeta a disposição do vendedor em prosseguir no mercado<sup>55</sup>.

O Direito importa para o funcionamento do mercado porque a eficiência das trocas econômicas depende de um baixo custo de transação e de uma clara atribuição da propriedade. Países de altos custos de transação, caracterizados por pouca confiança interpessoal, por um Judiciário lento e ineficiente, tendem a se desenvolver menos. E não se precisa chegar a ler um Richard Posner ou estudar, por exemplo, um Ludwig von Mises para chegar a tais conclusões. Autores como Adam Smith há quase três séculos já as conheciam. Smith, filósofo escocês, é considerado o Pai da Economia porque é o ponto de evolução do pensamento econômico. É um liberal do ponto de vista econômico. Liberalismo, nesse sentido, significa defesa de liberdade econômica, que se traduz em emancipação da economia de qualquer fator externo a ela mesma. Dito de outro modo, na economia deve-se acabar com as interferências vindas de qualquer outro meio.

Não se desconhecem, por certo, vozes discordantes do liberalismo clássico e do liberalismo mais contemporâneo. É o caso do intervencionismo, que tem como expoentes, dentre outros, John Maynard Keynes e Paul Krugmann. Para eles, o mercado não soluciona o problema. O Estado, então, tem que intervir, por exemplo, para proteger empresas nacionais ou em programas de obras públicas, fazendo aquilo que não é feito. Nas palavras de John Maynard Keynes<sup>56</sup>,

54 Não se está aqui, portanto, defendendo um enfoque totalizador da AED sobre o Direito. Ao contrário, esse enfoque do *homo oeconomicus* – ator modelo concebido pelos economistas como um agente egoísta e racional, maximizador de benefícios – está longe de primar por um enfoque totalizador. Deve, inclusive, ser complementado com perspectivas que possam prover outros tipos de comportamentos elaborados em distintas disciplinas, tais como a Sociologia, os estudos de gênero, a Psicologia ou a Antropologia. Nesse sentido é o que propõe: CRACOGNA, Jerónimo. Derecho y economía: la necesidad de nuevos debates. In: *Anuario de filosofía jurídica y social*. Dirigido por Martín Laclau. 1. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2003, p. 259-273.

55 TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. Direito, mercado e função social. *Revista da AJURIS/ Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. v. 33, n. 103. Porto Alegre: Ajuris, set./2006, p. 197-210.

56 SZMRECSÁNYI, Tamás. Introdução. KEYNES, John Maynard. *Economia*. Tradução de Miriam Moreira Leite. 2. ed. São Paulo: Ática, 1984, p. 123.

A mais importante Agenda do Estado não diz respeito às atividades que os indivíduos particularmente já realizam, mas às funções que estão fora do âmbito individual, àquelas decisões que ninguém adota se o Estado não o faz. Para o governo, o mais importante não é fazer coisas que os indivíduos já estão fazendo, e fazê-las um pouco melhor ou um pouco pior, mas fazer aquelas coisas que atualmente deixam de ser feitas.

Considerado o *pai da macroeconomia moderna*, Keynes, cuja obra principal é *General theory of employment, interest and Money* (Teoria geral do emprego, do juro e da moeda), defendia uma política econômica de Estado intervencionista<sup>57</sup>. Os governos, assim, deveriam usar medidas fiscais e monetárias para combater as crises financeiras internacionais, recessões e depressões. Para Keynes, o ciclo econômico é determinado pelo *espírito animal* dos empresários<sup>58</sup>. Por isso não é autorregulador. Como o sistema capitalista é ineficiente, pois não consegue empregar todos aqueles que querem trabalhar, há necessidade, então, de o Estado intervir na economia<sup>59</sup>.

A *revolução keynesiana* na economia inicia na década de 1930 e segue até a década de 1960, declinando na de 1970, sobretudo a partir da crítica de Milton Friedman. Friedman é um economista neoliberal pessimista em relação à capacidade do Estado de regular o ciclo econômico com políticas fiscais. É considerado, por isso, um crítico da economia keynesiana. Para Friedman, o *fim último* das organizações sociais é a liberdade do indivíduo e, assim, os problemas éticos são de responsabilidade de cada um.

As atividades econômicas de um grande número de pessoas, então, respeitadas as liberdades individuais, só podem ser reguladas por um sistema de mercado. O Estado, assim, segundo Milton Friedman<sup>60</sup>, deveria restringir-se a objetivos limitados e ao exercício de seu papel tradicional. O governo, claro, é essencial, mas com a função de determinar as regras do jogo e constituir-se no árbitro para interpretar e fazer vigorar as regras estabelecidas: proteger a liberdade dos indivíduos, preservar a lei e a ordem, reforçar os contratos privados, promover mercados competitivos etc.

57 SZMRECSÁNYI, Tamás. Introdução. KEYNES, John Maynard. *Economia*. Tradução de Miriam Moreira Leite. 2. ed. São Paulo: Ática, 1984, p. 7-40.

58 KEYNES, John Maynard. *Economia*; SZMRECSÁNYI, Tamás (organizador da coletânea). Tradução de Miriam Moreira Leite. 2. ed. São Paulo: Ática, 1984.

59 SZMRECSÁNYI, Tamás. Introdução. KEYNES, John Maynard. *Economia*. SZMRECSÁNYI, Tamás (organizador da coletânea). Tradução de Miriam Moreira Leite. 2. ed. São Paulo: Ática, 1984, p. 18-19.

60 COLASUONNO, Miguel. Apresentação. In: FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Milton Friedman com a colaboração de Rose D. Friedman. Tradução de Luciana Carli; apresentação de Miguel Colasuonno. Revisão sobre a edição de 1982 e tradução do Prefácio de 1982 de Nestor Deola. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985 (Os economistas), p. XV-XVI. FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Milton Friedman com a colaboração de Rose D. Friedman. Tradução de Luciana Carli; apresentação de Miguel Colasuonno. Revisão sobre a edição de 1982 e tradução do Prefácio de 1982 de Nestor Deola. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985 (Os economistas), p. 12.

A ordem econômica, que é o conjunto de normas jurídicas que define, institucionalmente, um determinado modo de produção econômica, pode ser uma ordem econômica constitucional liberal ou uma ordem econômica constitucional social. A primeira, a ordem econômica constitucional liberal, respeita e institucionaliza as relações espontâneas do mercado. Ela protege propriedade, contrato e livre iniciativa. Já o modelo de ordem econômica constitucional social, embora não rejeite os postulados liberais, busca o planejamento e a intervenção do Estado nas relações de mercado, estabelecendo programas de políticas públicas vinculadas aos poderes do Estado<sup>61</sup>.

Cada um desses modelos dá origem a um determinado modelo de Constituição Econômica. Qual deles, no entanto, é capaz de promover maior desenvolvimento social e econômico? Em qual contexto a função social do Direito se perfectibiliza? Como dito anteriormente, a ferramenta para analisar e responder tais questões é a Análise Econômica do Direito. De acordo com a AED, o sistema jurídico cumpre maior função social num modelo regulatório em que o Direito respeita, protege e reforça o mercado. Isso porque o Direito admite que o mercado é um fato e uma necessidade social, permitindo, então, que ele se desenvolva beneficiando toda a coletividade que nele interage.

Por isso, segundo Benetti Timm e Bicca Machado<sup>62</sup>, é um equívoco defender que o Direito Privado tem uma função social de caráter redistributivo, de índole publicista ou constitucional, com escopo de gerar maior justiça social. O direito tipicamente privado, ao gerar maior eficiência das instituições sociais de mercado, é que gerará maior riqueza social e maiores condições para a própria redistribuição, em seu local adequado, via tributação e políticas públicas governamentais (estas, sim, o melhor instrumento para gerar justiça social). O Direito, por isso, deve operacionalizar as relações de mercado, comprometendo-se com as instituições jurídicas que instrumentalizam o seu funcionamento: a livre iniciativa, a autonomia privada e a propriedade. São esses institutos jurídicos que operam o acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e o sistema econômico, antes referido.

O bom funcionamento do mercado depende de uma estrutura de concorrência favorável, permitindo aos agentes econômicos entrar e sair do mercado, servindo, assim, seu comportamento de referência para os demais competidores e consumidores. O contrato, por sua vez, como instrumento jurídico, deve oferecer uma sanção estatal mediante uma ação judicial da parte prejudicada. O incumprimento do contrato, assim, deve tornar-se pior negócio do que o cumprimento. O processo civil, a seu turno, deve ofertar um procedimento que garanta efetividade ao contrato, às regras

61 TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. Direito, mercado e função social. *Revista da AJURIS/Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. v. 33, n. 103. Porto Alegre: Ajuris, set./2006, p. 197-210.

62 TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. Direito, mercado e função social. *Revista da AJURIS/Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul*. v. 33, n. 103. Porto Alegre: Ajuris, set./2006, p. 197-210.

e respectivas sanções negociadas pelas partes. O bom funcionamento do mercado depende também de regras claras sobre a atribuição da propriedade. Quanto maior o grau de certeza da propriedade, maiores os investimentos dos agentes econômicos. Daí o equívoco, explicam Benetti Timm e Bicca Machado, de se pretender publicizar institutos do Direito Privado, tais como o contrato e a propriedade. Ao invés de gerar maior justiça social, a aplicação direta da Constituição nas relações entre particulares acaba agregando incerteza, imprevisibilidade e ineficiência nas operações de mercado. O Direito Privado, assim, acaba se desfuncionalizando.

A função social do contrato não é a distribuição de renda, realização de justiça social ou promoção de fins típicos do Estado<sup>63</sup>. Ela reside, na verdade, na instrumentalização das trocas, o que faz com que a coletividade saia ganhando. Não é função social do contrato, portanto, a relativização do *pacta sunt servanda*. Os custos de um inadimplemento acabam sendo redistribuídos – aqui, fala-se da chamada externalidade negativa<sup>64</sup> - aos não participantes da relação contratual, e a coletividade não ganha quando o contrato não é cumprido. Essa conclusão, como explicam Luciano Benetti Timm e Rafael Bicca Machado<sup>65</sup>, nada tem de ideológica ou política. Ela é comprovada matematicamente e estatisticamente. Os agentes econômicos necessitam de segurança e de previsibilidade. Uma revisão de contrato pode trazer maiores prejuízos do que benefícios.

Por isso, como a função social do contrato é a função do contrato em um determinado *ambiente coletivo*, e não individual, é preciso avaliar o impacto no bem estar da coletividade quando se determina a revisão do contrato. É preciso levar em conta o impacto dessa revisão no mercado, que é o espaço público de interação coletiva. Relativizações da propriedade, dos pactos, das garantias, apenas acarretam empobrecimento do país, sequer contribuindo para a dignidade da pessoa humana ou, por exemplo, para a função social da propriedade.

Portanto, relativizações de contratos, em especial de contratos pactuados voluntariamente, espontaneamente, em que o devedor sabe quanto e quando e por quanto tempo terá de pagar, não constituem função do Direito e, por conseguinte, não são papel do Judiciário. O ordenamento jurídico deve evitar o rompimento da igual proteção das leis. Reduzir os custos de transação, segundo a Análise Econômica do Direito, é a função do Direito. Engendrar mecanismos para fazer cumprir uma negociação é função do Direito. O resto significa usar do Direito para prejudicar o

63 BRANCO, Gerson. Limites da atuação judicial na aplicação da função social dos contratos. *Revista da AJURIS/Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. v. 34, n. 105. Ano XXXIV. Porto Alegre: AJURIS, mar./2007, p. 219-236.

64 Consulte-se: MICHELS, Erico et al. (Org.). *Fundamentos da economia*. Obra coletiva organizada pela Universidade Luterana do Brasil (Ulbra): IBpex, s/d, p. 52.

65 TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. Direito, mercado e função social. *Revista da AJURIS/Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. v. 33, n. 103. Porto Alegre: Ajuris, set./2006, p. 197-210.

social. Por isso o ordenamento jurídico – e aqui deixo clara a importância do Poder Judiciário, que aplica o direito - deve criar condições para alcançar uma alocação maximamente eficiente (Ronald Coase), sem que, evidentemente, venha a comprometer o direito em si, ou seja, o seu caráter deontológico. Afinal de contas, não há, pelo que se sabe, um *direito fundamental à revisão* de contratos bancários feitos de forma voluntária. Não se pode querer piorar, pela via do Direito, do direito ao acesso à jurisdição, a situação da maioria, da coletividade, em benefício de alguns.

Mister se faz, por fim, destacar a importância de Vilfredo Pareto<sup>66</sup> ao discorrer sobre a *situação ótima* ou *eficiente*. O *ótimo de Pareto* é uma situação social na qual só se consegue uma melhora para alguém se ao menos outra pessoa sofra por tal motivo um prejuízo. E isso pode diferir em muito de justiça. O que se quer, porém, é um *Pareto superior*, que é uma situação social na qual uma distribuição de recursos melhora a situação de ao menos uma pessoa sem que nenhuma outra tenha sua situação piorada. Se é que o Judiciário, em termos de análise de contratos, ao cumprir seu papel de protetor das liberdades, da igualdade e do mercado, tem algo a realizar, esse algo, então, é o superior, e não o ótimo de Pareto. O custo que uma decisão judicial - que revisa um contrato, como ocorre nos casos das ações revisionais bancárias - impõe a toda a sociedade é muito alto, e a eficiência zero.

## 5 Considerações Finais

O Direito não é uma ciência natural como a Física, por exemplo, cuja relação é de causalidade. Existem *fatores comportamentais* que fazem com que os efeitos esperados de uma determinada regra (fórmula) ou de uma dada decisão se afastem do esperado. A Análise Econômica tenta tornar mais *previsíveis* esses efeitos, de modo a conseguir antecipá-los e corrigi-los, a fim de que não haja um reforço em um incentivo inadequado. Aliás, a ineficiência decorre exatamente de uma estrutura de incentivos que conduz os agentes a tomarem uma decisão equivocada ou que os impossibilita de estabelecer critérios de transitividade (*ranking de preferências*). Contratos são eminentemente redutores de incerteza.

Quando um contrato não é cumprido, essa incerteza aumenta, exigindo instrumentos complementares de estabilização das expectativas, o que faz com que os custos de transação aumentem (Ronald Coase). É inegável que, à luz de um *diálogo das fontes*, as regras desse microsistema do CDC têm preponderância em situações nas quais o contratante, além de vulnerável (condição intrínseca), seja também hipossuficiente, em razão, justamente, da assimetria de informação.

66 PARETO, Vilfredo. *Manual de economia política*. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. v. 1. São Paulo: Abril Cultural, 1984 (Os economistas); PARETO, Vilfredo. *Manual de economia política*. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. v. 2. São Paulo: Abril Cultural, 1984 (Os economistas).

Essa circunstância relativizaria, então, a tese de que o contrato é resultado de um acordo de vontade deliberada. O modelo econômico proposto pela Escola Austríaca, da qual von Mises é um dos principais expoentes, pressupõe – e é possível concordar com isso – que as trocas devem ser voluntárias e mutuamente benéficas entre os indivíduos. No sistema americano, além da capacidade de pactuar, a validade de um contrato depende basicamente de três fatores: oferta, aceitação e consideração. A consideração exige que ambos os contratantes ganhem algo e fiquem em uma situação melhor do que estavam antes de contratar.

Essa *matriz de incentivos*, portanto, não pode ser alterada pelo Judiciário nos casos que aprecia. Ou seja, há argumentos aptos a demonstrar por que as regras impostas pelo CDC, em certas situações, devem ser afastadas. As razões – não escondemos – são eminentemente utilitaristas. Muito embora tanto o CDC quanto a jurisprudência possam respaldar as pretensões dos requerentes, julgar procedentes tais pedidos, do ponto de vista da coletividade e dos efeitos da decisão (que obviamente estendem-se além das partes), geraria um custo social muito maior do que os eventuais benefícios obtidos pelo particular.

O fundamento principiológico que justifica e ampara o CDC é justamente a proteção do consumidor. Uma decisão que contribua para a estabilização das expectativas fazendo com que os fatores que reforcem a pressão pela elevação da taxa de juros sejam mitigados é também uma forma (ainda que possa não parecer à primeira vista) de preservar os fundamentos da Lei e proteger o consumidor. O *trade off* existente aqui é *individual versus coletivo*. Toda vez que se tenta resolver o problema individual, há um reforço para que o problema coletivo aumente, desencadeando novas demandas individuais. O problema da externalidade negativa, em que o custo social é maior que o benefício privado, individual, é que os indivíduos dificilmente se dão conta de que estão contribuindo para aumentar o uso irracional do recurso (*Tragédia dos Comuns*).

A questão reside, então, em saber se esse critério (sustentado na *ratio decidendi*) deve ser utilizado em toda e qualquer situação indistintamente. Isso é importante, em especial, para afastar o risco da discricionariedade. Aí entram os seguintes aspectos: as decisões judiciais têm um papel muito importante na estabilização das expectativas. Os efeitos de uma dada decisão têm papel relevante sobre a estabilidade do ordenamento e, portanto, não podem ser negligenciados.

A Análise Econômica do Direito possibilita otimizar o resultado esperado (utilidade total obtida pela coletividade), maximizar o nível de utilidade pelos indivíduos que atuam no processo, aumentar o nível de confiança e a credibilidade dos agentes, reduzir os custos e os riscos da decisão<sup>67</sup>. Seguimos concordando com a ideia de Lenio Luiz Streck no sentido de que uma boa teoria da decisão judicial deve ser capaz de dar conta e cabo da discricionariedade judicial. Aqui, porém, é preciso

67 JARDIM, Tiago Neu. *A dimensão normativa da argumentação: contribuições da análise econômica do direito e elementos para uma teoria da decisão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 84.

fazer uma distinção, pois, quando trabalhamos com a AED como ferramenta para subsidiar a decisão jurídica, ficamos frente a duas dimensões: a primeira de cunho principiológico (moral) e, a segunda, de natureza racionalista (eficiente) na qual se pretende descobrir a melhor decisão possível (ótimo de Pareto).

Essa distinção é necessária porque ambas se estabelecem em planos distintos: a primeira, a moral, principiológica, no plano normativo-deontológico; a segunda, racional do ponto de vista da eficiência, no plano pragmático, uma vez que ela decorre essencialmente da repercussão, ou seja, dos efeitos gerados no comportamento dos agentes. Talvez a maior possibilidade de não se encontrar espaço para a discricionariedade esteja no segundo plano (pragmático), pois ou a decisão será eficiente ou não será. Não existem, nesta dimensão, duas decisões ótimas. Já no plano normativo-deontológico, talvez uma possível solução para o problema da discricionariedade seja vincular o julgador ao fundamento principiológico por ele utilizado, mais ou menos nos termos do que defende a Hermenêutica de Lenio, pois os princípios, como imperativos de moralidade, justiça, equanimidade (Dworkin), vêm para fechar a porosidade das regras.

Em outras palavras, ao se valer de um princípio, a decisão adquire um caráter universalizante (não situacional) que deve ser aplicado a partir daí em todo e qualquer caso semelhante (coerência). A Análise Econômica do Direito permite ao intérprete ampliar esse fator cognitivo, incorporando na norma, que é resultado da atribuição de sentido ao texto, fatores extrajurídicos, tais como probabilidade, reflexividade, previsibilidade, expectativa, comportamento e confiança.

## Referências

- ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à filosofia do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.
- BRANCO, Gerson. Limites da atuação judicial na aplicação da função social dos contratos. *Revista da AJURIS/Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, v. 34, n. 105. Ano XXXIV. Porto Alegre: AJURIS, mar./2007.
- COLASUONNO, Miguel. Apresentação. In: FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Milton Friedman com a colaboração de Rose D. Friedman. Tradução de Luciana Carli; apresentação de Miguel Colasuonno. Revisão sobre a edição de 1982 e tradução do Prefácio de 1982 de Nestor Deola. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985 (Os economistas).
- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Direito e Economia*: introdução ao movimento Law and Economics. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/sites/default/files/anexos/25480-25482-1-PB.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2019.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna*: introdução a uma teoria social sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- JARDIM, Tiago Neu. *A dimensão normativa da argumentação*: contribuições da análise econômica do direito e elementos para uma teoria da decisão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. Tradução Marylene Pinto Maciel; revisão técnica e da tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010 (Biblioteca Jurídica WMF).
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo, 1998.
- LOPES JR., Dalmir. *O contrato como intertextualidade*: o papel do direito privado em face da policontextualidade. In: SCHWARTZ, Germano (Organizador). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- LUHMANN, Niklas; DE GEORGI, Raffaele. *Teoría de la sociedad*. Guadalajara: Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993.

- LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Corte-Real. Brasília: Universidade de Brasília, 1980.
- LUHMANN, Niklas. *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*. Traducción de Carlos Fortea Gil. Barcelona: Paidós Studio, 1997.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- MICHELS, Erico et al (Org.). *Fundamentos da economia*. Obra coletiva organizada pela Universidade Luterana do Brasil (Ulbra): IBpex, s/d.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- PARETO, Vilfredo. *Manual de economia política*. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. v. 1. São Paulo: Abril Cultural, 1984 (Os economistas).
- PARETO, Vilfredo. *Manual de economia política*. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. v. 2. São Paulo: Abril Cultural, 1984 (Os economistas).
- ROCHA, Leonel Severo. Três matrizes da teoria jurídica. In: *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
- ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2.ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005.
- ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ROSA, Alexandre Morais da; AROSO LINHARES, José Manuel. *Diálogos com a law & economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- SIMIONI, Rafael. O que a decisão jurídica observa? Contribuições da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann às teorias pós-positivistas da decisão jurídica. In: SCHWARTZ, Germano (Organizador). *Juridicização das esferas sociais e fragmentação do direito na sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011
- SZMRECSÁNYI, Tamás. Introdução. KEYNES, John Maynard. *Economia*. Tradução de Miriam Moreira Leite. 2. ed. São Paulo: Ática, 1984.
- TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Piracicaba: Unimep, 2005.

TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. Direito, mercado e função social. *Revista da AJURIS/Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: Ajuris, v. 33, n. 103, set. 2006.

VASCO, Paulo Sérgio. *Custo bancário e inadimplência encarecem crédito, diz presidente da Febraban*. Senado Notícias. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/05/03/custo-bancario-e-inadimplencia-encarecem-credito-diz-presidente-da-febraban>. Acesso em: 15 jan. 2019.