

DIREITO E ECONOMIA DOS CONTRATOS NO PROJETO DE CÓDIGO COMERCIAL

Prof. Dr. Luciano Benetti Timm

Post Doctoral Fellow UC Berkeley

Doutor em Direito dos Negócios (UFRGS)

Mestre em Direito Civil (UFRGS)

LLM International Law (Warwick)

Professor Adjunto PUCRS e UNISINOS

Professor das Escolas da Magistratura/RS, PE, AL, TRF 4, TRF 5

Ex Presidente da ABDE

Análise Econômica dos contratos

- AED significa aplicar ferramentas da Ciência Econômica para resolver problemas jurídicos
- Quais problemas jurídicos? Como regrad comportamentos humanos, quais consequências advirão, como interpretar princípios e normas jurídicas

Análise Econômica dos contratos

- AED positiva e AED normativa
- Positiva descreve a eficiência do “direito posto”
- Normativa indica como as regras jurídicas deveriam ser interpretadas

Análise Econômica dos contratos

- Contrato = fato econômico social = troca de bens e serviços voluntária
- Direito contratual (contract law) = regulação jurídica dos contratos, p. ex., compra de armas de fogo, prostituição, drogas
- Exemplos com negócios nulos, mas existentes

Análise Econômica dos contratos

- Existem diferentes direitos contratuais, i.e., diferentes modelos regulatórios do fato econômico social contrato
- Liberal vs. social/solidarista (JAMIN) = menor vs. maior carga de controle judicial
- Liberal = *Code Civil*, BGB, NY
- Social = *Codice Civile*, Código Civil português, NCC

Análise Econômica dos contratos

- Liberal = maior amplitude à autonomia da vontade, menor incidência de controle judicial (estatal), menor espaço para regras de ordem pública
- Social (paternalista) = menor amplitude à vontade, maior controle estatal, maior quantidade de normas imperativas

Análise Econômica dos contratos

- O que a AED pode nos dizer sobre isso?
- A AED positiva pode explicar o fenômeno contratual
- A AED normativa pode trazer boas contribuições ao direito contratual

Análise Econômica dos contratos

- Por que existem contratos?

Por que existem contratos?

- Trocas econômicas existem numa sociedade porque as pessoas valoram diferentemente as coisas e os bens tendem a se mover de quem os valoriza menos para quem os valoriza mais (COOTER)
- Trocas existem porque existe divisão social do trabalho (SMITH, DURKHEIM)
- São paretianamente eficientes, *win-win game* (MACKAAY)

Por que existe direito contratual?

- Para aumentar a amplitude das trocas econômicas, para “lubrificar” as transações (COOTER)
- Para diminuir os riscos de “acidentes” contratuais (MACKAAY) minimizando os custos inerentes ao contrato (WITTMAN)

Quais os obstáculos a um maior número de contratos?

- Assimetria de informações (custo da informação) e risco de seleção adversa
- Racionalidade limitada e incompletude dos contratos (custos de barganha)
- Externalidades (terceiros envolvidos)
- Problemas de agência (conflito de interesses)
- Aspectos comportamentais (behavioral l&e) e de mercado (poder de mercado)

custos de transação

- Em uma palavra, **custos de transação**
- Definição 1: - são os custos que os agentes econômicos enfrentam toda vez que precisam recorrer ao mercado para obter um produto ou serviço.
- Definição 2: - são os custos que os agentes econômicos incorrem ao negociar, elaborar e manter o cumprimento de um contrato.

Por que existe direito contratual?

- Como existem custos de transação, o Direito importa para Economia
- O Direito não pode ser uma constante da equação, ele varia e afeta o comportamento das partes
- Dependendo como o Direito atribuir direitos, a sociedade se organiza
- Problema sério da África – estímulo à expropriação
- Vantagem dos EUA – estimula a inovação criadora

Por que existe direito contratual?

- O direito contratual pode ser tal que aumenta ou diminui os custos de transação
- O modelo regulatório contratual afeta e interfere no funcionamento do mercado porque desenha os incentivos das partes
- Agora temos sempre de pensar o direito efetivo (*law in action*) e não o direito dos códigos (*law on the books*)

Funções econômicas do direito contratual

1. Oferecer um marco regulatório seguro;
2. Minimizar problemas de comunicação;
3. Salvaguardar os ativos de cada agente;
4. Criar instrumentos contra oportunismo;
5. Gerar mecanismos de ressarcimento/alocação de riscos.

Em síntese, o direito contratual dá segurança e previsibilidade às operações econômicas e sociais – corresponde a importante papel institucional.

Funções econômicas do direito contratual

- 1) conduzir as partes a comportamentos honestos e cooperativos, ensejando ganhos comuns
- 2) evitar natural tendência ao oportunismo
- 3) prevenir erros mais comuns e evitáveis
- 4) fornecer um modelo regulatório simples, diminuindo custos de barganha
- 5) atribuir riscos
- 6) reduzir custos de litígio, fornecendo prova documental (MACKAAY)

-
- Justifica-se ter um Código Comercial?
 - Em tese sim em países de *civil law*, pois tem natureza própria e é de nossa cultura
 - A unificação no Código Civil de 2003 foi ruim (modelo regulatório inadequado)
 - Em países de *common law*, o direito contratual foi construído por juízes com experiência advocatícia e de mercado
 - Mas o PL é Código desejado?

-
- Pouco adianta mudar lei (*law on the books*) sem especialização dos julgadores na sua aplicação (*law in action*)
 - Precisaria responder aos problemas ou falhas de mercado e sobretudo respeitar as escolhas privadas
 - Assimetria de poder é desconhecida pela Economia, mas não necessariamente é uma idéia errada

-
- “Art. 4º. São princípios gerais informadores das disposições deste Código:
 - I – Liberdade de iniciativa;
 - II – Liberdade de competição; e
 - III – Função social da empresa.

-
- “Art. 303. São princípios do direito contratual empresarial:
 - I – autonomia da vontade;
 - II – plena vinculação dos contratantes ao contrato;
 - III – proteção do contratante economicamente mais fraco nas relações contratuais assimétricas;
e
 - IV – reconhecimento dos usos e costumes do comércio.”

-
- “Art. 311. Os contratantes devem sempre agir com **boa fé**, na negociação, celebração e execução do contrato empresarial”
 - Art. 316. O contrato empresarial deve cumprir sua **função social**.
 - Parágrafo único. O contrato empresarial não cumpre a função social quando, embora atendendo aos interesses das partes, **prejudica ou pode prejudicar gravemente interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo**.

-
- Art. 317. O **Ministério Público** e os demais legitimados podem pleitear a anulação do negócio jurídico, provando o descumprimento da função social

-
- Três princípios e uma cláusula geral poderiam ser justificados pela AED, um princípio e uma cláusula geral não (não necessariamente errado no entanto)
 - Problemas – vagueza semântica, insegurança jurídica, elevação de custos de transação
 - Insiste em equívocos do NCC no espaço ao paternalismo judicial

-
- Por que não princípios da atipicidade e da natureza dispositiva das normas contratuais do PL?

-
- Nos contratos em espécie, perde algumas oportunidades de deixar clara a amplitude da liberdade contratual e da natureza (dispositiva) das normas
 - Não trata de arbitragem
 - Vejo equívoco na definição de locação comercial e não abre maior amplitude às partes