



ISSN 0034-835X
e-ISSN 2596-0466

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília – DF

Ano 60

237

janeiro a março de 2023

SENADO FEDERAL



Racionalidade econômica na interpretação dos negócios jurídicos contratuais

VITOR OTTOBONI PAVAN
ROSALICE FIDALGO PINHEIRO

Resumo: O artigo tem por objetivo indicar um significado conforme a boa-fé para o cânone hermenêutico previsto no inciso V do § 1º do art. 113 do Código Civil, incluído pela Lei de Liberdade Econômica. Utiliza o método dedutivo e a análise bibliográfica. Compreende que a Economia pode interagir com o Direito como um ferramental útil no processo de interpretação dos negócios jurídicos contratuais, desde que filtrada pela linguagem jurídica e conformada axiologicamente. Conclui que o cânone hermenêutico estudado orienta à verificação em concreto de um sentido que direcione as partes de modo cooperativo à realização da finalidade do negócio e tutele a confiança reciprocamente depositada por elas, observando as razões econômico-sociais do contrato.

Palavras-chave: liberdade econômica; autonomia privada; boa-fé objetiva; economia do contrato.

Economic rationality at contract interpretation

Abstract: This paper aims to set a meaning according to good faith to the hermeneutical canon inserted by the Economic Freedom Act in the art. 113, § 1º, V of the Civil Code. Adopts the deductive method and bibliographical analysis. Comprehends that economics can interact with law as a useful tool in the contract interpretation process if it has been filtered by the juridical language and shaped axiologically. Concludes that the studied hermeneutical canon guides to the verification in concrete of a meaning that leads the parties in a cooperative way towards the realization of the contract purpose and protects the reciprocal reliability of the parties, observing the economic-social reasoning of contract.

Recebido em 29/9/22
Aprovado em 26/12/22

Keywords: economic freedom; private autonomy; good faith; contract economic.

1 Introdução

As alterações promovidas no art. 113 do Código Civil (CC) trouxeram indagações sobre a forma de preenchimento dos significados dos conceitos que formam os cânones hermenêuticos inseridos no § 1º desse artigo.

Entre estes, especial relevo se dá ao inciso V, que trata da busca pela “razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração” (BRASIL, [2022b]). A nova redação levanta questões importantes, que não podem ser enfrentadas sem antes se compreender o contexto no qual o texto foi elaborado.

Considerando a vocação capitalista, mas também social e democrática da República brasileira, é relevante o tema da liberdade econômica e dos contratos num contexto de economia de mercado, tendo sempre como vértice sistematizador a axiologia constitucional.

Em que pese o art. 113 do CC ser aplicável a todos os tipos de negócios jurídicos, o estudo apresenta breve inclinação àqueles de natureza contratual, dada sua predominância no tráfego jurídico e sua mais íntima relação com os aspectos econômicos indicados no próprio cânone hermenêutico sob análise.

Perpassando a Lei de Liberdade Econômica, a boa-fé objetiva e as análises em Direito e Economia encontram-se fundamentos que auxiliam na delimitação de espaços e filtros necessários às interações intrassistemáticas e intersistemáticas que ocorrem no preenchimento do conteúdo semântico da cláusula geral de boa-fé e do conceito indeterminado de racionalidade econômica das partes.

Por meio do método dedutivo e procedimento de pesquisa bibliográfico, parte-se do princípio da boa-fé, previsto no art. 113 do CC, em sua função hermenêutica, e chega-se a uma solução em termos de linguagem jurídica, para delinear o sentido de seus parágrafos e incisos, inseridos pela Lei de Liberdade Econômica. Trata-se de não ignorar os signos econômicos, mas traduzi-los em conceitos técnicos passíveis de serem operados, evitando, assim, a pura aplicação de conceitos econômicos às relações jurídicas, sem, com isso, ignorar a sua relevância para as relações negociais.

2 A Lei de Liberdade Econômica e a boa-fé

A Medida Provisória (MP) nº 881, de 2019, apresenta em seu sumário o objetivo de “dar maior liberdade para os particulares exercerem atividades

econômicas, reduzindo os entraves impostos por intervenções do Poder Público e prestigiando a autonomia da vontade na celebração de contratos e outros negócios” (BRASIL, 2019, p. 2). Ainda que a preocupação originária seja “deixar claras as ‘regras do jogo’ no âmbito da Administração Pública perante os particulares envolvidos em atividade econômica” (BRASIL, 2019, p. 3), ou seja, afeta às relações regulatórias entre o Estado e os agentes que exercem atividade econômica, trouxe também alterações sensíveis aos agentes nas relações interprivadas, “prestigiando, acima de tudo, a independência e o senso de responsabilidade deles” (BRASIL, 2019, p. 6).

A MP nº 881, de 2019, foi posteriormente convertida na Lei nº 13.874, de 20/9/2019, denominada *Lei de Liberdade Econômica* (LLE), com diversas alterações em seu texto original, inclusive com a inserção de dois parágrafos no art. 113, a alteração da redação do art. 421 e a inclusão do art. 421-A, todos do CC.

Mesmo que a defesa da liberdade econômica como posta na LLE não equivalha à defesa de um *laissez-faire* econômico, o que nem mesmo defensores de um liberalismo econômico hayekiano sustentam (YEUNG, 2020, p. 80), é evidente que há um fundo ideológico liberalista na lei e que é necessária a análise daquelas alterações no momento em que ela promove também incursões no âmbito das relações negociais interprivadas.

Buscando a desburocratização e a facilitação do desempenho da atividade econômica pelos particulares, a lei estabeleceu uma Declaração de Direitos de Liberdade Econômica voltados à garantia de um livre mercado (MAIA, 2019, p. 5) – o que, aparentemente, representaria a adoção de uma compreensão de liberdade econômica tributária dos pressupostos do liberalismo econômico que “não são apenas parciais, enviesadas e reducionistas, como desconhecem

por completo a ordem econômica constitucional brasileira” (FRAZÃO, 2020, p. 91).

A crítica à adoção de pressupostos do liberalismo econômico não ignora a necessidade de valorizar o empreendedorismo e a necessidade de regular de forma adequada as relações entre Estado e mercado. Contudo, não se pode assumir uma superioridade hierárquica da livre-iniciativa frente a outros princípios constitucionais, inclusive os de ordem econômica que fundam o Estado Democrático de Direito. Desse modo, é inafastável que “a Constituição brasileira não apenas não coloca a livre-iniciativa em nenhuma posição de supremacia diante dos demais princípios constitucionais, como deixa claro que ela precisa ser integrada com a valorização social do trabalho e com a justiça social” (FRAZÃO, 2020, p. 98).

Esse desconhecimento também se estende ao Direito Privado. Tratando da LLE, Marcos Pereira, primeiro vice-presidente da Câmara dos Deputados à época da votação da LLE, afirma que a lei acarretou significativas modificações no CC para o empreendedor brasileiro, voltadas a conferir segurança jurídica e estabilidade às relações empresariais – entre as quais a previsão de presunção de boa-fé dos atos praticados por empresários, que “nunca fez parte das relações empresariais ou das atividades praticadas pelo empresário”, pelo que “ocorre em boa hora até mesmo para inserir no direito empresarial o mesmo instituto e tratamento já conferidos aos demais ramos do direito civil” (PEREIRA, 2020, p. 48).

Ora, antes mesmo da previsão da boa-fé objetiva como cláusula geral no CC, o instituto já era reconhecido e aplicado no Direito Comercial (antes, pois, do Código Civil de 1916), apreendido pela doutrina do Direito Comercial em sua concepção objetiva e apontado como exercente de um papel central no Código Comercial de 1850 (FORGIONI, 2015, p. 123-129). O papel

da boa-fé objetiva nos contratos empresariais continuou relevante com o Código de 2002 e a unificação das obrigações civis e comerciais¹, de modo que a LLE nada apresenta de novo. Não é o CC o responsável pelas dificuldades dos agentes econômicos no Brasil; ao contrário, verifica-se que as medidas que a LLE tentou estabelecer (autonomia privada, boa-fé, identificação e alocação de riscos, excepcionalidade da revisão contratual e autonomia patrimonial das pessoas jurídicas) já são conceitos conhecidos, desenvolvidos e aplicados nas relações privadas (TEPEDINO; CAVALCANTI, 2020, p. 489). A boa-fé objetiva, assim, está e sempre esteve presente nas relações civis e comerciais do Direito brasileiro, nem sempre com o mesmo significado, com a mesma densidade ou com as mesmas funções. Não é, com certeza, um conceito inovador ou antes desconhecido da teoria dos contratos civis e empresariais.

Não só: o inciso V do art. 3º da LLE (BRASIL, [2022c]) aponta como, em diversos aspectos, a lei carece de melhor técnica legislativa e ignora o desenvolvimento da doutrina sobre o conceito de boa-fé objetiva² ao tentar criar uma presunção de boas intenções, gerando confusão entre os conceitos de boa-fé subjetiva e objetiva, há muito separados, e conferindo a um estado de fato (estado psicológico do agente) a qualidade de norma de interpretação (MARTINS-COSTA, 2019, p. 127-128).

O dispositivo, apontado como a invenção da boa-fé do empresário, portanto, não só ignora a aplicação da boa-fé objetiva nas relações empresariais, como repete outra máxima já consolidada no Direito em geral: a de que a má-fé não se presume, mas deve ser provada. Trata-se, na verdade, de disposição que, conquanto aponte para “as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial”, não tem aplicabilidade prática, pois “a boa-fé subjetiva seria decorrência da boa-fé objetiva”, ou seja, suporte fático para a aplicação de um conjunto normativo que é a cláusula geral de boa-fé objetiva no Direito Privado. Inadvertidamente, portanto, a previsão do inciso V do art. 3º da LLE tratou como cânone interpretativo um estado de fato, um suporte fático de aplicação de uma norma jurídica (MARTINS-COSTA, 2019, p. 127), um estado psicológico em que o agente ignora estar lesando direitos ou interesses alheios, convicto de estar respeitando o Direito.

Assim, para fins do presente estudo, essa norma não é relevante, por tratar da boa-fé subjetiva, a qual não se configura como norma de conduta (ou interpretativa), mas como suporte fático para a aplicação

¹ O que, apesar das polêmicas, era defendido por Caio Mário da Silva Pereira na construção de seu *Anteprojeto de Direito das Obrigações* sob o argumento de que “não existia razão científica para que se submetessem a regimes diferentes relações jurídicas de natureza idêntica, em razão apenas do caráter subjetivo de seus integrantes” (PEREIRA, 2001, p. 235).

² Sobre o percurso da boa-fé no Direito brasileiro, ver Pinheiro (2015b).

de regras e princípios, não podendo ser utilizada como cânone hermenêutico, senão apenas como regra de presunção legal relativa afeta ao ônus da prova (MARTINS-COSTA, 2019, p. 131), o que reflete o brocardo consagrado de presunção da boa-fé, já citado. Não se pode, assim, confundir a boa-fé objetiva como *standard* hermenêutico, dotada de caráter normativo e valência prescritiva, com a boa-fé mencionada no art. 3º, V, da LLE, de modo que o dispositivo, pela inadequação e incoerência expostas, não deve influenciar a interpretação dos negócios jurídicos. Relevante para o presente trabalho é a boa-fé objetiva.

Quando entrou em vigor em janeiro de 2003, o CC dispunha sobre a interpretação do negócio jurídico entre seus arts. 110 a 114, prevendo especificamente no art. 113 o seguinte: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” (BRASIL, [2022b]). Condizente com a explicação do negócio jurídico com fundamento na teoria da confiança, essa inserção representou a adoção da cláusula geral de boa-fé objetiva como instrumento hermenêutico das relações negociais (ALVES, 1999).

Isso não significa que a boa-fé objetiva vá atuar sozinha como cânone hermenêutico, mas estará conjugada a outros *standards* que permitirão aferir concretamente se a solução interpretativa alcançada é de boa-fé, conferindo respostas adequadas a problemas concretos e individuados (MARTINS-COSTA, 2018, p. 489). A boa-fé dialoga com a autonomia privada, o equilíbrio contratual, a função social do contrato, as disposições específicas dos contratos típicos – enfim, com outros cânones hermenêuticos aplicáveis aos negócios.

Por sua vez, nenhuma das normas de Direito Privado pode ser lida descolada do sistema jurídico em que estão inseridas, um sistema axiologicamente ordenado pela Constituição da

República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) e que tem como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana. Considerando que a Constituição garante a unidade do ordenamento jurídico, não formalmente, mas axiologicamente (PERLINGIERI, 1991, p. 200), é preciso compreender o alcance das alterações promovidas pela LLE no art. 113 do CC³ à luz da legalidade constitucional e sua coerência com a própria lei civil, com uma visão crítica e coerente com o contexto histórico-social brasileiro.

Chama atenção, especialmente, o disposto no inciso V do § 1º do art. 113, por trazer como critério para a interpretação e/ou integração do negócio jurídico a remissão do intérprete à *racionalidade econômica das partes*, conceito que *a priori* se apresenta como externo ao sistema jurídico e próprio da Ciência Econômica, o que justifica a dedicação maior a essa alteração.

3 A racionalidade econômica das partes e a interação do Direito com a Economia

Com base no art. 422 do CC, o Enunciado nº 27 da I Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça já previa que, “na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas

³ Trata-se da inclusão dos §§ 1º e 2º: “1º A interpretação do negócio jurídico deve-lhe atribuir o sentido que: I – for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II – corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III – corresponder à boa-fé; IV – for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V – corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei” (BRASIL, [2022b]).

com outros estatutos normativos e fatores meta-jurídicos” (AGUIAR JÚNIOR, [2003], p. [40]).

A própria natureza de cláusula geral da boa-fé objetiva no CC já permitia que ela se apresentasse como instrumento para essa troca de dados com outras esferas que não o sistema jurídico. Aliás, na justificativa daquele Enunciado encontra-se importante direcionamento que corrobora o já dito quanto ao reconhecimento do alcance da boa-fé para os negócios empresariais:

A estrutura e a metodologia adotadas pelo Código conduzem à potencial expansão de seus princípios *de* e *para* dentro do próprio Código, *de* e *para* outros estatutos normativos e *de* e *para* instâncias extra-jurídicas. Assim, a cláusula geral do art. 422 se deve projetar sobre toda a matéria contida no Livro I (Direito das Obrigações) e ainda no Livro II (Direito de Empresa), com o qual aquele se encontra estrutural e funcionalmente ligado (AGUIAR JÚNIOR, [2003], p. [165], grifos do autor).

A estrutura e a metodologia indicadas são a adoção de cláusulas gerais, conceitos indeterminados e aberturas sistemático-normativas que permitem o intercâmbio intra e extrassistemático, compreendendo que, apesar de denominado *Código*, este já não se compreende como um ambiente fechado em si, como na modernidade. O cuidado está em como realizar esse relacionamento com fatores não jurídicos, como a Economia.

A LLE incluiu a racionalidade econômica das partes como elemento a ser ponderado pelo intérprete na atribuição de um sentido ao negócio jurídico que seja conforme a boa-fé. Ou seja, criou regra de interpretação antes não prevista, já que – ainda que o art. 113 do CC sempre se tenha referido à boa-fé – a expressa remissão à racionalidade econômica como elemento de construção desse sentido conforme a boa-fé é em partes uma novidade. Isso desperta o debate sobre as relações entre o Direito e a Economia.

Toma-se como premissa que não se trata de expurgar de plano qualquer tentativa de aproximação entre o Direito e a Economia, como se o Direito fosse um sistema hermeticamente fechado e autossuficiente que prescindisse de qualquer elemento metajurídico para sua interpretação e concreção. Considera-se, entretanto, que a aproximação entre o Direito e a Economia deve ser feita de modo a respeitar a natureza axiológica do sistema jurídico constitucional, ou seja, aproveitar o que a Economia em suas diversas vertentes tem a oferecer ao Direito como instrumental para a realização dos objetivos que o ordenamento jurídico se propõe (NALIN; PAVAN, 2021, p. 26). Deve ser repelida qualquer tentativa de colonização do Direito pela Economia, considerando que o primeiro é um sistema axiológico com linguagem e fundamentos próprios, nem sempre coincidentes com o sistema econômico, sem que isso signifique total impossibilidade de comunicação intersistemática.

Essa não aversão automática às interações do Direito com a Economia (D&E) somente é possível se tomadas algumas precauções. A primeira é compreender que, ao se tratar de ligações entre a Economia e o Direito, não se faz referência unicamente à construção da Escola de Chicago, uma das vertentes em D&E, que tem por princípio a aplicação da análise microeconômica ao Direito, centrada principalmente em critérios de eficiência alocativa com base no agir racional dos indivíduos num ambiente de mercado ou não mercadológico (MERCURO; MEDEMA, 1997, p. 13). As análises em D&E não são uniformes, muito menos incontestes; há inúmeras divergências e diferentes abordagens, como a Escola de New Haven, voltada ao estudo do ambiente regulatório do Estado de bem-estar social, fundado na análise das políticas públicas e na *social choice theory* (MERCURO; MEDEMA, 1997, p. 79), inclusive refutando o critério de eficiência elaborado pela Escola

de Chicago. Em oposição mais radical a esta, é possível citar também os Critical Legal Studies, movimento que se opôs criticamente ao liberalismo, questionando filosófica e politicamente os seus pressupostos de modo a demonstrar as situações de falência do sistema liberal frente às realidades sociais (MERCURO; MEDEMA, 1997, p. 158). No campo mais amplo da Economia há também uma diversidade de escolas, teorias e abordagens que oferecem diferentes soluções para um mesmo problema. Cite-se, por exemplo, a Nova Economia Institucional, que, reconhecendo criticamente a insuficiência dos postulados neoclássicos, propõe o aprimoramento destes com base em três postulados: a assimetria informacional, a questão dos custos de transação e o papel das instituições no desempenho econômico (TOMASEVICIUS FILHO, 2020, p. 33-34).

Por fim, destaca-se a Behavioral Economics, que, centrada na compreensão dos comportamentos humanos e na sua relação com a economia, permitiu afastar a imagem do *homo economicus*, justamente aquele agente racional que pauta todas suas decisões na maximização de seu bem-estar com base numa avaliação de utilidade (JOLLS; SUNSTEIN; THALER, 1998, p. 1.476) – o que a distancia da construção de um modelo racional de sujeito da economia clássica e neoclássica. Quer dizer: mesmo na Ciência Econômica, a definição do que seria uma racionalidade econômica é passível de diferentes abordagens, o que, em vez do objetivo buscado pela alteração, só traz insegurança para a interpretação do negócio jurídico.

Mesmo Posner, após críticas à sua abordagem econômica do Direito inicial, acabou concluindo em um dado momento que a noção de eficiência não constituía um critério operativo suficiente na avaliação das questões enfrentadas pelo Direito, tampouco que a noção de eficiência deveria sobrepor-se a outros valores da sociedade (SALAMA, 2008, p. 58).

A segunda é compreender que, ao se referir à Economia, não se pode reduzir a sua interação com o Direito à busca da eficiência, mesmo porque a própria definição do que vem a ser eficiência para a Ciência Econômica não é pacífica, menos ainda para o Direito (BRANDELLI, 2011). A ideia de análise da eficiência como objetivo que pressupõe a existência de agentes que realizem escolhas racionais num ambiente livre de intempéries buscando maximizar a utilidade num ambiente de recursos escassos ignora, contudo, que as pessoas fazem escolhas ruins, que frequentemente estão em condições de *déficit* de liberdade e que, por vezes, a escolha pode ser questão de mera sobrevivência e não de maximização de uma utilidade.

Assim, como bem reconhecido pelos partidários de uma análise econômica do Direito⁴, o critério de eficiência e a própria análise econômica não são suficientes, por si sós, para fornecer respostas às demandas do sistema jurídico⁵. Outro equívoco comum é concluir que a eficiência nas análises de D&E é orientada por uma busca pelo ótimo de Pareto; em verdade, nessa área há muito mais crítica quanto a esse critério, optando-se comumente pela análise da eficiência, quando necessária, pelo conceito de eficiência de Kaldor-Hicks (YEUNG; RODRIGUES, 2021, p. 4). Mesmo porque alcançar um ótimo de

⁴Uma das principais estudosas em Direito e Economia no País, em artigo de coautoria, alerta: “Ainda há uma interpretação rasa ao reduzir a AED tradicional à busca pela eficiência. Mostra desconhecimento do que significa o método econômico, trazendo mais confusão do que clareza ao empregar o conceito desgastado e mal compreendido de ‘eficiência’, sem explicá-lo” (YEUNG; RODRIGUES, 2021, p. 3).

⁵Nesse sentido, adverte Araújo (2008, p. 99): “Não queremos de modo algum afirmar, ou sequer sugerir, que a análise econômica seja suficiente para recobrir todas as incidências do regime jurídico dos contratos, para espelhar todos os interesses em jogo, para fundamentar todas as soluções ou para perspectivar todas as evoluções doutrinárias e legislativas – e menos ainda queremos pretender que a abordagem econômica do tema seja isenta dos seus próprios riscos, vícios e limitações”.

Pareto significaria uma solução em que não há perdas para nenhuma das partes, e, por vezes, o Direito pode demandar soluções em que perdas individuais sejam necessárias para justificar ganhos sociais maiores por meio de um sistema de compensação social (BOTELHO, 2016, p. 31).

Portanto, uma pluralidade de abordagens, conceitos, teorias e definições tanto na Ciência Econômica quanto nas abordagens de D&E afasta uma percepção monista, pacífica e estável que permita uma tranquila absorção pelo Direito de um conceito econômico puro a ser aplicado como instrumento de solução na interpretação e integração dos negócios jurídicos. Desse modo, qualquer construção que tente – com base na inserção da expressão *racionalidade econômica* no art. 113, § 1º, V do CC – defender uma colonização do Direito pela Economia (isto é, indicar que estaria aberto ao intérprete pautar-se em critérios puramente econômicos para decidir) significa legar a um critério fixado de modo externo ao Direito o papel de norte a ser alcançado pelo Direito Privado, o que representaria colocar o Direito Privado (compreendido como inserido na ordem axiológica constitucional) num papel de subsidiariedade e até dispensabilidade, capaz de ser moldado pela Economia (DRESCH, 2008, p. 194).

O problema daí advindo é que – ao se permitir uma definição extrassistemática do conceito de racionalidade econômica, considerando que não há sequer na Ciência Econômica um acordo semântico quanto a esse conceito – cria-se mais uma dificuldade na já tormentosa missão de interpretar os negócios jurídicos por meio do preenchimento da cláusula geral de boa-fé objetiva. Não se quer com isso afastar qualquer interação do Direito com a Economia. Alguns dos mencionados pressupostos da Nova Economia Institucional e da Economia Comportamental, por exemplo, podem ser de grande valia para a interpretação dos negócios, mas o ingresso

desses elementos metajurídicos na conformação do sentido da boa-fé objetiva deve ser mediado pela linguagem jurídica.

Não se pode também permitir a substituição do Direito pela Economia, como se os conceitos econômicos fossem oferecer as soluções para todos os problemas enfrentados pelo Direito por meio da busca da eficiência econômica. Não se pode substituir a busca do justo pela busca do eficiente. É preciso, portanto, afastar essa

estranha e difundida visão que substitui o direito pela economia, fazendo da “eficiência econômica” um paraíso a ser alcançado pela estrada da econometria. Como em um filme de Tim Burton, a Rainha de Copas lúgubre e histórica, que intercala ordens de “cortem-lhe a cabeça!” com outras de “rodem o modelo!” (FORGIONI, 2017, p. 20).

Buscando na experiência de outros espaços do sistema jurídico em que a interação do Direito com a Economia já se deu de forma mais aprofundada, encontra-se justamente o efeito que se procura evitar com os argumentos aqui expostos. Frazão (2017) aponta que a colonização do Direito Antitruste pelo modelo desenvolvido por Robert Bork na Escola de Chicago (mesma escola dos teóricos da Análise Econômica do Direito, fundada na economia neoclássica) afastou desse ramo do Direito no Brasil discussões mais aprofundadas sobre aspectos substantivos da axiologia constitucional, que foram “eclipsadas pela metodologia econômica que passou a ser dominante” (FRAZÃO, 2017, p. 42).

Na interpretação dos negócios jurídicos contratuais, por conseguinte, as alterações promovidas pela LLE não podem servir de pretexto para essa colonização pela eficiência econômica, em razão do risco de tal movimento afastar o Direito Civil da axiologia constitucional na qual está inserto – o que é contrário à própria razão

de ordenação do sistema. A natureza deontológica e vinculante dos princípios constitucionais que fundamentam e permeiam o Estado Democrático de Direito impede que se promova esse afastamento por meio da colonização do Direito pela metodologia econômica (FRAZÃO, 2017, p. 46-47).

Como a expressão *racionalidade econômica* é um conceito indeterminado (NALIN; PAVAN, 2021, p. 31) – cujo preenchimento encerra a operação hermenêutica e dispõe de um campo de atuação do intérprete mais restrito que o de cláusula geral –, o instrumental econômico pode fornecer elementos para preencher esse significante, como o desincentivo a comportamentos oportunistas, a resposta a estímulos comportamentais, passíveis de absorção coerente pelo Direito ou tradução em linguagem jurídica.

As abordagens em D&E apresentam-se, pois, como importantes meios de complementaridade (DRESCH, 2008, p. 201) na compreensão dos negócios jurídicos, em especial os de natureza contratual e empresarial, fornecendo um ferramental que pode e deve ser utilizado na construção de soluções para os problemas cotidianos – aqui, especialmente, na interpretação dos negócios jurídicos –, desde que compatíveis com a axiologia do Direito.

4 A definição de racionalidade econômica conforme a boa-fé

A abertura do sistema jurídico às interações com o sistema econômico acarreta um problema: a tradução dos conceitos econômicos em conceitos jurídicos ou a justificação racional da aplicação de uma concepção econômica numa decisão jurídica.

O imaginário de segurança jurídica que decorre do monismo das fontes e da limitação do intérprete às arestas do cercado textual

da norma é típico de um positivismo clássico, inadequado para uma sociedade marcada pela pluralidade, pela ampliação do espaço de debate público (a virtualização da ágora) e pela proliferação de pretensas fontes normativas.

A influência de fatores metajurídicos na construção do Direito é cada vez mais latente; isso não pode significar, entretanto, permitir a substituição absoluta da linguagem jurídica por elementos de outras ciências, sem que a inserção desses elementos extrassistemáticos seja conduzida por um processo argumentativo de adequação, em que fatores como a racionalidade econômica sejam traduzidos num instrumental útil para a realização teleológica do Direito.

O preenchimento semântico da expressão *racionalidade econômica das partes* – ou seja, a operação hermenêutica pela qual o significado será estabelecido para aplicação no caso concreto – deverá ser fundado numa justificação argumentativa, considerando a unidade axiológica do sistema jurídico e as peculiaridades do caso concreto.

A racionalidade econômica das partes – como um dos elementos formadores de um cânone hermenêutico que cabe ao intérprete a definir conforme a boa-fé – atribui ao ponto de interpretação do negócio jurídico o sentido que for mais próximo possível daquilo que as partes mesmas teriam previsto sobre a questão debatida, considerando as demais disposições do negócio e a racionalidade econômica das partes, e as informações a que ambas tinham acesso no momento da celebração.

Não basta, contudo, demonstrar que a interpretação alcançada é somente a mais adequada para o caso concreto, sem considerar outros impactos sociais que podem estar envolvidos na contenda analisada, pois “o conceito jurídico de contrato agora sujeita explicitamente a hermenêutica contratual a questões sociais amplas” (KLEIN, 2015, p. 16).

O processo argumentativo, e não a definição de sentido arbitrária e desvinculada de qualquer meio de justificação pelo intérprete, é o que traz a segurança jurídica. Não é mais apenas o exercício pleno de espaços de liberdade negativa pelos contratantes que representa o respeito à autonomia privada e, por consequência, à liberdade e à segurança dos pactos.

Como aduz Klein (2015, p. 141), “no âmbito da teoria da argumentação jurídica, a racionalidade da argumentação diz respeito à observância de determinados critérios ou procedimentos”, sendo que a racionalidade da argumentação se afasta da já criticada racionalidade econômica dos neoclássicos, ligada ao utilitarismo benthamiano e à racionalidade weberiana. Na verdade, em razão da axiologia constitucional, o modelo de negócio jurídico contratual objeto de interpretação apresenta uma pluralidade de fundações que diverge do modelo clássico voluntarista, e essas diferentes fundações (função social do contrato, boa-fé objetiva, equilíbrio contratual e autonomia privada) interagem e aumentam a complexidade do sistema, principalmente considerando também a interação com elementos metajurídicos como a Economia (KLEIN, 2015, p. 222).

No iter argumentativo, a justificativa da interpretação alcançada se dá em argumentos concretos e não genéricos. Isto é, as premissas não devem ser questões puramente formais, mas permitir que se busque um juízo avaliativo da realidade (KLEIN, 2015, p. 222), que sejam consideradas as peculiaridades do caso concreto e os acervos capacitatórios para o exercício das liberdades pelas partes envolvidas.

Desse modo, o princípio da boa-fé apresenta-se como importante instrumento para a construção dessa argumentação pelo intérprete a fim de buscar “o significado juridicamente relevante do contrato a partir da linguagem utilizada pelas partes na construção e aperfeiçoamento

do acordo” (BENACCHIO, 2011, p. 362), principalmente como mediadora de conteúdos metajurídicos⁶.

Porém, o temor de que a abertura semântica da boa-fé poderia levar a um decisionismo é contido justamente pela argumentação e pela vinculação do processo argumentativo ao critério de avaliação do merecimento de tutela, que é da axiologia constitucional. Não basta, pois, a remissão simples e vazia à boa-fé objetiva para que o sentido encontrado seja a ela conforme: é necessário que se investigue rigorosamente o caso concreto, com base nas características das partes e nas circunstâncias do negócio (NALIN, 2011, p. 125).

Para serem válidos, os elementos econômicos que porventura sejam integrados ao processo de argumentação pelo intérprete para atribuir o significado ao negócio jurídico – segundo o cânone hermenêutico do inciso V, do § 1º do art. 113 do CC – deverão resultar em uma “relação equilibrada, leal e solidária, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais que repercutem não apenas na esfera de atuação de cada contratante [...], mas que atingem, também, terceiros” (CATALAN; GERCHMANN, 2012, p. 166).

O risco da abertura do conceito indeterminado de racionalidade econômica das partes é que a busca pelo sentido relevante do negócio leve em conta um modelo de *reasonable persons* (BENACCHIO, 2011, p. 378) baseado em arquétipos econômicos incompatíveis com os próprios pressupostos axiológicos do ordenamento, o que acabaria por invalidar o resultado

⁶ Como aponta Pinheiro (2015a, p. 160), “a boa-fé postula um juízo de valor contrário a toda rejeição antimetafísica do conceitualismo positivista”, ou seja, a tessitura semântica aberta da boa-fé permite o seu preenchimento com elementos que não são puramente positivos e admite o ingresso de signos de outros sistemas como o econômico, o moral, o cultural e o social na construção de seu significado, que é sempre *in concreto* e não *in abstracto*.

da interpretação. Ainda que se possam considerar conceitos econômicos para determinar o que as partes razoavelmente teriam contratado segundo a sua racionalidade econômica, isso não deve ser uma porta aberta à internalização de conceitos econômicos incompatíveis com o sistema jurídico ou que não tenham sido previamente filtrados pelos critérios axiológicos de ordenação e validade do sistema.

Não significa também que todo conceito econômico seja inútil ou incoerente com o sistema jurídico: aqueles que compreendem a possibilidade de realizar os valores existenciais que funcionalizam o sistema – sem que isso represente ignorar a predominante natureza patrimonial dos interesses negociais das partes – podem contribuir para a construção de sentidos conforme a boa-fé.

Claro, por exemplo, que o grau de atuação de um eventual juízo distributivo dependerá das características das partes e do negócio, sendo que em negócios empresariais simétricos e paritários os espaços de liberdade negativa e positiva, em suas manifestações formais, são mais acentuados, em que mesmo situações de desigualdade podem ser admitidas como legítimas, desde que desejadas pelas partes e não conflitem com valores constitucionais (RITO, 2014, p. 120).

Por outro lado, em negócios tidos como assimétricos ou não paritários, mesmo que empresariais, haverá uma retração desses espaços de liberdade formal em prol de uma expansão da concessão de tutela a manifestações de liberdade substancial. Compreender o que as partes teriam previsto envolverá, obrigatoriamente, a análise *in concreto* da existência de assimetria informacional, econômica ou técnica (FALEIROS JÚNIOR, 2019, p. 46-48), do espectro em que se encontra o equilíbrio econômico da relação⁷, da promoção de comportamentos cooperativos e da não tutela de comportamentos oportunistas – tudo conforme a boa-fé.

O alcance da intervenção na relação contratual dependerá, por exemplo, das características concretas dos seus integrantes, da simetria, da paridade, da disponibilidade de informação e recursos e, com destaque, da natureza do interesse envolvido; devem, como sugere Negreiros (2006, p. 462), ser escalonadas conforme o grau de utilidade existencial atribuído ao objeto negocial.

A racionalidade econômica das partes é, assim, um dado que não se pode definir de modo abstrato, genérico ou como uma fórmula pronta fundada em determinado modelo econômico, porque o comportamento das partes no caso concreto, os objetivos por elas buscados e as características

⁷Entendido não como um ponto fixo, mas de modo complexo como um campo de estabilidade no qual há “equivalência entre as obrigações e expectativas de ganhos das partes envolvidas” (RITO, 2014, p. 119-120).

de cada um dos envolvidos na relação negocial permitirão encontrar o significado desse conceito indeterminado inserido no art. 113 do CC.

4.1 Boa-fé como promotora de comportamentos cooperativos e da tutela da confiança

O art. 113 do CC revela cânones hermenêuticos do negócio jurídico relacionados ao elemento contextual, uma “regra de interpretação que remete o intérprete ao exame do texto (declaração) *em seu contexto fático e normativo*, para contrastar a específica manifestação de vontade com o padrão de conduta segundo a boa-fé”. Trata-se da análise do texto e do contexto do negócio pelo crivo da boa-fé *in concreto* (MARTINS-COSTA, 2018, p. 502, grifo da autora), e não como imperativo ético abstrato (REALE, 2005, p. 248).

A aplicação dos cânones do § 1º do art. 113 do CC deve ser conforme a boa-fé. Essa conclusão não resulta apenas de uma análise sistemática da disposição da norma em si, mas da compreensão já alargada de que o negócio jurídico só merece guarida do ordenamento se conforme a boa-fé. A relevância da boa-fé para os negócios jurídicos é de primeira ordem: para além da autonomia privada, ela impõe à vontade das partes “um valor vinculativo da consideração social” (BETTI, 2008, p. 76). A boa-fé deve, pois, estar em todos os negócios jurídicos, independentemente da sua natureza, do seu objeto ou das partes neles envolvidas.

Do ponto de vista da interpretação do negócio jurídico, isso quer dizer que o sentido conforme a boa-fé solda a solidariedade entre as partes para a consecução do programa negocial polarizado pelo adimplemento – compreendendo que a relação jurídica obrigacional não é uma relação de sujeição, mas de cooperação (NALIN, 2008, p. 197), e que “o dever que promana da concreção do princípio da boa-fé é dever de consideração para com o *alter*” (SILVA, 2006, p. 33).

Se, além disso, o negócio jurídico tem como objeto “atos humanos que, estruturados pelo ordenamento como suportes fáticos normativos, estão *dirigidos teleologicamente* para a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica” e que esse percurso se dá “*mediante o estabelecimento de uma regulamentação juridicamente vinculativa* aos sujeitos que se qualificam como suas ‘partes’” (MARTINS-COSTA, 2011, p. 39, grifos da autora), fica evidente que sua marca distintiva é ser uma “*destinação voluntária polarizada pelo sentido de uma finalidade*” de modo que deve ser ressaltado o seu caráter finalista (MARTINS-COSTA, 2011, p. 39, grifos da autora).

Disso resulta que a interpretação do negócio jurídico, como atividade que visa a determinar seu conteúdo, ou seja, o seu sentido negocial

(MARINO, 2011, p. 49), deve atribuir o sentido que corresponda a um conteúdo cooperativo, de respeito à confiança que vincula os integrantes da relação jurídica e de modo teleologicamente orientado à realização do programa negocial.

Dizer que o sentido conforme à boa-fé dá concreção ao dever de cooperação e promove a solidariedade entre as partes não significa o abandono da autonomia privada, mas justamente a sua funcionalização aos valores existenciais (NEGREIROS, 1998, p. 257). Tampouco privilegiar a cooperação significa o afastamento entre o Direito e o mercado (PINHEIRO, 2015b, p. 300), mesmo porque o mercado ordenado pela Constituição pressupõe uma atuação solidária das partes, por força dos princípios que convivem no art. 170 da CRFB (BRASIL, [2022a]) e, principalmente, em razão do objetivo fundamental da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária, que, como princípio, vetoriza todo o ordenamento.

A interpretação do negócio jurídico prevista no art. 113 do CC igualmente deverá cuidar da tutela da confiança. Importa aqui ressaltar que a confiança não diz respeito a uma investigação subjetiva de um elemento psíquico, mas baseada em elementos não internos às partes. Os cânones hermenêuticos do dispositivo aqui analisado não se voltam a uma investigação da efetiva vontade – subjetiva – dos integrantes da relação negocial. Além da superação do embate entre teoria da vontade e teoria da declaração⁸, busca-se a compreensão do conteúdo do negócio conforme os deveres decorrentes da boa-fé objetiva:

A boa-fé objetiva encerra a compreensão de que as relações jurídicas devem ser pautadas por deveres de lealdade, honestidade e correção com relação aos que estão sujeitos aos seus efeitos internos, bem como os terceiros, obrigando os contratantes a atuarem conforme o comportamento desejado e permitido pelo ordenamento jurídico desde concepções de cunho objetivo, precisamente garantindo a confiança na contraparte acerca do negócio jurídico realizado (BENACCHIO, 2011, p. 377).

Entende-se a confiança em geral como “a situação em que uma pessoa adere, em termos de actividade ou de crença, a certas representações, passadas, presentes ou futuras, que tenha por efectivas” (CORDEIRO, 2013, p. 1.234), trazida para o sistema jurídico a confiança contribui para conferir

⁸Segundo Benacchio (2011), essa dicotomia foi superada, pois o ordenamento firma ambas as teorias em relação de completude, sendo a teoria da vontade (interpretação subjetiva) a busca da vontade real prevista no art. 112 do CC e a teoria da declaração (interpretação objetiva), a compreensão do conteúdo do contrato disciplinada pelos arts. 113, 114, 170 e 423 do CC, por exemplo. Assim, “há uma aproximação entre o elemento subjetivo e o objetivo na interpretação do contrato, destarte, o fato social – contrato – acabou por superar o confronto entre a teoria da vontade e da declaração; em verdade, integrou-se para o encontro do conteúdo contratual” (BENACCHIO, 2011, p. 368).

segurança ao tráfego jurídico, como elemento de potencial redução da complexidade social⁹.

Conquanto não se confunda o princípio da confiança com o princípio da boa-fé, eles estão em intensa relação, por vezes de superposição, por vezes de diferenciação (MARTINS-COSTA, 2018, p. 254). No processo de interpretação à boa-fé sobrepõe-se o princípio da confiança quando abrange a tutela das legítimas expectativas (MARTINS-COSTA, 2018, p. 255), ou seja, quando o sentido encontrado deve ser aquele que tem como função proteger situações de confiança, buscando preservar a posição representada pela legítima expectativa provocada em uma parte em face das declarações ou comportamentos que sejam incoerentes com o programa negocial. A tutela da confiança abrangida pela boa-fé evidencia a relevância que a própria interpretação dada pelas partes às declarações negociais tem para a definição de seu sentido ou do significado do comportamento dos integrantes da relação negocial (MARTINS-COSTA, 2018, p. 255).

Aqui a definição da racionalidade econômica das partes ganha, conforme a boa-fé, um relevante sentido de proteção contra comportamentos oportunistas, que são repelidos não só pela ciência jurídica, mas também pela ciência econômica. A boa-fé tem, assim, papel ativo e dinâmico de coordenação e “direcionamento dos comportamentos no tráfico negocial” (MARTINS-COSTA, 2018, p. 257), conferindo estabilidade e segurança às relações, pois o contrato como mecanismo de estabilização e de realização de expectativas é considerado uma imprescindível forma jurídica de relacionamento intersubjetivo (RIBEIRO, 2008, p. 70).

⁹Cordeiro (2013, p. 1.242-1.243) apresenta essa noção da construção sociológica de confiança em Luhmann, que indica que o Direito como sistema e fonte primordial de confiança é fator importante de redução da complexidade social, ao racionalizá-la e conferir-lhe efeitos, sem o quê seria possível alcançar apenas formas muito primitivas de cooperação baseadas em simples deduções e induções.

4.2 Racionalidade econômica entre a finalidade e a causa do negócio jurídico

A ideia de racionalidade econômica aproxima-se da construção de Roppo (2009, p. 8): todo contrato encerra uma operação econômica, sem que isso represente abandonar a hipótese de apreensão de interesses de natureza extrapatrimonial, dado que mesmo para a economia esse tipo de interesse é possível de ser apreendido economicamente¹⁰.

O primeiro ponto a ressaltar é que o cânone hermenêutico analisado (art. 113, § 1º, V, do CC) contém uma mudança na forma de conceber a interpretação objetiva do negócio jurídico. Com base na redação original do art. 113 do CC, sem a inclusão dos dois parágrafos pela LLE, Marino (2011, p. 185) apontou que a interpretação conforme a boa-fé objetiva firma como ponto de partida da interpretação uma pessoa imaginária, razoável e normal (com padrão de conduta honesto e leal), de modo a encontrar o “sentido que essa pessoa abstrata atribuiria à declaração negocial, nas mesmas circunstâncias em que se encontravam declarante e declaratório verdadeiros”. Ocorre que o cânone hermenêutico faz referência à construção de um sentido baseado na razoável negociação das partes, isto é, das partes no caso concreto. Todavia, a alteração legislativa não pode ser vista sob as lentes de uma incoerente subjetividade voluntarista, mas com a necessária visão objetiva da interpretação conforme a boa-fé e o afastamento de qualquer tentativa de encontrar nessa expressão uma busca pela vontade hipotética das partes.

Na definição de Marino (2011), a modificação do art. 113 faz com que, no contexto relacional, não seja um modelo de uma pessoa

¹⁰Não a indesejável forma de mercantilização da era de triunfalismo do mercado em que a lógica aplicável a relações de compra e venda foi transposta para relações envolvendo bens não materiais (SANDEL, 2016, p. 10-12).

imaginária o posicionado no ponto de vista relevante, mas as próprias partes, respeitando as suas características concretas, isto é, o seu acervo capacitatório para o exercício de suas liberdades. Contudo, preserva-se a concepção de que a razoabilidade do modelo (aqui das partes em concreto) é o padrão de conduta honesta e leal. Esse padrão, sim, pode ter um de seus elementos formadores buscado externamente à relação, para compreender como partes probas, honestas e leais agem em negócios jurídicos similares, em nítida inter-relação com o cânone do inciso II do § 1º do art. 113. Pode também objetivamente derivar de elementos internos à própria relação negocial e ser inferido das demais disposições do negócio, inclusive observando o comportamento posterior das partes em diálogo com o disposto no inciso II.

Esses elementos devem, entretanto, ser conjugados com os outros indicados no próprio inciso V (“demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração” (BRASIL, [2022b])), de forma que a interpretação siga o programa negocial, coerentemente direcionado à sua realização. A questão que permanece é o que define esse programa, se a causa do negócio jurídico ou a sua finalidade.

O conceito indeterminado de *racionalidade econômica das partes* incluído pela LLE aproxima-se do conceito de *economia do contrato* elaborado por Ribeiro (2008, p. 70), que representa a “abertura cognitiva e valorativa a uma componente do sistema do contrato que, não se confinando ao conteúdo declarativo do acto que o fez nascer, mas exprimindo, mais amplamente, a estrutura obrigacional, de base volitiva, funcionalizada à ampla satisfação dos interesses envolvidos”. E quais seriam esses interesses? Segundo Roppo (2009, p. 8), são os interesses que, tragados do mundo dos fatos,

são traduzidos em linguagem técnico-científica pelo contrato e podem ser reduzidos à ideia de operação econômica. Em verdade, Roppo (2009, p. 9) indica que a formalização jurídica do contrato não se dá como um fim em si mesmo, pois é vocacionada a conceder o necessário arranjo dos interesses abrangidos pelas operações econômicas que se deseja tutelar. Os interesses regulados pelo contrato e abrangidos pela operação econômica são protegidos como legítimas expectativas dos contratantes, os quais se submetem a padrões de comportamento conforme a boa-fé necessária para a satisfação do iter negocial (RIBEIRO, 2008, p. 70).

Ribeiro (2008, p. 71) indica que o campo de operabilidade da economia do contrato é justamente a sua interpretação e a sua integração, não como único e autossuficiente cânone, mas conjugado com outros parâmetros e com matriz normativa na boa-fé objetiva. Para o autor, a economia do contrato apresenta-se como importante instrumento de rompimento com as concepções vinculadas ao império do voluntarismo, pois reconduz o intérprete a uma análise da economicidade do contrato objetivamente posta, isto é, da sua funcionalidade (ROPPO, 2009, p. 219-222) conforme a “estrutura real de interesses e a sua conformação de modo consentâneo com a consecução das finalidades visadas pelas partes” (RIBEIRO, 2008, p. 72). Quer dizer, não se trata de dirigismo contratual, mas de buscar no próprio processo negocial estabelecido pelas partes, em claro exercício de suas liberdades em contexto relacional, um sentido que seja coerente com o agir cooperativo pelo adimplemento das obrigações estabelecidas, afastando-se comportamentos oportunistas e rompedores das legítimas expectativas passíveis de tutela. A economia do contrato, assim, maximiza a sua utilidade como mediador de trocas num contexto de economia de mercado (RIBEIRO, 2008, p. 74). Afinal, conquanto não

se restrinja a instrumentar relações envolvendo interesses patrimoniais, o contrato é, por excelência, o instrumento de realização das operações econômicas (ROPPO, 2009, p. 11).

Assumindo papel de conciliadora entre a ética e a economia do contrato, a boa-fé objetiva impõe por sua atuação hermenêutica a “concretização e desenvolvimento da regulação contratual conforme ao sentido e fim da relação, o que é outro modo de se referir a economia do contrato” (RIBEIRO, 2008, p. 73). A economia do contrato é, portanto, identificada pela finalidade almejada pelas partes com o negócio jurídico estabelecido, conjugada à funcionalidade da relação econômica encontrada na valoração objetiva dos elementos negociais.

O conceito de *economia do contrato* desenvolvido por Ribeiro (2008) configura-se, pois, como possível preenchimento do significado de racionalidade econômica das partes conforme previsto no art. 113, § 1º, V, do CC. Com isso, a definição da *razoável negociação das partes* não configura resgate do princípio voluntarista ou de uma construção da vontade hipotética das partes, mas o solução mais adequada à finalidade do negócio visada por elas para a realização do seu objetivo.¹¹ A racionalidade econômica das partes guarda, assim, um claro aspecto teleológico-funcional, que deverá servir de fiel para o teste de coerência para a solução interpretativa encontrada.

À finalidade do negócio deve ser conjugada a causa, dado que a relação negocial vista de modo complexo não pode deixar de considerar esse outro aspecto da definição de sua funcionalidade¹². A causa não é expressamente referida como requisito do negócio jurídico contratual (JORGE JUNIOR, 2011, p. 197) no ordenamento jurídico brasileiro. Isso não significa que ela seja juridicamente irrelevante; desde já, contudo, devem ser afastados os significados de *causa* como motivo das partes – o que levaria ao retorno a um indesejado subjetivismo e voluntarismo de difícil investigação e justificação argumentativa racional¹³ – e de *causa* como fato jurídico de que nasce a obrigação. Trata-se a *causa*, em verdade, em seu sentido objetivo, isto é, o da função prático-social ou razão socioeconômica do negócio (AZEVEDO, 2010, p. 153). Aqui há um diálogo com a função social dos contratos¹⁴, dado que

¹¹ Sem ignorar a necessária avaliação que os interesses das partes podem provocar externamente à relação jurídica, dado que a função social é indissociável de qualquer negócio jurídico e seus efeitos podem afetar não só a terceiros determinados, mas a toda a sociedade (DUQUE, 2018, p. 153).

¹² Segundo Milagres (2018, p. 3), “[a]presenta-se a causa como conteúdo funcional do contrato; busca-se, pois, contextualizar a manifestação de vontade”.

¹³ Deve-se novamente ressaltar que a construção da razoável negociação das partes não pode equivaler, em hipótese alguma, ao desenvolvimento de uma introspecção mental em busca das impressões psíquicas e volitivas dos contratantes (ROPPO, 2009, p. 171).

¹⁴ Não se quer, com isso, indicar que a causa equivalha à função social do negócio.

nenhum negócio jurídico, contratual ou não, existe atomisticamente isolado da sociedade no qual inserido, o negócio merecedor de tutela é o cumpridor de função social. No perfil intrínseco à relação negocial realiza-se a função social justamente pelo respeito à principiologia pós-moderna dos contratos; por sua vez, no perfil extrínseco está a avaliação de suas repercussões no contexto social em que existe (NALIN, 2011). Para Milagres (2018, p. 9), contudo, essa relação entre causa e função social merece reservas, já que a causa seria o fundamento tópico do negócio jurídico e não estaria vinculada às externalidades do contrato ou à sua significação social. Seria, portanto, a “razão econômico-jurídica do negócio” (MILAGRES, 2018, p. 9). Em complemento, Moraes (2013, p. 15) defende que são próximas

as duas noções – causa como função social e causa como síntese dos efeitos essenciais – quando se pensa que a causa do contrato (*rectius*, do negócio contratado) se constitui, efetivamente, do encontro do real regulamento das partes com os efeitos essenciais previstos pelo tipo (ou, no caso dos contratos atípicos, da essencialidade que é atribuída pela própria autonomia negocial). Não subsiste qualquer relação de prioridade lógica entre interesse e efeito porque são a resultante do procedimento de interpretação-qualificação do negócio concreto (aliás, o único que na verdade existe).

A melhor postura para enfrentar a causa, portanto, é justamente a hermenêutica, colhendo nela a predisposição do intérprete em analisar o negócio prioritariamente pelo seu perfil funcional (SOUZA, 2019, p. 3). Desse modo, ainda que a princípio o intérprete parta de um modelo abstrato, a causa a ser observada não é a geral, mas a concreta do negócio em questão, sob pena de reduzir a racionalidade econômica das partes ao aspecto estrutural

do negócio (SOUZA, 2019, p. 13). Por isso, diz-se que o diferencial de uma análise que tem a causa como premissa é a “possibilidade de superar os modelos rígidos da estrutura para afastar ou atrair certos efeitos jurídicos mais consentâneos com a função negocial de cada contrato em concreto” (SOUZA, 2013, p. 5-6).

No processo interpretativo, a causa ganha destaque principalmente no momento de qualificação a ser realizada pelo intérprete. Explica Benacchio (2011) que o processo interpretativo envolve primeiro encontrar o significado juridicamente relevante do contrato como posto pelas partes a fim de, em sequência lógica, valorá-lo juridicamente, isto é, enquadrá-lo no ordenamento jurídico para que sejam especificados os seus efeitos. Esses momentos não se caracterizam como um percurso estanque, mas encontram-se de modo uno e indissociável postos em razão da busca pela efetividade do negócio (BENACCHIO, 2011, p. 364-365).

O intérprete deverá encontrar esse enquadramento não em abstrato nos tipos pré-determinados pelo ordenamento apenas, mas na consideração do “específico regulamentado pelas partes, que sintetiza os efeitos que elas consideram ‘essenciais’ aos seus interesses” (SOUZA, 2019, p. 14). Tampouco a avaliação da causa é estática, mas considera o perfil dinâmico dos negócios jurídicos (SOUZA, 2013, p. 8), já que encerram, em última análise, uma obrigação que tende ao adimplemento por meio de um processo.

A causa, portanto, afigura-se como critério que permitirá verificar se o sentido encontrado pelo intérprete é merecedor de tutela, considerando o negócio em concreto e em seus perfis dinâmico e relacional. Toma-se, a título de exemplo, o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) quanto à abusividade das cláusulas de limitação do tempo de internação em planos de saúde (Súmula

nº 302 (BRASIL, 2022d)). Sob a perspectiva da razão econômica, o contrato de plano de saúde visa oferecer ao usuário instrumentos para a proteção de sua saúde e, propriamente, de sua vida. A essencialidade mesma dos interesses existenciais envolvidos justifica que seja incoerente com a sua causa o sentido que propugne uma estrita observância da limitação em respeito a critérios financeiros do contrato. O sentido que atende à finalidade do negócio jurídico (e que é coerente com a sua causa) é, portanto, o adotado pelo STJ – o de que a limitação do tempo de internação é cláusula abusiva.

Como o processo interpretativo é uno e voltado a conferir efetividade ao negócio, finalidade e causa conjugam-se para possibilitar ao intérprete concretizar, por meio de sua atuação, a boa-fé objetiva como matriz normativa da economia do contrato.

5 Conclusão

O cânone hermenêutico previsto no art. 113, § 1º, V, do CC não permite a absorção pura e simples de conceitos econômicos, o que afasta qualquer tentativa de colonização do Direito pela Economia propiciada pela abertura semântica criada pelo significante *racionalidade econômica das partes*. É estritamente necessária, assim, a filtragem pela linguagem jurídica dos signos econômicos. A utilização da economia como ferramenta para a solução dos casos jurídicos é um fato inevitável e desejável, mas deve realizar-se mediante argumentação coerente com os valores que orientam o ordenamento jurídico, sob pena de se encontrarem não só soluções incoerentes do ponto de vista do sistema, mas inválidas em razão da contrariedade à axiologia constitucional.

A argumentação, desse modo, oferece a segurança jurídica necessária, afastando o processo interpretativo de uma indesejada discricionariedade, mas deverá sempre levar em conta o contexto interpretativo em concreto, inclusive dosando a extensão dos perfis de liberdade em cada negócio de acordo com as características das partes, o acervo capacitatório por elas titularizado, especialmente do ponto de vista da disponibilidade e qualidade informacional, e a gradação da essencialidade dos interesses envolvidos, compreendendo sempre que, conquanto digam respeito a interesses patrimoniais, há uma inevitável funcionalização à realização do existencial em razão da polarização valorativa do sistema promovida pela pessoa como elemento central.

A interpretação do negócio jurídico é, primeiro, conforme a boa-fé. Os cânones hermenêuticos do art. 113 do CC têm matriz normativa na boa-fé e seus conceitos servem à sua concreção. O resultado da

interpretação, portanto, deve assegurar a promoção de comportamentos cooperativos, além de tutelar a confiança por força do princípio da boa-fé.

A atribuição ao negócio jurídico de um sentido que corresponda à razoável negociação das partes sobre a questão, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração, não é a reconstrução hipotética da vontade originária das partes, mas a atribuição de um sentido em concreto, conforme a boa-fé, direcionado à realização plena do programa negocial vetorizado pela finalidade do negócio e qualificado pela sua causa como razão econômico-funcional a afastar comportamentos oportunistas e rompedores das legítimas expectativas das partes.

Sobre os autores

Vitor Ottoboni Pavan é mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte Pioneiro, Jacarezinho, PR, Brasil; doutorando em Direito das Relações Sociais na Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; professor convidado de Responsabilidade Civil do programa de pós-graduação *lato sensu* em Direito Civil Contemporâneo da Universidade Estadual de Maringá, Maringá, PR, Brasil; pesquisador do grupo de pesquisa Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional – Virada de Copérnico, UFPR, Curitiba, PR, Brasil; advogado.
E-mail: vitorpavan@gmail.com

Rosalice Fidalgo Pinheiro é doutora e mestra em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Curitiba, PR, Brasil; pós-doutora pela Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, Paris, França; professora associada de Direito Civil da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, PR, Brasil; professora do programa de graduação em Direito da UFPR, Curitiba, PR, Brasil; pesquisadora do grupo de pesquisa Núcleo de Estudos em Direito Civil Constitucional – Virada de Copérnico, UFPR, Curitiba, PR, Brasil; advogada.
E-mail: rosalice@gmail.com

Como citar este artigo

(ABNT)

PAVAN, Vitor Ottoboni; PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. Racionalidade econômica na interpretação dos negócios jurídicos contratuais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, Brasília, DF, v. 60, n. 237, p. 173-195, jan./mar. 2023. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p173

(APA)

Pavan, V. O., & Pinheiro, R. F. (2023). Racionalidade econômica na interpretação dos negócios jurídicos contratuais. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, 60(237), 173-195. Recuperado de https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/60/237/ril_v60_n237_p173

Referências

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de (org.). *Jornada de direito civil*. [Brasília, DF]: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, [2003]. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/i-jornada-de-direito-civil.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2022.
- ALVES, José Carlos Moreira. A parte geral do Projeto do Código Civil. *Revista CEJ*, [Brasília, DF], v. 3, n. 9, p. 5-11, set./dez. 1999. Disponível em: <http://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/231>. Acesso em: 28 dez. 2022.
- ARAÚJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos – a abordagem econômica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito & economia*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 97-174.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2010.
- BENACCHIO, Marcelo. Interpretação dos contratos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 361-393.
- BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008.
- BOTELHO, Martinho Martins. A eficiência e o efeito Kaldor-Hicks: a questão da compensação social. *Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável*, Brasília, DF, v. 2, n. 1, p. 27-45, jan./jun. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0057/2016.v2i1.1595>. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaddsus/article/view/1595>. Acesso em: 28 dez. 2022.
- BRANDELLI, Leonardo. A eficiência econômica como instrumento de racionalidade no direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 100, n. 913, p. 137-173, nov. 2011. *Online*.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2022a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 dez. 2022.
- _____. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2022b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 28 dez. 2022.
- _____. *Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019*. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado [...]. Brasília, DF: Presidência da República, [2022c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 28 dez. 2022.
- _____. Senado Federal. *Medida Provisória nº 881, de 2019*: sumário executivo de medida provisória. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências. Consultores legislativos: Carlos Eduardo Elias de Oliveira, Caio Cordeiro de Resende e Raphael Borges Leal de Souza. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/sumarios-de-proposicoes/mpv881>. Acesso em: 28 dez. 2022.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmulas*: atualizado até a Súmula n. 656. Brasília, DF: STJ, 2022d. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/Sml/article/view/64/4037>. Acesso em: 28 dez. 2022.
- CATALAN, Marcos; GERCHMANN, Suzana Rahde. Duzentos anos de historicidade na ressignificação da ideia de contrato. In: EHRHARDT JUNIOR, Marcos (coord.). *Os 10 anos do Código Civil: evolução e perspectivas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 149-166.
- CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013. (Coleção Teses).

DRESCH, Rafael de Freitas Valle. Análise econômica do direito: uma análise exclusiva ou complementar? In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito & economia*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 193-202.

DUQUE, Bruna Lyra. *Causa do contrato: entre direitos e deveres*. Belo Horizonte: Conhecimento, 2018.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. *Vesting empresarial: aspectos jurídicos relevantes à luz da teoria dos contratos relacionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

FORGIONI, Paula Andrea. Apresentação. In: FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 19-22.

_____. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Liberdade econômica para quem?: a necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 89-122.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. A behavioral approach to law and economics. *Stanford Law Review*, [Stanford, CA], v. 50, n. 5, p. 1.471-1.550, May 1998. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12172&context=journal_articles. Acesso em: 28 dez. 2022.

JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Requisitos do contrato. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 183-201.

KLEIN, Vinícius. *Os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da argumentação judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

MAIA, Rodrigo. Prefácio. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (org.). *Comentários à Lei da liberdade econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 5-8.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. Art. 3º, V: presunção de boa-fé. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (org.). *Comentários à Lei da liberdade econômica: Lei 13.874/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 125-132.

_____. Contratos: conceito e evolução. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 23-66.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from Posner to post-modernism*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1997.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A causa do contrato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, ano 5, v. 14, p. 159-178, jan./mar. 2018. *Online*.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 1-24, out./dez. 2013. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/55>. Acesso em: 28 dez. 2022.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno (em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional)*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008. (Pensamento Jurídico).

_____. Princípios do direito contratual: função social, boa-fé objetiva, equilíbrio, justiça contratual, igualdade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 97-143.

NALIN, Paulo; PAVAN, Vitor Ottoboni. A racionalidade econômica das partes na interpretação dos negócios jurídicos contratuais: direções preliminares. *Revista Brasileira de Direito Contratual*, [s. l.], v. 2, n. 7, p. 23-52, abr./jun. 2021.

NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. (Biblioteca de Teses Renovar).

_____. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Direito civil: alguns aspectos da sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PEREIRA, Marcos. A medida provisória da liberdade econômica e seus impactos sobre institutos do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 47-54.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. O percurso teórico do princípio da boa-fé e sua recepção jurisprudencial no direito civil brasileiro. *Conpedi Law Review*, [Florianópolis], v. 1, n. 12, p. 153-181, 2015a. III Encontro Internacional do Conpedi. DOI: http://dx.doi.org/10.26668/2448-3931_conpedilawreview/2015.v1i12.3491. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3491>. Acesso em: 28 dez. 2022.

_____. *Princípio da boa-fé nos contratos: o percurso teórico e sua recepção no direito brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2015b.

REALE, Miguel. *História do novo Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. (Biblioteca de Direito Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Miguel Reale, v. 1).

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. A “economia do contrato” como categoria jurídica. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 35, p. 69-82, jul./dez. 2008.

RITO, Fernanda Paes Leme Peyneau. Apontamentos sobre o equilíbrio econômico das prestações. In: MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo (coord.). *Direito das relações patrimoniais: estrutura e função na contemporaneidade*. Organização de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho e Fernanda Paes Leme Peyneau Rito. Curitiba: Juruá, 2014. p. 117-152.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “direito e economia”? In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito & economia*. 2. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 49-62.

SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Tradução de Clóvis Marques. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016. *E-book*.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2006.

SOUZA, Eduardo Nunes de. De volta à causa contratual: aplicações da função negocial nas invalidades e nas vicissitudes supervenientes do contrato. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1-53, set. 2019. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/443>. Acesso em: 28 dez. 2022.

_____. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 65-98, abr./jun. 2013. *Online*.

TEPEDINO, Gustavo; CAVALCANTI, Laís. Notas sobre as alterações promovidas pela Lei nº 13.874/2019 nos artigos 50, 113 e 421 do Código Civil. In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 487-514.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. *O princípio da boa-fé no direito civil*. São Paulo: Almedina, 2020. (Teses).

YEUNG, Luciana L. Friedrich Hayek, liberdade econômica, a MP e a Lei da liberdade econômica: por que é necessária? *In: SALOMÃO, Luis Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 75-88.

YEUNG, Luciana L.; RODRIGUES, Fillipe Azevedo. A (real) importância da análise econômica do direito. *Revista de Análise Econômica do Direito*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 1-6, jan./jun. 2021. *Online*.