XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL II

DENISE S. S. GARCIA

HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES

ROMEU THOMÉ

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Direito, economia e desenvolvimento econômico sustentável II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Denise S. S. Garcia; Horácio Wanderlei Rodrigues; Romeu Thomé.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-631-4
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Economia e desenvolvimento econômico sustentável. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL II

Apresentação

DIREITO, ECONOMIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL II

O XXIV Encontro Nacional do CONPEDI foi realizado entre os dias 7 e 9 de dezembro de 2022 na UNIVALI, Campus de Balneário Camboriú/SC, e teve como tema central "Constitucionalismo, Desenvolvimento Sustentável e Smart Cities".

No presente Grupo de Trabalho foram apresentados por professores, mestres, doutores e acadêmicos os resultados, parciais e finais, de pesquisas desenvolvidas em seus respectivos Programas de Mestrado e Doutorado, com significativas contribuições originadas de reflexões e debates.

A obra conta com artigos selecionados por meio de avaliação por pares (double blind review), apresentados oralmente por seus autores no XXIX Encontro Nacional do CONPEDI.

No artigo intitulado "A análise econômica do direito: direitos fundamentais, tributação, incentivos fiscais e usos de tecnologia", Miriane Rodrigues Ferreira, Marcelo Barros Mendes e Eduardo Augusto do Rosário Contani desenvolvem uma narrativa sobre a análise econômica do direito, explicando seus conceitos por meio de exemplos palpáveis, a aplicação residual no atual cenário digital, bem como acentuando as devidas correlações com os direitos fundamentais.

No artigo "Análise econômica do direito e registro de imóveis em blockchain: vieses do princípio da eficiência", Caroline Vicente Moi e Daiane Cristina Bertol destacam a contribuição de Richard A. Posner para a análise do direito a partir da economia. Além disso, analisam a blockchain e a forma de utilização dessa tecnologia para registro de imóveis, bem como suas possibilidades e dificuldades.

Os autores Fabricio Dorado Soler e Flávio de Miranda Ribeiro abordam, no artigo "Política Nacional de Resíduos Sólidos: proposta de regulamentação para auditoria de sistemas de

logística reversa", a auditoria - das notas fiscais eletrônicas, das instalações e do cumprimento da legislação ambiental - dos sistemas de logística reversa, e propõem interessantes alternativas para a sua regulamentação.

No artigo intitulado "Análise econômica do direito e direito transnacional: a influência da economia no fenômeno da transnacionalidade e suas consequências jurídicas", Bruno Berzagui e Jose Everton da Silva examinam o Direito Transnacional pela perspectiva da AED, notadamente no que se refere à influência da economia no fenômeno da transnacionalidade e quais as consequências jurídicas dela decorrentes.

Maria Eduarda Gasparotto de Azevedo Bastian, Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues Cardoso Squeff e Tania Coelho Borges Kowarick, no artigo "A moeda verde virtual como mecanismo internacional de proteção ambiental, crescimento econômico e prevenção à concorrência desleal", defendem a necessidade de se criar e regulamentar a "moeda verde virtual" internacional para, além de efetivar fortemente a prevenção de danos ambientais, diminuir a concorrência desleal, beneficiar o comércio internacional e incentivar novos negócios de cunho sustentável.

No artigo intitulado "O consumo consciente como ferramenta do bien vivir", Milena Munero Predebon e Kamilla Machado Ercolani abordam a realidade de hiperconsumo, buscando nos paradigmas do sumak kawsay ferramentas que propiciem um repensar acerca das relações de consumo atualmente verificadas.

Kamilla Machado Ercolani, Cleide Calgaro e Milena Munero Predebon, no artigo "O amicus curiae como sujeito na ação civil pública para proteção de unidades de conservação e a participação popular: instrumentos para efetividade do processo ambiental", analisam a figura do amicus curiae como sujeito na Ação Civil Pública, visto tratar-se de hipótese de intervenção, na qual o interveniente não apresenta um interesse individualizado e específico, mas sim, tem o propósito de oferecer auxílio técnico e jurídico ao juízo, trazendo, por consequência, benefícios à sociedade, no sentido do mais adequado equacionamento das demandas.

No artigo intitulado "A ampliação da incidência do ICMS ecológico e a aprovação da proposta de emenda à constituição 391/2017 como estratégias para fortalecer a economia municipal pós pandemia da COVID 19" as autoras Talissa Truccolo Reato , Cleide Calgaro, analisam a ampliação da incidência do ICMS Ecológico e o Fundo de Participação dos

Municípios, sobretudo quanto ao aumento de 1% no FPM em trâmite pela Proposta de Emenda à Constituição 391/17, como auxílio aos municípios para o (re)equilíbrio social, ambiental e econômico pós-pandemia da COVID-19.

No artigo "Políticas públicas e as relações público-privado no âmbito municipal" os autores Juliana Cainelli De Almeida, Maria Carolina Rosa Gullo, Maria Eduarda Gasparotto de Azevedo Bastian analisam a Lei nº 13.874 de 2019, a Lei da Liberdade Econômica (LLE), realizando considerações sobre o trato entre aqueles que exercem atividade econômica e a administração pública. Examinam-se os fatos que levaram a atual legislação a ser alvo de críticas, porém necessária para readequar procedimentos da administração pública, ressaltando pontos de conflito na relação do usuário do serviço público e os agentes da administração.

Os autores Vanderlei Schneider, Juliana Cainelli De Almeida , Aline Maria Trindade Ramos no artigo intitulado "Pagamento por serviços ambientais urbanos aos catadores de materiais recicláveis como instrumento jurídico de efetividade da Política Nacional de Resíduos sólidos", trazem uma abordagem quanto ao risco ambiental, políticas públicas, resíduos sólidos urbanos, geração e destinação, fazendo uma análise acerca da formulação de políticas públicas voltadas ao gerenciamento de resíduos sólidos urbanos, à proteção ambiental, à necessidade de adoção de incentivos econômicos aos catadores de materiais recicláveis de associações e/ou cooperativas, e aos Pagamentos por Serviços Ambientais Urbanos (PSAU).

O artigo intitulado "A responsabilidade do estado na reparação civil ambiental, a nanociência e os riscos do desenvolvimento" de autoria de Gade Santos de Figueiró e Aline Maria Trindade Ramos verificam a responsabilidade do Estado na observância dos direitos fundamentais, deveres de tutela estatais, deveres de proteção, de controlar riscos e perigos à vida. Em obrigação cogente de prever e precaver riscos e danos quer naturais ou de desenvolvimento, que é o caso da nanociência, ao fim último que é a sadia qualidade de vida a partir do equilíbrio ambiental.

A autora Isabel Nader Rodrigues aborda no artigo intitulado "A promoção da inovação tecnológica e o meio ambiente, sob o enfoque constitucional" o papel da inovação para desenvolvimento de um país e a elevação da promoção inovação tecnológica para matéria constitucional.

O artigo intitulado "O caso de Baunilha do Cerrado: erros e acertos" de autoria de Veronica Lagassi visa a análise dos acontecimentos de um caso fático que envolveu a tribo quilombola Kalunga, o cultivo da baunilha do cerrado e um famoso Chef de gastronomia.

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E CONTRATOS: EVOLUÇÃO TEÓRICA E ESTADO ATUAL DA ARTE

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW AND CONTRACTS: THEORETICAL EVOLUTION AND CURRENT STATE OF THE ART

Larissa Quadros do Rosario [1]
Oksandro Osdival Gonçalves

Resumo

Neste estudo se faz um resgate da evolução histórica da análise econômica do direito e suas correlações no direito e estruturas contratuais. Como questionamento, o trabalho busca responder se a análise econômica do direito possui amplas aplicações e relações com a matéria contratual e qual o estado atual da arte. A partir disso, o estudo pretendeu permitir a identificação de eventual necessidade de incremento do uso do ferramental oferecido pela análise econômica na prática contratual. Para o desenvolvimento do estudo, utilizou-se um método histórico, resgatando a evolução das principais teorias relacionadas à análise econômica do direito, identificando eventuais críticas presentes na doutrina e estabelecendo-se correlação com algumas estruturas e normas contratuais. No desenvolvimento da pesquisa se identificou que os estudos desenvolvidos de um modo geral costumam apresentar um panorama e visão geral sobre o tema, carecendo de aprofundamentos mais específicos. Problema identificado e ressaltado por parte da doutrina investigada. Concluiu-se ao final do estudo que as teorias econômicas inicialmente se voltavam a solucionar questões muito mais relacionadas à adequada estruturação de normas, porém, a partir da criação do desenvolvimento da teoria dos custos de transação, as relações negociais passaram a ter maior enfoque nos estudos desenvolvidos. Pela própria característica dos contratos como facilitadores da circulação de riquezas, identifica-se que a racionalidade econômica lhes é intrínseca, sendo um campo fértil para o desenvolvimento de estudos da análise econômica do direito.

Palavras-chave: Análise econômica do direito, Desenvolvimento, Contratos

Abstract/Resumen/Résumé

In this study, the historical evolution of the economic analysis of law and its correlations in law and contractual structures is reviewed. As a questioning, the work seeks to answer whether the economic analysis of law has broad applications and relationships with contractual matters and what is the current state of the art. From this, the study intended to allow the identification of any need to increase the use of the tools offered by economic analysis in contractual practice. For the development of the study, a historical method was used, rescuing the evolution of the main theories related to the economic analysis of law,

[1] Advogada, especializada em direito empresarial pela escola de direito da FGV-SP (Fundação Getúlio Vargas de São Paulo), mestranda na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR).

identifying possible criticisms present in the doctrine and establishing a correlation with some contractual structures and norms. In the development of the research, it was identified that the studies developed in general tend to present an overview and overview on the subject, lacking more specific deepening. Problem identified and highlighted by the investigated doctrine. It was concluded at the end of the study that economic theories were initially aimed at solving issues much more related to the adequate structuring of norms, however, from the creation of the development of the theory of transaction costs, business relations began to have a greater focus on the studies developed. Due to the very characteristic of contracts as facilitators of the circulation of wealth, it is identified that economic rationality is intrinsic to them, being a fertile field for the development of studies of the economic analysis of law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law and economics, Contract law, Development

1. Introdução

A partir de um resgate sobre a evolução teórica da análise econômica do direito e seus postulados, por meio de uma investigação da literatura e produções acadêmicas da área do Direito e Economia, neste artigo se pretende revisitar *insights* sobre as contribuições da racionalidade econômica para o estudo e estruturação de contratos, observando quais as principais aplicações no campo.

Esse resgate histórico da evolução da análise econômica do direito e seus pontos de contato com o direito contratual, com uma identificação do estado da arte e eventuais necessidades para inovação, mostra-se relevante, permitindo a identificação do perfil dos estudos desenvolvidos, bem como de eventuais oportunidades para ampliação e aprofundamento da produção acadêmica.

Nesse sentido, o trabalho busca responder se a análise econômica do direito possui amplas aplicações e relações com a matéria contratual e qual o estado atual da arte. O questionamento que permeia o estudo parte da hipótese de que a evolução da análise econômica do direito possui grande correlação e inúmeros pontos de contato com a matéria negocial e contratual, em especial pelo fato de os contratos se tratarem de mecanismos relevantes para o incentivo e facilitação da circulação de riquezas.

A relevância do estudo decorre dos benefícios que podem ser extraídos do aprofundamento e desenvolvimento da análise econômica dos contratos, em especial do aprimoramento do uso das ferramentas econômicas para a identificação e mitigação de riscos, melhor alocação de recursos e uma facilitação da circulação de riquezas com maximização de ganhos, maior o potencial de desenvolvimento econômico atrelado às transações.

Se por um lado parece lógico que a análise econômica do direito tenha relevantes pontos de contato com o direito contratual, é relevante compreender o estado atual de desenvolvimento da área.

2. Economia, direito e contratos

Quando se analisa a função do direito, qual seja regular a vida das pessoas, sociedade e negócios, bem como solucionar conflitos (PINHEIRO e SADDI, 2005, p. 20) não se pode ignorar a relevância da contribuição de outros campos de conhecimento.

Embora a união do direito com outras ciências possa parecer tema já tratado há muito tempo, não falha em oferecer *insights* relevantes para a análise e solução de problemas, bem como enfrentamento de novos desafios.

Apesar de a economia ser analisada muitas vezes como mero estudo de alocação de recursos, suas contribuições ultrapassam as questões monetárias e financeiras. Conforme explicam GUIMARÃES e GONÇALVES (2010, p. 1), a "*economia é a ciência que analisa as escolhas individuais e suas interações*", logo, as questões pecuniárias são apenas um pequeno âmbito dessa área ou uma "*ponta de um iceberg*".

A economia, em especial a microeconomia, ensina e estuda as interações, organização e estrutura da sociedade. Razão pela qual oferece informações relevantes sobre o comportamento e processo de decisão humano.

Nessa perspectiva, justamente por seu objeto de estudo[1], a economia se relaciona de forma direta com a função do direito de afetar, criar e moldar incentivos (e em alguns casos desincentivos).

No sentido do que leciona HIRSCH (1988, p. 1), "*uma abrangente e talvez mais significante visão sobre o direito é de que são diretivas autoritárias que impõem custos e benefícios a participantes de uma transação e em seu processo, alteram incentivos*"[2]. O que não deixa dúvidas sobre a existência de contribuições do pensamento econômico para o desenvolvimento do direito, em especial em relação aos instrumentos negociais que formalizam e operacionalizam as transações (isto é, os contratos).

Ainda, segundo SALAMA (2008, p. 9), "*pode-se conceituar a disciplina de Direito e Economia como um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas*". E conforme HIRSCH (1988, p.1) aponta, as normas podem ser utilizadas para "*realizar contribuições para a eficiência e justiça*

[1] Nesse sentido a análise econômica do direito, portanto, se refere ao estudo e investigação da reação e interação dos indivíduos com as normas, instituições e institutos jurídicos, sob a perspectiva e conceitos e metodologias econômicas. Conforme explica HIRSCH (1988, p. 1): *"[...] They determine the enviroment within wich transactions between two or more parties take place and as such can be made to contribute to overall efficiency and justice. In addition, laws as authoritative directives provide intruments by which questions os concern to diferent parties can be settled. Depending on the precision with which laws spell out the nature of the directive arrangements, laws provide a lower or higher depree of certainty about the law's implications for the performance of participants in a transaction. Transactions arre thus facilitated or impeded; conflicts and court cases made more or less common; in turn, transactors' costs and returns are affected*".

[2] Tradução livre de: "*A broader and perhaps more significante view is that laws are authoritative directives that impose costs and benefits on participantes in a transaction and in the process alter incentives*".

gerais", provendo instrumentos de acordo e certeza em maiores ou menores níveis e permitindo ou inviabilizando transações.[3]

Perspectivas que reafirmam a relevância da economia para o direito, em especial o direito contratual por trazer *inputs* relevantes para a adequada estruturação das transações, permitindo a criação de incentivos e alocação ótima de recursos. Outros autores, como é o caso de POSNER (1975), também apresentam visão similar.

POSNER (1975) revela que a relação entre direito e economia envolve "*a aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para as instituições centrais do sistema jurídico*". E, no mesmo sentido, MERCURO e MEDEMA (1999, p. 3) apontam para a "*aplicação da teoria econômica (principalmente microeconomia e conceitos básicos da economia do bem-estar) para examinar a formação, estrutura, processos e impacto econômico da legislação e dos institutos legais*". O que, por lógica, envolve os contratos negociados, estruturados e celebrados.

Não é sem razão que das abordagens possíveis de análise econômica do direito apontadas por HIRSCH (1988, p. 3-4), identifica-se impacto direto no direito dos contratos[4].

A pertinência da matéria é tamanha que OKSANDRO GONÇALVES e GUILHERME CASSI (2018, p. 11) apontam a existência de consenso, ao menos desde a segunda metade do século XX, a respeito das contribuições teóricas da análise econômica do direito.

3. Breve resgate da evolução teórica da análise econômica do direito e pontos de contato com direito contratual

Em um momento preliminar de desenvolvimento, a preocupação central da análise econômica do direito era voltada para o aprimoramento das leis, normas e regras

[3] No texto de HIRSCH

[4] HIRSCH (1988, p. 3-4) suscita três abordagens possíveis para a análise econômica do direito. São elas: (i) no momento da criação e estruturação de leis, como um mecanismo para maximizar o alcance de objetivos pretendidos; (ii) utilização da microeconomia enquanto uma ferramenta de análise para identificar e testar hipóteses; e (iii) uma abordagem neo-institucional quanto à forma de criação de normas e enfoque nas transações.

jurídicas, com o objetivo de atribuir maior efetividade a estas sob a perspectiva de direcionamento do comportamento dos indivíduos[5].

Embora a análise inicial não tenha tido como objeto de estudo imediato o direito contratual e/ou os contratos, a evolução da análise econômica do direito se direcionou para trazer um enfoque relevante sobre a racionalidade econômica e os impactos desta em transações, inclusive em relação aos elementos negociais e estruturas jurídicas relacionadas (contratos).

Assim, passou-se a perceber um maior ponto de contato com o direito contratual e os contratos em si, sobretudo a partir a obra "*The Nature of Firm*" de COASE, que significou um avanço e ganho de relevância das correntes de pensamento econômico do séc. XIX (OKSANDRO GONÇALVES e GUILHERME CASSI, 2018, p. 15).

Nesse sentido, as contribuições de COASE são relevantes ao desenvolvimento da análise econômica do direito, na medida em que investigam de forma aprofundada os custos das transações (problema do custo social), marcando o início do abandono da teoria econômica clássica e o surgimento da escola da Nova Economia Institucional. No estudo "*O problema do custo social*" (1960), COASE analisou principalmente as externalidades negativas (ou efeitos prejudiciais) e os sistemas de tratamento de algumas das externalidades constatadas, bem como os elementos de barganha usualmente empregados em uma transação.

Tais análises impactam diretamente na relação entre teoria econômica e contratos, uma vez que conferem destaque a problemas econômicos que impactam diretamente no sucesso das transações. Ainda, fornece ferramental para uma antecipação de riscos contratuais e análise do equilíbrio dos instrumentos, obrigações neles previstas e sua interpretação.

[5] Segundo resgatam GONÇALVES e CASSI (2018, p. 12) as intersecções entre direito e economia já eram verificadas desde o século XIX. Na obra "Principles of Political Economy" de Thomas Robert Malthus. Ao analisar desafios sociais e econômicos da Inglaterra do séc. XIX, o autor trouxe destaques para a relação entre objetivos de uma norma jurídica e estruturas legais de incentivos à adoção de determinadas condutas pelos indivíduos. Nesse sentido, Malthus já utilizava raciocínios econômicos para investigar se as normas jurídicas e estruturas legais da época efetivamente alcançavam os objetivos pretendidos. Em perspectiva similar, KAPLOW e SHAVELL (2002, p. 1666) apontam que entre 1789 e 1830, Bentham já examinava os sistemas de criação de incentivos legais e o comportamento de indivíduos, analisando os resultados a partir de uma perspectiva utilitarista. Reforçando a noção de que o início do desenvolvimento da análise econômica do direito de fato se deu em meados do séc. XIX.

Para COASE, o papel do direito é permitir uma alocação adequada de recursos, minimizando os eventos negativos ou custos de transação. Sob essa perspectiva, COASE aponta que sempre existirão custos de transação e que os envolvidos em uma transação buscam atingir um ponto de equilíbrio no qual todos os envolvidos encontram-se satisfeitos.[6]

A relevância do que COASE defende para o desenvolvimento do direito contratual reside no fato de os contratos se tratarem de relevante meio para a circulação e facilitação da circulação de riquezas. Isto é, por contratos se tratarem de meio essencial à alocação de recursos.

A teoria desenvolvida por COASE, aponta para a existência de um comportamento maximizador das partes e arranjos privados de barganha, que tendem a buscar diminuir incômodos (custos de transação) e aumentar as vantagens obtidas em suas transações e relações negociais (alocação ótima de recursos). Nesse sentido, a função do direito, ou ao menos a abordagem defendida, é no sentido de que as normas projetam arranjos sociais, permitindo a alocação de direitos e recursos, de modo que é essencial considerar a totalidade dos impactos gerados (positivos e negativos, bem como deslocamentos de efeitos prejudiciais).[7]

No direito privado, as normas voltadas à regulação dos contratos e suas interpretações possuem (ou ao menos deveriam possuir) justamente o objetivo de viabilizar uma melhor circulação de riquezas, permitindo o direcionamento do comportamento das partes e das próprias estruturas contratuais em direção à minimização de riscos e falhas de mercado, viabilizando uma melhor distribuição dos bens, recursos e obrigações.

Note-se que a percepção de COASE marca o abandono de uma noção de que isoladamente as partes (ou o mercado) se autorregulariam para atingir um ponto de

[6] Nesse sentido, Coase (2008, p. 15) aponta: "*Por óbvio, se as transações ocorrem sem custos, tudo o que importa (questões de justiça à parte) é que os direitos das partes devam estar bem definidos e os resultados das ações judiciais devam poder ser previstos com facilidade. Contudo, como vimos, a situação é muito diferente quando as transações no mercado são tão custosas a ponto de tornar difícil mudar a alocação de direitos estabelecida pelo sistema jurídico*". Ainda aponta (COASE, 2008, p. 36): "*Se os fatores de produção são pensados como direitos, torna-se mais fácil compreender que o direito de fazer algo que gera efeitos prejudiciais (tais como a emissão de fumaça, barulho, odores, etc.) é, também, um fator de produção*" (tradução por Francisco Kümmel F. Alves e Renato Vieira Caovilla).

[7] O próprio autor (COASE, 2008, p. 36) afirma: "*Ao se projetar e escolher entre arranjos sociais, devemos atentar para o efeito total. Isso, acima de tudo, é a mudança de abordagem que estou defendendo*".

equilíbrio. Coloca as normas (ou o direito) como elementos que também são responsáveis por fornecer aos indivíduos mecanismos de mitigação dos custos de transação.

Não é sem razão que no direito contratual, por exemplo, há normas que atribuem a determinadas partes obrigações voltadas à divulgação de informações (minimizando a assimetria informacional, por exemplo). Ou, na mesma linha, regulam os efeitos de um inadimplemento contratual e/ou extinção do negócio jurídico.

A correlação, por exemplo, é apontada por HIRSCH (1988, p. 11) ao abordar o papel do direito frente a externalidades e direitos:

> "O direito, conforme apontado anteriormente, oferece diretrizes para transações entre as partes. E o faz ao alocar de forma expressa direitos e responsabilidade e ao criar direitos a reparações. Ao fazê-lo, o direito pode ajudar minimizar conflitos e, além disso, oferece regras que no caso de surgimento de conflitos oferecem uma solução justa. Da perspectiva de um economista, algumas classes de conflitos são diretamente ligadas a externalidades, considerando-se que direitos são violados na presença de externalidades".[8]

Além dos estudos de COASE, a literatura também destaca como relevantes as contribuições das obras produzidas por Becker em 1968[9], por Calabresi em 1970[10] e por Posner em 1972[11] (KAPLOW e SHAVELL, 2002, p. 1666)[12], que marcam uma segunda onda da evolução teórica, com análises de campos diferentes do direito[13].

---

[8] Tradução livre de: "*The law, as was stated earlier, provides guidelines for transactions between parties. It does sob y explicitly stiulating and allocating rights and entitlements, and responsibilities, and by providing remedial rights. By so doing the law can help minimize conflicts; moreover, it offers riles by which conflicts, should they ararise, can be resolved fairlt. From the economista's point of view, certain classes of conflict are closely related to externalities in that a conflict is the direct result of na externality*".

[9] Becker, G.S. (1968), "*Crime and punishment: an economic approach*", Journal of Political Economy 76:169-217.

[10] Calabresi, G. (1970), *The Costs of Accidents* (Yale University Press, New Haven).

[11] Posner, R.A. (1972), *Economic Analysis of Law*, 1st edition (Little, Brown and Company, Boston).

[12] Nesse sentido KAPLOW e SHAVELL (2002, p. 1666) pontuam: "*The field of economic analysis of law may be said to have begun with Bentham (1789, 1827, 1830), who systematically examined how actors would behave in the face of legal incentives and who evaluated outcomes with respect to a clearly stated measure of social welfare (utilitarianism). Bentham's writings contain significant and extended analysis of criminal law and law enforcement, some analysis of property law, and a substantial treatment of the legal process. His work was left essentially undeveloped until the 1960s and early 1970s, when interest in economic analysis of law was stimulated by four important contributions: Coase's (1960) article on externalitiesand legal liability, Becker's (1968) article on crime and law enforcement, Calabresi's articles and culminating book (1970) on accident law, and R.A. Posner's (1972) general textbook on economic analysis of law and his establishment of the Journal of Legal Studies. As this survey will indicate, research in economic analysis of law has been active since the 1970s and is accelerating'. The field, however, is far from mature; one indication is the lack of empirical work on most topics*."

[13] Becker desenvolveu seu estudo com enfoque na análise do direito criminal e suas aplicações legais. Sob essa perspectiva, apontou para a forma de ponderação de riscos e vantagens de criminosos, indicando-os como indivíduos maximizadores e as influências das leis penais no comportamento humano. Calabresi, por sua vez, desenvolveu artigo voltado para o campo da responsabilidade civil ("accident law"), investigando os impactos que a responsabilidade civil molda o apetite para riscos dos indivíduos. Em suas análises,

Olhando-se especificamente para o direito contratual, possuem especial relevância os estudos desenvolvidos por CALABRESI (1970) e por POSNER (1972). CALABRESI, por trazer relevantes contribuições na esfera da reparação de danos – matéria com grande relevância nas situações de impacto de falhas de mercado em relação a contratos e/ou o descumprimento/ inadimplemento destes pelas partes. Já POSNER, em seu trabalho, sistematiza com grande assertividade as teorias e pensamentos que o precederam, desempenhando papel relevante na consolidação do desenvolvimento da análise econômica do direito[14].

POSNER (2011, p. 29) reconhece em seu livro que o desenvolvimento da análise econômica do direito remonta, especialmente, às obras de CALABRESI e COASE ao afirmar que "*a nova economia e direito se iniciou com o primeiro artigo de Guido Calabresi sobre danos e o artigo de Ronald Coase sobre os custos sociais*"[15]. Não deixou de reconhecer a relevância da produção de GARY BECKER ao afirmar que o economista trouxe contribuições que alcançam áreas do direito que não foram exploradas por outros autores, como por exemplo COASE e CALABRESI. Nessa questão confere destaque a áreas como a criminal, questões de discriminação racial e direito de família. Ainda, POSNER estabelece comparativo entre a visão de GARY BECKER e BENTHAM.

Especificamente sobre os estudos de COASE, POSNER (2011, p. 29) pontua as contribuições para a análise econômica positiva da doutrina jurídica e a condução para a conclusão de que os sistemas jurídicos são melhor compreendidos e explicados quando percebidos enquanto uma forma de promover uma adequada alocação de recursos[16].

Calabresi identificou e apontou uma tendência externalizadora de custos e riscos. Já o estudo de Posner, se desenvolveu com enfoque sobre análise econômica do direito, consolidando as teorias anteriores e demonstrou, em análises de decisões judiciais, as ponderações e ratio econômica do processo decisório dos indivíduos.

[14] Nesse sentido, MACKAAY (1999, p. 66) aponta a relevância da obra de POSNER ao consolidar as teorias até então desenvolvidas no âmbito da análise econômica do direito: "*A atual correlação entre direito e economia originou-se nos Estados Unidos no final da década de 1950 e encontrou aceitação entre a comunidade jurídica a partir da década de 1970, como resultado, em particular, dos escritos de Richard A. Posner. Tem sido apresentado às vezes como uma introdução totalmente nova de conceitos e métodos de uma ciência vizinha no direito, na medida em que aborda questões em toda a gama de assuntos jurídicos, incluindo o comportamento não mercadológico*".

[15] Tradução livre de: "*The new law and economics began with Guido Calabresi's first article on torts and Ronald Coase's article on social cost*".

[16] "*Coase's article introduced the Coase Theorem, which we met in chapter 1, and, more broadly, established a framework for analyzing the assigment of property rights and liability in economic analysis. Na im1portante, although for a time negleted, feature of Coase's article was its implications for the positive economic analysis of legal doctrine. Coase intimated that the English law of nuisance had na implicit economic logic. Later writeres have generalized this insight and aegued that many of the doctrines and*

Ocorre que os modelos de análise até então explorados não davam conta de solucionar a complexidade do comportamento humano. Isso porque, partiam da premissa de racionalidade, sem considerar as limitações a ela afetas (racionalidade limitada). Assim, as teorias clássicas e neoclássicas[17] assumiram como pressuposto que o comportamento humano sempre é racional e voltado à maximização de benefícios e recursos, desconsiderando outros fatores – para além da busca por uma maximização de recursos – que interferem no comportamento dos indivíduos.[18]

Com base nos estudos de COASE, WILLIAMSON desenvolveu posteriormente a teoria dos custos de transação, trazendo enfoque para a análise de estruturas contratuais e custos *ex ante* e *ex post* relacionados às transações. WILLIAMSON analisa elementos como a especificidade de ativos envolvidos, a frequência e incertezas relacionadas às transações – reconhecidamente formalizadas através de contratos –, além de apontar para o impacto dos comportamentos oportunistas das partes e funcionalidades dos contratos.

Nessa linha, o desenvolvimento da teoria dos custos de transação traz impacto relevante para debates relacionados a contratos, chamando atenção para os custos de transação relacionados à negociação e fixação de contrapartidas e proteção dos contratos (custos tidos por WILLIAMSON enquanto *ex ante*) e custos relacionados ao monitoramento, (re)negociação de contratos e adaptabilidade dos termos contratuais – custos *ex post* (PONDÉ, 2007, p. 15). Observando-se, portanto, a relevância da análise econômica do direito frente ao direito contratual e estudo dos próprios instrumentos criados.

4. Metodologias e pressupostos da análise econômica do direito

institutions of the legal system are best understood and explained as efforts to promote the eficiente allocation of resources – a major theme of this book".

[17] Conforme lecionam RIBEIRO e AGUSTINHO (, p. 121), "*Partindo-se da concepção de que a Economia é a ciência das escolhas, o paradigma predominante na teoria econômica, denominado de neoclássico, compreende que essas são guiadas pela racionalidade, a qual é pautada pelo autointeresse e pela maximização da utilidade*".

[18] Nesse sentido SANTOLIM (2015, p. 409) comenta: "*Esse conceito de racionalidade é verdadeiro ponto de apoio do pensamento microeconômico, que desenvolve suas teorias tendo como referência o fato de que os indivíduos agem racionalmente, o que permite que os modelos desenvolvidos sejam dotados de capacidade preditiva. E o reflexo deste pressuposto para o Direito é evidente: em qualquer de suas perspectivas (normativa ou positiva), a utilização do instrumental da Economia pelo Direito reconhece sempre capacidade dos indivíduos de reagir a determinados incentivos (ou desincentivos), o que presume um comportamento racional*" (tradução livre).

Como se vê, ao analisar o comportamento dos indivíduos, a análise econômica parte de alguns pressupostos. São estes elementos que usualmente impactam a forma como indivíduos se comportam e fazem suas escolhas, quais sejam a escassez[19], a noção de maximização racional[20], equilíbrio, incentivos e a eficiência.

Tais elementos dialogam diretamente com a noção de racionalidade e racionalidade limitada. Isso porque ao buscar maximizar o bem-estar com as escolhas realizadas, o indivíduo terá de conhecer e ponderar os benefícios e custos relacionados à escolha.

Contudo, nem sempre os indivíduos terão condições de fazer escolhas que resultem em uma real maximização dos ganhos relacionados às transações. Afinal, para tanto haveria a necessidade um grau completo de informação do indivíduo acerca de todos os elementos afetos à escolha realizada. Isso, porém, se sabe que nem sempre é possível em razão das limitações relacionadas às informações disponíveis e/ou ao custo para que atinja um grau completo de informação, bem como em razão da própria escassez da mente humana.

Conforme RIBEIRO (2011, p. 67) explica:

> "[...] as falhas de racionalidade, se não são causadas pela assimetria informação, podem ser provocadas pelas características inatas aos seres

[19] As pessoas fazem escolhas e se envolvem em conflitos em razão da escassez dos bens e recursos. Se os recursos não fossem limitados, a Economia não precisaria resolver o problema envolvendo a sua adequada alocação. Segundo ROBBINS (1932, p. 16) a Economia é "*a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos para os quais há usos alternativos*" . E, ao escolher, os indivíduos se sujeitam ao que se denomina de custo de oportunidade, isto é, "*aquilo que se perde por ter escolhido uma certa ação*" (GUIMARÃES e GONÇALVES, 2010, p. 10). Conforme explica NUSDEO (2016, p. 28), os recursos "*são escassos porque o seu suprimento não é nem pode se tornar tão abundante a ponto de permitir o cabal atendimento das necessidades humanas. Isso implica em ser inevitável, a cada momento, uma escolha ou opção entre usos alternativos para um mesmo produto*". Na mesma perspectiva, se não houvesse escassez, não haveriam conflitos ou motivações para o direito regular a alocação dos recursos. Nesse sentido GICO JR. (2011, p. 21-22) explica: "*Se os recursos não fossem escassos, não haveria conflito, sem conflitos, não haveria necessidade do direito, pois todos cooperariam espontaneamente. A escassez dos bens impõe à sociedade que escolha entre alternativa possíveis e excludentes*". Como se percebe, a economia parte do pressuposto de que ao fazer escolhas os indivíduos buscam maximizar os seus benefícios. Ou seja, ao escolher pela alocação de recursos, optam por aquela que aumenta (maximiza) seu bem-estar. Nesse sentido SALAMA (2008, p. 17) comenta: *"[...] e a ideia é a de que todas as pessoas são maximizadoras racionais de bem-estar, e também de que a maximização se dá em todas as suas atividades. [...]a adoção do conceito de maximização racional indica que, na formulação de teorias, se partirá da premissa de que os indivíduos calculam para alcançarem os maiores benefícios aos menores custos. Assim, a suposição será a de que o comportamento observado de cada indivíduo refletirá a busca de seus objetivos através dos meios disponíveis*".

[20] A economia – em especial a teoria clássica e neoclássica, como visto anteriormente – considera que ao realizar as escolhas as pessoas realizam ponderações entre os benefícios e custos de cada escolha. Isto é, avaliam o que deixam de ganhar com a tomada de decisão. Ao agir de tal modo, entende-se que os indivíduos adotam condutas racionais maximizadoras.

> humanos e que não se relacionam à razão. Trata-se de aspectos relacionados a sentimento que afetam o pensamento racional, afastando-o ocasionalmente. Nesta circunstância a ação econômica não se opera pela consciência da adequação do negócio, mas para a satisfação de um querer. Para utilizar a terminologia de Simon, na impossibilidade da maximização exigida pela racionalidade plena ou substantiva, o indivíduo acaba por buscar uma solução suficientemente satisfatória, substituindo-se o objetivo da maximização pelo da satisfação (*satisfacting*)".

Essa noção ou pressuposto de busca pela maximização racional é instrumental e confere previsibilidade ao comportamento e escolhas realizadas pelos indivíduos, em especial quando comparativamente a escolhas irracionais (SALAMA, 2008, p. 18).

Quando todos os indivíduos envolvidos maximizam seus objetivos ao mesmo tempo (SALAMA, 2008, p. 20), ou seja, estão satisfeitos com a posição ocupada em determinada transação, se diz que há equilíbrio.

Esse pressuposto, em específico, é muito discutido em relação aos contratos, podendo dar ensejo à aplicação de normas específicas quanto ao reequilíbrio das transações ou, até mesmo, sua extinção (vide disposições dos artigos 478 a 480 do Código Civil Brasileiro, por exemplo). Revela que em relação aos negócios jurídicos bilaterais e onerosos, há uma preferência pela busca por uma eficiência alocativa.

Por exemplo, ao contratar, as partes tendem a negociar de forma a estabelecer condições e termos contratuais que atendam aos objetivos de todos os envolvidos. Se uma parte terá uma obrigação de prestar um serviço ou fornecer um bem, gerando um benefício à contraparte que receberá o serviço ou o bem, receberá uma remuneração que lhe satisfaça.

Outro pressuposto da economia é o relacionado a incentivos. Isso porque, ao fazer escolhas e decidir, as pessoas tendem a ser influenciadas por incentivos. Isto é, quanto maiores os incentivos para que um indivíduo realize uma determinada escolha ou comportamento, mais facilmente este o fará.

Nesse sentido, BITTENCOURT (2011, p. 28) aponta com precisão que no âmbito do direito esse pressuposto possui relevância, na medida em que "*as regras jurídicas devem ser julgadas pela estrutura de incentivos que estabelecem e as consequências de como as pessoas alteram o seu comportamento em resposta a esses incentivos*".

Trata-se também de um reflexo da maximização racional. Conforme explicam GUIMARÃES e GONÇALVES (2010, p. 9), "*uma decorrência direta e importante da*

hipótese de que as pessoas fazem o que é melhor para si é que elas reagem a incentivos". Assim, quanto menores os custos ou benefícios para uma determinada ação, comportamento ou escolha, maior a tendência de que a pessoa o adote.

Finalmente, a eficiência é especialmente relevante quando se fala em análise econômica do direito, em especial de contratos, uma vez que tanto o direito – analisado de forma geral –, quanto os contratos, interferem diretamente na alocação de recursos (BITTENCOURT, 2011, p. 29-30).

A eficiência, sob a perspectiva econômica, se trata de uma articulação entre os pressupostos anteriormente mencionados (escassez, maximização racional, equilíbrio e incentivos). Visa "*mensurar a distância entre os resultados obtidos e os objetivos*" pretendidos, podendo ser aplicada a indivíduos isoladamente ou a uma coletividade (BITTENCOURT, 2011, p. 30).

Na teoria econômica, há diferenças entre as delimitações conceituais de eficiência a depender a perspectiva de análise adotada[21]. Em relação aos contratos, a adoção equivocada de análise de eficiência pode vir a resultar na existência de cláusulas abusivas ou, ainda, em desequilíbrios contratuais não amparados pela legislação contratual.

Por exemplo, adotando-se uma perspectiva de eficiência Paretiana, uma situação em que uma das partes contratantes possui um desproporcional benefício econômico em uma relação negocial pode ser entendida como eficiente desde que a modificação dessa situação não possa ser possível em seu detrimento.[22]

Todos esses pressupostos do raciocínio econômico produzem valiosas contribuições para o direito contratual, gerando impacto na forma como as partes estruturam suas negociações, avaliam e identificam seus ganhos e custos relacionados às transações, conforme se aprofundará adiante.

---

[21] Nesse sentido, pode-se citar ao menos cinco perspectivas sobre a eficiência: (i) eficiência de Pareto; (ii) eficiência de Kaldor-Hicks (ou perspectiva coletivista); (iii) eficiência produtiva; (iv) eficiência aplicativa; e (v) eficiência dinâmica.

[22] Nesse sentido, "*uma situação será eficiente se, e somente se, nenhum indivíduo puder melhorar sua situação sem fazer com que pelo menos um outro indivíduo piore a sua*" (SALAMA, 2008, p. 23). Ainda, conforme explica BITTENCOURT (2011, p. 31-32), "*A eficiência definida por Pareto é individualista em dois pontos. Primeiro, esta só se ocupa do bem-estar de cada pessoa, não do bem-estar relativo de diferentes indivíduos. Ou seja, não se preocupa com a desigualdade. Segundo, só conta com a percepção que cada pessoa tem do seu bem-estar*".

5. Análise econômica dos contratos

Como já se viu, os contratos são diretamente ligados à atividade econômica. Em especial, são uma poderosa ferramenta para a circulação e produção de riquezas, bem como alocação de recursos variados.

Justamente por alocar recursos entre um ou mais indivíduos e atuar enquanto diretivos do comportamento dos indivíduos e empresas, vislumbra-se relevante possibilidade de aplicação das teorias e *ratios* econômicas aos contratos.

As contribuições do pensamento econômico para a melhor estruturação de contratos se mostra relevante por trazer *insights* voltados à reflexão dos custos envolvidos na celebração dos negócios jurídicos, bem como da racionalidade limitada das partes, análise mais contundente do poder de barganha dos contratantes, bem como a maximização das vantagens/ benefícios pretendidos com o instrumento ou relação jurídica.

Do que leciona RIBEIRO (2011, p. 63-66), a análise econômica do direito traz contribuições relevantes principalmente em relação à análise da racionalidade limitada das partes contratantes, bem como das diferentes formas de se analisar a eficiência do negócio jurídico celebrado. Nesse sentido, aponta para as vantagens de se substituir uma análise mais individualista de eficiência (eficiência de Pareto) para, com base nos apontamentos de WILLIAMSON (2002), se utilizar um enfoque voltado à maximização mútua de ganhos com a relação. Perspectiva que, além de favorecer a busca pelo equilíbrio das relações, também permite maximização mútua de ganhos.

No momento da formação do contrato, instiga-se que a adoção de uma racionalidade econômica induz os envolvidos a refletir sobre os objetivos pretendidos com a celebração do negócio jurídico, oferecendo metodologias mais específicas para ponderação de benefícios e desvantagens. Além disso, um enfoque negocial que reconhece e antecipa os custos de transação permite desde logo a adoção de medidas corretivas e mitigadoras dos riscos, permitindo um direcionamento mais assertivo das condições contratuais e das necessidades de cada uma das partes dentro da transação.

Nesse sentido, nas teorias econômicas desde a década de 60, verifica-se reconhecimento e aprofundamento do estudo em relação às falhas de mercado e na relação

dos pressupostos que norteiam o pensamento econômico. E, portanto, de racionalidades – ainda que limitadas – que podem ser utilizadas pelas partes como mecanismos e ferramentas de mitigação de assimetrias informacionais, investigações acerca do poder de barganha, bem como desenvolvimento de estruturas de incentivos que tornem o contrato mais eficaz na indução de comportamento das partes, por exemplo.

Na fase de execução do contrato, a *ratio* econômica também auxilia os envolvidos na estruturação de um processo de decisão quanto ao cumprimento das obrigações pactuadas ou ainda a necessidade de repactuação do negócio (por desequilíbrio das prestações, por exemplo). Permitindo às partes avaliar custos relacionados ao cumprimento e ou descumprimento dos contratos, como ocorre, por exemplo, no caso do descumprimento eficiente de contratos.

Veja-se, ainda, que a influência da economia em relação aos contratos também pode se dar no campo regulatório/ normativo. Isto é, orientando o legislador a respeito de formas e mecanismos possíveis para a estruturação de leis que minimizem externalidades negativas oriundas de determinadas relações contratuais ou, ainda, falhas de mercado propriamente ditas.

Um exemplo disso é o direito do consumidor, cuja função é justamente regular as relações contratuais estabelecidas entre fornecedores e consumidores e equalizar as falhas informacionais do consumidor, o reduzido poder negocial (ou de barganha) deste frente ao fornecedor, além de estabelecer uma estrutura de incentivos para que o fornecedor adote determinados comportamentos que maximizem ou equalizem o bem-estar do consumidor.

Chama atenção o apontamento pela doutrina de que a análise econômica do direito supostamente pouco contribuiu para o direito contratual. Como, por exemplo, afirma POSNER (2010) ao tratar da influência da economia sobre o estudo dos contratos e sinalizar que "*análise econômica não teve quase papel algum no estudo dos contratos antes de 1970, ao passo que teve um papel dominante na maioria dos estudos dos contratos publicados nas mais importantes revistas de direito na década de 1990*".

O autor (POSNER, 2010) ainda destaca as possíveis contribuições da *Behavioral Law and Economics*, ao apontar que "*modelos psicológicos acurados de cognição humana podem preencher as falhas deixadas pela explicação econômica*". Destaca,

porém, que a economia não consegue resolver algumas questões afetas ao direito contratual ao afirmar que "*a economia falhou em explicar o direito contratual*" e justifica:

> "Não explica por que as perdas e danos são o remédio-padrão indenizatório, por exemplo, ou por que a cláusula penal definida no contrato nem sempre tem o cumprimento obrigado. Não explica a função da doutrina da causa ou da confiança. Não explica porque a lei, às vezes, encoraja as pessoas a divulgarem informações e, às vezes, não. A análise econômica proporciona pouca orientação normativa para reformar o direito contratual. Os modelos propostos na literatura ou focam-se em pequenos aspectos do comportamento contratual ou fazem da doutrina ótima uma função de variáveis que não podem ser realisticamente observadas, medidas ou estimadas. "

Apesar dos assertivos apontamentos de POSNER, é possível identificar cada vez mais o impacto da análise econômica no direito contratual e nos contratos.

Cada dia mais é possível identificar exemplos práticos da aplicação da racionalidade econômica aos contratos, como foi o caso das legislações e normas publicadas no período da pandemia do coronavírus. Incentivaram a interpretação contratual focada no objetivo primordial das partes (como exemplo pode-se mencionar a Lei da Liberdade Econômica), bem como pretenderam limitar eventuais comportamentos oportunistas (LOBO, 2022, p. 365).

Essas inovações tiveram como pretensão tratar eventuais custos de transação relacionados aos efeitos da pandemia e incentivar as partes a adotar uma postura negocial mais racional e voltada à maximização dos ganhos (comuns).

Além disso, também no contexto da pandemia, foi possível identificar - também no contexto do uso da racionalidade econômica - uma preferência das partes pela repactuação de contratos ao invés da judicialização de questões. Nesse sentido, conforme LOBO (2022, p. 364) aponta, "*a decisão sobre a repactuação do contrato depende, em tese, da análise econômica (leia-se, racional) dos custos e benefícios da repactuação*", impactada pelos vieses e limitações da racionalidade.

Como efeito, percebeu-se que em alguns casos as partes optaram por renegociações de contratos mesmo em circunstâncias em que não havia um expresso incentivo legal. O exemplo trazido por LOBO (2022, p. 365) nesse ponto foi o de repactuação dos índices de reajustes de contratos em contratos de locação - alteração do IGP-M para IPCA - a despeito de a lei ressalvar e prever expressamente que flutuações

relacionadas a variações cambiais e modificações de padrões monetários não seriam interpretadas como caso fortuito ou força maior.[23]

Não se pode ignorar, porém, que as críticas no sentido de que haveria uma necessidade de maior desenvolvimento dos estudos econômicos voltados à contribuição e inovação do direito contratual. A partir disso, cabe um estudo específico de identificação de falhas na estrutura normativa ou, no que pode ser o caso, na prática de estruturação de contratos.

6. Conclusão

A partir do resgate da evolução teórica da análise econômica do direito, bem como de seus pressupostos, identificou-se que ainda há campo fértil para maiores contribuições da economia no campo do direito contratual. Afinal, a doutrina especializada faz críticas quanto às contribuições aproveitadas da análise econômica do direito na matéria.

Apesar das críticas quanto à efetividade e verticalidade das contribuições, identifica-se que a racionalidade econômica tem sido aplicada ao processo negocial, bem como nas etapas de formação dos contratos e seu cumprimento. Inclusive sob a perspectiva de análise de eficiência dos instrumentos em relação aos objetivos de maximização e ganhos das partes, bem como estruturas normativas que incorporam e apresentam pressupostos econômicos.

Nesse sentido, o estado da arte constatado até o momento aponta para a existência de contribuições esparsas desde a década de 70, com um incremento dos estudos a partir da década de 90 na relação entre economia e direito dos contratos. Os estudos, porém, voltaram-se a análises mais abrangentes e pouco específicas das intersecções e pontos de contato entre o direito contratual e a economia, sem conduzir a grandes inovações normativas ou em relação às estruturas contratuais.

[23] Em relação a esse tipo de renegociação e repactuação contratual, LOBO (2022, p. 366) chamou atenção para as questões comportamentais atreladas às decisões tomadas pelas partes. Questão que é objeto de estudo da economia comportamental. Apontou a presença de um senso de justiça, reforçado pelo viés de disponibilidade e notícias na imprensa quanto a renegociações de tais índices de reajuste contratual, bem como decisões judiciais no mesmo sentido.

Sobre a questão, um aspecto a ser ponderado – apesar da crítica de POSNER quanto à falta de contribuição para desenvolvimento das leis voltadas a regular os contratos – é de que o direito dos contratos se trata de um campo pautado essencialmente na autonomia da vontade das partes. Assim, as contribuições normativas são restritas e específicas (vide estruturas básicas de contratos típicos), voltadas a prevenir alguns problemas específicos de determinados tipos contratuais ou relações em que há algum tipo de disparidade/ hipossuficiência entre as partes (como é o caso do direito do consumidor, por exemplo), além de já refletirem as práticas habituais das partes.

Sob essa lógica, o caminho a ser buscado deve ser de maior incorporação da racionalidade econômica na estrutura contratual, com uma busca por uma mitigação de riscos e custos relacionados às transações, além de maior aproveitamento dos estudos econômicos relacionados às estruturas de incentivos (positivos e negativos). Esse caminho está muito mais atrelado ao comportamento das partes e ao aprofundamento do conhecimento e consciência quanto à limitações e enviesamento da racionalidade do que à necessidade de modificação ou incremento legislativo.

REFERÊNCIAS

BECKER, G.S. (1968), "Crime and punishment: an economic approach", Journal of Political Economy 76:169-217.

BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. Princípio da eficiência. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 27 – 37.

CALABRESI, G. (1970), The Costs of Accidents (Yale University Press, New Haven).

COASE, Ronald H. The problem of social cost. *Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, vol. 3, Issue 1. The Berkeley Eletronic Press, 2008.

FREITAS, Kelery Dinarte Páscoa. Reflexões acerca da eficiência na visão da análise econômica do direito: aspectos conceituais e sua criticidade. *Revista da Defensoria Pública da União*, Brasília, DF, n. 5, p. 117-139, out./2012.

GICO JR., Ivo T. Introdução à Análise Econômica do Direito In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 17-26.

GONÇALVES, Carlos Eduardo; GUIMARÃES, Bernardo. *Introdução à economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; CASSI, Guilherme Helfenberger Galino. Introdução à análise econômica do direito. *Revista de direito empresarial – RDEMp*, Belo Horizonte, ano 15, n. 1, p. 11-33, jan/abr., 2018.

HIRSCH, Werner Zvi. *Law and economics: na introductory analysis* – 2nd ed. San Diego: ACADEMIC PRESS, 1988.

KPLOW, louis; SHAVELL, Steven. Economic analysis of law – Chapter 25 in AUERBACH, Alan; FELDSTEIN, Martin. *Handbook of Public Economics*, vol. 3, pp 1661-1784, Elsevier, 2002.

LOBO, Marcello. Repactuação de contratos durante a pandemia: comentários com base na análise econômica e comportamental do direito. In: Perspectivas da análise econômica do direito no Brasil / Antônio Maristrello Porto, Luiz Felipe Monteiro Seixas (orgs .) - Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022.

MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. *The history and methodology of law and economics*. Encyclopedia of Law and Economics, v. 1, 1999.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. E*conomics and the Law – From Posner to Post Modernism*, Princeton: Princeton University Press, 1999.

NUSDEO, Fabio. *Curso de economia: introdução ao direito econôm*ico – 10ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

PARETO, Vilfredo. *Manual de economia política*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, 3-33.

PONDÉ, João Luiz Pondé. *Nova Economia Institucional – Volume I*. FGV Direito Rio, 2007.

POSNER, Eric *Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?* [tradução e adaptação ao direito brasileiro: Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola]. — São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard A. Economic Analysis of Law – Aspen Casebook series, 8th edition. Aspen Publishers, 2011.

POSNER, Richard A. The Economic Approach to Law. *Texas Law Review*, v. 53, n. 4, 1975.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro. Racionalidade limitada In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 63-69.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. Economia Institucional e Nova Economia Institucional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 121- 128.

ROBBINS, Lionel, An Essay on the Nature and Significance of Economic Science, em "The Concise Encyclopedia of Economics". Disponível em: http://www.econlib.org/LIBRARY/Enc/bios/Robbins.html.

SALAMA, Bruno Meywehof. O que é pesquisa em Direito e Economia? – *Cadernos Direito GV*, estudo 22, v.5, n.2, mar/2008.

SANTOLIM, Cesar. Behavioral law and Economics e a teoria dos contratos. *Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB*, ano 1, n. 3, 2015.

SUNSTEIN, Cass R. – *Introduction in Behavioral Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

WILLIAMSON, Oliver E. "Economic organization: The case for candor". *Academy of Management Review*, 21: 48-57, 1996.

WILLIAMSON, Oliver E. The Lens of Contract: Private Ordering. *American Economic Review*, v. 92, n. 2, p. 438-443, 2002.