Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Vinícius Klein

A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial

Rio de Janeiro

2013

Vinícius Klein

A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Direito Civil.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Tepedino

Co-orientador: Prof. Dr. Carlos Nelson Konder

Rio de Janeiro

2013

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

K64 Klein, Vinícius.

A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo : uma análise a partir da teoria da argumentação judicial / Vinícius Klein. – 2013.
322 f.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Tepedino.
Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Contratos - Teses. 2. Teorias da argumentação- Teses. 3. Direito civil - Teses I. Tepedino, Gustavo. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.133.24

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Vinícius Klein

A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo: uma análise a partir da teoria da argumentação judicial

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de Concentração: Direito Civil.

Aprovada em:

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Gustavo Tepedino (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof. Dr. Carlos Nelson Konder (Co-orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Profª. Dra. Heloisa Helena Barboza

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

Faculdade de Direito - UFPR

_____

Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski

Faculdade de Direito- UFPR

_____

Prof. Dr. Thomas Bustamante

Faculdade de Direito - UFMG

Rio de Janeiro

2013

AGRADECIMENTOS

A presente tese apesar de ter uma única autoria é resultado do esforço de diversas pessoas, que com ela colaboraram de diferentes formas e com motivações variadas. Ainda, algumas pessoas, além de mim, fizeram diversos sacrifícios para que fosse possível este resultado final. Apesar do risco evidente de deixar de mencionar alguém gostaria de agradecer inicialmente ao meus colegas de carreira na Procuradoria Geral do Estado, em especial aos Drs. Júlio Zem Cardoso, Roberto Altheim, Izabel Cristina Marques, Carolina Kummer Trevisan, Valquiria Basseti Prochmann. Também a todos meus colegas de trabalho na Secretaria de Estado do Planejamento e Coordenação Geral do Paraná, o fazendo no nome do titular da pasta, o Secretário Cássio Taniguchi e do Chefe de Gabinete Paulo Base. Ainda, aos meus colegas de viagem e doutorado Marcos Alves e Samir Namur e aos colegas de UERJ, em especial ao João Victor e ao Pedro. Os colegas de docência na Universidade Positivo também foram muito importantes nessa jornada, em especial as Professoras Alexsandra e Glenda e os Professores Gustavo Viollatore e Rafael. Essa tese se beneficiou imensamente do meu período como Visiting Scholar na Universidade Columbia, no qual tive a honra de ter como supervisor o Prof. Victor Goldberg e o convívio de diversos colegas foi essencial, em especial Rolince Mbungo, Cristina F. Pacheco, Maxime Renaudie, Alessandro Morini, Simon Vorburger. Ainda não poderia deixar de agradecer os funcionários de Columbia, em especial o responsável pelos programas internacionais na faculdade de Direito Jason Nasrallah. As dificuldades vida cotidiana longe da família foram amenizadas pelos amigos da International House de Nova York Ricardo Brito, Yonatan Abranyos, Bryan DeBono. Ainda, eu gostaria de agradecer a compreensão das dificuldades da dupla jornada acadêmica que os meus professores do programa de pós-graduação em desenvolvimento econômico da UFPR tiveram, em especial os Profs. Huáscar Pessali, Maurício Bitencourt e Marco Cavalieri. Os amigos Roberto Del Claro, Guilherme Soares, Antônio Cláudio de Figueiredo e Demeterco e Frederico Glitz contribuíram durante toda a jornada. Ainda, gostaria de agradecer aos colegas da Associação Paranaense de Direito e Economia (ADEPAR) sob a liderança da Prof. Márcia Carla Pereira Ribeiro, que sempre foi um exemplo de conduta a seguir. Os

professores que me ajudaram com ideias e observações, em especial Egon Bookman Moreira, Luciano Timm, e Breno Hax. Os estagiários que estiveram comigo nesse período: Annie Adelinne, Renata Farias, Fernanda Benini, Rafael Estorilio, Jéssica Malucelli Barbosa, Gabriel Carvalho, Eduardo Mattos, Vanessa M. Brito, Bruno Rossi, Yuri Utumi, Sarah Ribeiro de Mattos, Paula Cortellini. Ainda, agradeço aos meus alunos de Direito Empresarial nas Universidades Tuiuti e Positivo. Nada disso seria possível sem o auxílio do meu co-orientador o Prof. Carlos Konder e a dedicação e apoio do meu orientador o Prof. Gustavo Tepedino, com quem eu adquiri lições preciosas. Por fim, agradeço a minha mãe Isis, o meu pai Dirceu, o meu irmão Daniel, o meu afilhado Augusto e a minha esposa, que sempre esteve ao meu lado nessa trajetória para quem eu dedico este trabalho, Ana Vládia.

A felicidade humana só se pode encontrar nos dois polos da ligação humana: onde as palavras ainda não existem ou onde já não existem mais, no olhar e no abraço, pois só ali existem o absoluto, a liberdade, o mistério, a total franqueza. Tudo o que há entremeado a isso, quanto a convívio e troca, é morno e débil, determinado, condicionado e limitado por formalidades e convenções burguesas. Aqui impera a palavra – esse instrumento opaco e frio, esse primeiro produto de um comportamento comedido e manso, tão estranho à ardente e muda esfera da natureza, que se poderia dizer que toda a palavra é, em si e por si, já uma frase.

Thomas Mann

Podemos buscar descrições unificadas de fenômenos naturais e, no caminho, até encontrar algumas unificações parciais. Mas não devemos jamais esquecer que uma unificação final está fora do nosso alcance. Como um peixe, que não consegue conceber a totalidade do oceano, Não somos capazes de conceber a totalidade da natureza. (...) Mesmo que, através da nossa inventividade, tenhamos aprendido tanto sobre o mundo, nossa descrição da realidade será sempre uma obra inacabada. Querer aprender sempre mais reflete a nossa curiosidade. Acreditar saber tudo reflete apenas uma ilusão.

Marcelo Gleiser

RESUMO

KLEIN, Vinícius. *A constitucionalização do direito contratual e os contratos empresariais de longo prazo:* uma análise a partir da teoria da argumentação judicial. 2013. 322 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

No bojo da constitucionalização do Direito Contratual observou-se o surgimento e a posterior consolidação doutrinária do modelo social de contrato, fundado nos princípios da solidariedade, boa-fé objetiva, da função social e do equilíbrio contratual. Esse cenário levou ao abandono do modelo clássico de contrato, fundado quase que exclusivamente no consenso e no *pacta sunt servanda*. Os contratos empresariais não podem ficar imunes a essa situação e sofrem esse mesmo influxo constitucional. Isso significa que esses contratos, ressalvadas as características do contexto negocial, devem ser vistos dentro do mesmo modelo social. No âmbito judicial observa-se um descompasso entre novas demandas trazidas pelo modelo social de contrato empresarial, em especial os de longo prazo, e os instrumentos argumentativos normalmente utilizados no Direito pátrio. Para que essa problemática seja superada deve-se necessariamente incorporar o argumento consequencialista, bastante demandado pelo modelo social de contrato, na argumentação jurídica contratual, de modo a que se permita a inserção de novos tipos argumentativos, mas sem se perder a função de controle da decisão judicial exercida pela argumentação. Para tanto são abordadas diversas teorias da argumentação, optando-se por uma proposta fundada na construção de MACCORMICK, mesmo que ela não seja subscrita de forma integral. Assim, conclui-se traçando diretrizes gerais para que o modelo social de contrato seja aperfeiçoado no que diz respeito à a sua aplicação judicial nos casos envolvendo contratos empresarias de longo prazo. Essas diretrizes incluem a incorporação dos argumentos consequencialistas, incluindo-se tanto as consequências jurídicas quanto extrajurídicas, neste segundo caso sempre que possível a partir de argumentos científicos, bem como a utilização de um estilo argumentativo mais substantivo e menos magisterial.

Palavras chave: Teorias da Argumentação. Argumento Consequencialista. Contratos Empresariais. Constitucionalização.

RÉSUMÉ

KLEIN, Vinícius. *La constitutionnalisation du droit des contrats et des contrats commerciaux à long terme*: une analyse basée sur la théorie du raisonnement judiciaire. 2013. 322 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

Au milieu de la constitutionnalisation du droit des contrats on a observe l'apparence et suivant la consolidation doctrinaire de le modèle sociale de contrat, fondé sur les principes de solidarité, la bonne foi objective, la fonction sociale et l'équilibre contractuel. Ce scénario conduit à l'abandon du modèle classique de contrat, repose presque exclusivement sur le consensus et le *pacta sunt servanda*. Les contrats commerciaux ne peuvent pas être à l'abri de cette situation et subir le même afflux constitutionnel. Cela signifie que ces contrats, sous réserve des caractéristiques du contexte de négociation doit être replacée dans le même modèle social. Sous le champ judiciaire on peut observer un décalage entre les nouvelles exigences induites par le modèle sociale de contrat commerciaux, en particulier de long terme, et les instruments utilisés normalement dans la argumentation juridique contractuelle. Pour surmonter ce problème, on doit nécessairement incorporer l'argument conséquentialiste, tout poursuivi pour le modèle sociale de contrat, dans l'argumentation juridique contractuel, de sorte que permet l'insertion de nouveaux types argumentatif, mais sans perdre la fonction de contrôle le jugement exercer par l'argumentation. Pour les deux sont adressées diverses théories de l'argumentation, en optant pour une proposition fondée sur la construction de MACCORMICK, même si elle n'est pas entièrement souscrite. Ainsi, nous concluons en dessinant des lignes directrices générales pour la amélioration du modèle sociale de contrat en ce qui concerne son application dans les affaires judiciaires impliquant des contrats commerciaux à long terme. Ces lignes directrices comprennent l'incorporation des arguments conséquentialistes, incluant à la fois le cadre juridique et extra-juridique, dans ce second cas, chaque fois que possible des arguments scientifiques, ainsi que l'utilisation d'un style argumentatif plus concret et moins magistrale.

Mots-clé: Théories de L'argumentation. Argument Conséquentialiste. Contrats Commerciaux. Constitutionnalisation.

ABSTRACT

KLEIN, Vinícius. *The constitutionalization of Contract Law and the long-term business Contracts* : an analysis from the theory of judicial argumentation. 2013. 322f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

The constitutionalization of Contract Law has made possible both the appearance and later doctrinaire consolidation of the social structure of contract, established accordingly with principles of solidarity, objective good faith, social function and harmony of contracts. This scenery leads to the absence of the classical structure of contract, founded almost exclusively on agreement and on the *pacta sunt servanda*. Business contracts cannot remain immune to this frame, so they suffer of the same constitutional influx. This means that these contracts, underlined the characteristics that are proper to the negotiating context, must be looked at from the same social lens. The judicial sphere permits a mismatch between the new demands of the social model of business contracts, specially long-term contracts, and the argumentative tools commonly applied by Brazilian Law. In order to overcome this problem it is necessary to resort to the consequentialist reasoning, highly sued by the social model of contract, into Contract Law reasoning, so as to allow the inclusion of new reasoning models, without losing its control function on judicial decisions taken by reasoning. For this purpose several reasoning theories are approached, opting to MACCORMICK's proposition, although not integrally subscribed. Thereby, it is concluded with general guidelines to the refinement of the social model of contract to its judicial application on long-term contract cases.

Keywords: Reasoning theories. Consequentialist reasoning. Business contracts. Constitutionalization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....13

1 **OS CONTRATOS DE COOPERAÇÃO EMPRESARIAL E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE**.....32

1.1 **Contornos gerais dos contratos empresariais: uma visão a partir do diálogo entre direito e economia**.....32

1.2 **A autonomia privada na ordem constitucional**.....52

1.3 **A questão da teoria geral dos contratos empresariais**.....65

1.4 **O modelo social de contrato e os contratos empresariais**.....75

1.5 **Os contratos empresariais de longo prazo: características próprias**....96

1.6 **A aplicação do princípio da solidariedade aos contratos empresariais de longo prazo**.....116

2 **A ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL E OS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGO PRAZO**.....126

2.1 **A teoria da argumentação jurídica: uma visão panorâmica**.....127

2.2 **A argumentação jurídica e os contratos empresariais de longo prazo**.....162

2.3 **A argumentação judicial**.....181

2.4 **As práticas argumentativas judiciais e o modelo clássico de contrato empresarial**.....207

3 **REPENSANDO A ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL NO MODELO SOCIAL DE CONTRATO EMPRESARIAL**.....210

3.1 **As demandas argumentativas do modelo social de contrato empresarial** 211

3.2 **As teorias da argumentação jurídica e o argumento consequencialista**.....221

3.3 **A argumentação judicial no modelo social de contrato: a prática argumentativa atual e as dificuldades**.....248

3.4 **Alternativas à argumentação judicial majoritária: a argumentação no direito da concorrência** 267

3.5 **A argumentação judicial no modelo social de contrato: avanços e propostas**.....275

CONCLUSÃO.....280
REFERÊNCIAS.....286
ANEXO A – Quadro Resumo da Classificação dos Argumentos em SUMMERS.....321
ANEXO B – Quadro Resumo Classificação dos Argumentos em MACCORMICK &SUMMERS.....322

INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição Federal de 1988 deu início a profundas transformações no Direito pátrio. Essa revolução, entretanto, ainda encontra-se em andamento e a aplicação plena dos dispositivos constitucionais é um objetivo a ser atingido. Isso fica evidente quando se observa as discussões acerca da necessidade de alteração do texto constitucional. Os debates são geralmente seguidos da afirmação de que se trata de providência extemporânea, já que a Constituição ainda não foi plenamente aplicada[1]. Não obstante, o texto constitucional continua sendo objeto de constantes emendas[2].

O Direito Contratual também vive esse contexto de revolução inacabada, de dificuldades na institucionalização de um novo programa de pesquisa científica, que seja adequado ao texto constitucional. Mais precisamente, o direito contratual enfrenta o desafio de abandonar o modelo clássico de contrato e construir um modelo substituto. Essa transformação demanda inovações nos campos legislativo, doutrinário e judicial. A presente tese objetiva enfatizar como a transformação ocorrida nas searas legislativa e doutrinária ainda não foi capaz de produzir uma alteração ampla em termos de práticas argumentativas judiciais.

Essa análise será feita tendo-se em vista um tipo específico de contrato: os contratos empresariais. Esses contratos têm sido relativamente desprezados na doutrina brasileira, em especial pela falta de tratamento sistemático do tema. No âmbito judicial, a situação é semelhante; a jurisprudência é rarefeita e demonstra uma falta de efetivo interesse do Poder Judiciário nos casos que envolvem esse tipo de contrato. Essa situação tem se aprofundado com a disseminação da arbitragem como o mecanismo de solução de controvérsias por excelência nos contratos empresariais, em especial nos que envolvem investimentos de grande porte. Nesse contexto, a presente tese não vê essa tendência como algo autoevidente a ser

[1] Uma maneira de se verificar a ausência de aplicação plena do texto constitucional é observar que após quase 25 anos da promulgação da atual Constituição Federal diversos dispositivos carecem de regulamentação. Um exemplo recente pode ser observado na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Injunção 670, 708 e 712, quando a Corte aplicou por analogia a legislação que trata do direito de greve no setor privado ao setor público, em virtude da falta de regulamentação do art. 37, inciso VII da Constituição Federal de 1988, que indica a necessidade de promulgação de legislação específica para regulamentar a greve no setor público.

[2] Quando da última revisão da redação desta tese – 09/02/2013 – já haviam sido promulgadas 71 (setenta e uma) Emendas Constitucionais, além das 6 (seis) Emendas Constitucionais de Revisão.

aceito acriticamente. Na verdade, trata-se de um sintoma da dificuldade que o Poder Judiciário enfrenta para produzir soluções adequadas nesses contratos.

As dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário na solução de lides que envolvem os contratos empresariais são antigas. Nesse sentido, basta observar que, na fase inicial do Direito Comercial no Brasil, havia uma jurisdição especial para as causas comerciais com Tribunais próprios, os Tribunais do Comércio, previstos no Código Comercial de 1815[3]. O contexto contemporâneo do direito contratual pátrio acima indicado, entretanto, reforça os desafios existentes. Uma análise mais detalhada será feita posteriormente, contudo deve-se, desde já, destacar um fator: o Poder Judiciário cada vez mais se vê diante de decisões que envolvem questões de políticas públicas e que, por esse motivo, implicam a ponderação de argumentos consequencialistas[4]. O que se observa no Direito Contratual atual é que a argumentação, antes estritamente ligada ao interesse das partes, passa a ser conjugada com a análise dos impactos sociais e econômicos de determinadas soluções. Nesse contexto, espera-se que uma decisão adequada inclua uma análise das suas consequências na busca dos valores constitucionais. No caso dos contratos empresariais, a análise das consequências de determinada interpretação para a sociedade ou mesmo para as partes pode depender do uso de ferramentas econômicas sofisticadas. Afinal, em um contrato empresarial mais complexo, uma análise econômica do interesse das partes é um requisito para que se compreenda a relação contratual como um todo e se possa analisar a lide sob uma perspectiva

[3] A jurisdição especial era assegurada pelo Regulamento 737 de 1850 que regulamentava o Código Comercial promulgado em 1850, sendo que foram criados tribunais de comércio no Rio de Janeiro e nas capitais das províncias de da Bahia, Pernambuco e Maranhão com atribuições administrativas e judiciárias. Nas províncias onde não havia tribunal de comércio criaram-se as juntas do comércio. Posteriormente, o decreto nº 1.597 de 1º de maio de 1855 modificou os tribunais de comércio para dar-lhes as funções de tribunais de segunda instância, substituindo as juntas do comércio pelos conservadores do comércio. O sistema foi extinto em 1875 através do Decreto Legislativo nº 2662, que autorizou o governo a suprimir os tribunais e conservatórias do comércio, passando as atribuições administrativas de ambos para juntas e inspetorias comerciais. Para uma análise das juntas e tribunais do comércio ver: MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro.** 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, v. 1, p. 343-388. Entretanto, a dualidade de jurisdição ainda permanecia já que nas causas comerciais os juízes ainda aplicavam as normas específicas do processo comercial, sendo que apenas com a promulgação do Código de Processo Civil de 1939 desapareceu definitivamente o procedimento comercial diferenciado. Nesse sentido, FORGIONI aponta a jurisdição especial como um dos fatores que possibilitaram a autonomia do Direito Empresarial, como se depreende do seguinte trecho: "A jurisdição especial para os mercadores foi uma das razões determinantes do nascimento do direito comercial, concretizando a sua autonomia e reforçando o poder da classe mercantil" (FORGIONI, Paula A.. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: RT, 2009, p.112).

[4] A classificação dos argumentos jurídicos será analisada posteriormente, mas, por enquanto, pode-se definir argumentos consequencialistas como aqueles que entendem que dentre interpretações rivais de determinada norma aplicada ao caso concreto deve prevalecer a que produz consequências avaliadas como mais aceitáveis. Nesse sentido é posição de MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Clarendon Press, 1978, p. 100-108.

funcional. Para alguns autores, como COLLINS[5], tendo em vista o Direito europeu, a absorção de argumentos consequencialistas é um fenômeno que pode ser observado em todo o Direito Privado.

Esse contexto, como irá se demonstrar, é fruto da nova configuração do Direito Contratual brasileiro. Essa transformação é identificada na doutrina por diversas nomenclaturas: contrato pós-moderno[6], novo direito contratual[7], contrato constitucionalizado[8], modelo social de contrato[9], modelo welfarista de contrato[10]. As terminologias mencionadas objetivam descrever o mesmo fenômeno, apesar de proporem soluções diversas e adotarem perspectivas metodológicas bastante diferenciadas. O que está se buscando é apenas uma terminologia apta a descrever um fenômeno observado na realidade empírica. As opiniões sobre as alterações do Direito Contratual dentre os autores que usam as terminologias acima indicadas são diversas, contudo o fenômeno descrito é o mesmo. Nesse trabalho será adotada a expressão modelo social de contrato. A opção terminológica aqui feita tem como objetivo destacar que a nova conformação do Direito Contratual brasileiro funda-se

[5] Nesse sentido, afirma o autor: "É possível notar, entretanto, que, durante a última metade do século, a racionalidade do direito privado não permaneceu fiel ao seu modelo inicial. Advogados e juízes consideram, cada vez mais, a coletividade em seu raciocínio legal. Tais considerações podem ser chamadas políticas, consequências sociais ou considerações de eficiência. Independentemente da designação atribuída, a principal característica desses argumentos é que eles determinam quais serão os problemas e disputas a serem analisados por regras de direito privado. Este último não mais se confunde com questões envolvendo princípios e direitos individuais. Advogados e juízes começam a discutir conclusões legais que meçam as consequências não só para as partes, mas para a sociedade como um todo." Tradução livre do original: "It has been widely noted, however, that during the last half of the century or more, private law reasoning has not remained strictly faithful to this model of law as integrity. Lawyers and judges have increasingly invoked collectivist considerations in their legal reasoning. These considerations might be described as policy, or social consequences, or efficiency considerations. Whatever the label given to these arguments their crucial characteristic is the determination of private law issues and disputes. No longer is private law confined to questions of principle and individual rights. Lawyers and judges began to argue for a particular legal conclusion by reference to the desired outcome for the community or society as whole from the possible different rulings."(COLLINS, Hugh. Utility and Rights in Common Law Reasoning : rebalancing private law through constitutionalization. In: **Law, Society and Economy Working Papers**, London, 2007, 21 p. Disponívelem<http://eprints.lse.ac.uk/24628/1/WPS06-2007Collins.pdf>.Acesso em: 30 abr. 2012).

[6] Essa terminologia é adotada dentre outros por NALIN na obra: NALIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p.25.

[7] Essa terminologia é adotada dentre outros por NEGREIROS na obra: NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 106-114.

[8] Os autores da escola do Direito civil constitucional costumam utilizar a expressão constitucionalizado sozinha ou expressões em que o adjetivo constitucionalizado é acompanhado dos adjetivos despatrimonializado e repersonalizado, bem como socializado. Veja-se por todos o magistério de TEPEDINO que ao descrever a nova teoria contratual afirma que se trata de uma teoria contratual revitalizada, constitucionalizada e despatrimonializada. Essa posição pode ser encontrada em: TEPEDINO, Gustavo. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, t. 1, p. 246.

[9] Essa terminologia é adotada dentre outros por MARQUES na obra: MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p.175-250.

[10] Essa terminologia é adotada dentre outros por TIMM na obra: TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 130-147.

não só nos princípios contratuais trazidos ou reforçados[11] pela Constituição de 1988, mas também numa mudança profunda da teoria contratual. Esses fatores autorizam que se fale em um novo modelo de contrato, caracterizado, sobretudo, pela incorporação de questões gerais de justiça e equidade internamente à relação contratual. Assim, o conceito jurídico de contrato agora sujeita explicitamente a hermenêutica contratual a questões sociais amplas.

Neste estudo, procura-se destacar um aspecto de grande importância na implantação desse novo modelo de contrato: a operatividade das normas jurídicas[12] que o constituem. Por operatividade quer-se designar a aplicação judicial no caso concreto levando-se em conta não um juiz ideal e um caso puramente hipotético, mas sim o contexto efetivamente encontrado quando do julgamento de um caso pelo Poder Judiciário. Essa perspectiva precipuamente abstrata, apesar de válida em determinadas situações, não é a mais adequada para o presente estudo.

Um ponto a ser abordado num estudo acerca da solução de controvérsias em contratos empresariais é o crescimento do uso da arbitragem nesses casos. A doutrina[13] tem apontado algumas vantagens no uso da arbitragem, mas são poucas as análises globais e integradas das consequências do abandono do Judiciário nas lides que envolvem contratos empresariais[14]. Em realidade, o fenômeno parece ter gerado majoritariamente debates setoriais, sem uma preocupação com os impactos de longo prazo para a dinâmica do Direito Contratual em geral. Ademais, a redução do número de processos é um dos objetivos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)[15], daí o incentivo à maior utilização do procedimento arbitral. Por conseguinte,

---

[11] É discutível até que ponto os princípios contratuais esculpidos na ordem constitucional, tais como a boa-fé objetiva, a função social e o equilíbrio contratual são novos.

[12] A expressão operatividade é usada no mesmo sentido, mas de modo a qualificar a interpretação por BANKOWSKI et al: "No processo de tomada de decisão, a assunção pública de uma interpretação é parte da justificação da decisão de um caso: aplicar o direito conforme sua interpretação apropriada é uma justificação (ainda que não seja completa) da decisão de aplicação do direito. Tais interpretações judiciais das normas legais no processo de tomada de decisão constituem o que chamamos de 'interpretações operativas'". Tradução livre do original: "In the decision-making process, the public statement of an interpretation is a part of the justification of its decision in the case: that the law to be applied according to its proper interpretation is a justification in law (even if not a complete justification) of the decision as an application of law. Such judicial interpretation of legal norms in decision-making is what we mean by 'operative interpretation'. BANKOWSKI, Zenon et al. On Method and Methodology In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds). **Interpreting Statutes**: a comparative study. Ashgate: Dartmouth, 1997, p. 12).

[13] As principais vantagens apontadas pela doutrina especializada são a rapidez, o sigilo, a redução de custos e a especialização do árbitro. Para uma análise das vantagens econômicas da arbitragem ver: PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista de Direito GV**, n. 7, 2008, p.15-28.

[14] Dentre os trabalhos que tratam do tema a partir de uma perspectiva global, pode-se citar: TEPEDINO, Gustavo. Questões Controvertidas em Tema de Arbitragem na Experiência Brasileira. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, t. 3, p. 157-173.

[15] O CNJ desde 2009 tem definido um conjunto de metas a serem perseguidas pelo Poder Judiciário. Em todos os anos tem constado uma mesma meta, que é o julgamento de um número superior ao das ações distribuídas

o que se tem é um movimento de distanciamento entre o Poder Judiciário e as controvérsias derivadas de contratos empresariais.

Mas por qual razão essa fuga do Poder Judiciário deveria gerar alguma preocupação? Pode-se apontar rapidamente e sem a pretensão de exaustividade algumas razões que justificam essa preocupação. A primeira é que na ordem jurídica pátria não há como se evitar que em determinada situação as partes optem a via judicial, basta que elas não incluem previsão contratual nesse sentido e posteriormente tragam a demanda ao Poder Judiciário. Uma vez constituída a demanda o juiz tem o dever legal de decidir[16], o distanciamento entre o Poder Judiciário e as disputas envolvendo contratos empresariais pode levar a uma ausência crescente de instrumentos e referenciais adequados para tratar desses casos. Afinal, mesmo que a grande maioria dos litígios envolvendo contratos empresariais não chegue ao Poder Judiciário, os poucos que chegam devem ser julgados de forma adequada. A falta de experiência dos juízes e a redução do número de julgamentos similares criam uma situação circular em que a fuga do mecanismo judicial reforça a dificuldade de lidar com essas lides, o que retroalimenta a fuga para a arbitragem.

A segunda é que o Judiciário tem um papel extremamente relevante na indicação da interpretação prevalente de determinado artigo legal, entendimento este que acaba informando os contratantes quando da negociação, redação e interpretação dos contratos e influencia também a arbitragem. Assim, um entendimento equivocado, em especial dos tribunais superiores, pode gerar problemas em diversos casos, não somente no qual ele foi proferido. A interpretação judicial consolidada[17] por meio de um precedente ou uma posição majoritária afeta os procedimentos hermenêuticos realizados pelos contratantes e pelos agentes

---

no ano anterior, fazendo com que o estoque de ações seja constantemente reduzido. Assim, quanto menos ações forem distribuídas num ano, menor será o número mínimo de ações a serem julgadas no ano seguinte para que a meta em questão seja cumprida. Por exemplo, em 2013 foi formulado um conjunto de 19 metas. A meta 1 tem a seguinte redação: "Julgar mais processos de conhecimento do que os distribuídos em 2013."

[16] Trata-se do princípio do *non liquet* ou indeclinabilidade expresso no art. 5º, inc.XXXV da Constituição Federal.

[17] Um exemplo são as súmulas dos Tribunais Superiores, por exemplo as diversas Súmulas do Superior Tribunal de Justiça que tratam da remuneração dos contratos bancários influenciam não apenas as ações judiciais sobre o tema, mas também as renegociações e procedimentos de cobrança extra-judiciais entre os contratantes e podem também – mesmo que não necessariamente – influenciar eventuais procedimentos arbitrais. Por exemplo tem-se a Súmulas 472 do STJ, que tem a seguinte redação: "A cobrança de comissão de permanência – cujo valor não pode ultrapassar a soma dos encargos remuneratórios e moratórios previstos no contrato – exclui a inegibilidade dos juros remuneratórios, moratórios e multa contratual."

privados que integram os mecanismos privados de solução de controvérsias, como os árbitros[18].

A terceira é que algumas das questões aqui abordadas com o foco exclusivo nos contratos empresariais podem se repetir em outras situações envolvendo a análise judicial da intervenção estatal na ordem econômica. A presente tese não irá abordar essas questões, mas se entende que uma pesquisa adicional poderia identificar situações em que o repensar da teoria da argumentação aqui proposto pode ser aplicado nesses casos. Hodiernamente, a atuação estatal no âmbito econômico tem incorporado cada vez mais a racionalidade econômica típica dos agentes privados. Desse modo, cada vez menos se admitem ações arbitrárias ou divergentes dessa racionalidade, reforçando a necessidade de calculabilidade e segurança no campo econômico. Nesse cenário, o papel dos elementos técnicos é central e a dificuldade na sua compreensão pelo Poder Judiciário pode levar a decisões equivocadas.

A última é a inadequação do foro arbitral para as discussões das ações coletivas que envolvem os direitos coletivos, como por exemplo no caso de um contrato empresarial ser questionado por ofender os interesses dos consumidores.

[18] Nesse sentido EISENBERG, ao analisar como os mecanismos privados realizam no Direito Contratual as funções de solução de disputas e criação de normas de conduta para o futuro, observa que o tratamento dicotômico entre negociação e adjudicação é enganoso. A visão tradicional afirma que o processo oficial de adjudicação é centrado na norma jurídica (princípios, regras e precedentes) e voltado para o passado, já o processo de negociação seria desvinculado das normas, baseado nos poder de barganha das partes e preocupado com o futuro. O autor entende que, em realidade, essa assertiva é uma simplificação equivocada da realidade. Assim, a partir do estudo de alguns casos EISENBERG, identifica um papel relevante para os princípios, as regras e os precedentes nas negociações privadas, em especial em situações de interdependência entre as partes. Essa conclusão pode ser observada no seguinte trecho: "Diferentes modelos são apropriados para a negociação-reguladora. Quando uma negociação como essa ocorre em um contexto não dependente, tende a focar no poder de barganha e não nas regras – apesar de, com o decorrer da negociação, surgir uma obrigação de acordo justo, e os elementos de elaboração racional e precedentes passam a ter papeis significativos. Quando uma negociação-reguladora ocorre em um contexto de interdependência, tanto as regras quanto o poder de barganha tendem a desempenhar papeis importantes, pois um agente atado a um relacionamento tende a se presumir atado às mudanças nos termos da relação que são necessárias para mantê-la justa diante das circunstâncias. (…) Da mesma forma, muitos casos que podem ser identificados como negociação-disputa podem ter um forte componente regulador, onde as partes estão comprometidas em uma relação contínua ou onde o acordo se tornará público a terceiros em situações similares à do reclamante. Nesses casos, contudo, é mais provável que o componente regulador aumente a força das normas em vez de diminuir, pois tende a limitar a pressão ao acordo simplesmente para alcançar a paz e colocar as questões em uma perspectiva mais universal." Tradução livre do original: "Different models are appropriate for rule-making-negotiation. When such negotiation occurs in a nondependent context, it tends to center on bargain power, and not on norms – although as negotiation proceeds, an obligation to deal fairly arises, and the element of reasoned elaboration and precedent begin to play significant roles. When rulemaking-negotiation occurs in a context of interdependence, both norms and bargain power tend to play important roles, since an actor who is locked into a relationship is likely to believe himself entitled to hose changes in the terms of the relationship that are required to keep it fair in light of changing circumstances. (…) Correspondingly, many cases that can be identified as dispute-negotiation may have a strong rulemaking component, where the parties are engaged in a continuing relationship or where the settlement will become know to third parties situated similarly to the claimant. In these cases, however, the rulemaking component is more likely to augment the force of norms than to diminish them, because it tends to limit the pressure to settle purely for the sake of achieving peace, and to place issues in a more universal perspective." (EISENBERG, Melvin A. Private Ordering Through Negotiation: dispute-settlement and rulemaking. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 4, 1976, p. 681).

O procedimento arbitral, ao menos em princípio, tem como foco interesses privados disponíveis e tem dificuldades em tratar de questões que afetam a sociedade como um todo[19]. Não se ignora que a arbitragem no Brasil tem avançado no âmbito dos contratos administrativos. Contudo, ainda há resistência em tratar de questões amplas de políticas públicas e direitos coletivos na esfera arbitral[20]. Apesar de ser adequado no contexto de ampliação do papel da racionalidade econômica e de argumentos técnicos, ele ainda é avesso à discussão de políticas públicas ou substantivas de princípio.

Antes de prosseguir, deve-se fazer um esclarecimento. Não se está a criticar o uso da arbitragem ou a defender que se abandone a solução arbitral. A arbitragem tem um papel relevante a desempenhar na resolução das controvérsias derivadas dos contratos empresarias. O que se propõe aqui é uma análise das consequências do aumento do uso da arbitragem em termos do papel do Poder Judiciário nos contratos empresariais.

Todas essas questões eram minoradas no contexto do Direito Contratual clássico, em que os princípios da relatividade e do *pacta sunt servanda* restringiam o questionamento dos contratos empresariais ao interesse dos contratantes, conforme expresso nas cláusulas contratuais. Assim, num cenário de prevalência do liberalismo econômico e do interesse exclusivo das partes, as questões a serem tratadas não iriam além da relação entre os contratantes. Ora, no Direito Contratual atual, a análise judicial necessariamente deverá levar em conta os interesses da sociedade, em especial e de forma mais direta quando o questionamento for feito por alguém que represente algum dos interesses difusos coletivos[21]. Ainda, com o

---

[19] Nesse sentido ver: CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p.55-57.

[20] A utilização da arbitragem para solução de conflitos envolvendo direitos coletivos perante um ente estatal encontra alguns obstáculos, uma vez que o art. 1º da Lei 9307 de 23 de setembro de 1996 permite o uso da arbitragem apenas para os direitos patrimoniais disponíveis. Assim, numa primeira análise a Administração Pública poderia firmar compromisso arbitral apenas quando pratica atos de natureza privada e nos casos em que há autorização legal expressa. A doutrina majoritária entende cabível a arbitragem em causas que envolvem o Poder Público, entretanto ainda persiste a necessidade que se trate de direito patrimonial instrumental para a Administração, de modo a permitir a sua disponibilidade. Nesse sentido ver: PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Arbitragem e Administração Pública na jurisprudência do TCU e do STJ. In: PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 139. No caso de uma disputa envolvendo órgão estatal e direito coletivo dos consumidores por exemplo não se vislumbra o uso da arbitragem. Uma parcela da doutrina, entretanto, tem se debruçado sobre a ampliação do uso do meio arbitral de modo a abarcar os conflitos coletivos, mesmo que envolvam entes estatais e direitos não patrimoniais. Nesse sentido ver: SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de Conflitos Coletivos**: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 42-44.

[21] Como um exemplo dessa situação tem-se a questão, que é discutida na doutrina pátria no contexto da conexão contratual, acerca da garantia hipotecária gravada sob unidades autônomas de edifício, que é estabelecida em contrato de financiamento celebrado entre a incorporadora e a instituição financeira, mas pode

fim do domínio inconteste das teorias subjetivas que fundamentam a obrigação contratual na vontade das partes, a resolução das disputas contratuais não fica restrita à existência ou não de consentimento, mas avança em direção à incorporação de questões substantivas de justiça. Apesar da controvérsia doutrinária[22], entende-se que o princípio da função social é o principal responsável pela flexibilização do princípio da relatividade dos contratos, abrindo a possibilidade de questionamentos dos contratos empresariais por entidades que representam interesses coletivos. A inclusão de cláusulas gerais como a boa-fé objetiva exacerba a necessidade de contextualização da análise judicial dos contratos. Afinal, quando o Poder Judiciário avalia se determinada conduta se enquadra no padrão da boa-fé objetiva, se está avaliando qual é o comportamento razoável em determinado contexto.

Nesse momento, deve-se abordar uma questão terminológica de importância central para o raciocínio descrito nesse trabalho. A presente tese faz um cotejo entre o modelo social de contrato e as restrições impostas pelos padrões de justificação aceitos no Direito para construção da solução do caso concerto. O problema aqui retratado é objeto de discussão no Direito anglo-saxão sob a alcunha de *judicial reasoning*, expressão consagrada nesse sistema e que pode ser definida como o raciocínio acerca das exigências e da aplicação do Direito[23]. Afinal, trata-se da análise do procedimento utilizado no âmbito judicial para caracterizar os fatos em termos de conceitos jurídicos, criar narrativas adequadas juridicamente e aplicar as

---

vir a ser executada em detrimento dos compradores dos imóveis. A questão foi atacada através de Ação Civil Pública pelo Ministério Público representando os interesses dos consumidores, como se observa da ementa: Recurso especial. Processual Civil e Civil. Ministério Público. Legitimidade. Ação Civil Pública. ENCOL. Hipoteca. Promessa de Compra e Venda. Cláusulas Contratuais. Interpretação. Vedação. Reexame de prova. Inadmissibilidade. Honorários advocatícios. Critérios de Equidade. Revisão. Impossibilidade. O recurso especial não se presta ao reexame da matéria fáctica probatória constante dos autos nem se predispõe à interpretação de cláusulas contratuais. Os contratos de promessa de compra e venda em que a incorporadora se obriga à construção de unidades imobiliárias, mediante financiamento, enseja relação de consumo sujeita ao CDC, porquanto a empresa enquadra-se no conceito de fornecedora de produto (imóvel) e prestadora de serviço (construção do imóvel nos moldes da incorporação imobiliária). Detém o Ministério Público legitimidade para ajuizar ação civil pública em que se postula a nulidade de cláusula contratual que autoriza a constituição de hipoteca por dívida de terceiro (ENCOL), mesmo após a conclusão da obra ou a integralização do preço pelo promitente comprador. Não se admite, em recurso especial, a revisão do critério adotado pelo Tribunal a quo, por equidade, na fixação dos honorários advocatícios, em vista da impossibilidade de, nesta via, se reexaminar provas. Recurso Especial não conhecido. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 334829/DF, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 06 nov. 2001,**Diário de Justiça**, 04 fev. 2002, p. 354).

[22] A doutrina diverge sobre os papeis representados pela função social e pela boa-fé objetiva nos contratos. Essa discussão será abordada de forma mais detalhada no capítulo 1 desta obra.

[23]Nesse sentido afirmam ALEXANDER e SHERWIN: "raciocínio legal, que é o raciocínio a respeito das condições e da aplicação da lei, tem sido estudado há séculos." Tradução livre do original: "legal reasoning, meaning reasoning about the requirements and application of law, has been studied for centuries." (ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **Demystifying legal reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 1).

normas. Em outras palavras, o foco é a lente utilizada pelo mundo do dever-ser para apreender de maneira inteligível o mundo do ser. Diversas perspectivas filosóficas e teóricas tratam do assunto e possuem terminologias próprias. Todavia, a discussão mais ampla e profunda sobre a relação do Direito com a sociedade foge do objeto aqui analisado. Assim, para os fins da presente tese, restringe-se a discussão às terminologias possíveis dentre aquelas consagradas na literatura jurídica especializada. Adotou-se a expressão argumentação judicial, tendo como base as considerações a seguir.

A expressão raciocínio jurídico equivale à tradução literal do termo em inglês (*legal reasoning*) e poderia ser tida como a opção natural, entretanto ela é raramente utilizada no direito pátrio. Desse modo, o significado que ela possui no Direito anglo-saxão não é corresponde à tradução direta para o português. Portanto, fez-se necessária a busca de outro termo.

A expressão interpretação é a mais ampla dentre as analisadas. Apesar de diferentes autores terem lhe atribuído significados diversos, em linhas gerais ela está ligada à ideia de impor determinado sentido a um objeto, geralmente buscando elementos adicionais ao sentido literal[24]. No caso da interpretação jurídica, trata-se da atribuição de sentido à norma ou a normas jurídicas. Uma parcela da doutrina[25] entende que a interpretação estaria ligada exclusivamente à referência normativa e seria um processo diverso da aplicação do Direito, este vinculado somente às referências fáticas. Assim, a interpretação determina a moldura normativa que posteriormente é aplicada aos fatos. Essa separação tem sido objeto de diversas

[24] Existem diversas definições para a expressão interpretação, apesar da pouca recepção no Brasil pode-se citar a definição de MARMOR: "Interpretação, como já havia dito, consiste na imposição de significado a um objeto, na qual a noção de significado é dada no sentido de comunicar intenções. Isso ainda deixa aberta a possibilidade de se atribuir intenções divergentes a um individual fictício, cuja suposta identidade e caracterização determina o critério de sucesso presumido pelo tipo de interpretação. Essa visão do que é interpretação coincide com a tese, defendida na primeira seção, de que interpretação é excepcional em relação ao conhecimento dos sentidos literalmente concebidos, que normalmente envolvem os aspectos da comunicação previamente determinados por regras e convenções." Tradução livre do original: "Interpretation, I have argued, consists in the imposition of meaning on an object, whereas the appropriate notion of meaning is given in terms of communication intentions. This still leaves open the possibility of attributing intentions counterfactually to a fictious speaker, whose supposed identity and characterization determine the criteria of success presumed by the kind of interpretation offered. This view of interpretation coincides with the thesis, advocated in the first section, that interpretation is an exception to, and parasitic on, the prior knowledge of literal meanings, s it normally concerns those aspects of communication which are under-determined by rules or conventions."(MARMOR, Andrei. **Interpretation and Legal Theory**. 2nd. ed. Oxford: Hart Publishing, 2005, p.25).

[25] A separação entre os procedimentos de interpretação e aplicação é defendida por diversos autores, em especial os adeptos do positivismo jurídico. Para uma defesa dessa posição ver: BETTI, Emilio. **Interpretação das Leis e Atos Jurídicos.** São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.175-184. Para uma crítica ver a essa separação no âmbito do Direito civil-constitucional ver: PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil:** introdução ao Direito Civil Constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 70-72. Para uma análise dessa discussão no âmbito do direito contratual ver: KONDER, Carlos Nelson. **A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro.** 2009.Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 74-93.

críticas, sobretudo na perspectiva civil-constitucional. Para GRAU[26] a interpretação é a produção prática do Direito. Portanto, trata-se de procedimento amplo que abarca diversas atividades. Dessa forma, a atividade pela qual o intérprete retira sentido da norma abarca a atividade de apreensão e posterior justificação da realidade dentro da moldura jurídica. Mas, como se trata de perspectiva mais ampla, perde-se a especificidade do objeto que se quer definir.

A origem da expressão retórica remonta à obra dos filósofos clássicos Platão e Aristóteles[27], sendo definida por Platão, em Górgias, como a arte da persuasão[28]. Esse significado permanece associado à retórica até os dias atuais[29]. Entretanto, o termo retórica adquiriu um significado específico em função do trabalho de PERELMAN[30]que inaugurou o que se convencionou chamar de Nova Retórica. Não cabe aqui fazer uma análise crítica da Nova Retórica, mas se pode afirmar que dentre os avanços produzidos tem-se a possibilidade de uma análise racional acerca da razoabilidade da retórica quando se está a tratar de valores. Esse julgamento passa tanto pela existência de pontos iniciais (*starting points*) necessários como pela

[26] Dentre as críticas pode-se ver por todos o argumento no seguinte trecho de GRAU: "O fato é que praticamos a interpretação do Direito não, ou não apenas, porque a linguagem jurídica seja ambígua e imprecisa, mas porque interpretação e aplicação do direito são uma só operação, de modo que interpretamos para aplicar o Direito e, ao fazê-lo, não nos limitamos a interpretar [=compreender] os textos normativos, mas também compreendemos [=interpretamos] a realidade presente e os fatos do caso. (...) A interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar textos – disposições, preceitos, enunciados – em normas. Daí, como as normas resultam da interpretação, o ordenamento no sue valor histórico-concreto, é um conjunto de interpretações, isto é, um conjunto de normas. (...) Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação. Interpretação e aplicação consubstanciam-se em um processo unitário, superpondo-se. Logo, sendo concomitante aplicação do Direito, a interpretação deve ser entendida como produção prática do direito." GRAU, Eros Roberto. Verbete: Interpretação, In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.471-473.

[27] Nesse sentido tem-se por exemplo: KRONMAN, Anthony. Rhetoric. In: **University of Cincinnati Law Review**, v. 67, Spring 1999, p.667-709.

[28]A posição do autor pode ser observada no seguinte trecho: "**Górgias** — O fato de por meio da palavra convencer os juízes no tribunal, os senadores no conselho e os cidadãos nas assembléias ou em toda e qualquer reunião política. Com semelhante poder, farás do médico teu escravo, e do pedótriba teu escravo, tornando-se manifesto que o tal economista não acumula riqueza para si próprio, mas para ti, que sabes falar e convencer as multidões. VIII — **Sócrates** — Quer parecer-me, Górgias, que explicaste suficientemente o em que consiste para ti a arte da retórica. Se bem te compreendi, afirmaste ser a retórica a mestra da persuasão, e que todo o seu esforço e exclusiva finalidade visa apenas a esse objetivo. Ou tens mas alguma coisa a acrescentar sobre o poder da retórica, além de levar a persuasão à alma dos ouvintes? **Górgias** — De forma alguma, Sócrates; acho tua definição muito boa. A persuasão é, de fato, o fim precípuo da retórica". PLATÃO. **Górgias de Platão**: Obras II. São Paulo: Editora Perspectiva, 2011, p. 65.

[29] Essa é a definição do Dicionário de Filosofia do Direito; "A *retórica*, além de ser a arte da persuasão pelo discurso, é também a teoria e o ensinamento dos recursos verbais – da linguagem escrita ou oral, que tornam um discurso persuasivo para o seu receptor. (IORIO FILHO, Rafael Mario. Verbete: Retórica, In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.723).

[30] A obra de PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA constitui o que convencionou-se chamar de A Nova Retórica. A proposta da Nova Retórica será objeto de análise durante o desenvolvimento deste trabalho.

razoabilidade dos esquemas argumentativos utilizados. Para PERELMAN, inclusive, a retórica e a argumentação estão a tratar do mesmo objeto[31].

Por sua vez, a expressão argumentação é definida como a produção de razões que justificam determinadas conclusões[32]. Já a expressão teoria da argumentação jurídica deve ser entendida como o método de análise racional da justificação das decisões judiciais[33]. Por conseguinte, o papel da teoria da argumentação jurídica é investigar em quais condições determinada interpretação pode ser tida como racional[34]. Assim, observa-se a preocupação com a análise da decisão em função do contexto do caso concreto, não somente do contexto normativo. Desse modo, trata-se do problema que se está a investigar, o que torna o termo adequado para esse estudo. Ainda, o livro de MACCORMICK – uma das principais referências teóricas desse trabalho – intitulado *Legal Reasoning and Legal Theory*[35] foi traduzido para o português sob o título de Argumentação Jurídica e Teoria do Direito[36]. Ao descrever o seu objeto de estudo no livro referido MACCORMICK afirma que "*o objeto da minha investigação é o processo de*

[31] Essa aproximação linguística é justificada por PERELMAN e OLBRECHTS-TYTECA em função da aproximação com o pensamento de Aristóteles. Como o termo Retórica fui utilizado por Aristóteles para descrever o mesmo objeto da teoria da argumentação os autores optaram pela sua utilização. Ainda, uma outra possibilidade presente na obra deste autor era o termo dialética, que foi rejeitado em função dos significados que veio a adquirir posteriormente. Nesse sentido ver: PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 5-9.

[32]Nesse sentido é a definição de MAIA:" Argumentação (do latim *argumentatio*) é um processo pelo qual se reúnem argumentos e/ou dados convergentes no sentido de respaldar uma determinada tese. Argumentar significa, acima de tudo, fornecer razões que dêem suporte a certas conclusões; é, basicamente, uma atividade de justificação. (...) A Argumentação consiste em uma sequência de proposições que visa produzir ou reforçar o assentimento e o acordo do ouvinte. Caracteriza-se por ser um processo discursivo e racional. Mas, em contraste com a própria lógica, não resulta em uma conclusão necessária que o ouvinte não pode rejeitar." (MAIA, Antônio Cavalcanti. Verbete: Argumentação, In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.60/61).

[33] Nesse sentido é a posição de MAIA e BUSTAMANTE: "Quando se afirma que as teorias da argumentação jurídica são teorias da *justificação* das decisões jurídicas em geral, a palavra *justificação* deve ser entendida em contraposição à *explicação* ou *descoberta*, pois seu interesse é muito maior pelo *contexto da justificação das decisões* do que pelo seu *contexto de descoberta*. (...) Ela [a teoria da argumentação] deve ser entendida como um *método de análise* racional das normas jurídicas (e das interpretações dos textos legislativos em geral), dos enunciados da dogmática, das premissas empíricas utilizadas pelos juristas, da estrutura lógica das proposições normativas, enfim: de todos os aspectos relevantes dos argumentos utilizados para a justificação das de cisões judiciais". (MAIA, Antônio Cavalcanti & BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Verbete: Teoria da Argumentação Jurídica, In: BARRETO, Vicente de Paulo (coord). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.66).

[34]Nesse sentido, tem-se a posição de FETERIS: "Em uma decisão um juiz deve estabelecer o sentido exato de uma norma jurídica sob à luz dos fatos do caso. Ele deve justificar qualquer interpretação que ele adotar para a norma jurídica. As teorias da argumentação jurídica investigam as condições que essa justificação deve atingir para que o processo de decisão jurídica seja considerado racional." Tradução livre do original: "In his decision a judge must establish the exact meaning of a legal rule in the light of the facts of the case. He must justify any interpretation which he gives of the legal rule. Theories of legal argumentation investigate the conditions which such a justification must meet for legal decision-making to be rational."(FETERIS, Eveline T. **Fundamentals of Legal Argumentation:** a survey of theories on the justification of judicial decisions. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers,1999, p. 9).

[35]MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978.

[36]MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

raciocínio que nos é revelado em sentenças publicadas de Tribunais de Justiça[37]. Desse modo, verifica-se que a obra de MACCORMICK tem objetivos bastante similares aos da presente tese. Trata-se de escolha terminológica acertada e que será adotada no presente estudo.

Uma última questão preliminar nesse ponto diz respeito à divisão entre o contexto da descoberta e o contexto da justificação. O contexto da descoberta está ligado à investigação de como o juiz efetivamente chega a determinada decisão. Já o contexto da justificação dedica-se à justificação pública da decisão. A teoria da argumentação jurídica tem como foco o contexto da justificação. Afinal, ela tem como objeto os argumentos apresentados na decisão judicial e não o processo psicológico de decisão do julgador.

A presente tese ao dedicar-se à argumentação jurídica opta pela análise do contexto da justificação. Não se está aqui a afirmar que haja divisão clara e estanque, mas sim pressupõe-se que seja possível, ao menos como recorte metodológico, a divisão entre os dois contextos. Dentre os críticos, tem-se ANDERSON[38] que afirma ser impossível a separação entre esses contextos, bem como um equívoco a preferência dada pelos teóricos contemporâneos para o contexto de justificação e, por conseguinte, a natureza racional do processo de decisão. As críticas de ANDERSON baseiam-se nas premissas do movimento realista norte-americano que criticava a teoria formalista ao tratar o processo de decisão judicial como produto de um raciocínio dedutivo formal. Entretanto, o processo de decisão judicial é produto de diversos fatores, incluindo intuições, pré-conceitos, questões de poder, pressões sociais diversas e outras. Esses fatores

[37]MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.10

[38]Nesse sentido afirma o autor: "Estudos atuais do raciocínio legal preocupam-se principalmente em analisar como são justificadas as decisões judiciais. Eles enfatizam a natureza lógica, racional e objetiva do processo de justificação legal. Teóricos que estudam o raciocínio legal, nesse contexto, aceitam que há, e deve haver, uma rígida distinção entre processo de conhecimento (como o juiz realmente atinge uma decisão) e processo de justificação (no qual o juiz publicamente justifica sua decisão). Tais teóricos concordam que seu objeto de estudo é a justificação, não o conhecimento. […] Entretanto, o raciocínio legal nem sempre foi dominado pela análise das justificações. Os teóricos nem sempre presumiram que há distinção rígida entre conhecimento do juiz e justificação. Além disso, nem sempre os juristas defenderam que o processo em si seguido de um juiz que formará uma decisão é pouco importante, arbitrário e irracional ou que não deve ser estudado por teóricos do direito." (tradução nossa). No original: "Contemporary studies of legal reasoning are primarily concerned with analyzing how judicial decisions are *justified*. They stress the logical, rational, objective nature of the process of legal justification. Legal theorists who study legal reasoning in this context accept there is, and should be, a 'rigid' distinction between the process of discovery (how a judge *actually* reaches a tentative decision) and the process of justification (how a judge publicly justifies a decision). These theorists assert that the proper subject matter of their investigation is legal justification, not discovery. […] However, accounts of legal reasoning have not always been dominated by analyses of legal justification. Legal theorists have not always presumed that there is a 'rigid' distinction between discovery and justification. And jurists not always claimed that the 'actual' process followed by a judge to reach a decision is either unimportant, arbitrary and non-rational or that it cannot and should not be studied by legal theorists." (ANDERSON, Bruce. **"Discovery" in Legal Decision-Making**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1996, p. 1-2).

podem gerar um desvio da racionalidade, mas não são arbitrários e são passíveis pela teoria do direito. Apesar dessas críticas o recorte aqui feito deixa de lado o contexto da descoberta e se concentra no da justificação. Não se está a afirmar a racionalidade plena do processo de decisão do juiz e tampouco a se afirmar que se trata de um processo completamente irracional, fora das possibilidades de análise pela Teoria do Direito. Como se demonstrará no desenvolvimento do trabalho, as restrições impostas pela teoria da argumentação jurídica são significativas, mas parciais. Todavia, em função das restrições inerentes à redação de uma tese não há como realizar um estudo aprofundado do processo de decisão judicial global. O recorte metodológico feito, focando a questão da argumentação jurídica no contexto do processo de justificação é comum nos estudos de Teoria do Direito[39] contemporâneos, como apontado na própria crítica feita, e tem permitido avanços importantes. Não se nega, entretanto, que essa abordagem reforça os elementos racionais do processo de decisão e pode esconder alguns elementos não racionais de grande relevância na definição da solução escolhida pelo juiz no caso concreto. Essa deficiência, entretanto, não obsta a validade dos argumentos aqui reproduzidos e das conclusões delineadas.

Dentre os defensores dessa abordagem tem-se BANKOWSKI *et al*.[40], que apontam quatro razões para o estudo autônomo do processo de justificação. A primeira é que a disponibilidade das razões que justificam a decisão independe das premissas ou conclusões acerca do processo psicológico da descoberta. A segunda é que, mesmo que o processo de justificação divirja do da descoberta, isso não torna a justificativa irreal ou irrelevante. A terceira é que os mecanismos institucionais de controle do Poder Judiciário estão baseados nas justificativas apresentadas pelos juízes nas suas decisões e não na heurística decisória utilizada. Por fim, a definição de quais práticas argumentativas são adequadas em cada jurisdição é o resultado de aspectos jurídicos e sociais que merecem um estudo próprio.

Como já exposto a presente tese não está restrita a busca do sentido das disposições legislativas que tratam dos contratos empresariais, mas sim a maneira

[39] Nesse sentido é a posição de MACCORMICK: “Logo, a noção essencial é a de dar (o que se entende por, e é apresentado como) boas razões justificatórias em defesa de reivindicações ou decisões. O processo que vale estudar é o processo de argumentação como processo de decisão. (MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.19).

[40] BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; WROBLEWSKI, Jerzy. On Method and Methodology In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds). **Interpreting Statutes**: a comparative study. Ashgate: Dartmouth, 1997, p.16-17.

pela qual as decisões e os conceitos jurídicos qualificam os fatos reais em termos legais e colocam restrições no processo de tomada de decisão dos juízes. Desse modo, trata-se da investigação acerca da validade e da força dos argumentos jurídicos no processo de justificação de uma decisão. Afinal, por mais que se tenha atingido um resultado consensual acerca do significado de determinada norma, a sua aplicação em determinado caso concreto poderá ser objeto de extensa controvérsia. Ainda, não se está a abordar igualmente o processo de descoberta judicial, mas sim como o procedimento de oferecer razões de forma adequada restringe as decisões possíveis. Assim, o que está a se analisar é a argumentação judicial nas lides contratuais.

Após esse esclarecimento terminológico, pode-se retornar à descrição do estudo proposto. Entende-se que o maior risco para a doutrina jurídica pátria dedicada a transformar o modelo contratual prevalente é a sensação de missão cumprida. Afinal, tem-se uma constituição que incorpora valores sociais; tem-se uma legislação infraconstitucional[41] que, em linhas gerais, justifica a intervenção judicial nos contratos; tem-se uma nova conformação da hermenêutica contratual. Trata-se efetivamente de um grande avanço em comparação ao Direito Contratual clássico. Agora, pode-se questionar se a interpretação judicial dos contratos empresariais está no mesmo compasso das exigências doutrinárias. A mudança de papel do Poder Judiciário nos contratos empresariais não foi necessariamente acompanhada pela alteração das suas competências institucionais e tampouco por um repensar dos instrumentos de argumentação utilizados para descrever a motivação das decisões judiciais. Essa realidade é o que impede que se possa declarar de forma peremptória que a transformação do Direito Contratual teve pleno sucesso no âmbito dos contratos empresariais. Afinal, enquanto o Poder Judiciário não aplicar de forma adequada as disposições legislativas e as concepções doutrinárias não se pode afirmar que o modelo social de contrato encontra-se vigente.

[41]Nesse sentido pode-se citar dentre outros diplomas legais o Código de Defesa do Consumidor (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12set. 1990), a Legislação que trata do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13jun. 1994 e BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1nov. 2011), o Código Civil (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11jan. 2002).

Descrito em linhas gerais o problema, pode-se passar a fazer uma observação de extrema importância. A interpretação e a argumentação e, portanto, a escolha de argumentos para justificar determinada decisão em disputas que envolvem contratos empresariais não é exclusividade do Poder Judiciário, ela também é feita em outros âmbitos, em especial: pelas próprias partes, no âmbito do mecanismo da arbitragem e pela autoridade concorrencial brasileira: o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Para fins desta tese a alternativa argumentativa mais rica é encontrada na atuação do CADE, que tem sido cada vez mais significativa na realidade brasileira e em especial tem feito com que o órgão reescreva cláusulas contratuais, bem como determine a razoabilidade dessas avenças. Apesar da conformação institucional diversa do Poder Judiciário deve-se atentar para o fato de que se tem um órgão estatal intervindo de forma direta e profunda em contratos empresariais.

Para melhor ilustrar, pode-se analisar um exemplo recente: a questão da exclusividade da transmissão dos jogos do campeonato brasileiro de futebol[42]. Trata-se de um contrato celebrado entre a empresa Globosat e o Clube dos Treze visando a venda dos direitos de transmissão do campeonato brasileiro de futebol. A principal acusação feita foi de abuso de posição dominante pela Globosat por meio da imposição das cláusulas de exclusividade e preferência na renovação imposta nos contratos de venda dos direitos de transmissão do Campeonato Brasileiro de Futebol. O que teria resultado em prejuízos para os consumidores tanto em função da diminuição dos jogos televisionados quanto em função da concentração resultante nos mercados de TV aberta e a cabo. A questão poderia ter sido discutida pelo Poder Judiciário sob o ponto de vista da aferição dos efeitos danosos ao consumidor. Todavia, acabou restrita ao âmbito concorrencial.

Um segundo caso que ilustra bem essa questão é o Nestlé/Garoto[43]. Trata-se de uma das poucas reprovações em processos de concentração já ocorrida no âmbito do SBDC. O caso é paradigmático não só pela importância econômica do

[42] Trata-se do processo administrativo nº 08012.006504/1997-11 (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Procedimento Administrativo nº 08012.006504/1997-11. Relator Conselheiro Cesar Costa Alves de Mattos.), que foi suspenso em 27/10/2010 em função da assinatura de uma Termo de Cessação de Conduta entre o CADE e os envolvidos. Durante o andamento do processo e posteriormente a ele houve diversas ações judiciais mas em nenhum momento se discutiu o mérito da questão que seria decidida pelo CADE, qual seja, a análise da licitude da estrutura da cláusula de exclusividade firmada em contrato entre o Clube dos Treze e a Globosat.

[43] Trata-se do Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89(BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Procedimento Administrativo nº 08012.001697/2002-89. Relator Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva).

negócio, mas igualmente pela constante intervenção do Poder Judiciário o que deixou o caso até hoje sem uma solução definitiva. O processo judicial mais relevante é a ação de nº 2005.34.00.015042-8 da 4ª Vara Federal do Distrito Federal em que o ato de concentração foi considerado aprovado de forma automática em função de decurso do prazo máximo de análise[44]. Apesar de implicar a anulação da decisão do CADE, não se trata de uma análise substantiva do mérito. A questão foi levada ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região sendo que a Terceira Sessão desse órgão julgador decidiu, em sede de apelação[45], pela reforma parcial da sentença, apenas para determinar que o CADE proceda a novo julgamento da questão.

O questionamento a ser feito é o seguinte: se o Poder Judiciário fosse decidir o mérito dessas questões, a decisão seria igual ou diversa? E ainda, se diversa, seria de melhor ou pior qualidade, na perspectiva da aplicação dos valores constitucionais? Em outras palavras, se um contrato de empresarial de longo prazo é questionado judicialmente por algum órgão representativo dos consumidores os mecanismos da argumentação judicial existentes seriam capazes de produzir uma decisão precisa e adequada? A resposta negativa a essas questões demonstra a necessidade de aperfeiçoar a atuação judicial nesses casos. A presente tese procura preencher essa necessidade ao propor um repensar acerca das práticas argumentativas utilizadas nos contratos empresariais.

Agora passa-se à demarcação mais precisa do objeto de estudo. Reforça-se que o objeto de estudo são os contratos empresariais. Portanto, apesar de possível, a extensão das conclusões aqui obtidas para outras relações contratuais, como as de consumo ou mesmo os contratos de Direito civil, não será objeto de análise. Apesar das eventuais dificuldades de classificação dos contratos entre civis, empresariais e de consumo o objeto a ser analisado diz respeito apenas e tão somente aos contratos entre indivíduos que exercem determinada atividade econômica visando lucro, podem assumir riscos e não estão inseridos, ao menos *a*

[44] O dispositivo da sentença tem a seguinte redação: "Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido das autoras e DECLARO aprovado automaticamente o ato de concentração submetido à apreciação do CADE em 15.3.2002, em virtude de haver decorrido o prazo previsto no art. 54, § 7º, da Lei 8.884/94, sem que tivesse havido decisão da autarquia, tornando sem efeito a decisão de desconstituição da mesma operação. Condeno o CADE a reembolsar às autoras as custas processuais e a pagar-lhes honorários advocatícios, que arbitro em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa." (DISTRITO FEDERAL. Justiça Federal. Procedimento Ordinário nº 2005.34.00.015042-8, da 4ª Vara Federal do Distrito Federal. Juiz Itagiba Catta Preta Neto, Brasília, 19 de março de 2007. Diário de Justiça, Seção 2, n. 6, p. 880-881).

[45](BRASIL. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Cível nº 0015018-08.2005.4.01.3400da Terceira Seção. Relator Desembargador Federal Carlos Moreira Alves. Brasília, 09 de setembro de 2009. Diário de Justiça Eletrônico, 02. out. 2009).

priori, em nenhuma relação de hipossuficiência ou vulnerabilidade[46]. Essas características não excluem, entretanto, a existência de partes com poderes de barganha bastante díspares e com situação de dependência uma com relação à outra[47].

Ainda, a proposta de estudo aqui apresentada parte da atual conformação institucional do Poder Judiciário e dos impactos que isso representa no processo de interpretação judicial. Contudo, não é elidida pela afirmação de que o juízo de determinada comarca é pouco capacitado para intervir de forma adequada na relação contratual. Os questionamentos feitos partem da premissa de que questões tais como a formação do juiz e os condicionantes da sua atuação são passíveis de modificação. Entretanto, em função da impossibilidade da análise de problemática tão extensa nesse trabalho não será abordada a discussão do melhor design institucional do Poder Judiciário no Brasil. Trata-se de questão extensa e complexa que demanda um estudo próprio e aprofundado.

Uma última delimitação precisa ser feita. O estudo tem como foco um tipo específico de contrato empresarial, os contratos empresariais de longo prazo. Como as considerações aqui feitas não são específicas de nenhum tipo contratual empresarial a indicação acima é suficiente. Durante o desenvolvimento do trabalho deverá ficar clara a motivação dessa escolha. Trata-se de uma espécie de contrato que exacerba algumas das características objeto desse estudo. Apesar das especificidades presentes em outros tipos contratuais, pode-se afirmar que a maior parte das conclusões podem ser extrapoladas para os demais contratos empresariais.

Em termos metodológicos, utiliza-se uma abordagem que procura fugir da exclusividade da referência normativa típica do contexto jurídico. A análise do contrato na realidade empresarial não pode ficar restrita a essa dimensão, sob pena de severa incompletude e de deficiências que, se eram pouco significativas no Direito Contratual oitocentista, no atual não mais o são. Nesse ponto tem-se como crucial a adoção de uma perspectiva interdisciplinar, capaz de englobar a análise do comportamento contratual. A constatação da importância da chamada vida não

[46] Nesse sentido é a posição de FORGIONI que afirma: "Ao assim proceder, identificamos os contratos empresariais como aqueles em que ambos (ou todos) os polos da relação têm sua atividade movida pela *busca do lucro.* (FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: RT, 2009, p.29).

[47] Essa questão será aprofundada posteriormente, mas desde já pode-se afirmar que essa regra geral comporta algumas exceções, por exemplo, a legislação acerca da franquia (Lei 8.955/1994) elege como contratante a ser protegido o franqueador e a legislação que trata da concessão comercial (Lei 6729/1979) tem caráter nitidamente protetivo com relação ao concessionário de veículos automotores de via terrestre.

judicial dos contratos[48] não é recente e tem sido confirmada pelos estudos empíricos, podendo-se citar dentre outros os trabalhos de MACAULAY[49] e BERSTEIN[50]. Desse modo, para que se evite o isolamento de estudos que tratam apenas das cláusulas legais padrão e de contratos que não representam a prática negocial, deve-se enriquecer a análise com uma perspectiva do comportamento real dos contratantes. Todavia, não se tem a pretensão de realizar um estudo empírico ou mesmo de dar prevalência à perspectiva comportamental sobre a jurídico-normativa. Para os fins desse estudo basta o reconhecimento das limitações do referencial normativo.

O presente trabalho pode facilmente ser incluído na perspectiva do Direito civil-constitucional, procura-se adotar uma pluralidade de referenciais que vão além dos autores tipicamente identificados com essa linha de pensamento. Afinal, o que se pretende é avançar para uma análise mais focada na operacionalidade da atividade judicial. A construção feita parte da adoção de determinadas premissas teóricas, mas sem produzir uma aceitação irrestrita das obras em questão. O risco que se põe é a conjugação de construções teóricas parciais que podem ser vistas como inconsistentes e incapazes de dialogar. Entretanto, a construção teórica que se pretende, apesar de plural, não deixa de possuir um núcleo rígido (*hard core*), no sentido lakatosiano[51], que mantém a consistência necessária para que o argumento tenha um fio condutor claro.

Assim, a presente tese procura conjugar à perspectiva civil-constitucional algumas construções teóricas produzidas em contextos diversos, em especial a Teoria Institucional do Direito de Neil MACCORMICK e a teoria relacional dos contratos de Ian MACNEIL. Não obstante a heterogeneidade de referenciais, o uso conjunto desses instrumentais permitirá uma construção teórica capaz de produzir avanços para o Direito Contratual brasileiro. A incorporação de perspectivas

---

[48] Essa expressão foi definida por RUBIN como englobando três principais atividades: solução não judicial de controvérsias, formação do contrato e interpretação não judicial do contrato. A posição do autor pode ser encontrada em: RUBIN, Edward L. The non judical life of contract: beyond the shadow of law. **Northwestern University Law Review**, Chicago, v. 90, n. 1, p. 107-131, 1995.

[49] MACAULAY, Stewart. Non-Contractual relations in business: a preliminary study. **American Sociological Review**, v. 28, n. 1,p. 55-67, 1963.

[50] BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry. In: **Journal of Legal Studies**, vol. 21, 1992, p.115-157.

[51] A expressão é utilizada aqui no sentido expresso em LAKATOS que divide um programa de pesquisa científica em duas partes: um núcleo rígido (hard core) composto por premissas convencionalmente aceitas pelos participantes e que não são refutáveis por uma opção metodológica; hipóteses auxiliares que compõe o cinturão protetor do programa e podem ser constantemente modificadas para explicar a realidade estudada. Como se depreende de: LAKATOS, Imre. **The Methodology of Scientific Research Programmes**: philosophical papers. Cambridge: Cambridge University Press, 1978, v. 1, p. 47-68.

diversas visa permitir uma expansão do programa de pesquisa civil-constitucional, sem deturpá-lo ou abandonar as suas proposições centrais.

O Direito Comparado não será objeto de capítulo específico. Todavia, não se renuncia a análise comparativista, já que o cotejo entre o ordenamento pátrio e as construções alienígenas, sobretudo o Direito anglo-saxão, perpassa todo o desenvolvimento do presente trabalho. Entretanto, essa contribuição será primordialmente traçada em termos de propostas teóricas e não em questões legislativas e jurisprudenciais. Desse modo, não obstante a contextualização necessária à compreensão da proposta teórica em questão, não se justifica a criação de um capítulo ou seção específica. A conformação institucional diversa, nesse caso é vista como uma vantagem que enriquecerá a obra.

Para que se possa atingir o objetivo acima delineado o presente trabalho será dividido da seguinte forma. O primeiro capítulo se ocupará da visão doutrinária contemporânea sobre os contratos empresariais, em especial os contratos empresariais de longo prazo. Assim, será investigado o alcance e as consequências do movimento de constitucionalização do Direito Privado para os contratos empresariais. Dentre as consequências a serem analisadas destaca-se a flexibilização do princípio da relatividade dos contratos, as transformações operadas na autonomia negocial e a aplicação do princípio da solidariedade nesses contratos.

O segundo capítulo analisará a teoria da argumentação judicial, bem como as suas especificidades no Direito Contratual. O que permitirá apontar as dificuldades e inconsistências entre o que é demandado pela legislação e pela doutrina e o que o Poder Judiciário, através dos mecanismos argumentativos disponíveis, tem condições de realizar de forma adequada. Nesse ponto, será analisada a compatibilidade teórica entre a prática argumentativa judicial atual e o novo Direito Contratual, apontando-se os eventuais descompassos.

Por fim, no terceiro capítulo será apresentada uma proposta de nova conformação da argumentação judicial utilizada nos contratos empresariais, que esteja ajustada às novas situações trazidas pelo modelo social de contrato.

1 **OS CONTRATOS EMPRESARIAIS NA DOUTRINA BRASILEIRA**

Neste capítulo investigar-se-á como a ordem jurídica pátria regula os contratos empresariais em geral e os contratos de longo prazo em especial. Esse capítulo terá como objetivo analisar os contratos empresariais no contexto do modelo social de contrato e da constitucionalização do Direito Privado.

Para tanto, na primeira seção, será traçado um panorama geral dos contratos empresariais no Direito brasileiro, através de uma perspectiva interdisciplinar. Na segunda seção, dar-se-á início à análise jurídica do contrato propriamente dita através do conceito de autonomia privada, conceito esse central para qualquer teoria jurídica do contrato e, em especial, para a perspectiva do Direito civil-constitucional. Na terceira seção, será discutida a posição dos contratos empresariais dentro da dogmática jurídica, a partir da problemática da teoria geral dos contratos empresariais. Na quarta seção, será detalhado o impacto do modelo social de contrato no âmbito específico do Direito Empresarial. A quinta seção terá como objeto, dentro do universo dos contratos empresariais, o modelo contratual que será estudado de forma específica: os contratos empresariais de longo prazo. Na sexta e última seção, será delineada a aplicação do princípio da solidariedade no contexto do modelo social de contrato para os contratos empresariais de longo prazo.

1.1 **Contornos gerais dos contratos empresariais no direito brasileiro: uma visão a partir do diálogo entre direito e economia**

O estudo de um conceito tão fundamental para a sociedade ocidental moderna quanto o de contrato dificilmente será completo e exaustivo, seja em termos de profundidade do estudo, seja em função da escolha de algum aspecto como prioritário a ser analisado.

Afinal, numa acepção mais ampla – por exemplo, como a indicação das condições decorrentes das relações de troca entre seres humanos –, trata-se de figura bastante antiga, que remonta ao início da sociedade humana. Ainda nessa perspectiva, pode se afirmar que a organização política das sociedades humanas

passa pela figura do contrato[52]. A doutrina encontra a figura do contrato, por exemplo, no Direito grego[53], medieval[54] e romano[55]. O presente estudo não é uma exceção a essa regra e traz uma análise parcial do tema.

O primeiro recorte é o foco nos contratos empresariais, que são objeto da presente tese. No âmbito empresarial, a figura do contrato sempre foi presente e se pode afirmar com segurança que o contrato é um dos pilares do sistema capitalista e da própria ordem jurídica[56]. Afinal, a possibilidade de assunção de obrigações pelos agentes privados e a criação de instrumentos de autorregulação[57] está no cerne de um sistema de organização econômica que tem como agente principal o agente privado.

Uma segunda observação diz respeito à historicidade do conceito. O presente estudo, apesar de procurar se apropriar de alguns desdobramentos da evolução histórica recente do contrato, não irá fazer uma análise exaustiva da sua história ou da evolução do pensamento jurídico acerca dessa figura[58].

Por fim, tem-se a questão da interdisciplinaridade. A proeminência da figura do contrato, mesmo com a sua centralidade para o Direito, torna-o um fenômeno que não é analisado exclusivamente pelas lentes jurídicas. Outras áreas do conhecimento, tais como a Economia, a Sociologia, a Ciência Política, a Antropologia, a Administração, a História e a Filosofia tratam do assunto. Essa constatação abre espaço para um tratamento interdisciplinar do tema, já que os problemas investigados pelo Direito podem ter sido tratados pelos especialistas de outras áreas. A questão da pesquisa interdisciplinar no Direito já foi objeto da análise

---

[52] Para uma análise da figura do contrato nas sociedades antigas sem um governo central como as sociedades indígenas ver: COLSON, Elizabeth. **Tradition and Contract:** the problem of order. 2nd. ed. New Jersey: Aldine Transaction, 2006, p.31-60.

[53] Para uma análise da figura do contrato no direito grego ver: GORDLEY, James. **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**. Oxford: Clarendon Press, 1991, p10-29.

[54] Para uma análise da figura do contrato no direito medieval ver: BARTON, John. The Medieval Contract. In: BARTON, John. **Towards a General Law of Contract**. Berlin: Ducker & Humblot, 1990, p.15-38.

[55] Para uma análise geral da figura do contrato no direito romano ver: PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil.** 14. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2010, v. 3, p. 7-10.

[56] Ao tratar do Direito Civil no contexto da modernidade CARBONIER afirma que os seus pilares são o contrato, a família e a propriedade. Nesse sentido ver: CARBONIER, Jean. **Flexible Droit:** por une sociologie du droit sans rigueur. Paris: LGDJ, 1992, p. 201.

[57] Aqui a expressão autorregulação está a significar a possibilidade de criação de estruturas privadas que estabelecem um conjunto de procedimentos obrigatórios para os integrantes de um grupo de indivíduos. No mesmo sentido, porém no contexto do Mercado financeiro ver: YAZBEK, Otavio. **Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 211-217.

[58] A perspectiva do Direito e dos conceitos jurídicos como fenômenos históricos não é equivalente a uma análise histórica exaustiva, mas sim a compreensão de que o Direito é parte integrante da cultura da sociedade que regula, encontrando-se em um processo de contínuo de adaptação ao tempo histórico. Nesse sentido ver a posição de LARENZ: LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 261-270.

de diversos autores. Em linhas gerais pode-se afirmar, de acordo com BERMAN[59], que as seis grandes revoluções ocidentais – a Revolução Russa, Francesa, Americana, Inglesa, as Reformas Protestantes e a Revolução Papal – foram essenciais para produzir o Direito e a sua consciência, e de alguma forma, determinar as fontes jurídicas até hoje. Segundo o autor, esse movimento de revoluções nunca se dá apenas por rupturas, na medida em que o Direito se prende a conservadorismos para sobreviver em uma crise e alcançar novas etapas. Para tanto, o desenvolvimento da mentalidade jurídica se deu pela releitura que se fez sobre ela, notadamente por outros ramos científicos, culturais e sociais que não apenas a aplicação prática baseada em textos e jurisprudência.

Neste sentido, a interdisciplinaridade é o elemento que sempre acompanhou o Direito neste processo, o informando quando da leitura das questões que enfrenta, e da qual não se pode escusar. Assim, a despeito de BERMAN[60] afirmar que uma das características da ciência jurídica no ocidente é a busca relativa da autonomia científica de seu campo, o autor demonstra historicamente que outras áreas o acompanharam indissociavelmente.

Quanto aos estudos interdisciplinares entre Direito e Economia existem diversas perspectivas teóricas acerca do assunto[61]. Dentre os autores jurídicos deve-se observar a construção de ROPPO[62], que identifica a necessidade de que o jurista observe que a relação contratual encerra a efetivação de uma operação econômica. Nessa construção, portanto, o Direito Contratual, ao regular essa operação econômica deve construir mecanismos capazes de direcioná-la as

[59]Essa afirmação pode ser observada no tratamento que o autor dá a religião na formação do Direito Ocidental. Para uma análise detalhada ver: BERMAN, Harold. **Law and Revolution:** The Formation of the Western Legal Tradition. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1983, p. 165-198.

[60]Um exemplo seria a posição do autor acerca da similaridade entre o método utilizado quando do surgimento da teoria do precedente na *common law* e os métodos empíricos empregados por Isaac Newton, em contraposição ao racionalismo de Descartes. A posição do autor pode ser encontrada em: BERMAN, Harold. **Law and Revolution:** The impact of the protestant reformations on the western legal tradition. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2003, p. 298-302.

[61] A questão da relação entre Direito e Economia não é nova, podendo-se citar por exemplo a abordagem de Max WEBER acerca da ligação entre a racionalidade jurídico formal e o sistema econômico capitalista, para tanto ver: WEBER, Max. **Economy and Society.** 2nd. ed. Berkeley: University of California Press, 1978, v. 2, p. 641-895. Para uma análise da concepção weberiana feita pelas lentes de um jurista ver: : KRONMAN, Anthony. **Max Weber**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 181-225. Já para uma análise a partir da economia ver: MELLO, Maria Tereza Leopardi. Direito e Economia em Weber. In: **Revista Direito GV**, 2006, v. 2, p.45-65.

[62] Nesse sentido afirma o autor: "Em contextos linguísticos diferentes, ao contrário, fala-se de contrato na acepção técnico-jurídica do vocábulo, e isto para aludir às implicações e às consequências legais que o sistema das normas de códigos ou de leis especiais e de regras efetivamente aplicadas pelos juízes, liga à efetivação da uma certa operação econômica, ou então, para indicar as elaborações doutrinais construídas pela ciência jurídica sobre aquelas normas e aquelas regras". (ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p. 8).

finalidades legais. Assim, percebe-se como a interdisciplinaridade é intrínseca a esse ramo do Direito.

Ainda, no âmbito do próprio Direito civil-constitucional tem-se a premência de uma abordagem capaz de promover um diálogo melhor qualificado com a teoria econômica, que não se poderia restringir ao tratamento do Direito Contratual como mera formalidade necessária para determinada operação econômica. Nesse sentido, como bem aponta PERLINGIERI[63], faz-se necessário um estudo efetivamente interdisciplinar, em que não haja "*nenhuma prioridade lógica nem do direito nem da economia, e nenhuma autonomia de uma ou outra*."

Portanto, reforça-se a necessidade de uma análise dos contratos empresariais capaz de superar as limitações inerentes as construções avessas a quaisquer considerações oriundas da teoria econômica.

Agora, deve-se analisar como a teoria econômica trata a questão da relação da sua relação com o Direito. Para fins deste estudo, em função da abordagem específica a partir da relação contratual, destaca-se, dentre as propostas recentes, a construção ganhador do Prêmio Nobel de Economia Oliver E. WILLIANSOM [64]. Para esse autor deve-se observar que uma investigação efetivamente interdisciplinar demanda primeiro um conhecimento profundo do problema dentro do campo do conhecimento originário do pesquisador, para que posteriormente se discuta a questão em seus próprios termos em outras ciências. Com os resultados obtidos, deve-se retornar ao ramo de conhecimento de origem e proceder à incorporação dos resultados obtidos. [65] Trata-se de procedimento adotado nesta tese. Entretanto, não

---

[63] PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.108-109

[64] Nesse sentido MELLO & ESTEVES, apesar de afirmarem que nenhuma perspectiva teórica apresenta condições de lidar com todas as dificuldades inerentes a pesquisa em Direito & Economia, destacam a construção de WILLIANSOM pela grande capacidade de superação desses obstáculos. Para uma análise mais detalhada ver: MELLO, Maria Tereza Leopardi; ESTEVES, Heloisa Borges Bastos. Os desafios da Interdisciplinaridade em Direito e Economia. In: **Anais do 39º Encontro Nacional de Economia**, ANPEC, 2011. Disponível em: <http://anpec.org.br/encontro/2011/inscricao/arquivos/000-55a1f857bd0ead43b3b66b54b1e1849d.pdf>.Acesso em: 28 dez. 2012.

[65] Além de constar do discurso proferido quando do recebimento do Prêmio Nobel a posição de WILLIANSOM pode ser observada no seguinte trecho: "Numa casca de noz, o método de pesquisa que aprendi no Carnegie foi o seguinte: tenha uma mente ativa; seja disciplinado; seja interdisciplinar, segundo o havia uma lição adicional, que eu associo também com Kenneth Arrow (1969, 1974): problemas de pesquisa que não se encaixam nos métodos ortodoxos devem ser tratados de maneira diversa […]. Tais direitos de propriedade baseados na disciplina eram estranhos ao Carnegie. O fato de eu ter achado uma aliança entre direito, economia e organização tão produtiva é justamente porque, como estudante do Carnegie, não poderia ser de outra forma." Tradução livre do original: "In a nutshell, the research approach as I learned it at Carnegie was this: Have an active mind; be disciplined; be interdisciplinary, to which there was an additional lesson, which I associate also with Kenneth Arrow (1969,1974): Research problems that do not fit into orthodox boxes should be addressed on their own terms (…). Such discipline-based property rights were alien to Carnegie. The fact that I have found the alliance of law, economics, and organization so productive is partly because, as a student of Carnegie, it could

se objetiva exaurir todas as conexões interdisciplinares possíveis, o esforço será concentrado nas ferramentas interdisciplinares mais próximas aos contratos empresariais.

Nessa perspectiva tem-se, em especial na economia, uma redescoberta do estudo dos contratos que merece ser analisada ao menos rapidamente. O crescimento do estudo do contrato na teoria econômica está ligado ao avanço de correntes teóricas que incorporam a premissa da racionalidade imperfeita e dos custos de transação, em especial a chamada Nova Economia Institucional (NEI).

Apesar de se tratar de questão complexa e que demandaria uma análise mais aprofundada, para fins de uma análise interdisciplinar, mas localizada no âmbito do Direito e dos seus padrões argumentativos, objetiva-se apenas dar uma panorama geral da questão. Afinal, a redescoberta dos contratos empresariais, na expressão de FORGIONI[66], é na doutrina de Direito Empresarial orientada pela absorção dos elementos trazidos pela NEI e em especial pela chamada economia dos custos de transação (ECT) de WILLIAMSON. No Direito brasileiro a penetração desses conceitos é mais limitada que no Direito norte-americano, mas já se tem uma recepção significativa. Nesse sentido, basta observar que a própria manualística de Direito Empresarial já incorporou alguns instrumentais econômicos advindos da NEI, mesmo que os conceitos sejam utilizados não para produzir novas conclusões, mas apenas para dar uma nova roupagem a construções anteriores[67].

A fim de facilitar a compreensão do leitor será inicialmente necessário definir e contextualizar alguns dos conceitos utilizados pela teoria econômica do contrato para posteriormente descrever em linhas gerais a proposta da NEI.

A figura do contrato foi bastante discutida pela teoria econômica em diversos momentos. Inicialmente, pode-se apontar os trabalhos dos chamados velhos institucionalistas, escola de pensamento econômico que tem como origem o artigo

---

hardly be otherwise." (WILLIAMSON, Oliver E. **The Mechanisms of Governance**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 25).

[66] FORGIONI identifica quatro razões para a redescoberta dos contratos empresariais: i) consolidação do Direito do consumidor; ii) desverticalização das empresas e incremento dos contratos de colaboração interempresariais; iii) desenvolvimento do pensamento microeconômico e iv) privatizações. A posição da autora pode ser observada em: FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: RT, 2009, p. 17-22.

[67] Nesse sentido tem-se o exemplo do manual de direito empresarial de COELHO que ao descrever os contratos empresariais utiliza conceitos típicos de NEI, em especial a noção de custos de transacão: "Na verdade, a tecnologia dos contratos constata que, na relação entre *desiguais*, nenhum dos contratantes é livre, porque não tem condições de negociar amplamente o contrato. O débil, em razão das suas necessidades e insuficiência de informações; o forte, pelo acréscimo de custos que a renegociação acarreta. Somente o vincula entre os contratantes dotados dos mesmos recursos para arcar com os custos de transação pode ser visto como produto de livre manifestação de vontade." (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial:** direito de empresa.São Paulo: Saraiva, 2011, v. 3, p.33).

seminal de Thorstein VEBLEN "*Why is economics not an evolutionary Science?*"[68], publicado em 1898.

Dentre os trabalhos dessa linha de pensamento, pode-se citar ainda a análise econômica das transações produzida por COMMONS, em grande parte fundada nos entendimentos da Suprema Corte Norte-Americana[69]. A compreensão do sistema de mercado, para COMMONS e para outros autores da vertente velho-institucionalista, demanda uma análise das normas de funcionamento das instituições que compõem esse sistema e como seus padrões de atuação são em parte determinados pelo Direito. Assim, a aproximação entre Direito e Economia era inevitável. Ainda, a produção de trabalhos com uma metodologia mais narrativa e empírica e menos preocupada com a formalização matemática torna os trabalhos mais acessíveis ao jurista. Nos Estados Unidos da América, os autores velho-institucionalistas eram bastante próximos dos juristas integrantes do movimento realista norte-americano, no que se pode chamar da primeira onda de aproximação entre Direito e Economia[70].

Entretanto, com a consolidação da teoria neoclássica[71], através da revolução marginalista[72], o pensamento velho-institucionalista perdeu espaço na teoria econômica, o que levou a uma perda substancial de significância do conceito de contrato no debate econômico. Esse abandono está ligado à premissa de que os

[68]VEBLEN, Thorstein. Why is economics not an evolutionary science?. **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 12, n. 4, July 1898, pp.373-387.

[69]COMMONS, John R. **Legal Foundations of Capitalism**. New Brunswick: Transaction Publishers, 1995, p. 65-142.

[70] HOVENKAMP, Herbert. The First Great Law and Economics Movement. In: **Stanford Law Review**, v. 42, n.4, 1990, p.1013-1033.

[71] A definição do que vem a ser a teoria econômica neoclássica não é isenta de polemicas. O termo foi cunhado pelo economista Thorstein Veblen em trabalho publicado em 1900, para descrever a teoria marginalista de Alfred Marshall (VEBLEN, Thorstein. Preconceptions and Economic Science. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 14, n. 2, 1900, p. 261). Pode-se afirmar que o núcleo central da teoria neoclássica é formado pelo conceito de *homo oeconomicus*, definido como um agente dotado de racionalidade substantiva e maximizador da sua utilidade, o que permite que se descreva o sistema econômico a partir do conceito de equilíbrio geral. Ainda, a formalização e o uso extensivo da matemática caracterizam essa escola de pensamento. Hodiernamente a teoria neoclássica tem incorporado contribuições que flexibilizam as suas premissas básicas como a racionalidade limitada, o que torna mais complexa a sua caracterização. Para uma análise nesse sentido ver: POSSAS, Mário. A Cheia do "Mainstream": comentários sobre os rumos da ciência econômica. **Economia Contemporânea**, n. 1, p.13-58, jan-jun 1997.

[72] A expressão revolução marginalista refere-se ao uso do conceito de utilidade marginal na ciência econômica, inicialmente na teoria do valor e da produção e posteriormente nos demais ramos da economia. O início da revolução marginalista normalmente é identificado com a publicação dos *Principles of Economics* de Alfred Marshal cuja primeira edição data de 1890, todavia o conceito moderno de utilidade marginal na teoria econômica foi desenvolvido inicialmente pelo economista Willian Stanley Jevons em sua obra *Theory of Political Economy* datada em sua primeira edição de 1871. Pode-se definir utilidade marginal como o acréscimo de utilidade que é obtido pelo consumo de mais uma unidade de determinado bem. Para uma análise da revolução marginalista na teoria econômica ver: GROENENWEGEN, Peter. English Marginalism: Jevons, Marshal and Pigou. In: SAMUELS, Warren J.; BIDDLE, Jeff E.; DAVIS, John B. (eds). **A Companion to the History of Economic Thought**. Oxford: Blackwell Publishing, 2007, p.246-261. Para uma análise da teoria marshaliana ver: SCHUMPETER, Joseph. **History of Economic Analysis**. New Edition, New York: Oxford University Press, 1994, p. 833-840.

agentes econômicos possuem racionalidade perfeita e podem decidir de forma ótima a melhor solução para eles[73].

A teoria econômica dominante, que se identifica, mas não se resume à vertente neoclássica, não consegue dar grande funcionalidade econômica à noção de contrato, já que se trata da mera indicação do que os agentes, todos maximizadores de utilidade, fariam de qualquer forma. Em outras palavras, se o pressuposto é que todos sabem o que é melhor para si e podem identificar como os demais vão se comportar, não há razão para a redação de cláusulas contratuais não ótimas e tampouco para o descumprimento dos contratos, já que um agente otimizador e racional sempre seguirá o comportamento ótimo. Esse é o modelo neoclássico walsariano, que permite a construção do equilíbrio-geral de ARROW-DEBREU[74]. O modelo de equilíbrio-geral é o exemplo mais significativo do elevado grau de sofisticação teórico-formal, porém excessivamente abstrata, da perspectiva neoclássica. Afinal, o seu resultado é a representação de todas as transações econômicas de uma sociedade em um conjunto de equações.

Ora, no modelo neoclássico walsariano[75] não existe assimetria de informações e o mecanismo de definição de preços pelo mercado funciona de forma perfeita e sem custos. Desse modo não há como explicar as diversas relações contratuais empresariais que acontecem cotidianamente a não ser como falhas de mercado ou comportamentos patológicos.

---

[73] Nesse sentido é a observação de BROUSSEAU e GLACHANT: "Apesar da noção de contrato ter sido, por muito tempo, central para o nosso entendimento do funcionamento de sistemas sociais descentralizados, principalmente na tradição iluminista, só recentemente os economistas começaram a tratá-la de maneira justa. Seguindo os passos de Smith e Walras, eles basearam sua análise do funcionamento de economias descentralizadas nas noções de mercado e na de sistema de preços". Tradução livre do original: "Even tough the notion of the contract has long been central to our understanding of the operation of decentralized social systems, especially in the tradition of the *philosophie des lumières*, only recently have economists begun to render it justice. Following in the footsteps of Smith and Walras, they long based their analyses of the functioning of decentralized economies on the notions of market and price system."(BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel. The economics of contracts and the renewal of economics. In: BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel. **The Economics of contracts**: theories and applications. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 3).

[74] O modelo do equilíbrio geral foi desenvolvido por ARROW e DEBREU no seguinte artigo científico: ARROW, Kenneth J.; DEBREU, Gérard. Existence of an equilibrium for a competitive economy. **Econometrica**, Cleveland, v. 22, n. 3, p. 265-290, July 1954. Para uma análise crítica ver: STIGLITZ, Joseph. A Re-Examination of the Modigliani-Miller Theorem. **American Economic Review**, v. 59, n. 5, p. 784-793, Dec. 1969.

[75] A escola neoclássica tem produzido novos modelos e teorias, entretanto não é objeto deste estudo a análise aprofundada e exaustiva das teorias econômicas acerca do contrato, razão pela qual se aborda apenas o modelo walsariano, que caracterizou por um longo período a escola neoclássica. Como exemplo de um desenvolvimento recente pode-se mencionar a teoria econômica dos incentivos que adota as premissas básicas da teoria walsariana (racionalidade substantiva, ausência de assimetria de informações e instituições externas perfeitas). A diferença é que como a negociação, a redação e a execução do contrato são sequenciais os agentes não conseguem antecipar quais problemas surgirão e em qual ordem acontecerão. A solução proposta é a construção de esquemas de incentivo e punição ótimos. Para uma análise geral da teoria econômica dos incentivos no campo dos contratos, ver: MALIN, Eric; MATIMORT, David. Transaction costs and Incentive Theory. In: BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel. **The Economics of contracts:** theories and applications. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 159-179).

Entretanto, se a Economia é o ramo do conhecimento dedicado ao estudo da alocação de recursos e bens de forma eficiente, não há razão para que ela se limite a explicar apenas relações contratuais instantâneas. Afinal, estar-se-ia deixando de explicar a maioria dos contratos empresariais que instrumentalizam a atividade econômica. Não seriam as relações contratuais diversas da compra e venda instantânea um mecanismo eficiente de alocação de bens?[76] A realidade traz uma série de relações contratuais tão eficientes quanto a compra e venda, mas a ausência de uma resposta consistente na teoria econômica para essa afirmação levou a literatura a buscar maneiras de incorporar essa diversidade de relações contratuais nos modelos teóricos.

Esse era o contexto prevalente na economia antes do desenvolvimento da teoria econômica do contrato, que tem origem na década de 1970 e surge a partir da insatisfação com a teoria walsariana. A análise dessa evolução, feita por BROSSEAU & GLACHANT[77], permite identificar algumas questões importantes para

[76] Nesse sentido a BOLTON e DEWATRIPOINT aponta a incapacidade da teoria econômica walsariana de explicar os contratos da vida real de forma satisfatória: "Normalmente, a economia é definida como um campo que visa compreender o processo pelo qual os recursos escassos são alocados para a obtenção de máxima eficiência, e os mercados são geralmente vistos como desempenhando um papel central neste processo Porém, fundamentalmente, a simples atividade de troca de bens e serviços, de modo organizado ou fora de um ambiente de mercado, é o primeiro passo básico em qualquer produção ou distribuição de recursos. Por muito tempo, a teoria econômica foi capaz de analisar formalmente apenas atividades de troca muito simples, como a troca de duas commodities diferentes por dois indivíduos num tempo e em lugar determinados." Tradução livre de: "Economics is often defined as a field that aims to understand the process by which scarce resources are allocated to their most efficient uses, and markets are generally seen as playing a central role in this process. But, more fundamentally, the simple activity of exchange of goods and services, whether on organized exchanges or outside a market setting, is the basic first step in any production or allocation of resources. For a long time economic theory has been able to analyze formally only very basic exchange activities like the barter of two different commodities between two individuals at a given place and point in time." (BOLTON, Patrick; DEWATRIPOINT, Mathias. **Contract Theory**. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 1).

[77] Nesse sentido afirmam BROUSSEAU e GLACHANT: "A economia contratual nasceu em 1970, a partir de um duplo movimento de insatisfação em relação a teoria walsariana do mercado: i) num nível teórico, foram necessárias novas ferramentas de análise para explicar como os agentes econômicos determinam as propriedades, quantidades e preços dos recursos que trocam em encontros cara-a-cara […] ii) num nível empírico, problemas associados à regulação da competição levaram a uma renovação do pensamento econômico. A análise de certos tipos de contratos entre firmas, tais como acordos de distribuição seletiva, acordos de cooperação a longo prazo, etc. […] Essa origem dupla explica o notável desenvolvimento das teorias contratuais e sua contribuição chave para uma mudança fundamental na conformação de todas as áreas da análise econômica […]. Esse sucesso é atribuível ao poder analítico da noção de contrato. Por um lado, a ideia de contrato dá atenção apenas a estruturas sociais elementares, aquelas que regulam a coordenação num nível bilateral. Por outro, apesar de sua simplicidade como conceito, o contrato nos permite analisar diversas questões chave". Tradução livre do original: "Contract economics was born in 1970 from a twofold movement of dissatisfaction vis-à-vis Walsarian market theory: i) On a *theoretical* level, new analytical tools were sought to explain how economic agents determine the properties, quantities, and prices of the resources they trade in face-to-face encounters (…) ii) On a *empirical* level, problems associated with the regulation of competition drove a renewal of economic thinking. The analysis of certain types of inter-firm contracts, such as selective distributorship agreements, long-term cooperation agreements, etc., revamped. (…) This twofold origin explains the remarkable development of contract theories and its key contribution to a fundamental redesign of all areas of economic analysis (…). This success is essentially attributable to the analytical power of the notion of contract. On the one hand, the idea of contract focuses attention on elementary social structures, those that regulate coordination at bilateral level. On the other hand, despite its simplicity as a concept, the contract allows us to examine a number of key issues."(BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel. The economics of contracts

este estudo. Inicialmente, os autores dividem a insatisfação com a teoria walsariana em dois âmbitos: o primeiro no plano teórico, com o surgimento das novas ferramentas analíticas diversas daquelas oferecidas pela teoria neoclássica; e um segundo no nível empírico, em função das dificuldades de encontrar na teoria walsariana algum suporte para guiar a regulação da atividade econômica, que está repleta de contratos tidos como patológicos, como os acordos de cooperação de longo prazo. O florescimento da economia dos contratos pode ser creditado, ao menos em parte, a essa abordagem, capaz de combinar o desenvolvimento de novas ferramentas analíticas com a discussão de questões práticas relevantes.

Ainda, a análise do sistema econômico a partir do contrato tem a vantagem de permitir o acesso a diversas questões relevantes, tanto do ponto de vista microeconômico, ou seja, de uma transação em particular, quanto do ponto de vista macroeconômico, quando utilizado como parâmetro para diversas transações similares.

A realidade não se encaixava no modelo walsariano, e assim a teoria econômica avançou para modelos capazes de incorporar algumas facetas do mundo real. Esse esforço foi em grande parte conduzido pela NEI. Nesse contexto, é interessante fazer uma pequena incursão nesses conceitos, já que a doutrina empresarial, em especial FORGIONI[78], deles tem se utilizado tanto para demarcar a hermenêutica específica desses contratos quanto para justificar uma teoria geral dos contratos empresariais.

A premissa da racionalidade limitada (*bounded rationality*) é a de que os indivíduos são intencionalmente racionais, mas limitados em termos cognoscitivos[79], tanto pela falta de informação quanto pela falta de capacidade de processá-la de forma perfeita. A partir da noção de racionalidade limitada, surgem diversas questões antes silenciadas pela premissa neoclássica da racionalidade perfeita ou substantiva.

---

and the renewal of economics. In: BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean-Michel. **The Economics of contracts**: theories and applications. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 4-5).

[78] FORGIONI funda a teoria geral dos contratos empresariais na identificação de traços peculiares que identificam o funcionamento próprio do sistema de direito comercial. A análise desses diretrizes demonstram a incorporação de diversos *insights* da NEI como por exemplo: custos de transação, oportunismo e vinculação, racionalidade limitada e incompletude contratual. Para uma análise mais aprofundada ver: FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: RT, 2009, p. 55-151.

[79] Tradução livre do conceito de racionalidade limitada desenvolvido por SIMON, que na última edição da sua obra *Administrative Behavior* afirma: "human behavior is intendedly rational, but only boundedly so"(SIMON, Herbert. A. **Administrative Behavior**. New York: Free Press, 1997, p. 88). Para uma análise da evolução do conceito no pensamento do autor, ver: KLAES, Matthias; SENT, Esther-Mirjan. A Conceptual History of the Emergence of Bounded Rationality. **History of Political Economy** v. 37, n. 1, 2005, p. 27-59.

No âmbito dos contratos empresariais, a teoria econômica passa a ver o contrato como algo além de uma mera memória escrita, de uma negociação sempre ótima para todas as partes[80]. Assim, é possível a incorporação de cláusulas não ótimas, que são resultado da ausência de informações por, ao menos, uma das partes. A execução do contrato é vista como uma atividade envolta por incerteza. Por fim, a assimetria de informações entre as partes permite que uma delas manipule informações e fatos de modo a explorar a outra. Em outras palavras, o modelo teórico formal começa a se aproximar das características presentes no mundo real.

Outro conceito a ser mencionado é o de custos de transação. WILLIAMSON os define como:

> [...] os custos ex ante de redação, negociação e criação de garantias de um acordo e, em especial, os custos ex post de inadequação e ajustamento que surgem quando a execução do contrato ocorre de forma equivocada como resultado de lacunas, erros, omissões e distúrbios não antecipados; em outras palavras, os custos para colocar o sistema econômico em funcionamento.[81]

No caso em estudo, interessa, em especial, a constatação de que o sistema de preços e, por consequência, a alocação de bens pelo mercado envolve custos, o que retira a áurea do mercado como um sistema perfeito e eficiente para alocar recursos em toda e qualquer situação.

Por fim, deve-se mencionar a formulação que ficou conhecida como Teorema de Coase. O referido teorema foi inspirado no artigo "*The Problem of Social Cost*"[82], escrito pelo ganhador do prêmio Nobel de Economia Ronald H. Coase, mas foi enunciado por outro economista, George J. STIGLER, sendo que a formulação mais conhecida é a seguinte: *"numa situação de custos de transação zero, a alocação final de um bem, obtida por meio da barganha entre as partes, será sempre eficiente, não importando a configuração legal inicial acerca da propriedade desse bem*."[83] O Teorema, apesar de corresponder ao que COASE escreveu, não retrata

---

[80] Nesse ponto está a se analisar o contrato na teoria econômica, assim não se ignora que o contrato pode ser verbal ou mesmo, de acordo com o art. 111 do Código Civil Brasileiro, o silêncio pode, em certas condições, significar consentimento juridicamente válido. Mas, repita-se, isso não afeta as considerações econômicas acerca do contrato feitas acima.

[81] Tradução livre do original: The ex ante costs of drafting, negotiating, and safeguarding an agreement and, more especially, the ex post costs of maladaptation and adjustment that arise when contract execution is misaligned as a result of gaps, errors, omissions, and unanticipated disturbances; the costs of running the economic system." (WILLIAMSON, Oliver E. **The Mechanisms of Governance**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 379).

[82] COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, Oct. 1960.

[83] STIGLER, George J. **The Theory of Price**. 3rd. ed. New York: Macmillan Publishing Company, 1966, p.113.

de forma fiel o pensamento do autor. O próprio COASE[84] afirma que a enunciação do Teorema teve um efeito pernicioso, já que reforça a suposição de custos de transação zero. Todavia, a intenção de COASE ao escrever o referido artigo foi atacar a economia neoclássica, por pressupor um mundo de custos de transações zero, que evidentemente não existe na prática. Como observa GOLDBERG[85] em uma interpretação literal trata-se de uma tautologia, já que a premissa de que as negociações privadas são feitas sem quaisquer custos é o que garante a conclusão de que o mercado sempre aloca de forma eficiente os recursos. Assim, supondo-se negociações sem qualquer custo entre as partes a afirmação de que o mercado sempre chegará ao resultado mais eficiente é evidente.

A visão da NEI acerca dos contratos tem como origem o trabalho de Oliver E. WILLIANSOM, no que veio a ser chamado de Economia dos Custos de Transação (ECT)[86]. Apesar de atualmente a NEI englobar algumas outras vertentes, para fins

---

[84] A posição de desconforto de Coase acerca do Teorema pode ser observada no seguinte trecho: **"**O que mostrei neste artigo, como o concebi, foi que num regime de custos de transação zero, presumido pela teoria econômica padrão, negociações entre as partes levariam a acordos que maximizariam os ganhos, independentemente do que foi acordado inicialmente. Este é o infeliz teorema de Coase, nomeado e criado por George Stigler, apesar de ter sido baseado em meu trabalho. […] Não discordo de Stigler. Porém, vejo o teorema de Coase como um pequeno apoio para analisar uma economia com custos de transação positivos. Para mim, o significado dos custos no teorema de Coase é que eles minam o sistema de Pigou. Desde que a teoria econômica padrão presume que os custos de transação sejam zero, o teorema de Coase demonstra que as soluções trazidas por Pigou são desnecessárias nessas circunstâncias. É claro que, quando custos de transação são positivos, não significa que ações governamentais (de operação, regulação, cobrança de impostos, concessão de subsídios) não poderiam produzir um melhor resultado do que negociações entre indivíduos no mercado. É possível descobrir isso estudando não o que governos imaginários fariam, mas o que governos reais efetivamente fazem. Minha conclusão: nos deixem estudar o mundo dos custos positivos de transação." Tradução livre do original: "What I showed in that article, as I thought, was that in a regime of zero transaction costs, an assumption of standard economic theory, negotiations between the parties would lead to those arrangements being made which would maximize wealth and this irrespective of the initial assignment of rights. This is the infamous Coase theorem, named and formulated by George Stigler, although it is based on work of mine. (…)I do not disagree with Stigler. However, I tend to regard the Coase theorem as a stepping stone on the way to an analysis of an economy with positive transaction costs. The significance to me of the Coase theorem is that it under- mines the Pigovian system. Since standard economic theory assumes transaction costs to be zero, the Coase theorem demonstrates that the Pigovian solutions are unnecessary in these circumstances. Of course, it does not imply, when transaction costs are positive, that government actions (such as government operation, regulation, or taxation, including subsidies) could not produce a better result than relying on negotiations between individuals in the market. Whether this would be so could be discovered not by studying imaginary governments but what real governments actually do. My conclusion: let us study the world of positive trans-action costs." **(**COASE, Ronald H. The Institutional Structure of Production. **The American Economic Review**, Nashville, v. 82, n. 4, Sept. 1992, p. 717).

[85] A posição de GOLDBERG pode ser observada no seguinte trecho: "O teorema de Coase, na sua forma mais inócua, não é muito mais do que uma repetição do critério de Pareto. [...] Se os custos de transação são definidos de maneira a incluir todos os custos de estratégia e de barganha, assim, como afirma Guido Calabresi, a proposição parece certa por definição. Como ele sugere, essa definição é adequada tanto ao sentido amplo quanto ao sentido estrito". Tradução livre do original: "The Coase Theorem in its most innocuous form appears to be little more than a restatement of the Pareto criterion. (...) If transactions costs are defined broadly enough to include all strategic and bargain costs, then as Guido Calabresi asserts, the proposition appear to be true by definition. Is must, as he suggests, hold not only for the short run, but for the long run as well."(GOLDBERG, Victor P. Toward an Expanded Theory of Economic Contract. **Journal of Economic Issues**, vol. 10, n. 1, Mar. 1976, p. 45).

[86] A ECT está articulada nos três principais livros do autor: i) WILLIAMSON, Oliver E. **The Mechanisms of Governance**. New York: Oxford University Press, 1996; ii) WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: Free Press, 1985; iii) WILLIAMSON, Oliver E. **Markets and hierarchies**: analysis and

desse estudo, basta a análise da construção teórica desenvolvida por WILLIANSOM. A ECT tem como premissa básica a substituição do *homo oeconomicus*, da teoria neoclássica, pelo homem contratual, que se caracteriza pela racionalidade limitada e pelo comportamento oportunista. Oportunismo, nesse contexto, deve ser entendido como o comportamento malicioso, em que o agente se utiliza das informações privadas que possui de forma autointeressada[87]. Assim, o oportunismo pode ser visto como o resultado da manutenção da suposição neoclássica de indivíduos autointeressados num contexto de informações assimétricas. Desse modo, a maior preocupação da NEI são os riscos de descumprimento contratual e, para evitá-los, são estudadas as estruturas de governança mais eficientes para cada tipo de transação econômica. Para essa análise utiliza-se uma perspectiva interdisciplinar entre Economia, Direito e Administração.

Em uma análise comparativa rápida entre a NEI e os velhos institucionalistas, observa-se que o que os une é a crença na importância do conceito de instituição para a teoria econômica. Todavia, as diferenças são significativas, inclusive quanto ao próprio conceito de instituição. Segundo PESSALI & DALTO[88], a definição de instituição como algo que restringe o comportamento humano é típica da NEI, já uma definição de instituição que enfatize as condutas que podem ser adotadas em função dela, ou seja, mais positiva, seria típica dos velhos institucionalistas. A definição de COMMONS, *"Uma instituição é definida como uma ação coletiva para controlar, liberar ou expandir a ação individual*"[89], pode ser tida como um exemplar do pensamento velho institucionalista. Já como exemplo típico da NEI, tem-se a definição de NORTH[90], para quem a noção de instituição inclui *qualquer forma de constrangimento utilizado para modelar o comportamento humano*. Na metáfora esportiva utilizada pelo autor, as instituições seriam as regras do jogo, e as organizações, os jogadores. Não cabe aqui aprofundar mais a questão, bastando observar que as duas correntes teóricas têm um núcleo comum, mas igualmente divergências importantes. O avanço atual da teoria econômica do contrato ocorre

---

antitrust implications. New York: Free Press, 1975.

[87] WILLIAMSON, Oliver E. **The Mechanisms of Governance**. Oxford: Oxford University Press, 1996, p.54-57.

[88] PESSALI, Huáscar; DALTO, Fabiano. A. A Mesoeconomia do Desenvolvimento Econômico: o papel das instituições. In: **Nova Economia**, Belo Horizonte, v. 20, n. 1, 2010, p.13-14.

[89] Tradução livre do original: "An institution is defined as collective action in control, liberation and expansion of individual action." COMMONS, John R. Institutional Economics. **American Economic Review**, Pittsburgh, v. 21, n. 4, 1921, p. 648.

[90] NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance.** Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p.1-10.

integralmente dentro do paradigma da NEI, sem ligação com a concepção de contrato adotada na escola velho institucionalista.

A proposta dos velhos institucionalistas, ao valorizar o aspecto promocional de liberdades e capacidades das instituições, tem uma ligação mais estrita com o pensamento jurídico civil-constitucional, já que reforça a posição de que a autonomia e a liberdade demandam uma regulação jurídica voltada a sua proteção[91]. Já a posição da NEI, apesar de não ser incompatível *a priori* com a valorização de determinada norma em concreto, demonstra maior proximidade com o pensamento neoclássico acerca de uma ordem de mercado eficiente. Trata-se de questão complexa e que será retomada durante este trabalho.

Desse modo, observa-se que a redescoberta da figura do contrato na teoria econômica permitiu o desenvolvimento de novas categorias com um maior poder heurístico. Assim, o uso desse novo conjunto de conceitos pode servir para um aperfeiçoamento do Direito Contratual em geral e, em especial para a análise dos contratos empresarias. Todavia, essa incorporação demanda uma análise cuidadosa das possibilidades existentes dentro da ciência econômica, das condições dessa incorporação no discurso jurídico e das suas consequências para o Direito.

Após essa breve análise da teoria econômica do contrato, faz-se necessária a sua contextualização dentro do ambiente empresarial.

Hodiernamente, o contrato tem se tornado cada vez mais presente como ferramenta empresarial. O empresário é cada vez menos proprietário de todos os elementos da sua produção e cada vez mais um organizador da atividade econômica. Os processos de produção são cada vez mais especializados e densos em termos de conteúdo tecnológico, o que torna pouco razoável a concentração de todos os elos da cadeia produtiva sob uma única empresa.

A sociedade é cada vez mais técnica[92] e a especialização cada vez mais profunda. Ao mesmo tempo em que a uma parcela das etapas da cadeia produtiva

---

[91] No debate jurídico essa discussão perpassa a questão do paternalismo no Direito. A questão será retomada posteriormente, mas desde já pode-se apontar que existem diferentes tipos de normas e diversos contextos que produzem impactos diferentes sobre a autonomia. Desse modo, o paternalismo não é necessariamente antagônico ao livre desenvolvimento da personalidade. Nesse sentido, ver: SUSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism. **The American Economic Review**, Pittsburgh, v. 93, n. 2, p. 175-177. Para uma análise da legitimidade da intervenção estatal nas escolhas individuais, que, por exemplo, tem efeitos permanentes ou difíceis de serem revertidos ver: (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 151-271).

[92] Diversos estudos na área das ciências humanas, em especial na sociologia procuram dar conta da proeminência da técnica e da tecnologia na sociedade moderna. Trata-se de questão lateral a presente tese, mas pode-se afirmar que a sociedade atual pode ser caracterizada como uma sociedade técnica, em que a

deixa de ser internalizada numa única empresa a necessidade de manter elos fortes entre essas diversas atividades, que se tornam cada vez mais específicas, é mais significativa para o sucesso ou insucesso do negócio.

Essa situação torna a figura do contrato ainda mais relevante, já que cabe a ele garantir que a relação entre as diversas empresas seja estável e confiável. Nesse cenário, a interdependência entre os agentes econômicos é exacerbada. Um exemplo a ser mencionado é a indústria automotiva, em que as montadoras de automóveis demandam a constituição de uma ampla gama de fornecedores específicos para os seus produtos. A relação de interdependência entre a indústria de autopeças e a montadora é bastante significativa, tanto que, sem a montadora, diversos fornecedores iriam à falência e sem um fluxo confiável de produtos a montadora não conseguiria produzir os automóveis.

Nesse contexto, observa bem ROPPO[93] que é o contrato e não a propriedade o instituto fundamental para gestão de recursos no sistema capitalista atual. Afinal, na medida em que os procedimentos de desconcentração vertical, privatização e terceirização tornaram a atividade econômica ainda mais interdependente, coube ao contrato promover a coordenação das expectativas dos agentes, garantir instrumentos para o cumprimento das normas acordadas para regular essas interações e criar estruturas de governança capazes de solucionar conflitos. Essas interações desenvolvem-se, a princípio, sem o suporte institucional de uma estrutura hierárquica interna a relação negocial.

Já quando as atividades são todas concentradas dentro de uma única empresa, tem-se a possibilidade de resolver conflitos por meio da estrutura hierárquica interna, que é inclusive menos suscetível à intervenção judicial. Afinal, a alocação de riscos em um contrato de fornecimento está mais suscetível à alteração em função de uma interferência judicial do que se essa mesma alocação for feita entre as divisões de uma companhia. Na segunda hipótese, as normas de organização interna da empresa, como qual setor é responsável pelo controle de qualidade dos produtos que saem de uma determinada divisão, são tratadas como

---

impessoalidade da tecnologia acaba por ter mais relevância do que a pessoalidade do ser humano. Nesse sentido ver: ELLUL, Jacques. **The Technological Society**. New York: Alfred A. Knopf, 1964, p. 3-22.

[93]Nesse sentido afirma o autor: "Em rigor não parece necessário nem oportuno recorrer a um tal artifício lógico: parece mais razoável considerar que, em todos estes casos, existe riqueza (imaterial, mas nem por isso menos relevante) que não se concretiza na forma tradicional do direito de propriedade, e que tal riqueza é produzida diretamente pelo contrato. Nesse sentido, dentro de um sistema capitalista avançado parece ser *o contrato, e já não a propriedade, o instituto fundamental de gestão dos recursos e de propulsão da economia*" (ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988,p. 66).

questões internas da empresa, salvo em casos mais extremos. Essa mesma questão – quem seria responsável pelo controle de qualidade de um produto – se for definida entre dois contratantes encontra-se mais exposta a modificações pelo Poder Judiciário, o que demanda a celebração de um instrumento contratual mais preciso e complexo. Esse contexto aumenta as expectativas dos agentes econômicos acerca da importância da figura do contrato.

Essa contratualização da gestão da riqueza tem levado ao estudo dos contratos conexos[94] ou redes contratuais[95], observando-se que uma divisão estanque e de fácil visualização entre as transações internas das empresas e as transações contratuais com outras empresas está cada vez mais difícil. Afinal, num ambiente em que a interdependência entre os agente é cada vez mais exacerbada os usos compartilhados e relacionados são múltiplos. Portanto, a relação contratual bilateral típica deixa de ser a forma adequada e suficiente para a totalidade das transações econômicas. Na medida em que isso ocorre, as conexões entre as relações contratuais ficam mais evidentes.

Na terminologia de WILLIANSOM[96], a utilização de meios híbridos, que ficam entre os extremos da empresa e do mercado, é cada vez mais comum. A desintegração vertical não é seguida de uma busca pelos produtos ou serviços no mercado, mas sim pela criação de um arranjo híbrido fundado em uma rede contratual que pretende produzir soluções de governança capazes de coordenar os agentes, mas sem os custos enfrentados pela integração vertical.

---

[94] Para um estudo dos efeitos da conexão contratual no Direito pátrio ver: KONDER, Carlos Nelson. **Contratos Conexos**: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 189-272.

[95] A expressão redes contratuais é bastante utilizada na teoria econômica, sendo que para uma análise na doutrina pátria ver: LEONARDO, Rodrigo Xavier. A teoria das redes contratuais e a função social do contrato. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Obrigações e contratos:** contratos: princípios e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 3 (Coleção Doutrinas Essenciais), p. 1315-1330. Dentre as definições existentes pode-se citar a adotada por COLLINS na introdução tradução inglesa do livro de TEUBNER sobre o tema: "Essencialmente, uma rede contratual consiste num número de firmas independentes que adentram um padrão de contratos interrelacionados, os quais são feitos para conferir às partes muitos dos benefícios da coordenação, conseguidos através da integração vertical de uma única firma, sem sequer criar uma única entidade negocial integrada, tais como corporações ou sociedades". Tradução livre do original: "In its essentials, a contractual network consists of a number of independent firms that enter a pattern of interrelated contracts, which are designed to confer on the parties many of the benefits of co-ordination achieved through vertical integration in a single firm, without in fact ever creating a single integrated business entity such as Corporation or partnership." (COLLINS, Hugh. Introduction to Network as Connected Contracts. In: TEUBNER, Gunther. **Network as Connected Contracts**. Oxford: Hart Publishing, 2011, p.1).

[96] O pensamento de WILLIANSOM será analisado com maior cuidado posteriormente, porem desde já deve-se definir meios híbridos como um ponto intermediário entre os duas principais mecanismos de governança aplicáveis a uma transação: o mercado e a hierarquia (empresa). Nos meios híbridos tem-se a combinação da autonomia das partes com a instituição de salvaguardas específicas para aquela transação. Nesse sentido ver: WILLIAMSON, Oliver E. **The Mechanisms of Governance**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 378.

Por fim, dada a polêmica que envolve a questão, deve-se abordar, mesmo que superficialmente, o tema da Análise Econômica do Direito (AED), ressalvando-se que não se objetiva uma análise exaustiva.

Deve-se separar a importância de um trabalho interdisciplinar com a Economia, em especial no âmbito do Direito Empresarial, da aplicação de uma determinada metodologia ou forma de pensamento. Portanto, a premissa que se adota é a de que o presente estudo jurídico será bastante enriquecido com aportes econômicos. Afinal, as análises no âmbito do Direito Empresarial são enriquecidas pelo conhecimento dos comportamentos típicos e da racionalidade esperada do empresário no sistema de mercado atual. Pode-se afirmar que observar e compreender a realidade que se está a regular é um aspecto importante tanto para a construção de normas mais eficazes e justas, quanto para uma construção teórica mais precisa e adequada. A defesa da necessidade de uma teoria jurídica do conhecimento econômico, já que cabe ao Direito e não ao mercado a valoração do comportamento humano, não implica o abandono das ferramentas analíticas desenvolvidas pela teoria econômica no âmbito da regulação do mercado[97]. No âmbito do Direito Empresarial, a teoria econômica pode contribuir de forma decisiva para que o jurista conheça a realidade que se procura normatizar[98].

Portanto, a interdisciplinaridade entre Direito e Economia no contexto dos contratos empresariais não faz tábula rasa de quaisquer das premissas que esses campos científicos partem. É, em realidade, o reconhecimento da urgente necessidade de sensibilidade nas decisões judiciais para o cada vez mais crescente aporte social e econômico que demandam os contratos empresariais, dadas as peculiares e complexas situações modernas. Ademais, a constitucionalização efetiva do Direito Contratual exige essa construção, como se verificará durante este trabalho.

Quanto ao que se denomina AED, fazem-se necessários alguns esclarecimentos. A AED é um movimento teórico que comporta diversas formas de

[97] Essa é posição defendida por Calixto SALOMÃO FILHO. Para uma defesa de uma teoria jurídica do conhecimento econômico ver: SALOMÃO FILHO, Calixto. Globalização e Teoria Jurídica do Conhecimento Econômico. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (coord). **Direito Global**. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 259-268. Para uma análise da importância das ferramentas econômicas no Direito concorrencial ver: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial:** as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003, p.42-51.

[98] Aqui não se está afirmar que o comportamento e as decisões do empresário são motivadas exclusivamente por questões econômicas e tampouco que a motivação econômica é sempre racional no sentido neoclássico. Apenas se está a afirmar que as motivações econômicas dos empresários representam um papel importante no processo de decisão do empresário. Como indicado no texto a definição do que seria essa motivação econômica depende da corrente teórica que se adota dentro da economia.

pensamento e que não deve ser entendida como uma expressão unívoca[99]. Entretanto, tem-se criticado bastante a AED com base em uma identificação direta com a proposta teórica defendida por Richard POSNER. A proposta epistemológica de POSNER[100], em linhas gerais, é a utilização da noção do conceito de Kaldor-Hicks[101] de eficiência como o objetivo viável para o Direito. A posição defendida por POSNER atualmente é resultado da reconstrução da sua teoria, inicialmente abandonando o papel da maximização da utilidade como objetivo do Direito para substituí-lo pela maximização da riqueza[102]. Posteriormente, POSNER passou a defender como o objeto apenas parcial do ordenamento a maximização de riqueza na mencionada acepção de Kaldor Hicks.

Contudo, tem-se uma grande diversidade de caminhos teóricos disponíveis para que se construa uma ligação entre Direito e Economia[103]. A teoria econômica, como o Direito, é formada por diversas perspectivas teóricas e não apenas por

[99]Essa posição é defendida por diversos autores, dentre ele ver MACEDO JUNIOR, que afirma: "A relação entre a Análise Econômica do Direito e a teoria do direito não se estabelece em um só registro ou dimensão. Aliás, como vem sendo cada vez mais acentuado na literatura que trata da AED, está muito longe de ser correto afirmar que há um acordo monolítico entre os diversos autores que se alinham nesta tradição ou movimento." (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. POSNER e a Análise Econômica do Direito: da rigidez neoclássica ao pragmatismo frouxo. In: LIMA, Márcia Lúcia L. M. Pádua. **Agenda Contemporânea**: direito e economia: trinta anos de Brasil, tomo I. São Paulo: Saraiva, 2012, p.262-263).

[100]Nesse sentido afirma POSNER: "A análise econômica do direito tem consideravelmente provocado polêmica, não são apenas advogados que desaprovam que a lógica do direito possa adentrar a esfera da economia. Uma crítica recorrente é a de que as regras da economia são tão repulsivas que seria inconcebível a sua aceitação pelo ordenamento jurídico, já que a lei reflete e reforça as normas sociais fundamentais. Mas estaria o conceito de eficiência Kaldor-Hicks tão distante de tais normas? O referido conceito faz parte do sistema ético de nossa sociedade orientada pelo mercado, e pode ser aquele que domina a lei e os tribunais, visto que estes últimos são incapazes de buscar de forma outros objetivos que não os orientados pelo mercado. Tradução livre do original: "Economic Analysis of law has aroused considerable antagonism, and not only academic lawyers who dislike the thought that logic of the law might be economics. A recurrent criticism is that the normative underprintings of economic approach are so repulsive that it is inconceivable that the legal system would embrace them, since law reflects and enforces fundamental social norms. Bu is the Kaldor-Hicks concept of efficiency really so at variance with those norms? It is certainly *a* component of the ethical system of our market-oriented society, and it may be the one that dominates the law as administered by the courts because of the courts inability to promote other goals effectively." (POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 8th. ed. New York: Aspen Publishers, 2010, p. 34).

[101] O conceito de eficiência de Kaldor-Hicks afirma que uma determinada política é eficiente mesmo que alguns indivíduos da comunidade afetada tenham perdas, mas desde que os indivíduos que sofreram perda de bem-estar possam em tese ser compensados (basta que a compensação seja possível, ela não precisa ocorrer faticamente) pelos indivíduos que tiveram seu bem-estar aumentado e ainda assim a comunidade tenha um aumento de bem-estar liquido em função da medida em questão. Nesse sentido ver: KALDOR, Nicholas. Welfare propositions of interpersonal comparisons of utility. In: **The Economic Journal,** vol.49, n. 5, Sept.1939, p. 350).

[102] A defesa da maximização da utilidade como objetivo central do Direito pode ser vista em: POSNER, Richard A. **The Economics of Justice**. 2ª e.d, Cambridge: Harvard University Press, 1983, p. 88-115. Já a defesa da maximização da utilidade pode ser vista em: POSNER, Richard A. **The Problems of Jurisprudence.** Cambridge: Harvard University Press, 1993, p. 353-382. Por fim a posição atual pode ser encontrada em: POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 8th. ed. New York: Aspen Publishers, 2010, p. 29-35. Para uma análise crítica desse movimento ver: COLEMAN, Jules. Efficiency, and wealth maximization. In: COLEMAN, Jules. **Markets, Morals, and the Law**. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 95-132. No direito brasileiro ver SALAMA, , Bruno Meyerhof. Apresentação. In: SALAMA, , Bruno Meyerhof (org). **Direito e Economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 34-51.

[103] Para uma defesa da pluralidade de caminhos ver: KLEIN, Vinícius**.** Posner é a única opção?. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. (Orgs). **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 171-178.

aquela adotada por POSNER. Desse modo, os equívocos de uma perspectiva teórica, dentre as possíveis, não têm o condão de olvidar a busca por ligações interdisciplinares mais ricas.

Um exemplo de caminho alternativo aos abordados até aqui é a abordagem da escola evolucionária ou schumpeteriana a relação entre Direito e Economia. Essa perspectiva tem como ponto de partida o conceito de nexo jurídico-econômico (*legal-economic nexus*)[104], que deve ser entendido como esfera pública na qual o Estado atua de modo a redefinir tanto as normas econômicas quanto as jurídicas. Assim, tanto o Direito quanto a Economia são resultados do mesmo processo de disputa entre poder político e econômico no âmbito social. O objetivo dessa construção é reforçar que o Direito e a Economia não são duas esferas separadas que podem ser analisadas como interdependentes, mas sim resultados desse mesmo processo social de luta pelo poder[105]. Na teoria econômica a proposta evolucionária é dinâmica e multifatorial, avessa a equilíbrios e processos de otimização e focada nos processos de aprendizagem, padrões de co-evolução do Direito e da Economia, em especial nos processo de mudança institucional no âmbito da construção de normas legais[106]. Ora, essa mera enunciação de características gerais é suficiente para que se perceba que não existe caminho único quando se trata de Direito e Economia.

---

[104] O conceito de nexo jurídico-econômico foi desenvolvido por Wareen J. SAMUELS a partir dos seus trabalhos da década de 1970 e tem sido aperfeiçoado pelo autor desde então. O autor o define da seguinte forma: "O nexo jurídico-econômico é uma arena onde o poder econômico é uma alavanca importante para controlar e estender o poder estatal, e o poder de governo, muitas vezes por ser subordinado ao poder econômico, é uma alavanca importante para controlar e estender o poder econômico. O nexo jurídico-econômico é a esfera social onde o poder econômico e o poder politico são aproximados em um processo de mútua definição e limitação." Tradução livre do original: "The legal-economic nexus is an arena in which economic power is important lever for controlling and deploying state power, and the power of government, often because it is subordinate to economic power, is an important lever for controlling and deploying economic power. The legal-economic nexus is the social sphere in which extant economic political power and political power are brought to bear on each other, in the process of mutually defining and limiting each other." (SAMUELS, Warren J. **The Legal-Economic Nexus.** Londres: Routledge, 2007, p. 39).

[105] Nesse sentido afirma o autor: "Os direitos não são produzidos em uma caixa preta chamada governo; e a economia não opera sozinha. Um nexo jurídico-econômico é formado pelo processo em que ambos são simultaneamente (re)determinados. No coração da sociedade e das mudanças sociais (incluindo a mudança jurídica) está o controle e o uso do nexo jurídico-econômico, e no coração deste está o exercício do governo, do poder e do sistema de crenças. Os fundamentos do nexo jurídico-econômico não são tão simples e óbvios como quando contemplados por aqueles que veem a política e a economia como esferas pré-existentes e auto-subsistentes." Tradução livre do original: "Rights are not produced in a black box called government; and the economy does not operate on its own. A legal-economic nexus is formed by the process in which both are simultaneously (re)determined. At the heart of society and of social (including legal) change is control and use of the legal-economic nexus, and at the heart thereof is the exercise of governance, power and the belief system. The fundamentals of the legal-economic nexus are not as simple and as obvious as contemplated by views that maintain the polity and economic are preexistent, self-subsistent spheres." (SAMUELS, Warren J. **The Legal-Economic Nexus.** Londres: Routledge, 2007, p. 36-37).

[106] Para uma apresentação dos fundamentos da relação entre Direito e Economia sob a lente evolucionária ver: SAMUELS, Warren J.; SCHMID, A. Allan; SHAFER, James D. An evolutionary approach to law and economics. In: SAMUELS, Warren J. **The Legal-Economic Nexus.** Londres: Routledge, 2007, p.253-269. Na doutrina pátria ver: MACEDO, Bernardo Gouthier. Economia e Direito: um diálogo entre iguais. In: LIMA, Márcia Lúcia L. M.

Como a expressão AED tem sido tratada como equivalente à construção teórica trazida por POSNER, a fim de evitar confusões nesse estudo, será adotada a expressão Direito e Economia (D&E), significando a construção de pontes teóricas para uma aproximação entre Direito e Economia, mas não restrita à perspectiva de POSNER. Desse modo, não se está a subscrever aqui nenhum tipo de imperialismo metodológico, econômico ou jurídico. Tampouco, está a se propor que o Direito deixe de fazer as valorações que lhe são típicas, preocupação essa apontada, dentre outros, por RIBEIRO[107].

A conclusão parcial aqui apresentada é compatível com a defendida por PERLINGIERI, que afirma:

> "A *economic analysis*, como teoria global do direito conforme uma racionalidade de mercado, postula que todas as avaliações devam se esgotar no perfil econômico. Não é assim: as soluções jurídicas são adotadas sobretudo com base no consenso político, de forma que o <paneconomismo> é desorientador porque desprovido de parâmetros valorativos próprios do ordenamento jurídico. Não se nega que o emprego de esquemas e critérios microeconômicos seja útil, antes de tudo na elaboração das leis. Todavia, é necessária a consciência de que, se é verdade que a análise custo-benefício contribui para realizar a eficiência, esta sozinha não é capaz de representar a especificidade e complexidade da ciência jurídica. Portanto nenhuma postura de exclusão preconceituosa diante da *new law-and-economics literature*, nem mesmo uma sua recepção incondicionada e apressada." [108]

Para evitar os riscos de dominação da teoria jurídica pela Economia, deve-se utilizar uma metodologia interdisciplinar consistente, que permita a utilização correta dos ferramentais econômicos. Nesse sentido também posiciona-se RUZYK[109], ao afirmar a relevância de abordagem de D&E, em especial quando se tratar da

---

Pádua. **Agenda Contemporânea**: direito e economia: trinta anos de Brasil, tomo I. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 213 -229.

[107] Dentre outros pode-se observar a questão acima referida em RIBEIRO: "O discurso contratual renovou-se, assumindo uma argumentação aberta contextualizada, perfeitamente consciente da sua correlação com exigências e variáveis externas. Mas a superação do modelo formal não traz consigo, necessariamente, o reconhecimento da legitimidade de controles normativos. Na verdade, parece claro que o direito dos contratos está hoje sob forte pressão invasiva de uma certa racionalidade econômica. (...) Ora, para que entre o jurídico e o econômico se estabeleça a 'interação circular' necessária estabilidade e equilíbrio geral do sistema, a intervenção constitutiva e reguladora do direito nas estruturas e processos de transações deve fazer-se na sua linguagem própria, sem abandonar sua próprias valorações. Só assim desempenhará, com eficácia, a sua função de instância mediadora entre exigências sociais contraditórias." (RIBEIRO, Joaquim de Souza. Direito dos Contratos e Regulação de Mercado. In: RIBEIRO, Joaquim de Souza. **Direito dos Contratos**: estudos. Coimbra: Almedina, 2007, p.74).

[108] PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.107.

[109] Nesse sentido afirma o autor: "Sem embargo, não resta dúvida de que, em um sistema aberto, não há como se deixar de levar em consideração conceitos e princípios de outros ramos do saber, que influenciam o direito e, dialeticamente, são por ele influenciados. A economia é, por certo, ramo do saber em que essa relação dialética com o direito se mostra de extrema relevância. Em algumas hipóteses, portanto, critérios econômicos podem ser utilizados pelo jurídico em caráter instrumental, especialmente quando o direito deve intervir na racionalidade econômica." (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. A responsabilidade civil por danos produzidos no curso de atividade econômica e a tutela da dignidade da pessoa humana: o critério de dano eficiente. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira et al (org) **Diálogos sobre Direito Civil:** construindo uma racionalidade contemporânea. Rio de Janeiro: Renovar, p. 139).

intervenção do Direito em situações envoltas pela racionalidade econômica, como podem ser considerados os contratos empresariais. Como indicado anteriormente, essa é a proposta aqui apresentada.

Para o presente estudo, bastam essas considerações mais gerais, demonstrando a perspectiva adotada, fundada na inevitabilidade da interdisciplinaridade entre Direito e Economia e no pluralismo metodológico.

Desse modo, pode-se enunciar uma conclusão parcial da presente seção. A disciplina jurídica dos contratos empresariais enfrenta uma realidade a ser normatizada cada vez mais complexa. Os usos e as funções dos contratos empresariais na sociedade atual são cada vez mais amplos e diversos. Esse novo contexto foi acompanhado na teoria econômica pelo surgimento de novos conceitos e mecanismos de análise. A incorporação desses mecanismos no Direito pode significar um aperfeiçoamento da disciplina jurídica desses contratos[110]. Entretanto, deve-se observar que o sucesso dessa empreitada depende da análise das diversas alternativas teórica existentes na Economia e de um juízo efetivamente interdisciplinar. Assim, esse movimento não pode se limitar à incorporação acrítica de determinada corrente teórica econômica e, tampouco, à renúncia à função valorativa inerente ao Direito.

Após essa explanação geral e essa curta incursão interdisciplinar passa-se, na próxima seção deste capítulo, a analisar o contrato empresarial na sua acepção jurídica. Para tanto, vamos analisar a configuração da autonomia negocial na ordem constitucional.

[110]Nesse sentido aponta a Professora Roberta ROMANO da Universidade de Yale no prefácio escrito em 1992 a primeira edição sua obra acerca dos fundamentos do Direito Empresarial: “O Direito Societário passou por uma revolução na última década. Em meio a um período extraordinário de inovação na organização negocial e na atividade aquisitiva, a academia jurídica foi transformada pelo uso de um novo aparato analítico da economia das organizações e das finanças corporativas modernas. Esse aprendizado já causou, e continuará causando, um impacto profundo na prática corporativa e, consequentemente, no estudo do Direito Societário.” Tradução livre do original: “Corporate law underwent a revolution over the past decade. In the midst of an extraordinary period of innovation in business organization and acquisitive activity, legal scholarship was transformed by the use of a new analytical apparatus of the economics of organization and modern corporate finance. This learning has already had, and will increasingly have, a profound impact on corporate practice and, accordingly, on the teaching of corporate law.” (ROMANO, Roberta. **Foundations of Corporate Law**. 2nd. ed. New York: Foundation Press, 2010, p. V).

1.2 **A autonomia privada na ordem constitucional**

O tema da autonomia privada em face da ordem jurídica pátria está entre as questões mais complexas a serem enfrentadas pela teoria jurídica. Apesar de se tratar de tema relevante e conexo ao objeto de estudo, não se pretende, de modo algum, esgotar o tema ou explorá-lo de forma exaustiva. Entretanto, uma excursão direcionada a uma parcela do conjunto de problemas e complexidades inerentes ao tratamento jurídico da autonomia privada é essencial para a consecução dos objetivos aqui delineados.

O conceito de autonomia privada é plurívoco na doutrina nacional. Uma definição bastante adotada no âmbito do Direito Civil é a da autonomia privada como poder de autorregulação jurídica[111]. Como bem aponta RUZYK[112], não se trata de igualar a liberdade no âmbito do direito civil à autonomia privada. Afinal, trata-se de conceito incapaz de apreender todas as possibilidades da liberdade, em especial pela incapacidade de expressar a liberdade positiva ou substancial. Ainda, deve-se apontar a crítica feita por PERLINGIERI[113] ao conceito, optando pela expressão autonomia negocial.

Para fins deste estudo é válida a noção de autonomia privada como espaço de autorregulação, desde que se observe, como aponta MEIRELES[114], que a juridicidade desse regramento não é consequência automática da exteriorização da vontade, mas depende de um juízo de valoração jurídica.

---

[111] Essa é a posição adotada, dentre outros, por AMARAL: "A autonomia privada constitui-se, portanto, em uma esfera de atuação do sujeito no âmbito do direito privado, mais propriamente um espaço que lhe é concedido para exercer atividade jurídica. Os particulares, tornam-se, desse modo, e nessas condições, legisladores sobre seus próprios interesses." (AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: Introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347).

[112] Nesse sentido afirma o autor: "Há, entretanto, considerável dificuldade de se admitir como inserta na autonomia privada também a liberdade substancial. Talvez seja mais adequado reconhecer que a liberdade dos privados pode extrapolar a autonomia privada, mantendo-se, mesmo assim, como dotada de juridicidade. A liberdade é mais ampla que a autonomia. Esta compõe, é certo, uma expressão complexa e relevante da liberdade, mas não parece esgotá-la. É possível, assim, afirmar que a autonomia privada não esgota as possibilidades da liberdade no Direito Civil, seja pela insuficiência para dar conta da liberdade substancial, seja pela dificuldade de dar conta de relevantes expressões de liberdade positiva." (RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s)**. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p.129).

[113] Para PERLINGIERI a expressão autonomia privada pode levar a sérios equívocos, uma vez que hodiernamente não se pode imaginar que a noção de autonomia seja baseada exclusivamente sobre o privado. Portanto, o autor prefere a expressão autonomia negocial. Nesse sentido ver: PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.334-338.

[114] Nesse sentido afirma a autora: "Autonomia privada significa auto-regulamentação de interesses, patrimoniais e não patrimoniais. Trata-se de um princípio que confere juridicidade àquilo que for definido pelo titular para o regramento de seus interesses, por meio das vicissitudes jurídicas relacionadas às situações subjetivas respectivas. Importante ressaltar que esse auto-regramento de interesses somente alça juridicidade porque assim reconhecido pelo mundo jurídico, não simplesmente porque emana da vontade." (MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.74).

Inicialmente, deve-se ressaltar que se trata de conceito fundamental, uma vez que a liberdade de contratar[115] pode ser entendida como o exercício da autonomia privada[116]. Ainda, as transformações pelas quais o Direito Contratual tem passado derivam, em grande parte, das próprias alterações da autonomia privada. Afinal, não seria possível a instituição do modelo social de contrato com a permanência da percepção da autonomia privada que fundamentou o modelo clássico.

Deve-se apontar que o tema é bastante caro à perspectiva teórica do Direito civil-constitucional, sendo que TEPEDINO[117] identifica as transformações que esse conceito sofreu nos aspectos subjetivo, objetivo e formal. No âmbito subjetivo, tem-se a passagem do sujeito abstrato à pessoa concretamente considerada. Já em termos objetivos, verifica-se a prevalência dos interesses existenciais sobre os patrimoniais. Por sua vez, na perspectiva formal, tem-se a forma como mecanismo de proteção dos interesses da sociedade e das pessoas em situação de vulnerabilidade, em vez de ser mera garantia de segurança patrimonial. Essa mudança no aspecto da forma não deve ser vista como uma valorização do raciocínio formalista, mas sim como uma valorização mais adequada da forma, que pode atender funções relevantes para o ordenamento.[118] Portanto, a autonomia

[115] A expressão liberdade de contratar está sendo utilizada aqui em uma acepção ampla, de modo a englobar tanto o momento de formação do contrato (liberdade de celebrar ou não um contrato com determinada pessoa) quanto a escolha do conteúdo do contrato (chamada pela doutrina de liberdade contratual). Numa acepção mais restrita a liberdade de contratar é entendida como significando exclusivamente o momento da formação do contrato. Essa divisão é adotada por grade parte da doutrina de Direito Civil, pode-se citar, por exemplo, a posição de LOPEZ: "O princípio da autonomia da vontade ou da liberdade de contratar pode ser visto sob três aspectos principais: 1) liberdade de contratar ou não, de participar da celebração de um contrato; 2) liberdade da escolha da outra parte (com quem contratar); 3) liberdade de fixar o conteúdo dos contratos (liberdade contratual)." (LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (coord). **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007 (Série GV Law), p. 10).

[116] Nesse sentido é a posição de HESSE: "A autonomia privada e sua manifestação mais importante, a liberdade contratual, encontram seu fundamento e seus limites na ideia de uma configuração na própria responsabilidade sobre a vida e a personalidade. Estas pressupõem uma situação jurídica e fática aproximadamente igual aos interessados. Onde falta este pressuposto, a autonomia privada de um conduz à falta de liberdade do outro, o fundamento desaparece, ultrapassando todo limite; o equilíbrio indispensável deve, então, ser encontrado de outra forma, pela regulação estatal, cuja eficácia frequentemente requer uma conexão de preceitos do Direito Público e Privado." Tradução livre do original: "La autonomía privada y su manifestación más importante, la libertad contractual, encuentran su fundamento y sus límites en la idea de la configuración bajo propia responsabilidad de la vida y de la personalidad. Presuponen una situación jurídica y fáctica aproximadamente igual de los interesados. Donde falta tal presupuesto, y la autonomía privada de uno conduce a la falta de libertad del otro, desaparece todo fundamento y se traspasa todo límite; el indispensable equilibrio debe entonces ser encontrado por otra vía, la de la regulación estatal, cuya eficacia frecuentemente requiere una conexión de preceptos de Derecho Público y Privado." (HESSE, Konrad. **Derecho Constitucional e derecho privado.** Trad. Inácio Gutiérrez, Madrid: Civitas, 1995, p. 78-79).

[117] TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, t. 3, p.13-17.

[118] Para uma discussão acerca da diferença entre forma e raciocínio formalista ver ATIYAH: "Hoje, a racionalidade formal é mal vista pelos advogados; na verdade, é tratada como racionalidade formalística, como se ambas fossem exemplos de algo que varia apenas do ruim ao péssimo. Não nego que há exemplos deploráveis, tanto no direito quanto em outros campos, de racionalidade formalística. Porém, na minha visão, é necessário distinguir a racionalidade formalística da formal. Esta última não é má por si mesma, enquanto aquela é." Tradução livre do original: "Formal reasoning today has a bad name among lawyers; indeed, it is often

privada passa a incorporar diversas questões contextuais, antes incapazes de penetrar a barreira de um conceito tido como neutro e abstrato.

Por conseguinte, apesar do papel fundante atribuído à autonomia privada, ela não é refletida de forma idêntica em todas as situações. A autonomia exercida pelo indivíduo quanto à escolha da forma de remuneração de um contratante não afeta os valores constitucionais da mesma forma que a autonomia exercitada quando da escolha da entidade familiar que se deseja constituir[119].

Na presente tese, o estudo da autonomia privada está restrito ao seu papel como fundamento da liberdade de contratar no âmbito empresarial. A relação entre autonomia privada e liberdade de contratar pode ser observada na definição jurídica de autonomia privada defendida por LOBO[120] como liberdade de constituir uma relação contratual de maneira livre quanto ao conteúdo das obrigações produzidas e ao *nomem iuris* do contrato, em especial na escolha de se constituir contratos típicos ou atípicos. Nessa perspectiva, a autonomia privada tem uma relação bastante próxima com a livre iniciativa inserta na Constituição Federal como um dos princípios da ordem econômica. A livre iniciativa encontra-se prevista no texto constitucional não como um valor absoluto, mas sim como o meio escolhido para organizar a atividade econômica visando a existência digna e a justiça social[121].

O mesmo raciocínio acompanha todas as liberdades constitucionais e o conceito de autonomia privada. No campo do Direito Contratual, a concepção

---

treated as the same thing as formalistic reasoning as though these were both examples of bad reasoning ranging merely from the bad to the very bad. I do not deny that there are many examples, both in law and elsewhere, of formalistic reasoning which is indeed deplorable. But in my view we ought to distinguish between formal reasoning and formalistic reasoning. Formal reasoning is not *per se* unjustified or wrong, though formalistic reasoning is." (ATIYAH, P. S. Form and substance in legal reasoning. In: MACCORMICK, Neil; BIRKS, Peter (Org.). **The legal mind**: Essays for Tomy Honoré. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 21).

[119] Nesse sentido é o entendimento de PERLINGIERI referindo-se a expressão autonomia negocial: "Não é possível, portanto, um discurso único sobre a autonomia negocial: a unidade é axiológica, pois unitário é o ordenamento centrado no valor da pessoa humana, mas é justamente essa conformação do ordenamento que impõe um tratamento diversificado para os atos e atividades que, de modo diferenciado, tocam os referidos valores e regulamentam situações ora existenciais, ora patrimoniais, ora umas e outras." (PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.349-350).

[120] Nesse sentido afirma LÔBO:"A autonomia privada no sentido jurídico pressupõe o exercício de três liberdades interligadas: a de escolher o outro contratante, a de escolher o tipo contratual e a de determinar o conteúdo do contrato." (LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições Gerais dos Contratos Cláusulas Abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p.11).

[121] A Constituição Federal dispõe: "Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei." (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 2012, p. 121).

clássica e absoluta da autonomia privada encontra-se ligada às teorias subjetivas do contrato, que fundam a obrigação de contratar na vontade das partes. As transformações da autonomia privada implicam a rejeição das teorias subjetivas extremadas[122]. O modelo contratual clássico é um modelo fundado essencialmente no papel da vontade como fonte das obrigações contratuais.

A autonomia privada pode ser analisada em dois momentos, como apontado por RIBEIRO[123], com maior densidade e com um maior espaço de liberdade quanto à decisão de contratar ou não, e com menor densidade e menos espaço para a vontade quanto às consequências jurídicas do conteúdo do contrato. Deve-se apenas observar que mesmo a liberdade de contratar não é absoluta, basta ver que a recusa de contratar em determinadas situações pode caracterizar, no âmbito administrativo, infração contra a ordem econômica[124] de acordo com o art. 36, XI e XII da Lei de Concorrência (Lei 12.529/2011)[125]. Ainda, mesmo no âmbito do Direito Civil, a aplicação do princípio da proibição de comportamento contraditório pode restringir a decisão de contratar ou não contratar[126], o que já levou a jurisprudência a

[122] Nesse sentido afirma MEIRELES: "Autonomia privada significa auto-regulamentação de interesses, patrimoniais e não-patrimoniais. Trata-se de um princípio que confere juridicidade àquilo que for definido pelo titular para o regramento dos seus interesses, por meio de vicissitudes jurídicas relacionadas às situações subjetivas respectivas. Importante ressaltar que esse auto-regramento de interesses somente alça juridicidade porque assim reconhecido no mundo jurídico, não simplesmente porque emana da vontade."(MEIRELES, Rose Melo Vescenlau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.74).

[123]Nesse sentido afirma o autor: "O espaço de autodeterminação, no sentido de um poder de livre decisão exclusivamente segundo a própria vontade, restringe-se aqui a liberdade de não contratar. (...) Mas a autonomia plena acaba aí, pois, quanto à positiva criação de situações contratuais, o poder jurisgênico é sempre por definição, um poder compartilhado e, nessa medida um poder limitado. (RIBEIRO, Joaquim de Souza. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. 1. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p.62).

[124] Para uma analise doutrinária da recusa de contratar no Direito Concorrencial brasileiro ver: SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito da Concorrência e Obrigação de Contratar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 92-96.

[125] A Lei 12.529/2011 dispõe: "Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. (…)§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (…)XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;". (BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1nov. 2011).

[126] Nesse sentido tem-se a análise feita por SCHREIBER da ruptura das negociações preliminares e da proibição de comportamento contraditório: SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório:** tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.249-251.

determinar a ilicitude da recusa de renovação pela seguradora em contratos de seguro de vida[127].

Desse modo, apesar do exercício da autonomia privada como liberdade de contratar no âmbito empresarial ter significância constitucional, ela não está imune a uma análise funcional em concreto acerca da compatibilidade com os valores constitucionais. Assim, para que se compreenda o papel da autonomia privada nos contratos empresariais, faz-se necessário um estudo da ordem econômica constitucional.

A ordem econômica constitucional deve ser interpretada sob a perspectiva da adoção de um sistema de mercado preocupado com a busca de objetivos não exclusivamente econômicos, tais como a busca do pleno emprego, a justiça social e o tratamento privilegiado à pequena empresa[128]. Assim, o que o art. 170 da Constituição Federal veda são as posições extremadas, seja uma total ausência do Estado na vida econômica, seja uma presença estatal dominante que retire da vida econômica o papel do agente privado na condução da organização econômica. Qualquer política que não caia nesses extremos dificilmente seria considerada inconstitucional. A forma e a intensidade da intervenção do Estado na ordem econômica é uma decisão que se dá, mesmo que dentro dos limites legais, no

---

[127] Como exemplo tem-se o seguinte julgado: APELAÇÕES CÍVEIS. SEGUROS. AÇAO COMINATÓRIA C/C PLEITO INDENIZATÓRIO. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. RECUSA IMOTIVADA DE RENOVAÇÃO. CONTRATO RENOVADO POR MAIS DE 30 ANOS. DANOS MORAIS NÃO CARACTERIZADOS. PARCIAL PROCEDÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. É abusiva a cláusula que prevê a possibilidade de não renovação da avença firmada entre as partes, ainda mais considerando que o pacto está em vigência há mais de 15 anos. O contrato de seguro de vida é de trato sucessivo, a renovação automática da apólice é da natureza do negócio, por isso a intenção de não renovar viola os princípios da boa-fé objetiva e da segurança nas relações jurídicas, com ofensa, ainda, às regras consumeristas. A renovação do contrato deve ser mantida nos moldes originalmente contratado pelas partes. No tocante ao pedido de indenização pelos danos morais, alegadamente sofridos pela autora, a situação retratada não leva ao reconhecimento da indenização postulada. Não demonstrada a existência de conduta ilícita - requisito essencial da responsabilidade civil - não há falar em dever de indenizar por parte da demandada. Condenação sucumbencial mantida na proporção em que estabelecida, observado o decaimento das partes. Realização de depósitos incidentais do prêmio, cujo levantamento poderá ser pleiteado pela seguradora, não havendo falar em garantia ao recebimento de eventuais prêmios não pagos pela recorrida desde o cancelamento da apólice. PRELIMINAR REJEITADA. APELOS DESPROVIDOS. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70032474215, Quinta Câmara Cível. Relator Desembargador Romeu Marques Ribeiro Filho, Porto Alegre, 24 de novembro de 2010. Diário de Justiça 01 dez. 2010).

[128] Nesse sentido é a posição de CABRAL DE MONCADA: “A subordinação do poder econômico ao político subentende, como se disse, um conjunto de providências de política econômica em várias frentes estratégicas destinadas não apenas a evitar certo tipo de crescimento, reputado inconveniente, do poder econômico privado, que a não ser assim se constituiria, na perspectiva constitucional, como um centro autônomo de decisão ao mais alto nível, movido por objetivos próprios à revelia dos objetivos programáticos que a constituição assinala, mas também a colocar as opções constitucionais em matéria de modelo econômico sob o veredicto da vontade popular democrática. Trata-se, pois de subordinar ao poder publico democrático quer o poder econômico privado quer o público.” (MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p.200).

âmbito da formulação de políticas públicas[129], ou seja, por meio de escolhas legislativas. Portanto, a ordem econômica institui um sistema de mercado com alguma intervenção estatal que deve atender determinados objetivos constitucionais, para além disso, extrapola-se o âmbito constitucional.

A Constituição de 1988 é obra de um compromisso entre diversos setores da sociedade brasileira. A adoção de princípios gerais amplos e potencialmente conflitantes é um sintoma disso. Cabe ao intérprete procurar dar efetividade ao texto constitucional e, para tanto, a busca de uma harmonia entre os diversos princípios da ordem econômica é uma tarefa que não pode ser olvidada.

Desse modo, não se deve interpretar os princípios sociais, como a função social da propriedade dos meios de produção, na contramão da livre iniciativa, objetivando neutralizá-la[130]. Afinal, nessa hipótese ter-se-ia um ponto de partida para que se reconstrua o sistema jurídico pátrio, excluindo-se qualquer forma de sistema de mercado. Assim, o fato de que não se escolheu qualquer sistema de mercado, mas sim aquele que seja capaz de conjugar o capitalismo com o respeito aos direitos sociais deve ser entendido como um comando para que a sociedade e os operadores jurídicos procurem ajustar e aperfeiçoar o sistema de mercado.

Esse projeto constitucional traz ínsita uma tensão entre os princípios de matiz liberal e os de origem social, que permeia a ordem econômica e não pode ser resolvida de forma adequada num plano abstrato. A teoria constitucional contemporânea trata o conflito entre princípios como algo natural e que não impede a solução de determinado caso concreto[131]. Assim, essa tensão é um desafio permanente a ser administrado casuisticamente.

---

[129] Cabe aqui um esclarecimento, a conformação da ordem econômica constitucional é uma questão jurídica, bem como a definição dos seus limites. Todavia, uma definição abstrata e geral de qual seria o instrumento mais adequado para que o sistema de mercado chegue a determinado objetivo constitucional, como por exemplo o pleno emprego ou a redução das desigualdades regionais não encontra definição na Carta Constitucional. A escolha dos instrumentos adequados de política econômica em geral e do grau preciso de intervenção estatal em determinado setor da atividade econômica não deve se dar no âmbito constitucional.

[130] A possibilidade de restrição à livre inciativa não deve ser entendida como a possibilidade de afastá-la em qualquer situação, como já apontou o próprio Supremo Tribunal Federal: "A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170. Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 422.941, Segunda Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, Brasília, 05 de dezembro de 2005. *Diário de Justiça*24 mar. 2006).

[131] Existem diversas teorias que tratam do conflito de princípios. Dentre as mais proeminentes destaca-se a de ALEXY que trabalha com o sopesamento dos princípios de modo a determinar as relações condicionadas de precedência. Trata-se de assunto bastante complexo e lateral ao tema aqui tratado, entretanto representou importante esforço em tentar racionalizar o procedimento de solução de conflitos entre princípios jurídicos a partir da fórmula-peso, traçada em três passos argumentativos que levam o intérprete a desvelar a opção correta no

Essa abordagem pode ser transportada para o âmbito da autonomia privada e da liberdade de contratar do empresário. Afinal, não há como determinar de forma abstrata e *a priori* qual o grau adequado de intervenção estatal na liberdade de contratar. Ainda, o modelo liberal nunca foi delineado como uma expressão absoluta e irrestrita da liberdade de contratar. O modelo social, por sua vez, não pode impor de forma absoluta os princípios sociais, afastando-se qualquer valoração positiva da liberdade de contratar.

A análise de cada caso concreto irá produzir uma fotografia dessa tensão naquele momento e naquele contexto. Desse modo, cria-se um amplo espaço de escolha para as decisões de política pública, que irão determinar qual a maneira e o grau de intervenção do Estado adequados para direcionar as decisões privadas dos contratantes para os objetivos sociais. Deve-se esclarecer que nem sempre as restrições na liberdade de contratar são imputáveis ao Estado. Por diversas vezes entes privados, tais como organismos de classe, reduzem o espaço de liberdade do contratante. Além, por exemplo, das restrições derivadas dos próprios costumes comerciais e de normas internacionais, mesmo que não vinculantes. Todavia, mesmo que não seja a única, a intervenção estatal é uma forma de restrição na liberdade de contratar não escolhida pelas partes, porém bastante significativa.

Ademais, o controle e a revisão dessa decisão pelo Poder Judiciário ampliam o papel da análise jurídica nesse campo. Como bem observa MORAES[132], o equilíbrio entre a criação e o funcionamento de mecanismos que procurem garantir o respeito aos valores fundamentais de uma sociedade e a manutenção de espaços de escolha privada é um dos principais desafios que o Direito enfrenta na atualidade.

Deve-se observar que a noção atual de autonomia privada não se traduz no Direito Contratual pela criação de espaços de não-direito, onde o direito abriria mão da intervenção em nome da prevalência absoluta da vontade[133]. Apesar da estrutura

---

caso concreto. Para uma exposição desse procedimento ver: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90-103.

[132] Nesse sentido afirma MORAES: "O problema maior do direito tem sido exatamente o de estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos e morais nos quais as leis se inspirem, e espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e a condução de sua vida particular, de sua trajetória individual, de seu projeto de vida." (MORAES, Maria Celina Bodin de. O Princípio da Dignidade Humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord). **Princípios do Direito Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 5).

[133] Dentre os autores que tratam do tema destaca-se RODATÁ que ao tratar dos limites do Direito afirma: "O legislador deve adotar, portanto, técnicas diversas, recorrendo cada vez mais a um Direito flexível e leve, que atende a sociedade, promove a independência e o respeito mútuos e, assim, começa a criar princípios comuns. Deve tornar-se consciente dos limites do Direito, da existência de áreas onde a norma jurídica não deve adentrar ou deve fazê-lo com moderação e sobriedade." Tradução livre do original:"Il legislatore deve adoperare per ciò tecniche diverse, ricorrendo sempre più spesso a un diritto flessibile e leggero, che incontra la società, promuove

jurídica de um contrato representar uma transação econômica, a roupagem jurídica exerce um papel tanto de criação de possibilidades (por exemplo, a criação de obrigações juridicamente válidas e executáveis pelo Estado), quanto de restrição de condutas contrárias a ordem jurídica. Assim, como observa ROPPO[134], mesmo que se trate da veste jurídica para uma operação econômica, esta veste define quais os contornos que a operação pode tomar. Por conseguinte, a existência desse substrato econômico não torna a estrutura jurídica meramente passiva ou um simples reflexo do econômico. A vontade dos contratantes deve ser compreendida em termos econômicos para que se proceda de forma efetiva e adequada a inevitável valoração jurídica.

É no momento dessa análise que se observa um dos mecanismos que melhor caracterizam a perspectiva civil-constitucional: o juízo de merecimento de tutela (*meritevolezza*).[135] Tem-se nesse mecanismo uma alternativa para resolver a tensão acima descrita quando da análise do caso concreto.

O juízo de merecimento de tutela é o processo hermenêutico por excelência do Direito civil-constitucional e, portanto, demanda uma análise mais aprofundada. Trata-se de uma análise de conformidade de qualquer fato jurídico[136] com os valores

---

l'autonomia e il rispetto reciproco, e avvia cosi la creazione di principi comuni. Deve divenire consapevole dei limiti del diritto, dell'esistenza di aree dove la norma giuridica non deve entrare, o deve farlo con sobrietà e mitezza." (RODOTÀ, Stefano. **La Vita e le Regole:** tra diritto e non diritto. Milano: Fentrinelli, 2006, p. 58).A construção dos espaços de não direito ocorre no campo existencial, como afirma NAMUR: "Essa é claramente a intenção de Rodotá ao definir um espaço de não direito: um espaço de atuação/decisão que cabe exclusivamente ao indivíduo, relacionado a direitos sem natureza exclusivamente econômica, for a do âmbito mercantil e das relações de troca." (NAMUR, Samir. A inexistência de espaços de não direito e o princípio da liberdade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro (RJ), ano 11, n. 42, abr/jun 2010, p.144).

[134] Nesse sentido afirma o autor: "Resulta claro, desta forma, que o direito dos contratos não se limita a revestir passivamente a operação econômica de um véu legal *de per si* não significativo, a representar a sua mera tradução jurídico-formal, mas, amiúde, tende a incidir sobre as operações econômicas (ou até sobre a sua dinâmica complexiva), de modo a determiná-las e orientá-las segundo objetivos que bem se podem apelidar de políticos *lato sensu*". (ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 23). Em uma passagem posterior o autor reforça a sua posição: "Determinar o regulamento contratual significa, em suma, fixar e traduzir em compromissos jurídicos, os termos da operação econômica prosseguida com o contrato, definir as variáveis que no seu conjunto reflectem a <conveniência econômica> do próprio contrato. Assim, delineado o problema da determinação do regulamento contratual, é claro que, no quadro do mesmo, há uma questão que assume um relevo especial: como se opera essa determinação? E mais precisamente: *a quem compete o poderde operá-la*? Mas esta questão, por sua vez, só pode ser colocada de modo correto e realista tendo presente a substância real do fenômeno contratual, isto é que o contrato mais não é que a veste jurídica de operações econômicas, o instrumento legal para o exercício de iniciativas econômicas" (ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 127).

[135] Nesse sentido afirma PERLINGIERI: "O ato de autonomia negocial não é um valor em si: pode assim ser considerado, e dentro de certos limites, se e enquanto corresponder a um interesse merecedor de tutela."(PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.355).

[136] A compreensão da noção de merecimento de tutela está ligada à definição de fato jurídico para PERLINGIERI que é a seguinte: "O fato jurídico pode ser definido como qualquer evento que seja idôneo, segundo o ordenamento, a ter relevância jurídica. (…) Fato juridicamente relevante não é somente aquele produtor de consequências jurídicas que podem ser bem individuadas, mas qualquer fato, enquanto expressão positiva ou negativa (fato ilícito) de valores ou de princípios presentes no ordenamento." (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 89-90).

constitucionais, o que faz com que a legalidade em abstrato ou o juízo estrutural não sejam capazes de determinar a legalidade do ato. Em outras palavras trata-se de uma negação da verificação da legalidade baseada apenas em regras, em favor de uma interpretação sempre baseada em valores constitucionais, o que é bem retratado por PERLINGIERI[137].

Afinal, por mais que a escolha do legislador materializada na regra infraconstitucional possa ser entendida como um juízo interpretativo acerca dos princípios constitucionais que estão por detrás dela trata-se de juízo meramente abstrato e estrutural. Nesse sentido, a regra é incapaz de garantir a aplicação dos valores constitucionais no caso concreto em todas as situações, o que demanda a possibilidade de revisão numa análise judicial contextualizada e funcional[138].

A análise funcional, por exemplo, que é privilegiada na perspectiva civil-constitucional, favorece o juízo de merecimento de tutela acima descrito.

Deve-se observar que a expressão análise funcional do Direito não é unívoca, podendo ter significados diversos daquele empregado no âmbito do Direito civil-constitucional. Como bem aponta BOBBIO[139], dois significantes bastante comuns são: o uso para significar o meio pelo qual o Direito opera, se repressivo ou promocional e a função do Direito como uma força conservadora ou inovadora na sociedade. Em ambas as hipóteses tem-se uma questão diversa da análise funcional tratada por PERLINGIERI, todavia, em ambos tem-se uma valorização da função promocional do Direito.

---

[137] Nesse sentido afirma PERLINGIERI: "Em um ordenamento no qual o Estado não assiste passivo à realização dos atos dos particulares, mas exprime juízos sobre eles, o ato meramente lícito não é por si só valorável em termos positivos. Para receber um juízo positivo, o ato deve ser também merecedor de tutela (*meritevole*)." (PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 92).

[138] A complexa distinção entre regras e princípios não será abordada na presente tese, em função da sua lateralidade ao tema. Todavia, para uma análise no âmbito do direito constitucional dos conflitos entre regras e princípios ver: SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p.51-56.

[139] Nesse sentido afirma BOBBIO: "A melhor prova do significado diverso com que o termo 'direito' é empregado na análise funcional é dado pela presença constante, no discurso daqueles que se colocaram o problema das funções do direito, dois pares de atributos que são perfeitamente legítimos, mas que, não tendo qualquer correspondência entre si, devem ser explicados pelo significado diverso do substantivo que se referem. A análise funcional, de fato, foi se concentrando, sobretudo, em torno dessas duas ordens de questões: se o direito tem uma função repressiva ou também distributiva, promocional, etc.; se o direito tem uma função de conservação (ou de desestabilização) ou também de inovação (falou-se inclusive de 'função revolucionária' do direito), e dentro de quais limites. As duas questões são diferentes, mesmo que se possa ver um certo vínculo entre função repressiva e conservadora, de um lado, e função promocional e inovadora, de outra. Trata-se, contudo, de um vínculo muito lábil, porque é possível usar o instrumento do direito para reprimir a mudança mas também para promover a conservação; ou para promover a mudança, mas também para reprimir a conservação." (BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função**: novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007, p.108).

Agora deve-se investigar qual seria a diferença entre a análise estrutural e funcional na perspectiva civil-constitucional e qual a razão da prevalência da segunda sobre a primeira.

A análise estrutural, de acordo com PERLINGIERI[140], é a análise do como é, ou seja, dos elementos que estruturam determinado instituto. Por sua vez, a análise funcional diz respeito ao para que serve, ou seja, aos objetivos visados pelas partes com aquela estrutura. Deve-se observar que uma mesma estrutura pode ser utilizada com mais de uma função em contextos diversos. Por exemplo, a estrutura de um contrato típico, como o de compra e venda, pode desempenhar diversas funções em diferentes situações práticas. A análise funcional é a que permite a valoração do comportamento das partes no caso concreto, uma vez que é capaz de identificar os interesses em jogo, seja quando do surgimento do fato jurídico, seja quando da produção dos resultados desse fato.

Ora, assim, observa-se que a superioridade da análise funcional pode ser creditada à sua capacidade de uma análise valorativa mais eficaz, tornando o processo hermenêutico do merecimento de tutela capaz de verificar de forma efetiva se no caso concreto as partes buscaram e/ou atingiram valores ou efeitos condizentes com os valores constitucionais. Por exemplo, no Direito Contratual, como bem observa KONDER[141], a análise funcional torna mais eficaz o processo de interpretação e qualificação do contrato.

Como será aprofundado posteriormente, esse processo hermenêutico, quando aplicado aos contratos empresariais, assemelha-se em alguns pontos à regra da razão[142] (*rule of reason*) do Direito Concorrencial. Afinal, uma mesma

---

[140]Nesse sentido afirma o autor: "O fato jurídico, como qualquer outra entidade, deve ser estudado nos dois perfis que concorrem para individuar sua natureza: a estrutura (como é) e a função (para que serve). (...) Na identificação da função dever-se-á considerar os princípios e valores do ordenamento que a cada vez permitem proceder à valoração do fato. Ao valorar o fato, o jurista identifica a função, isto é, constrói a síntese global dos interesses sobre os quais o fato incide. A função do fato determina a estrutura, a qual segue – não precede – a função. (...) Identificar a função significa considerar seja a composição inicial dos interesses, seja a composição final. (...) A análise funcional do fato é completa quando, além do ponto de chegada (determinação das situações subjetivas programadas no ato: eficácia), leva-se em consideração também, e preliminarmente, o ponto de partida (o estado inicial dos interesses consolidado nas situações subjetivas preexistentes ao fato)." (PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.642-643).

[141]Nesse sentido afirma o autor: "Desse modo, a atenção ao perfil funcional de um negócio jurídico permite um processo de interpretação e qualificação do ato mais eficaz do que o mero exame, de caráter substuntivo, da presença ou da ausência de meros elementos estruturais. Ao enxergar a função específica a ser desempenhada pelo negócio, a determinação de normas a ele aplicáveis – a sua qualificação entre os diversos tipos negociais – assim como a avaliação de merecimento de tutela por parte do ordenamento (*meritevolezza*) tornam-se mais claras e condizentes com os valores do ordenamento." (KONDER, Carlos Nelson. **Contratos Conexos**: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.32-33).

[142] A regra da razão no direito concorrencial determina que a mera prática de condutas que podem configurar ilícitos concorrenciais não é suficiente para uma condenação, deve-se verificar no caso concreto e no contexto

estrutura pode ser ou não merecedora de tutela em situações diversas. Por exemplo, uma cláusula de exclusividade, pode ser caracterizada como uma conduta anticoncorrencial pelo CADE em um contrato de distribuição de uma empresa que detém grande parcela do mercado relevante e uma cláusula idêntica pode ser julgada incapaz de gerar prejuízos à livre concorrência quando imposta por uma empresa com pequena parcela de mercado ou no contexto de um mercado relevante pouco concentrado. Essa comparação, em termos de teoria da argumentação, será feita no terceiro capítulo.

Uma observação relevante diz respeito à maneira pela qual o juízo de merecimento de tutela e a perspectiva funcional promovem uma transformação da autonomia privada. O conflito entre o princípio da autonomia e os demais princípios evidentemente continua a existir, mas a conformação interna da noção de autonomia privada aplicada à situação em estudo[143] internaliza esse choque por meio de uma análise funcional prévia, que em última análise, tem por finalidade evitar qualquer espaço de exercício de autonomia que esteja imune ao juízo de merecimento de tutela[144].

Por fim, deve-se deixar bastante claro que não se trata de ignorar o exercício da autonomia privada, considerando-a como um valor inferior aos demais, mas sim de valorizá-la numa perspectiva funcional, como observa TEPEDINO:

> As liberdades privadas são evidentemente garantidas e prestigiadas pelo projeto constitucional, compondo a ordem pública que reafirma a liberdade na solidariedade, na igualdade substancial e na tutela da dignidade da pessoa humana. Vale dizer, a defesa da solidariedade e da igualdade não pode se restringir ao momento patológico do exercício do direito subjetivo, entrando em cena como limite legal e extrínseco à liberdade, contendo-a na forma da lei, e em geral a partir do binômio

---

daquele mercado relevante se a conduta é razoável, ou seja, se ela é justificada em termos de eficiência ou visa o abuso de poder dominante ou a monopolização e, nesse caso, se tem potencial para gerar danos efetivos à livre concorrência que não possam ser compensados por ganhos derivados da transação. A regra da razão é adotada no direito concorrencial pátrio, mas tem origem no direito norte-americano. Para uma análise no direito pátrio partir da aproximação com o conceito de razoabilidade ver SCHUARTZ, Luiz Fernando. Ilícito Antitruste e Acordo entre Concorrentes. In: POSSAS, Mario Luiz (coord). **Ensaios sobre Economia e Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2002, p.111-118, e no Direito norte-americano ver: HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy:** the law of competition and its practice. 3rd. ed. St. Paul: West Publishing Co., 2005, p. 228.

[143] Apesar de fugir do tema aqui abordado deve-se mencionar que esse mesmo raciocínio aplicado as situações existenciais, por exemplo no campo familiar, gera bastante polêmica, para uma visão oposta a de PERLINGIERI que defende o juízo de merecimento de tutela parta qualquer fato jurídico ver RODOTÁ, que vê nas escolhas existenciais um limite a juridicização da vida cotidiana, criando espaços de não-direito. RODATÀ, Stefano. **La vita e leregole:** tra diritto e non diritto**.** Milano: Feltrinelli, 2006, p. 9-72.

[144] Nesse sentido afirma PERLINGIERI: "Não se pode mais discorrer sobre os limites de um dogma ou mesmo sobre exceções: a Constituição operou uma reviravolta qualitativa e quantitativa na ordem normativa. Os chamados limites à autonomia, colocados a tutela dos contraentes mais frágeis, não são mais externos e excepcionais, mas, antes, internos, na medida em que são expressão direta do ato e de seu significado constitucional."(PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar,1999, p.280).

> dano-reparação, devendo, ao reverso, informar o conjunto de valores que efetivamente definem o quadro axiológico e, portanto, o agir da nossa sociedade.[145]

Assim, o juízo de merecimento de tutela, ao fazer a análise funcional de cada relação contratual, não deve ser entendido como uma negação da livre iniciativa, da autonomia privada ou da liberdade de contratar, mas sim como a valorização de uma conformação de um perfil de liberdade que vai além da liberdade negativa. Nesse sentido, pode-se ver na liberdade de contratar funcionalizada na perspectiva civil-constitucional, tanto o exercício de autodeterminação e desenvolvimento da personalidade por meio da sua celebração, quanto a ampliação das capacidades individuais por meio dos seus efeitos concretos, como aponta RUZYK[146]. Esse incremento nas capacidades decorre do conceito de função como liberdade(s) desenvolvido por RUZYK[147], que traz um perfil intersubjetivo de liberdade, diverso da liberdade do individuo isolado, mas sim dentro de uma relação, como a relação contratual.

Assim, a autonomia privada, como um reflexo – não uma identidade – da ideia de liberdade, também deve ser vista num perfil positivo de ampliação de capacidades e oportunidades, diferenciando-se da noção de mero espaço de não coerção estatal. Afinal, a possibilidade de contratar pode e deve ampliar as possibilidades de ação e trajetória dos indivíduos.

As críticas a essa transformação da autonomia privada são diversas e como não se trata aqui de uma análise que se pretende exaustiva do tema não serão analisadas em sua totalidade.

A primeira questão diz respeito à aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas. A discussão contemporânea tem se colocado

---

[145] TEPEDINO, Gustavo. O Direito Civil Constitucional e suas Perspectivas Atuais. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, t. 3, p.37.

[146] Nesse sentido afirma o autor: "Nessa medida, deve-se compreender a disciplina do contrato como detendo a função de (a) permitir a autodeterminação individual por meio de sua celebração; (b) propiciar, por meio dos seus efeitos, a ampliação de capacidades individuais para a realização daquilo que cada um valoriza (ou seja, ampliação de liberdade como efetividade)" (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)**. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p.275).

[147] A partir do conceito do conceito de sociedade em rede de Norbert ELIAS é que RUZYK desenvolve seu conceito de função como liberdade(s): "É daí que pode emergir a função como liberdade(s), a (re)definir um sentido possível da função dos institutos do Direito Civil: sendo eles vinculados à intersubjetividade travada entre particulares, podem ser eles instrumentos de exercício e de promoção da(s) liberdade(s), assim compreendidas como possibilidades de auto-constituição intersubjetiva – o que pode importar, inclusive a responsabilidade recíproca entre os indivíduos pela liberdade dos outros." (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)**. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 199).

muito mais em como se procede a essa aplicação de forma adequada do que em termos de um problema acerca da possibilidade de aplicação ou não[148].

A segunda, diz respeito à concepção da autonomia privada como algo limitado, ao invés de absoluto, e goza de ampla aceitação doutrinária[149]. Contudo, a localização desses limites, se internos, como defendido aqui, ou externos, ainda gera discussões[150]. A posição de que a autonomia privada somente teria limites externos pode ser atribuída ao receio da imposição de ideários coletivistas nas escolhas individuais. Ora, trata-se de preocupação infundada, uma vez que mesmo com limites internos a autonomia privada e a liberdade individual não deixam de ser privilegiadas.

Nesse sentido, basta retomar a construção de RUZYK, há pouco citada, da imposição de limites à liberdade contratual de modo a proteger a sua função como instrumento de ampliação de escolhas e capacidades. A questão poderia ser aprofundada em termos da complexa discussão filosófica acerca do conceito de liberdade[151]; todavia tal tema foge do objeto da presente tese. Assim, como a autonomia privada foi tratada com vistas especificamente ao Direito Contratual, essas críticas serão retomadas quando da análise do modelo social de contrato na seção 4 deste capítulo.

---

[148] Nesse sentido tem-se a posição de TEPEDINO: "Por tudo isso, mostra-se inquietante que setores nostálgicos do voluntarismo queiram aproveitar a chegada do Código Civil de 2002 para considerar desnecessário, a partir de agora, todo esforço hermenêutico de compatibilização das fontes normativas em torno da Constituição da República. (...) Em primeiro lugar porque a aplicação direta das normas constitucionais não se reduz a uma mera questão de localização topográfica das normas aplicáveis às relações privadas.. Trata-se de uma maneira muito mais ampla, da inserção permanente e contínua de inserção da tábua axiológica constitucional nas categorias de direito privado, processo que se intensifica com o advento de novos diplomas legislativos, codificados e extracodificados." (TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, t. 3, p.17-18).

[149] Nesse sentido é a posição de RUZYK: "Se não é possível pensar, nem mesmo nas origens doutrinárias do Direito Civil Moderno, em uma autonomia privada ilimitada (até porque a base de sua construção é pensada em termos de liberdade negativa, o que pressupõe limites, ainda que, naquele momento histórico, mínimos), com maior razão no Direito Civil contemporâneo identifica-se um conjunto de balizamento dentro dos quais se pode pensar essa autonomia" (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)**. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 124).

[150] A presente questão pode ser observada na questão da função social do contrato. Assim, seria a função social um limite externo ou interno a autonomia privada. A posição defendida pela escola de direito civil-constitucional é a de que se trata de um limite interno, funcionalizando a liberdade contratual. A situação seria diversa se a função social fosse vista como um limite externo. Para uma análise da questão ver: TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Função Social dos Contratos. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, t. 3, p.150-155.

[151] Existem diversas classificações e conceituações da liberdade, para uma análise aplicada ao Direito Civil, fundada precipuamente em Norbert ELIAS, ver: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)**. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 13-78. Dentre as concepções mais recentes da liberdade, que a aproximam da noção de capacidades, destaca-se a proposta de SEN que define liberdade tanto como a não coerção, ou seja, a liberdade de agir e decidir, quanto a existência de oportunidades reais e adequadas, de modo a promover uma expansão da capacidade do indivíduo de levar a vida que deseja. A posição do autor pode ser encontrada em: SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 31-32. A concepção é alvo de diversas críticas, para uma análise dessas críticas ver: PETTIT, Philip. Capability and Freedom: a defense of Sen. **Economics and Philosophy**, Cambridge, v. 17, 2001, p.1-20.

Portanto, pode-se, desde já, afirmar que a autonomia privada continua sendo um princípio basilar do Direito Civil, fundamentando a liberdade contratual. Todavia, um conceito complexo como a autonomia privada demanda uma conceituação histórica e contextualizada. Assim, no Direito contemporâneo não há que se falar em autonomia privada absoluta. Portanto, no âmbito dos contratos empresariais a autonomia privada e a liberdade de iniciativa econômica estão sujeitas aos diversos limites presentes no ordenamento pátrio.

Desse modo, procedeu-se nessa seção ao delineamento da atual conformação da autonomia privada. Assim, pode-se analisar mais especificamente os contratos empresariais. A contextualização dos contratos empresariais no panorama mais amplo do Direito Contratual será feita na próxima seção a partir da discussão acerca da existência de uma teoria geral dos contratos empresariais e, em caso afirmativo, das possíveis consequências dessa afirmação.

1.3 **A questão da teoria geral dos contratos empresariais**

As transformações da autonomia privada discutidas acima afetam todas as relações contratuais, mas seriam os efeitos diversos nas relações de consumo, civis e empresariais? Se sim, como proceder a essa adaptação sem que se retire os avanços obtidos a partir da mudança estrutural na autonomia privada? A hipótese que será discutida nesta seção é a de que uma estratégia possível para evitar que esses avanços tenham os efeitos necessários nas relações empresariais é o uso da teoria geral dos contratos empresariais como um instrumento capaz de impedir esses efeitos. Esse movimento, como se abordará nesta seção deve ser evitado, sob pena de se criar nas relações empresarias uma ilha presa ao modelo clássico de contrato.

Existe aqui uma discussão relevante acerca da existência em primeiro lugar de uma teoria geral dos contratos. Apesar da importância da discussão ela não será objeto de análise, uma vez que os defensores desta perspectiva obviamente discordariam da estratégia em discussão. Assim, é no âmbito dos que pressupõem a possibilidade de uma teoria geral que se pode observar com mais riqueza os argumentos em jogo. Ao optar-se pela discussão da questão da aplicação das mudanças da autonomia privada aos contratos empresarias dessa forma objetiva-se

tratar o tema de forma a abordar a principal fonte de resistência ao modelo social de contrato nos contratos empresariais de longo prazo.

Para que se aprofunde a questão, deve-se investigar o conceito da expressão teoria geral. Apesar da diversidade de opiniões, pode-se adotar a conceituação de REALE[152], que define a teoria geral como a determinação dos conceitos e formas lógicas de maneira global e sistemática. Mesmo que o autor citado esteja a tratar da teoria geral do Direito, a definição citada é aplicável à problemática da teoria geral dos contratos. A característica abstrata e formal de uma teoria geral perpassa tanto a teoria geral do Direito como a teoria geral do contrato.

Já no campo específico dos contratos, deve-se mencionar o entendimento de MESSINEO[153] que, partindo da mesma concepção de teoria geral adotada por REALE, afirma existirem tanto princípios comuns a todos os contratos, como uma natureza e uma estrutura comuns. Portanto, ter-se-iam elementos formais constantes em todos os contratos, sendo que, para a sua identificação, deve-se adotar uma perspectiva abstrata, que tende à redução desses elementos formais a um mínimo comum. Afinal, a análise concreta de cada tipo contratual e da função por eles desempenhada leva, necessariamente, a sua diferenciação.

---

[152] Nesse sentido afirma REALE: "A Teoria Geral do Direito distingue-se da Filosofia do Direito por ser um estudo que por inteiro se desenvolve ao nível das diversas formas do conhecimento positivo do Direito, cujos conceitos e formas lógicas ela visa a determinar de maneira global e sistemática. Suas conclusões não se restringem, pois, à Ciência do Direito, mas devem ser aplicáveis também à Sociologia Jurídica, à História do Direito, etc. Ela é tão positiva como o Direito Positivo, isto é não alimenta qualquer preocupação de indagar das condições ou pressupostos últimos e transcendentais da experiência jurídica, como faz a Filosofia. A Teoria Geral do Direito tem por fim, como se vê, a determinação das *estruturas lógicas da experiência jurídica em geral*, de tal modo que as conclusões, como já dissemos, sejam válidas tanto para o jurista como para o sociólogo ou o historiador." (REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.333).

[153]Nesse sentido afirma o autor: "Antes de tudo, existem princípios comuns a todo contrato, enquanto cada figura de contrato em concreto, somente vendo um conteúdo peculiar, compartilha da mesma natureza e estrutura, que correspondem sempre as mesmas normas. É, este, o aspecto pelo qual cada contrato resulta de elementos formais constantes (paradigma abstrato e geral), porquanto diverso – caso a caso – possa ser a substância de cada figura única. As regras comuns e as regras próprias dos grupos de contratos são, principalmente, de caráter formal, atendendo a elas a estrutura do contrato; e tendem para a uniformidade. As regras específicas de qualquer contrato tendem para a diferenciação. As primeiras estabelecem a afinidade, em virtude (força) das quais, cada único contrato pode reconduzir-se ao esquema de contrato em geral, ou ao grupo do qual faz parte; as segundas estabelecem e conotam características, pelas quais o conteúdo de qualquer contrato é feito inconfundível com qualquer outro" Tradução livre do original: "Anzi tutto, esistono *principii comuni* a ogni contrato, in quanto ciascuna figura di contrato in concreto, pura vendo un suo contenuto peculiare, partecipa di una *comune natura e struttura*, cui corrispondono sempre le medesime norme. È, questo, l'aspetto per il quale ogni contrato resulta da elementi formali constante (*paradigma astratto e generale*), per quanto diverso – caso per caso – possa essere la sostanza di ogni singola figura. (...) Le regole comuni e le regole proprie dei gruppi di contratti sono prevalentemente di *carattere formale*, attenendo esse alla *struttura* del contrato; e tendono verso l'uniformità. Le regole specifiche di ciascun contrato tendono verso la *differenziazone*. Le prime stabiliscono le affinità, in forza delle quali ogni singolo contrato può ricondursi allo schema del contrato in generale, o al gruppo del quale costituisce parte; le seconde stabiliscono i connotati caratteristici, per i quali il contenuto di ciascun contrato è reso inconfondibile con qualsiasi altro." (MESSINEO, Francesco. **Dottrina Generale del Contrato**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1952, p.1).

Portanto, conclui-se que a definição da extensão e do conteúdo da teoria geral dos contratos repousa no campo da análise abstrata, uma vez que a existência de uma teoria geral somente faz sentido nessa perspectiva.

Nesse sentido, poder-se-ia argumentar que o que se busca no modelo social de contrato, e inclusive nesta tese, é uma análise funcional e contextualizada do contrato. Ora, a construção de uma teoria geral dos contratos não impede que os contratos sejam tratados no plano concreto de forma diferenciada[154].

Entretanto, podem ser encontrados princípios e elementos formais comuns a todos os contratos? A resposta a esse questionamento é positiva, sendo que esses princípios e formas conceituais constituem a teoria geral dos contratos. Por exemplo, o conceito de pagamento e os princípios *do pacta sunt servanda* e da função social são válidos para todos os contratos, sejam eles civis, empresariais ou de consumo. A incidência diversa no caso concreto não se deve a elementos formais abstratos diversos, mas a contextos fáticos diferentes.

Assim, o fato de que no âmbito das regras que tratam de cada tipo contratual tem-se uma aplicação diferenciada de cada um desses princípios e conceitos comuns não afasta a existência de uma teoria geral. Afinal, as interpretações diferenciadas, por exemplo, quanto à aplicação da boa-fé objetiva no contrato de franquia, locação residencial e de consumo não elidem a afirmação de que o princípio é aplicável a todos os contratos em questão.

Todavia, deve-se levar em conta a fragmentariedade da teoria contratual contemporânea[155], que pode ser atribuída à perda da referência da teoria geral do contrato fundada no negocio jurídico bilateral e patrimonial, típico do modelo clássico de contrato[156]. O negócio jurídico como conceito formal e abstrato permitiu que se construísse uma teoria extremamente abrangente.

---

[154] Nesse sentido é a posição de MESSINEO: "A possível variedade de conteúdo econômico do contrato faz dele um instrumento flexível e particularmente precioso para a sobrevivência econômica. Mas é óbvio que, variando o conteúdo econômico, varia também a disciplina jurídica particular de determinado contrato. As correspondentes regras jurídicas são, precisamente, inspiradas na peculiaridade e na função econômica de cada contrato." Tradução livre do original: "La possibile varietà di contenuto economico del contrato fa di questo uno strumento flessibile e particolarmente prezioso per levita economica. Ma è ovvio che, variando il contenuto economico, varia anche la disciplina giuridica *particolare* del dato contrato. Le corrispondenti regole giuridiche sono, appunto, ispirate ala peculiarità e funzione economica de ciascun contrato."(MESSINEO, Francesco. **Dottrina Generale del Contrato**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1952, p. 22).

[155] Essa posição é adotada, dentre outros, por: NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato:** novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 31.

[156] Dentre outros, tem-se a posição de FRANCO: "O contrato, como acordo de vontades, é negócio jurídico. Mas não, conforme a nossa posição, qualquer negócio jurídico. O significado mais autêntico de contrato é aquele em que ele se apresenta como subespécie (principal) do negócio jurídico bilateral, patrimonial." (FRANCO, Vera Heleno de Mello. **Teoria Geral do Contrato**: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: RT, 2011, p. 33).

Entretanto, com as mudanças iniciadas a partir da Revolução Industrial, a capacidade de encaixar a realidade nesse conceito abstrato arrefeceu. O que funcionava de forma harmônica com uma economia liberal clássica não resistiu à proeminência do Estado de Bem-Estar Social[157]. A teoria contratual atual não deixa de manter um conjunto mínimo de conceitos e princípios comuns a todos os contratos; contudo, a análise de cada relação contratual é cada vez mais contextualizada e específica.

Dentre as interpretações da perda de significância do contrato clássico na vida cotidiana, destaca-se a posição de GILMORE[158], que anunciou a morte do contrato. Para GILMORE[159] a morte do contrato nada mais é do que a morte do contrato clássico, que deixou de ser capaz de explicar as mudanças econômicas e sociais, já que os indivíduos, em especial os empresários, passaram a constituir relações contratuais que excepcionavam a teoria geral dos contratos então vigente.

Ademais, outro fator apontado por GILMORE[160] para a morte do contrato é a sua incorporação à responsabilidade civil. Essa conclusão deve ser qualificada para que possa ser transposta ao Direito pátrio, uma vez que as fronteiras entre Direito Contratual e responsabilidade civil são diversas no Direito norte-americano[161]. Todavia, para uma parcela da doutrina pátria, também se observa uma aproximação entre a responsabilidade contratual e a extracontratual no Direito brasileiro[162]. Como

---

[157] Essa posição é defendida dentre outros por GILMORE: "O declínio da teoria geral do contrato e do laissez-faire econômico podem ser entendidos como reflexos remotos da transição do individualismo novecentista para o estado de bem estar social." Tradução livre do original: "The decline and fall of the general theory of contract and, in most quarters, of laissez-faire economics may be taken as remote reflections of the transition from nineteenth century individualism to the welfare state and beyond." (GILMORE, Grant. **The Death of Contract**. 2nd. ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995, p. 104).

[158] Esse é o título da sua obra: GILMORE, Grant. **The Death of Contract**. 2nd. ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995.

[159] Nesse sentido afirma o autor: "De maneira inesperada, a teoria geral do contrato gerou problemas no interior da comunidade comercial para aqueles que deveriam por ela ser protegidos. O problema foi que os empresários, para se adaptarem às mudanças, continuaram a fazer as coisas de maneira diferente. A teoria geral necessita que, sempre e em todo o lugar, as coisas permaneçam as mesmas, como, em teoria, sempre foram". Tradução livre do original: "In such unexpected ways did the general theory of contract wreak havoc within the commercial community for whose protection it was, presumably, drawn up in the first place. The trouble was that businessmen, adapting to changing circumstance, kept doing things differently. The 'general theory' required that, always and everywhere, things remain as they had, in theory, always been." (GILMORE, Grant. **The Death of Contract**. 2nd. ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995, p. 37).

[160] GILMORE, Grant. **The Death of Contract**. 2nd. ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995, p. 95).

[161] Para uma comparação entre as categorias Direito contratual brasileiro e norte-americano ver: TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law: um introdução ao direito contratual norte-americano. In: POSNER, Eric. **Análise Econômica do Direito Contratual**: sucesso ou fracasso. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 79-109.

[162] Na doutrina pátria pode-se destacar a análise dessa aproximação feita por MARQUES sob a perspectiva do renascimento do contrato pelo paradigma da confiança: MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado brasileiro: crise de confiança ou de crescimento do contrato? In: MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). **A Nova Crise do Contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: RT, 2007, p. 40-48.

se trata de tema paralelo e complexo ao objeto desta tese o tema não será aprofundado.

Nesse contexto, GILMORE[163] identifica um processo de "desintegração doutrinária", já que uma das grandes conquistas da doutrina jurídica no século XIX e do início do século XX havia sido a criação, em especial no Direito Contratual, de sistemas formais logicamente consistentes.

A obra de GILMORE, apesar de identificar o fenômeno da perda de importância do modelo clássico, não deve ser motivo de esquecimento do Direito Contratual, mas sim do seu ressurgimento em novas bases.

Essa reconstrução é bastante complexa, pois passa pela necessidade de substituição do consentimento e, da vontade, na teoria contratual. O próprio modelo social de contrato, como se verá mais adiante, não significa um abandono absoluto da vontade.

Dentre as alternativas teóricas que tem sido abordas pela doutrina destaca-se a proposta de refundação do Direito Contratual tendo como base a confiança. Essa proposta é defendida a partir da aproximação entre confiança e boa-fé objetiva e instrumentalizada no Direito pátrio através do abuso de direito[164]. Nesse sentido, a tutela da confiança é vista por FACHIN[165] como um novo paradigma do Direito Civil, que tem o potencial de promover a ruptura e a transformação do Direito Contratual clássico.

Contudo, o que se objetiva aqui é apenas ilustrar a necessidade da reconstrução da teoria geral do contrato. Trata-se de tarefa complexa, porém possível e inevitável.

---

[163]Nesse sentido afirma o autor: "Esse foi um estudo do que podemos chamar de desintegração doutrinária, processo com o qual não estamos familiarizados. A redução dos campos básicos da lei para sistemas lógicos e autorreferentes de normas e doutrina foi, como sugiro, a principal realização da jurisprudência no final do século dezenove e início do vinte." Tradução livre do original: "This has been a study in what might be called the process of doctrinal disintegration. The process is one with which we have been, until now, relatively unfamiliar. The reduction of the basic fields of law to self-contained and logically consistent systems of rule and doctrine was, I suggest, the principal feature, as it was the greatest achievement, of our late nineteenth century and early twentieth century jurisprudence." (GILMORE, Grant. **The Death of Contract**. 2nd. ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995, p. 110-111).

[164] Para uma defesa do abuso de direito como cláusula geral de tutela da confiança ver: MIRAGEM, Bruno. **Abuso de Direito**: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas do direito privado. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 157-159).

[165]Nesse sentido afirma o autor: "Nos contratos, há a valorização de elementos como boa-fé e confiança, os quais também revelam uma transformação dessa ordem de idéias. A tutela da aparência confronta-se com aquele ideal abstrato de segurança jurídica que o sistema perseguia, no qual, só excepcionalmente, se admitia a relevância da aparência, em hipóteses previamente regulamentadas como a do credor putativo. Porém, quando a aparência, na verdade, espalha também um estado anterior e está recoberta pela boa-fé a proteção coloca-se acima da suposta segurança jurídica que emana das regras gerais e abstratas." (FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.225).

Agora, a mesma questão deve ser discutida no âmbito da existência de uma teoria geral dos contratos empresariais. A questão não é desprovida de relevância prática e tem consequências diretas sobre o objeto desse estudo. Na doutrina pátria, a questão é colocada em função da maneira pela qual se deu o avanço do modelo social de contrato. Apesar do papel fundacional desempenhado pela Constituição de 1988, a doutrina majoritária apenas se voltou de forma firme a uma nova teoria contratual com a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC)[166].

Nesse sentido, a construção do raciocínio de alguns autores partia do CDC[167], e não da Constituição como fonte da mudança de paradigma contratual. O papel de vanguarda que deve ser atribuído ao CDC não o torna hierarquicamente superior à Constituição Federal e tampouco faz com que os princípios da boa fé, da função social e do equilíbrio contratual tenham uma incidência diferenciada no CDC[168].

Essa é uma estratégia que manteria viva a concepção clássica do contrato como regra geral, o que não se coaduna com a ordem constitucional. Tal situação foi

---

[166]Acerca do pioneirismo do Código de Defesa do Consumidor afirma TEPEDINO *et al*: "Na experiência brasileira, a passagem do modelo clássico para o modelo contemporâneo de teoria contratual, com o consequente surgimento de novos princípios contratuais, tem por referência normativa fundamental a CF de 1988, que consagrou os valores da dignidade da pessoa humana art. 1º, III, CF), da solidariedade social (art. 3º, I) da isonomia substancial (art. 3º, III). Na esteira da nova ordem jurídica assim delineada, personalista e solidarista, promulgou-se o CDC, em 1990, que exprime na disciplina legal dos contratos a nova tábua de valores. A CF e o CDC constituem, pois, marcos dessa transformação. (...) Com o advento do CDC e com a conexão axiológica da disciplina de proteção do consumidor às regras e aos princípios constitucionais, abriu-se caminho para a definitiva consolidação de uma cultura contratual que, sob vários aspectos, é antagônica a cultura voluntarista clássica (MORAES, Maria Celina Bodin de. Prefácio. In: NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006)." (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 2, p. 7).

[167] Essa posição pode ser observada e uma parcela do doutrina consumerista, sobretudo naqueles autores que adotam a metodologia dos microssistemas, como MARQUES, que ao tratar do diálogo entre o atual Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor afirma: "Sem dúvida nem todas as conquistas e desenvolvimentos alcançados no microssistema podem (e devem) ser transpostos para o sistema geral, agora implantado, mas as pesquisas realizadas pelo Brasilcon sobre o avanço da jurisprudência brasileira demonstram claramente: (...) 2) o uso reiterado das cláusulas gerais do CDC para as relações interempresariais permite agora, facilmente transpor esses avanços jurisprudenciais (e as cláusulas consideradas abusivas, por exemplo) para a aplicação do NCC/2002. (...) O CDC não foi incorporado ao NCC/2002 e fica preservado como lei especial, anterior e hierarquicamente superior à maioria das normas do NCC/2002. As antinomias devem ser resolvidas após um exame profundo do campo de aplicação plural, subjetivo e material do CDC. (...) A convergência de princípios e cláusulas gerais entre o CDC e o NCC/2002 e a égide da Constituição Federal de 1988 garantem que haverá diálogo e não retrocesso na proteção dos mais fracos nas relações contratuais." (MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código e Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do "diálogo de fontes" no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 12, n. 45, 2003, p. 98-99.

[168] Essa é a posição de NALIN: "Se o Código de Defesa do Consumidor inicialmente, nesta nova fase da teoria contratual, serviu de mote teórico para o relançamento da boa-fé no direito contratual, não podem a ele ficar restritas sua análise e aplicação, eis que a legislação de consumo, bem como toda a ordem contratual, estão fundadas no principio constitucional da livre-iniciativa, não sendo a conformação daquela pela justiça social (art.170 *caput*) exclusividade do CDC. O fato do consumidor ter expressa referência constitucional (inc. V, art. 170) não transmite as relações de consumo um maior força principiológica, calcada na boa-fé, em face daquelas outras relações denominadas paritárias, até porque a boa-fé não está expressamente anotada na Constituição, sendo ela, todavia, derivada, o que não lhe retira a importância sistêmica e eficácia legal."(NALIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p.129).

bem observada por TEPEDINO[169] ao descrever a necessidade da construção de uma nova teoria contratual constitucionalizada em vez da construção de princípios setoriais.

Entende-se que a posição mais apropriada é a de que não existe uma teoria geral específica para os contratos empresariais. Afinal, o que existe é um contexto específico para a aplicação dos princípios e conceitos da teoria contratual. Nesse sentido, FORGIONI[170], ao defender uma teoria geral dos contratos empresariais, enfatiza a necessidade de um estudo sistemático acerca dos traços comuns e da mecânica dos negócios mercantis de modo a esclarecer dois pontos: por um lado, as especificidades e a dinâmica dos contratos empresariais, e, por outro, as inter-relações entre as normas dos contratos empresariais e o mercado. Os objetivos indicados por FORGIONI podem ser atingidos sem a necessidade de se definir uma teoria geral dos contratos empresariais.

A ausência de uma teoria geral dos contratos empresariais não impede que se afirme que estes constituem categoria autônoma, diversa dos contratos de consumo e civis. O processo hermenêutico, realizado a partir de um contexto negocial, é efetivamente diverso da interpretação feita em uma situação de ausência de lucratividade e fora da atividade empresarial. Contudo, a concepção da teoria geral aqui adotada, ao ser mais aberta e principiológica, portanto menos abstrata, não impede que estruturas formais e conceitos abstratos sejam interpretados de forma diversa quando do influxo da realidade fática. Por conseguinte, a posição aqui defendida é a de que os processos hermenêuticos dos contratos empresariais são diferenciados, não em função de normas ou princípios diversos, mas do contexto fático em que eles são aplicados, não havendo que se falar em uma teoria geral dos contratos empresariais.

---

[169] Nesse sentido: "Em conclusão, parece-me chegada a hora de buscarmos a definição de um conjunto de princípios ou de regras que se constituam em normas gerais a serem utilizadas não de forma isolada em um e outro setor, mas de maneira abrangente, em consonância com as normas constitucionais, para que se possa só então, e a partir daí, construir o que poderia ser uma nova teoria contratual, ou – por que não? –, uma teoria contratual revitalizada, constitucionalizada, e até despatrimonializada, relativizada pela tensão dialética incessante entre a produção legislativa e a atividade econômica." (TEPEDINO. Gustavo. As relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.**4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, t. 1, p. 246).

[170]Nesse sentido afirma a autora: "Essa reflexão *global* sobre os negócios mercantis somente se mostra possível mediante a prévia identificação dos *traços peculiares* que imprimem mecânica *comum* a todos eles, ou seja, de diretrizes içadas do *funcionamento próprio* ao sistema de direito comercial. Em outras palavras, é preciso identificar e analisar as semelhanças que os contratos comerciais entre si para que possamos compreender [i] as peculiaridades e o funcionamento dessa categoria autônoma de negócios jurídicos, bem como [ii] o impacto que causam na dinâmica do mercado, influenciando-a e sendo por ela influenciada." (FORGIONI, Paula. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: RT, 2009, p.56).

A análise hermenêutica diferenciada para os contratos empresariais, apesar de essencial não significa a impossibilidade da aplicação dos princípios da função social, equilíbrio contratual e boa-fé, como bem observam RIBEIRO & AGUSTINHO[171]. Se por um lado a aplicação desses princípios não deve afastar a especificidade do contexto empresarial e dos seus elementos, por outro lado essa especificidade deve ser apreendida na narrativa jurídica sob as lentes desses princípios, que são válidos para todos os contratos.

Desse modo, quer se evitar dois fenômenos: a proposição de um microssistema de contratos empresariais com princípios próprios e mais resistente à absorção dos princípios constitucionais; e o esvaziamento de discussões importantes, como a referente as consequências das alterações promovidas na autonomia privada nos contratos empresariais.

Atualmente, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional um Projeto de Código Comercial (Projeto de Lei nº 1.572, de 2011)[172], que identifica como princípios dos contratos empresariais no seu art. 303[173] os seguintes: autonomia da vontade, *pacta sunt servanda*, proteção do contratante em situação de dependência econômica e reconhecimentos dos usos e costumes comerciais.

Esse dispositivo legal, se aprovado, não irá alterar as conclusões aqui expostas. Afinal, a ausência de uma menção expressa aos princípios da boa-fé, função social e equilíbrio contratual não tem o condão de afastar a sua incidência que tem fundamento constitucional, em especial no princípio da solidariedade. Ainda, a enumeração feita não pode ser entendida como exaustiva, mas sim exemplificativa.

---

[171] Nesse sentido afirmam os autores: "A interpretação a ser atribuída aos contratos empresariais externos (não de sociedade) não se iguala àquela atribuída aos contratos comuns, ao menos quando se tem por pressuposto a realização de contratos vinculados ao exercício da empresa, sujeitos a elementos como risco e lucro, partícipes da configuração da atividade empresarial e firmados entre profissionais. A estabilidade dos contratos e do mercado é importante elemento a ser cotejado com a própria ideia de função social do contrato. A interferência do Estado na fixação de seu conteúdo deve ser vista com cautela, e a atuação do Poder Judiciário orientada pelos elementos característicos desse tipo de contrato e da função por ele desempenhada, independentemente da parcial unidade inaugurada pela disciplina dos contratos no Código Civil brasileiro. Porém, princípios como os da boa-fé objetiva e equidade, além do princípio da função social do contrato, podem ser invocados no trabalho de interpretação de qualquer modalidade contratual." (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo. Fundamentos para a Interpretação dos Contratos Empresariais: aspectos jurídicos e econômicos. In: **Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, v. 151/152, jan/dez 2009, p.75).

[172] Quando da última consulta, em 09/02/2013, o referido Projeto, relatado pelo Deputado Vicente Candido encontrava-se em tramitação na Câmara dos Deputados aguardando parecer da Comissão Especial constituída para sua apreciação.

[173] Art. 303. São princípios do direito contratual empresarial: I - autonomia da vontade; II - plena vinculação dos contratantes ao contrato; III - proteção do contratante economicamente mais fraco nas relações contratuais assimétricas; e IV - reconhecimento dos usos e costumes do comércio. (BRASIL. Projeto de Lei nº 1.572, de 14 de junho de 2011.Institui o Código Comercial. Deputado Vicente Cândido. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=15DA90055D92E7DA40F2A43177BA6860.node2?codteor=888462&filename=PL+1572/2011>. Acesso em 06. set. 2012).

O argumento de que as relações contratuais empresariais são formalmente paritárias não pode ter condão de desobrigar a doutrina e a jurisprudência de promover a discussão acerca da nova conformação da autonomia privada aqui indicada[174]. Ademais, como pode se observar pelo próprio Projeto de Código Comercial acima referido as relações contratuais empresariais nem sempre são paritárias, devendo-se proteger o contratante em situação de vulnerabilidade, o que seria instrumentalizado por meio do conceito de dependência econômica.

Para ilustrar a discussão, pode-se analisar a posição de COELHO[175] acerca dos contratos empresariais no mundo globalizado. Afirma o autor que os contratos empresariais, em especial em função do incremento do comércio internacional derivado da globalização, atravessam um momento de maior valorização da ideia de autonomia privada absoluta o que torna as imposições jurídicas na seara do contrato um custo a ser evitado. Ora, essa é a perspectiva que se quer evitar, uma vez que, ao mesmo tempo em que o autor não ignora as mudanças na autonomia privada anteriormente descrita, ele particulariza os contratos empresariais os incluindo num contexto normativo diverso, o que autorizaria a desconsideração dos princípios constitucionais aplicáveis aos contratos.

---

[174]Como exemplo da posição que se quer combater tem-se o seguinte julgado: "DIREITO EMPRESARIAL. CONTRATOS. COMPRA E VENDA DE COISA FUTURA (SOJA). TEORIA DA IMPREVISÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INAPLICABILIDADE.1. Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças. 2. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais. 3. O caso dos autos tem peculiaridades que impedem a aplicação da teoria da imprevisão, de que trata o art. 478 do CC/2002: (i) os contratos em discussão não são de execução continuada ou diferida, mas contratos de compra e venda de coisa futura, a preço fixo, (ii) a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o lucro esperado pelo produtor rural e (iii) a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais do ramo e sabem que tais flutuações são possíveis. 5. Recurso especial conhecido e provido." (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 936741/GO, Quarta Turma, Rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, Brasília, 03 de novembro de 2011. Revista do Superior Tribunal de Justiça, v. 226, p. 552). Apesar de se poder concordar com a conclusão do julgado não se pode dizer o mesmo da com a fundamentação, em especial o trecho grifado.

[175] Afirma COELHO que a globalização traz dois efeitos nos contratos entre empresários: a revitalização da autonomia da vontade e a superação dos usos e costumes, sendo que: "Em relação a primeira constata-se que a ampliação da margem para a livre negociação das partes permite a necessária flexibilização dos custos na busca do preço competitivo no mercado global. As normas jurídicas sobre direitos e deveres dos contratantes reduzem as possibilidades de o empresário compor seus preços, acabam afastando negócios e investimentos e tornam mais cara a vida. Os usos e costumes, por sua vez, necessariamente gerados por uma cultura local, são incompatíveis com o objetivo de criação de um mercado comum. A composição dos interesses entre agentes de diferentes países e a solução de eventuais conflitos não podem guiar-se por padrão próprio à cultura apenas de um deles. Os parâmetros devem ser globais, como a economia. A harmonização do direito-custo é o fim dos usos e costumes como fonte de direito." (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 3, p.23) Para uma crítica a tese de que a globalização significa a perda de relevância dos usos e costumes locais ver: GLITZ, Frederico Zenedin. **Contrato, Globalização e LEX Mercatoria**. Rio de Janeiro: Clássica, 2012, p. 230-300.

Deve-se mencionar que, recentemente, ganhou espaço no Direito pátrio a chamada teoria dos microssistemas[176]. Dentre os adeptos dessa perspectiva destaca-se LORENZETTI[177], que utiliza da metáfora do sistema solar para afirmar que, com a perda de centralidade do Código, houve um fracionamento da ordem jurídica com a criação de microssistemas temáticos, por exemplo, do Direito do Consumidor, da concorrência, da criança e do adolescente, etc. que, apesar de girarem em torno da Constituição – representada pelo sol – possuem órbitas próprias, ou seja, princípios setoriais, o que faz com que os princípios constitucionais, raios solares, incidam apenas de forma indireta e diferenciada sobre cada um deles.

Dentre as críticas a essa posição teórica, destaca-se a análise certeira de TEPEDINO[178], que alerta para o perigo de se construir um sistema jurídico fragmentado, em que os princípios constitucionais dependem da mediação de princípios setoriais para regular os casos concretos. Portanto, a teoria dos microssistemas atentaria contra a unidade do ordenamento e contra a aplicabilidade dos princípios constitucionais às relações privadas.

A tentativa de segregar os contratos empresariais tem semelhanças com a proposta dos microssistemas, apesar do contexto diverso. Assim, pode-se afirmar como conclusão parcial que os contratos empresariais não podem passar imunes às

---

[176] A teoria dos microssistemas é atribuída a Natalino IRTI, que ao tratar da crise do monossistema formado pelo Código Civil, observou a sua substituição por diversos microssistemas de Direito Privado. Nesse sentido ver: IRTI, Natalino. **L'età della decodificazione**. 4ª ed., Milano: Giuffrè, 1999, p. 22-24.

[177] Nesse sentido afirma LORENZETTI: "A ideia de ordenar a sociedade ficou sem efeito a partir da perda de prestígio das visões totalizadoras; o Direito Civil se apresenta antes como uma estrutura defensiva do cidadão e de coletividades do que como 'ordem' social. O Código divide sua vida com outros Códigos, com microssistemas jurídicos e com subsistemas. O Código perdeu a centralidade, porquanto ela se desloca progressivamente. O Código é substituído pela constitucionalização do Direito Civil, e o ordenamento codificado pelo sistema de normas fundamentais. A explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica, semelhante ao sistema planetário. Criaram-se microssistemas jurídicos que, da mesma forma como os planetas, giram com autonomia própria, sua vida é independente; o Código é como o sol, ilumina-os, colabora em suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles." (LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: RT, 1998, p.45).

[178] Nesse sentido afirma o autor: "A Carta constitucional não se constitui em mera Carta política, como querem muitos, configurando-se ao revés no mais importante diploma jurídico dentro da hierarquia do ordenamento. (...) Se tais considerações são verdadeiras – como me parecem – delas resulta a necessidade de moldar as normas legais e contratuais, sobretudo na era das cláusulas gerais, aos valores expressos nos princípios constitucionais – que não são princípios gerais de direito, mas normas jurídicas diretamente aplicadas às relações privadas. É de se controlar, então, a validade científica da afirmação tantas vezes repetida nesse encontro e me nosso meio, segundo a qual o Código de Defesa do Consumidor seria um microssistema. (...) A tese geraria consequências inquietantes. Se admitirmos que cada setor da nossa economia, através de pressões no Parlamento, produza leis com tais características, e que a atividade interpretativa se vincule exclusivamente à tábua de valores setoriais – imaginemos os conflitos de interesses entre fornecedores e consumidores, entre locadores e locatários, entre latifundiários e camponeses e assim por diante –, leis que mais e mais se tornam leis-contratos, leis negociadas, compromissos setoriais, estaremos a admitir uma sociedade inteiramente fragmentada, sem a espinha dorsal de princípios supra-setoriais."(TEPEDINO. Gustavo. As relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil .** 4. ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, t. 1, p. 240-242).

alterações destacadas na seção 2 deste capítulo. Essa constatação não encerra a discussão. Afinal, a mesma autonomia privada funda todas as relações contratuais, bem como diversos princípios contratuais, tem assento constitucional no Direito pátrio.

Essa é a posição de TEPEDINO[179], que trata essa tentativa de isolamento do contrato com relação aos princípios constitucionais do contrato como um movimento que esbarra na unidade do ordenamento. Ainda, a incidência desses princípios deve ser mediada pelo contexto da vida empresarial, em especial o nível de informação dos contratantes e a paridade das relações.

Desse modo, pode-se enunciar como conclusão parcial que inexiste uma teoria geral dos contratos empresariais. Afinal, os princípios que fundamentam o modelo social de contrato tem assento constitucional, não podendo ter a sua incidência afastada em função de supostos princípios setoriais que estariam restritos a determinado microssistema. Assim, na medida em que o modelo social de contrato é válido para todas as relações contratuais não há como se falar em teoria gerais setoriais, que teriam o efeito de limitar a incidência dos valores constitucionais a espaços específicos. Essa situação, repita-se, não significa o desrespeito as especificidades do contexto negocial, que deve ser necessariamente observado na aplicação das normas jurídicas.

Por conseguinte, afastada essa separação construída artificialmente pela doutrina entre contratos empresariais e a teoria geral dos contratos, pode-se analisar de forma detida os impactos do modelo social de contrato nos contratos empresariais.

1.4 **O modelo social de contrato e os contratos empresariais**

Anteriormente, mencionou-se uma mudança em andamento no Direito Contratual: o avanço do modelo social de contrato em detrimento do modelo

[179]A posição do autor pode ser observada no seguinte trecho: “Aplicam-se aos contratos empresariais os mesmos princípios contratuais previstos pelo Código Civil, associando-se à autonomia privada, à obrigatoriedade e à relatividade dos pactos, a função social dos contratos, o equilíbrio econômico e a boa-fé objetiva. Em consequência, todos os instrumentos de controle da autonomia privada – como as cláusulas abusivas (art.187, Código Civil), a revisão e a resolução contratual (art. 317 e 478 do Código Civil) – incidem na vida empresarial, desde que presentes os pressupostos e requisitos técnicos, e tendo-se em conta o nível de informação que dispõe os contratantes na celebração dos pacos.” (TEPEDINO. Gustavo. Contratos Empresariais e Unidade do Ordenamento. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 49, jan/mar. 2012, p. v).

clássico. Esse movimento pode ser analisado a partir da perspectiva da Filosofia da Ciência. Dentre os autores que trabalham essa perspectiva, conforme já indicado na introdução será utilizada a construção de LAKATOS.

Na construção lakatosiana a principal categoria é o Programa de Pesquisa Científica (PPC) [180], que deve ser entendido como um conjunto de regras metodológicas, que garantem um grau adequado de continuidade para uma determinada teoria científica. O PPC é composto de três elementos: uma heurística negativa, que diz quais desenvolvimentos não são aceitos e, portanto, não devem ser trabalhados, e uma heurística positiva, que indica os temas a serem desenvolvidos, bem como um núcleo duro (*hard core*) de premissas que identificam o PPC e são protegidas de questionamentos por uma série de hipóteses auxiliares que compõem o cinturão protetivo do núcleo duro. As hipóteses auxiliares podem ser modificadas sem prejuízo ao núcleo duro. Por exemplo, no PPC civil-constitucional, a heurística negativa impede que os seus adeptos questionem o papel da dignidade da pessoa humana como valor central do ordenamento, o que faria com que uma pesquisa baseada na premissa da eficiência como único valor constitucional relevante fosse rejeitada. As hipóteses auxiliares dizem respeito, por exemplo, ao conceito de dignidade da pessoa humana, uma vez que a mudança do que se entende por dignidade da pessoa humana pode ser operada visando explicar fatos que não se encaixam no modelo teórico, o que aumentaria o poder heurístico do PPC civil-constitucional sem ameaçar a higidez do seu núcleo duro. Um exemplo de heurística positiva é a análise de como a dignidade da pessoa humana influencia as diversas situações concretas.

Assim, a presente discussão pode ser trabalhada a partir do avanço do programa de pesquisa científica representado pelo modelo social de contrato, que passa a prevalecer sobre o PPC defendido pelo modelo clássico de contrato, uma

[180] A posição do autor pode ser observada no seguinte trecho: "é a sucessão de teorias, e não uma única teoria, que é qualificada como científica ou pseudocientífica. Porém, os membros dessas séries de teorias estão conectados pela continuidade que confere a elas o status de programas de pesquisa científicos. […] Programas são formados por regras metodológicas: algumas nos dizem quais caminhos de pesquisa evitar (heurística negativa), outras nos indicam quais caminhos seguir (heurística positiva)." Tradução livre do original: "It is a succession of theories and not one given theory which is appraised as scientific or pseudo-scientific. But the members of such series of theories are usually connect by a remarkable continuity which welds them into research programmes. (...) The programme consists of methodological rules: some tells us what paths of research to avoid (negative heuristic), and others what paths to pursue (positive heuristic). (LAKATOS, Imre. **The Methodology of Scientific Research Programmes**: philosophical papers. Cambridge: Cambridge University Press, 1978, v. 1, p. 47).

vez que, enquanto o primeiro na terminologia desenvolvida por LAKATOS[181] pode ser classificado como progressivo, o segundo encontra-se em um estágio degenerativo. O que é caracteriza um programa de pesquisa científica como progressivo é a sua capacidade heurística, ou seja, a sua capacidade teórica de explicar novos fatos, já num programa degenerativo, a teoria é ajustada de modo a explicar os fatos já conhecidos. Nesta seção, serão analisadas as características de ambos os modelos, bem com o processo de mudança em andamento.

Apesar de se tratar de questão lateral ao tema desta tese, deve-se afirmar que se entende de maior utilidade a discussão da mudança de modelo de contrato em termos da proposta de LAKATOS que da perspectiva de KUHN. As principais diferenças entre as duas propostas filosóficas dizem respeito à análise da mudança nesse âmbito. Enquanto para KUHN[182] a mudança paradigmática acontece em momento de crise com base em uma convenção da comunidade científica que é explicada por fatores externos, para LAKATOS[183] o abandono de um programa de pesquisa científica (PPC) depende da perda da sua capacidade heurística ou

[181] LAKATOS, Imre. **The Methodology of Scientific Research Programmes**: philosophical papers. Cambridge: Cambridge University Press, 1978, v. 1, p. 5.

[182] Nesse sentido afirma KUHN: "Mas debates a respeito de paradigmas não são realmente sobre a habilidade na resolução de problemas, apesar de serem reduzidos a esses termos. Em vez disso, a discussão envolvendo paradigmas deveria, no futuro, guiar pesquisas sobre problemas não resolvidos até então. […] Aquele que aceita um novo paradigma em estágio inicial faz isso desafiando as evidências que existiam previamente. Ele deve ter fé no sucesso do novo paradigma, apenas sabendo que o velho paradigma não pôde explicar alguns problemas. […] Gradualmente, o número de experimentos, instrumentos, artigos e livros a respeito do novo paradigma surgirão. Assim, cada vez mais indivíduos acreditarão na força do novo paradigma, apenas uns poucos antiquados permanecerão defendendo o velho. […] No máximo ele afirmará que todos foram convertidos, já que aqueles que não aceitaram o novo paradigma, por consequência, deixaram de ser cientistas." de: "But paradigm debates are not really about relative problem solving ability, though for good reasons they are usually couched in those terms. Instead, the issue is which paradigm should in the future guide research on problems many of which neither competitor can yet claim to resolve completely. (...) The man who embraces a new paradigm at an early stage must often do so in defiance of the evidence provided by problem-solving. He must, that is, have Faith that the new paradigm will succeed with the many large problems that confronting it, knowing only that the older paradigm has failed with a few. A decision of that kind can only be made on faith. (...) Gradually the number of experiments, instruments, articles, and books based upon the paradigm will multiply. Still, more men, convinced of the new view's fruitfulness, will adopt the new mode of practicing normal science, until at last only a few elderly hold-outs remain. (...) At most he may wish to say that the man who continues to resist after his whole profession has been converted has *ipso facto* ceased to be scientist." (KUHN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions**. 3rd. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p.159).

[183] Nesse sentido afirma LAKATOS: "A ideia de programas de pesquisa científica que competem entre si nos leva ao problema: como os programas de pesquisa são eliminados? Transparece em nossas considerações anteriores que um programa ser regressivo não é mais suficiente para que seja eliminado do que uma simples refutação ou uma crise de Kuhn. Existe alguma razão objetiva para se rejeitar um programa, isto é, para se eliminar seu "núcleo duro" e sua capacidade de construir barreiras de proteção? Nossa resposta revela que tal razão objetiva consiste na existência de pesquisas rivais, o que explica o sucesso prévio de uma delas e a sucede com maior poder heurístico. de: "The idea of competing scientific research programmes leads us to the problem: how are research programmes eliminated? It has transpired from our previous considerations that a degenerating problemshift is no more a sufficient reason to eliminate a research programme than some old-fashioned 'refutation' or a Kuhnian 'crisis'. *Can there be any objective (as opposed to socio-psychological) reason to reject a programme, that is, to eliminate its hard core and its programme for constructing protective belts*? Our answer, in outline, is that such an objective reason is provided by a rival research programme which explains the previous success of its rival and supersedes it by a further display of heuristic power." (LAKATOS, Imre. **The Methodology of Scientific Research Programmes**: philosophical papers. Cambridge: Cambridge University Press, 1978, v. 1, p.69).

preditiva e da sua substituição por um PPC com maior capacidade preditiva. Assim, o processo de mudança é visto como racional e não como um movimento psicológico da comunidade científica.

Outro ponto a ser destacado é o monismo presente na proposta de KUHN, decorrente das suas definições de paradigma e ciência normal. Um paradigma pode ser definido como um modelo teórico aceito pela comunidade científica[184]. Já a ciência normal, como um período em que os cientistas concordam acerca do paradigma dominante[185]. A proposta de LAKATOS melhor retrata momentos de pluralismo teórico.

Na concepção de LAKATOS[186], a competição entre diversos PPC não é vista como um momento excepcional a ser evitado, mas sim como um sinal de progresso científico. Desse modo, não há necessidade de que se tenha apenas um PPC progressivo, podendo haver a coexistência de diversos PPCs, assim classificados.

O referencial lakatosiano indicado retrata melhor o momento vivido pelo Direito Contratual pátrio. Afinal, como bem aponta NEGREIROS[187], há uma convivência entre os princípios clássicos e os princípios do modelo social, mesmo que os princípios clássicos passem a ter uma nova configuração. Essa colocação é compatível com o entendimento aqui defendido, uma vez que os programas

---

[184] KUHN define paradigma como: "paradigma é aquilo com que membros da comunidade científica concordam, e uma comunidade científica consiste de homens que compartilham um paradigma." de: "A paradigm is what the members of a scientific community share, and, conversely, a scientific community consists of men who share a paradigm." (KUHN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions**. 3rd. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p.176).

[185] KUHN define ciência normal como: "O sucesso de um paradigma, no seu início, é meramente uma promessa baseada em exemplos incompletos. A ciência normal consiste na atualização dessa promessa, conseguida por meio da extensão do conhecimento a respeito dos fatos alcançados e das previsões feitas pelo paradigma, por meio do aumento da correspondência entre esses fatos e as referidas previsões e por meio da maior articulação do próprio paradigma." de: "The success of a paradigm – whether Aristotle's analysis of motion, Ptolemy's computation of planetary position, Lavoisier's application of the balance, or Maxwell's mathematization of electromagnetic field – is at the start largely a promise of success discoverable in selected and still incomplete examples. Normal Science consists in the actualization of that promise, the actualization achieved by extending the knowledge of those facts that the paradigm displays as particular revealing, by increasing the extent of the match between those facts and the paradigm's prediction, and by further articulation of paradigm itself." (KUHN, Thomas S. **The Structure of Scientific Revolutions**. 3rd. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1996,p.23-24).

[186] LAKATOS, Imre. **The Methodology of Scientific Research Programmes**: philosophical papers. Cambridge: Cambridge University Press, 1978, v. 1, p. 69).

[187] A posição da autora pode ser observada no seguinte trecho: "Modismo ou não, é certo que, contrariamente ao entendimento de que existiriam razões de sobra para se falar em mudança de paradigma, os novos princípios – como os da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e da função social –, ao invés de significarem um corte em relação ao modelo clássico-liberal de contrato poderiam ser concebidos, na verdade, como um instrumento a serviço do mercado. (...) O embate entre os que pensam estar o modelo clássico de contrato superado em seus elementos essenciais e os que, ao contrário, dão as mudanças ocorridas um sentido de continuidade não é solucionável a luz dos fatos e de uma suposta 'verdade' que os mesmos seriam capazes de revelar. (...) A realidade caracteriza-se, antes, pela alternância entre tendências individualistas e socializantes, ora predominando a liberdade clássica, enaltecida pela eficiência econômica do livre mercado, ora se buscando através de normas cogentes, um controle heterônomo sobre o conteúdo dos efeitos do contrato em vista do ideal de construção de uma sociedade justa e solidária." (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 284-286).

impostos pelos princípios sociais mesmo produzindo uma ruptura do ideal clássico não implicam uma exclusão do consenso e vontade no Direito Contratual, mas demandam uma análise em que se preserva o sistema de mercado a partir de uma intervenção seletiva do Estado para garantir objetivos e interesses indicados na Constituição.

Uma última observação deve ser feita: nenhuma das construções teóricas abordadas tem como foco de análise as ciências sociais, e em especial o Direito. Tanto KUHN quanto LAKATOS constroem suas teorias precipuamente sobre as ciências exatas, o que não impede a sua aplicação nos demais ramos do conhecimento. A aplicação dessas teorias para as ciências sociais aplicadas, como o Direito, deve ser feita a partir da ponderação das origens das referidas construções teóricas. Quando se está a afirmar que o PPC do modelo social de contrato explica melhor a realidade atual está se falar da realidade normativa ou fática? A construção de um PPC no âmbito do Direito não pode ignorar o referencial normativo, o que não significa dizer que se resume a ele. No caso do PPC do modelo social de contrato pode-se afirmar que ele é progressivo tanto com relação às normas positivas quanto com relação ao dia a dia das relações contratuais.

Não se faz necessária aqui uma análise exaustiva das críticas formuladas a essas perspectivas no âmbito da Filosofia da Ciência; todavia, deve-se mencionar a posição de FEYERABEND[188], que defende a ausência de qualquer padrão ou racionalidade nas descobertas científicas, o que torna impossível qualquer critério geral para avaliar os processos científicos. Nessa perspectiva, tanto a proposta de KUHN quanto a desenvolvida por LAKATOS são no mínimo desnecessárias. Apesar da crítica empiricista de FEYERABEND, não se verifica no uso dos conceitos lakatosianos feito na presente tese nenhum risco significativo de racionalismo exacerbado e uma superação do monismo presente na construção de KUHN.

[188] Nesse sentido afirma o autor: “Imre Lakatos foi o único filósofo da ciência a aceitar o desafio de Kuhn. Ele lutou contra Kuhn em seu próprio território e com as suas próprias armas. Admitiu que o positivismo (verificacionismo, falsificacionismo) nem ilumina os cientistas, nem os ajuda em sua pesquisa. No entanto, negou que uma aproximação da história nos force a relativizar todos os padrões. Essa pode ser a reação de um racionalista confuso, que pela primeira vez se depara coma história em seu pleno esplendor, mas, assim, disse Lakatos, um estudo mais minucioso do mesmo material mostra que os processos científicos compartilham uma estrutura e obedecem a regras gerais, uma teoria da racionalidade porque o pensamento entra na história de maneira legal. Em AM [Against Method] e também no capítulo 10 do v. 2 do meu *Philosophical Papers*, tentei refutar essa tese. (...) Nesse caso, uma teoria da ciência é impossível. Tudo o que temos é o processo de pesquisa e, ao lado dele, todos os tipos de regras práticas que *podem* nos ajudar em nossa tentativa de fazer avançar o processo, mas também podem nos levar para o caminho errado.” (FEYERABEND, Paul. **Adeus à Razão**. São Paulo: UNESP, 2010, p. 336).

Desse modo, pode-se concluir que, dentro da moldura lakatosiana, que o PPC representado pelo modelo clássico de contrato atualmente encontra-se em fase degenerativa, uma vez explica cada vez menos a realidade, verificando-se um aumento significativo das exceções das situações não explicadas pela sua heurística. Todavia, o seu núcleo duro ainda mantém-se válido pra alguns pesquisadores. Por sua vez, o PPC representado pelo modelo social de contrato pode ser classificado como progressista, tendo continuamente avançado na explicação das relações contratuais atuais. Nesse contexto, a presente tese procura manter essa tendência ao trazer as relações contratuais empresariais para dentro das hipóteses fundamentais do modelo social de contrato.

Após essa pequena incursão na Filosofia da Ciência, passa-se a descrever os dois modelos de contrato.

O modelo clássico de contrato funda-se precipuamente em quatro princípios básicos: *pacta sunt servanda*, liberdade contratual, igualdade formal dos contratantes e relatividade dos efeitos do contrato[189].

O modelo clássico de contrato é bastante consistente, já que, ao tratar a liberdade de contratar como algo abstrato e ahistórico, permite que a força obrigatória do contrato (*pacta sunt servanda*) independa do contexto concreto, do momento histórico ou de qualquer outra questão conjuntural. Nesse mundo ideal, não há espaço para uma igualdade que não seja meramente formal. Por fim, como a obrigatoriedade do contrato tem fundamento na vontade dos contratantes, os contratos têm efeitos apenas para os contratantes, ou seja, para aqueles que manifestaram vontade[190].

O modelo clássico de contrato, ao consagrar o brocado “o que é contratado é justo”, além de afastar o controle judicial do conteúdo, valoriza a racionalidade dos contratantes, como aponta GLITZ[191]. Nessa construção teórica, a preocupação do

---

[189] Nesse sentido pode-se apontar dentre outros a posição de CORDEIRO: “Para cumprir essa missão de consolidação do capitalismo emergente o contrato é concebido sob quatro princípios básicos: autonomia da vontade (tradutora da liberdade contractual), relatividade dos efeitos do contrato, igualdade formal dos contratantes e estrita observância do que foi pactuado (*pacta sunt servanda*), este ultimo tradutor da impossibilidade de alteração do conteúdo do contrato senão pela vontade dos contratantes (circunstância chamada de intangibilidade contratual’)”. (CORDEIRO, Eros Belin de Moura. **Da Revisão dos Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 11).

[190] Nesse sentido é a posição de MULHOLLAND: “Percebe-se, assim, existir uma íntima ligação entre o princípio da relatividade dos efeitos do contrato e o princípio da autonomia privada, na medida em que aquele que não se manifesta contratualmente, através da sua liberdade contratual e de sua vontade não pode ver-se ligado ao contrato.” (MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.277).

[191] Nesse sentido afirma o autor : “O contrato seria, então, meio seguro para a circulação de riquezas, já que, surgido da vontade dos contratantes, nenhum juízo de valor permitirá a intervenção em seu conteúdo. Seria a

Direito Contratual restringe-se à higidez da manifestação da vontade, uma vez que a partir dela surgem os direitos e obrigações dos contratantes[192].

Deve-se observar que a relatividade dos efeitos do contrato dá-se no plano jurídico, afinal, em termos fáticos, evidentemente o contrato pode afetar terceiros. Portanto, como aponta MULHOLLAND[193], o princípio da relatividade refere-se à eficácia contratual. Assim, o modelo clássico de contrato não negava a possibilidade de efeitos do contrato perante terceiros, já que o seu *locus* não era a inexistência ou a invalidade, mas sim a ineficácia. Portanto, reconhecia-se que os efeitos existem, mas eram tidos como juridicamente irrelevantes.

Por conseguinte, o modelo clássico de contrato é facilmente identificado pelo voluntarismo exacerbado. Como qualquer PPC degenerativo, o modelo clássico passa a identificar mais anomalias e exceções do que explicar a realidade por meio do seu poder heurístico. Nesse sentido, bastaria enumerar as situações em que, para proteger o contratante mais vulnerável, foge-se da abstração do negócio jurídico sempre justo e feito por indivíduos que manifestam de forma igual a sua vontade.

O voluntarismo típico do modelo clássico de contrato representou uma ruptura na evolução histórica do pensamento jurídico e filosófico acerca do contrato, como aponta GORDLEY, já que o Direito Contratual romano era avesso à formulação de uma teoria geral dos contratos[194] e os escolásticos do séc. XVIII rejeitaram os conceitos da filosofia aristotélica. Com a rejeição da construção filosófica grega,

---

consagração máxima da racionalização humana. Os vínculos obrigacionais surgiram unicamente por conta da racionalidade, também por conta dela se poderia afirmar sua estabilidade, segurança e permanência." (GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua conservação**: lesão e cláusula de hardship. Curitiba: Juruá, 2008, p. 31).

[192] Nesse sentido é a posição de TIMM: "Dessa maneira – mantendo e (mesmo expandindo) a construção consensualista dos jusnaturalistas – a preocupação dos civilistas do século XIX era com a gênese do contrato (garantia de emissão da vontade hígida), com a força vinculante dos pactos (pacta sunt servanda) para a garantia da paz social –, o paradigma jurídico do 'dogma da vontade' defendia a vontade ser a única geradora de direitos e obrigações às partes contratantes, deduzindo a estrutura do Direito Contratual." (TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 85-86).

[193] Nesse sentido afirma a autora: "O princípio da relatividade dos contratos tem, portanto, como função limitar o efeito obrigatório do contrato às partes contratantes, ou seja, àqueles que através de um acordo de vontades, manifestam-se no sentido de concluir o contrato. Refere-se, destarte, ao âmbito da eficácia contratual." (MULHOLLAND, Caitlin. O princípio da relatividade dos efeitos contratuais. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.261).

[194] Nesse sentido afirma o autor: "A diferença não está no fato de Aristóteles e Thomas usarem conceitos estranhos aos Romanos. Mas sim no fato de que estes filósofos prestaram atenção a conceitos que auxiliaram na construção de teorias. Os Romanos não estavam interessados em desenvolver tais tipos de teorias, mas em analisar casos concretos". Tradução livre do original: "The difference is not that Aristotle and Thomas used concepts that were wholly alien to the Romans. It is rather that these philosophers paid attention to concepts that were helpful in building theories. The Romans were interested not in building such theories but in analyzing particular legal problems." (GORDLEY, James. **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 32).

baseada na virtude[195], e sem um substituto no Direito romano, a solução encontrada quando do início da sistematização do que viria a ser a teoria dos contratos no século XIX foi a elevação da vontade das partes a norma primordial do Direito Contratual[196]. A novidade trazida pelo modelo clássico de contrato não foi a utilização da vontade como fundamento do Direito Contratual, mas sim a sua utilização como fundamento único**,** desvinculada de considerações acerca de virtude, moral ou justiça[197]. Desse modo, com o colapso da tradição filosófica aristotélica, e com as dificuldades enfrentadas pela tentativa de fundar o Direito na razão, restou à vontade esse papel fundacional.[198]

Já o modelo social de contrato é catalisado pelos princípios da solidariedade contratual, da função social do contrato, da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual. Assim, faz-se necessária uma análise de cada um deles.

A função social da liberdade de contratar no Brasil atualmente tem previsão normativa no art. 421[199] do Código Civil, no capítulo que trata das disposições gerais

---

[195]A posição do autor pode ser observada no seguinte trecho: "Num mundo sem essências, o contrato seria uma ideia infinitamente complicada, cujo conceito demandaria centenas de volumes de leis e milhares de comentários para ser definido. Possivelmente, a maioria da lei contratual foi baseada em caprichos e na imaginação. Na tradição aristotélica, não surgiram tais problemas porque apenas um indivíduo poderia entender a finalidade do homem. A virtude e a moral eram definidas pela relação com o fim último do homem. Nesse sentido, ações morais não dependem de escolha arbitrária de quem formula sua definição. Um indivíduo pode falar não apenas de suas preferências, mas também do exercício de suas virtudes." Tradução livre do original: "In a world without essences contract was an 'infinitely complicated' idea that a 'hundred volumes of laws, and a thousand volumes of commentators have not been sufficient to define. Quite possibly, most of the law was based on fancy and imagination. In the Aristotelian tradition, these problems did not arise because one could speak of an ultimate end of man. Virtues and moral actions were defined by relation to man´s ultimate end. Thus, the definition of a moral action did not depend in the arbitrary choice of the person framing the definition. One could speak not only of preferences, but of the exercise of virtues." (GORDLEY, James. **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 245).

[196]GORDLEY, James. **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 7.

[197]Nesse sentido afirma o autor: "um dos conceitos chave retido por eles foi o da vontade das partes contratantes. Essa definição está tão presente em seu trabalho que a eles é atribuído o desenvolvimento de teorias da vontade nos contratos. A inovação não foi só no sentido da palavra 'vontade', mas pelo seu uso quase que exclusivo." Tradução livre do original: "One of the key concepts they retained was that of the will of the contracting parties. This concept figured so prominently in their work that they are commonly said to have developed 'will theories' of contract. Their innovation was not simply to use the concept of will, but to use it almost exclusively." (GORDLEY, James. **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 161).

[198] Nesse sentido afirma o autor: "historiadores pensavam que os juristas eram influenciados pelos filósofos por causa de um esforço comum em construir uma teoria da escolha humana. Na verdade, eles todos estavam respondendo a um problema comum. O colapso da tradição aristotélica nos séculos dezessete e dezoito não deixou outra maneira de se explicar o direito e a moral. Ninguém poderia dizer que o homem, por meio da razão, poderia escolher as ações que o movem na direção que pertence a ele por natureza. Se a fonte do direito e da moral não pode ser achada na razão, então, parecia que ela poderia ser achada na vontade." Tradução livre do original: "Historians have though the jurists were inspired by the philosophers because of this common commitment to building a theory around the idea of human choice. Actually, they were all responding to a common problem. The collapse of the Aristotelian philosophical tradition in the seventeenth and eighteenth centuries had left no other way to explain law and morality. One could not say that man, through reason, can choose those actions that move him to an end that belongs to him by nature. If the source of law and morality cannot be found in reason, the, it seemed, the source must be the will." (GORDLEY, James. **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 228).

[199] O Código Civil dispõe: "Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função

dos contratos, sem qualquer diferenciação para o tipo de relação contratual. Cabe observar que o artigo indicado não é um marco inaugural da inserção da função social no Direito pátrio – por exemplo ela encontra previsão no art. 170 da Constituição Federal de 1988 –, entretanto, como bem observa TEPEDINO[200], trata-se de um marco de maior agudez e profundidade do tratamento doutrinário e jurisprudencial conferido ao tema .

Na doutrina, discute-se o conteúdo normativo da função social do contrato. Como bem aponta KONDER[201] a função social traz o parâmetro de avaliação da conduta dos contratantes com relação aos interesses da coletividade. Apenas pode ser merecedor de tutela, ou seja, juridicamente válida, a conduta contratual que for exercida de acordo com a sua função social. Essa posição encerra a noção de que a função social é a razão da liberdade de contratar e não um mero limite externo a ela[202].

Segundo NALIN[203], a função social pode ser analisada sob dois prismas: o intrínseco, mais ligado à observância dos demais princípios como a boa-fé objetiva, o equilíbrio contratual e a igualdade material; e o extrínseco, referente à observância dos direitos da coletividade.

---

social do contrato." (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11jan. 2002).

[200] TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Função Social do Contrato. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, t. 3, 2009., p. 145-146.

[201] Nesse sentido afirma o autor: "A distinção entre função social do contrato e causa do contrato, apesar de sua complementariedade, percebe-se pela própria estrutura do mecanismo de avaliação de merecimento de tutela. Se, conforme disposto na lei, a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social, não existe contrato juridicamente protegido que apresente algum tipo de incompatibilidade com essa função social. Consequentemente, deve-se evitar falar de ausência de função social ou, contraditoriamente, de função social ilícita. A função social é o parâmetro avaliador estabelecido pela norma. De outro lado, a causa do contrato, como núcleo funcional do negócio, será objeto de avaliação, podendo-se reputá-la, em concreto, ilícita ou inexistente, e, consequentemente, o ato de autonomia será inapto para produzir efeitos." (KONDER, Carlos Nelson. Causa do Contrato x Função Social do Contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 11, v. 43, jul/set 2010, p.75).

[202] Nesse sentido afirmam os autores: "A função social aqui é definida textualmente como a *razão* da liberdade de contratar. Disso decorre poder-se afirmar que a funcionalização constitui dado essencial à situação jurídica, qualifica-a em seus aspectos nucleares, em sua natureza e disciplina. Informada pela Constituição Federal, supera-se a conceituação da função social como categoria contraposta ao direito subjetivo ou que o delimite apenas externamente. Toda situação jurídica patrimonial, integrada a uma relação contratual, deve ser considerada originariamente justificada e estruturada em razão da sua função social. " (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, v. 2, p.11).

[203] Nesse sentido afirma o autor: "No meu pensar, divide-se a função social em **intrínseca** e **extrínseca**. A primeira, i**ntrínseca**, é relativa observância de princípios novos ou redescritos (igualdade material, equidade e boa-fé objetiva) pelos titulares contratantes, todos decorrentes da grande cláusula constitucional de solidariedade, sem que haja um imediato questionamento acerca do princípio da relatividade dos contratos (...) Seu perfil **extrínseco** (fim coletividade), por sua vez, rompe com o aludido princípio da relatividade dos efeitos do contrato, preocupando-se com as repercussões no largo campo das relações sociais, pois o contrato em tal desenho passa a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica de crédito. (NALIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2006, p.223-224).

É no âmbito extrínseco que se verifica a maior utilidade e significância da função social, já que permite que a função social seja um instrumento para garantir que o juízo de merecimento de tutela do contrato não fique restrito ao interesse dos contratantes, mas alcance também o interesse da coletividade. Nesse sentido é a posição de TEPEDINO[204].

Outra posição a ser mencionada é a de RUZYK[205], que afirma que a função social fundamenta o dever de exercício da liberdade de contratar de modo a atender, não necessariamente de forma absoluta, a liberdade como efetividade, ou seja, o aumento efetivo das capacidades. A noção de liberdade como efetividade defendida por RUZYK procura incorporar no conceito de liberdade, que usualmente tem como foco a liberdade negativa, a noção de capacidades, ou seja, não bastaria estar a salvo de coações ou imposições, um ser livre, além de manifestar a sua vontade sem empecilhos, deve ter opções de conduta e desenvolvimento, ou seja, oportunidade de desenvolver suas capacidades. Nessa construção, a definição de liberdade como efetividade diferencia-se da liberdade de contratar presente no modelo clássico de contrato e passa a adquirir uma conformação solidarista, mais adequada ao modelo social de contrato. Essa concepção é bastante interessante, uma vez que consegue dar maior concretude ao princípio da função social no seu âmbito intrínseco, diferenciando-a dos demais princípios do modelo social de contrato e dando azo a uma análise mais ampla do impacto e da importância da relação contratual para os contratantes.

No âmbito específico dos contratos empresariais, tem-se a posição de FRANCO,[206] que equipara à função social a manutenção do equilíbrio contratual, desde que não se torne um instrumento para remediar erros do empresário. Trata-se de proposição que limita sobremaneira o impacto da função social. Afinal, a

[204]Nesse sentido afirma o autor: "Em definitivo, a função social – elemento interno do contrato – impõe aos contratantes a obrigação de perseguir, ao lado de seus interesses privados, interesses extracontratuais socialmente relevantes, assim considerados pelo legislador constitucional, sob pena de não merecimento de tutela do exercício da liberdade de contratar. Busca-se, nesta direção tutelar com o contrato não apenas os interesses dos contratantes, mas, também o interesse da coletividade." (TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Função Social do Contrato. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, t. 3, p.145).

[205]Nesse sentido afirma o autor: "Nesse sentido, integrar função como liberdade(s) ao fundamento da função social pode conduzir à conclusão de que a liberdade (abstrata) de contratar deve ser exercida (ainda que não exclusivamente) em razão da proteção intersubjetiva e manutenção da liberdade como efetividade." (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)**. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 270).

[206]Nesse sentido afirma o autor: "A função social, no âmbito do contrato, notadamente daquele dos contratos empresariais, é modo ou meio de manter o equilíbrio contratual, em cada caso concreto, evitando o abuso ou excesso arbitrário e sem a devida contraprestação econômica, mas não panaceia a tutelar o desatento ou oportunista." (FRANCO, Vera Heleno de Mello. **Teoria Geral do Contrato**: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: RT, 2011, p.70-71).

concepção de qualquer relação contratual equilibrada atende necessariamente a sua função social representa uma negação dos efeitos extrínsecos desse princípio, aqui indicados como de grande relevância. Portanto, o referido posicionamento não pode ser aceito.

De forma diversa posiciona-se SALOMÃO FILHO[207], que define a função social dos contratos como a proteção dos interesses de terceiros dignos de tutela afetados pelas relações contratuais. A questão passaria a ser como definir quais são esses valores no ambiente empresarial. Para o autor deve-se utilizar o conceito oriundo do Direito alemão de interesses institucionais. No Brasil, dada a ausência de uma previsão legal acerca de quais seriam esses interesses deve-se partir daqueles mencionados na Constituição Federal. A definição mais precisa é relevante, uma vez que permitir o sacrifício da liberdade contratual sem o favorecimento de um interesse efetivamente relevante socialmente seria desastroso. Observa-se que apesar do fundamento teórico diverso e das qualificações feitas o autor não vê uma incompatibilidade entre objetivos distributivos e o Direito Contratual.

O princípio da função social de contratar tem como principal consequência, no âmbito dos contratos empresariais, a possibilidade de se questionar interesses da coletividade ou de terceiros que sejam afetados por um determinado contrato, flexibilizando a concepção clássica do princípio da relatividade dos efeitos do contrato. Desse modo, qualquer avença entre dois empresários que afete interesses como os dos consumidores, trabalhadores, meio ambiente, concorrência, entre outros, pode ser questionada por entidades representativas desses interesses. Nesse ponto, evita-se tanto o risco de tornar a função social um princípio auxiliar da boa-fé objetiva ou do equilíbrio contratual quanto deixá-la sem significância normativa.

Um exemplo ilustrativo do impacto da função social nos contratos empresariais pode ser encontrado nos contratos de distribuição *latu sensu*. Por exemplo, a Lei Ferrari (Lei 6729/1979) no seu art. 5º traz a possibilidade de que o concedente puna, através da imposição de multa, os concessionários que não respeitem a sua área de exclusiva de atuação e venderem produtos fora do seu território. Entretanto, após a alteração promovida pela Lei 8132/1990 e em respeito a função social foi incluída o § 3°, que impede que essa obrigação contratual seja

[207] SALOMÃO FILHO, Calixto. Função Social do Contrato: primeiras anotações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 132, p. 7-24, 2003.

utilizada para impedir o consumidor de adquirir produtos do concessionário que lhe aprouver. Ora, o uso da rede de concessionários para prejudicar os consumidores é comportamento que ofende a função do social do contrato de concessão comercial.

A mudança acima descrita tem efeitos bastante significativos no Direito Contratual, alterando inclusive o tipo de argumentação jurídica utilizada. Todavia, uma análise mais aprofundada será feita no segundo capítulo.

Um segundo princípio que compõe o modelo social de contrato é a boa-fé objetiva, positivada no Brasil no art. 422[208] do Código Civil. O Código Civil, entretanto, não é o primeiro diploma legal a tratar da boa-fé objetiva no Direito pátrio, podendo-se mencionar por exemplo o Código de Defesa do Consumidor. Primeiramente, deve-se diferenciar a boa-fé objetiva da subjetiva. A primeira diz respeito ao comportamento concretamente observado e a segunda à consciência ou à reserva mental dos indivíduos. A definição desse comportamento varia entre os autores. Enquanto NEGREIROS[209] o qualifica como leal e confiável, COUTO E SILVA[210] fala em comportamento cooperativo para com o outro. Para uma definição mais ampla, pode-se citar MARQUES[211], que a qualifica como um comportamento contratual consubstanciado na lealdade e respeito aos interesses legítimos e às expectativas razoáveis do outro contratante, atingindo de modo cooperativo o objeto contratual.

A doutrina brasileira, inspirada nos contornos do instituto no Direito alemão[212], além da boa-fé objetiva como padrão de conduta acima descrita, traz alguns deveres anexos: o dever de informar ou de esclarecimento, o dever de cooperação ou de lealdade e o dever de proteção ou de cuidado. Esses deveres devem ser entendidos como aspectos essenciais de uma conduta que atenda efetivamente às exigências da boa-fé.

Ainda, destaca-se que a incidência da boa-fé é aplicável tanto antes da formação do contrato quando após a sua execução. Ao contrário do modelo

---

[208] Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11jan. 2002).

[209] NEGREIROS, Tereza. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.122-124.

[210] SILVA, Clóvis Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 33.

[211] Nesse sentido afirma a autora: "boa-fé objetiva, significa, portanto, uma atuação 'refletida', uma atuação refletindo, pensando no outro, pensando no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos, suas expectativas razoáveis, seus direitos, agindo com lealdade, sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão ou desvantagem excessiva, cooperando para atingir o bom fim das obrigações: o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses das partes.". (MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 181-182).

[212] Para uma análise da importância do direito alemão na evolução histórica da boa-fé objetiva ver: CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. reimp. Coimbra: Almedina, 1997, p. 162-176.

clássico, em que o único momento juridicamente relevante para a valoração jurídica do contrato era sua gênese, o modelo social do contrato demanda uma análise global da relação contratual.

Nesse contexto, aponta AZEVEDO[213] que a redação do art. 422 do Código Civil institui a boa-fé objetiva como princípio geral do Direito Contratual de forma inadequada, focando exclusivamente nos momentos de conclusão e execução do contrato, entretanto, a boa-fé objetiva tem grande importância nos momentos pré-contratual e pós-contratual. Em todos esses momentos, a boa-fé objetiva pode exercer as funções de diretriz hermenêutica capaz de promover a integração das cláusulas contratais e fundamentar a desconsideração de cláusula contrária a ela pelo Poder Judiciário, mesmo que resultante da vontade das partes.

Desse modo, observa-se que a boa-fé objetiva altera drasticamente o cenário da interpretação dos contratos: um contrato lícito quando da sua formação e execução pode ser considerado ilícito numa segunda análise que leva em conta fatos ocorridos no momento pós-contratual. Um exemplo dessa situação seria uma cláusula de estoque mínimo em contrato de concessão comercial, que, apesar de lícita, após alguns anos de contrato fosse usada de forma desvinculada da sua finalidade econômica. Para isso basta supor que a quantidade a ser mantida em estoque mínimo era aproximadamente igual às necessidades de pronta entrega para o consumidor, que corresponde à sua finalidade econômica. Posteriormente, com uma queda significativa nas vendas dos veículos produzidos pela concedente ela aumentasse ou mesmo mantivesse o número de veículos em estoque. Nesse caso, a cláusula deixa de garantir que uma parte dos consumidores tenha o veículo para pronta entrega e permite que a concedente repasse seu prejuízo para o concessionário. Ora, tal atitude gera um abuso de direito contra a concessionária, que, em função da dependência econômica normalmente observada na relação acaba por aceitar essa condição. Assim, a cláusula antes lícita passa a ser ilícita. As

[213]"Portanto, o art. 422 está insuficiente, pois só dispõe sobre dois momentos: conclusão do contrato – isto é, o momento em que o contrato se faz – e execução. Nada preceitua sobre o que está depois, nem sobre o que está antes. (....) Com relação às *deficiências*, a regra geral da boa-fé tem funções que chamo de 'pretorianas' em relação ao contrato. (...) Essa mesma tríplice função existe para a cláusula geral da boa-fé no campo contratual, porque justamente a ideia é ajudar na interpretação do contrato, *adjuvandi*, suprir algumas falhas do contrato, isto é, acrescentar nele o que não está incluído, *supplendi*, e eventualmente corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido de justo, *corrigendi*. Esse é o papel da cláusula geral de boa fé na fase estritamente contratual." (AZEVEDO, Antônio Junqueira. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil (atualmente, Código aprovado) na questão da boa-fé objetiva dos contratos. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.152/153).

consequências dessa mudança serão abordadas posteriormente, bastando, por ora, o apontamento da situação.

No âmbito dos contratos empresariais a boa-fé objetiva é aplicável, entretanto, respeitando-se o contexto negocial. Afinal, a boa-fé já constava do Código Comercial de 1850[214], mesmo que em contexto diverso. Assim, o grau de esclarecimento presente num contrato entre duas empresas sofisticadas não é o mesmo que o exigido na relação de consumo. Todavia, o comportamento leal, com a disponibilização das informações essenciais à realização do negócio e a conduta cooperativa, de modo a executar o objeto contratual, é claramente exigível num contrato empresarial. Afinal, o respeito aos interesses legítimos e às expectativas razoáveis dos outros contratantes não impede que determinada empresa obtenha lucro ou prejuízo com as transações realizadas.

A boa-fé objetiva, como bem aponta MIRAGEM[215], pode também ser utilizada em conexão com o abuso de direito[216], de modo a caracterizar um ato que ao ser desleal excede a sua finalidade econômica. O Direito Concorrencial tem diversos exemplos desse tipo de conduta, como seria um contrato de fornecimento de matéria prima que tem por objeto uma quantidade superior à capacidade de processamento da empresa e que pretende destruir o excedente com a finalidade exclusiva de aumentar o custo dos rivais.

---

[214] Apesar da menção no art. 131 do Código Comercial de 1850 a boa-fé foi pouco aplicada pela doutrina e jurisprudência na época, seja na acepção objetiva ou subjetiva. Na sua concepção normativa a boa-fé era referida pelo viés subjetivo, entretanto, nada impedira a sua construção hermenêutica como boa-fé objetiva. A posição de que se tratava de mero cânone interpretativa, portanto com função diversa da atual é defendida, dentre outros, por NEGREIROS: "Na verdade, antes mesmo da promulgação do Código Civil, o nosso direito dispunha de uma norma que, em vigor até hoje, contempla em termos explícitos a boa-fé incidente no campo de ação contratual, mas a limita àquela função de cânone interpretativo. Trata-se do já aludido art. 131 do Código Comercial" (NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 74). A análise de que se tratou de disposição normativa pouco aplicada é feita por AGUIAR JÚNIOR: "Basta dizer que o Código Comercial de 1850 já continha regra sobre a boa-fé, que permaneceu letra morta por falta de inspiração da doutrina e nenhuma aplicação pelos tribunais." (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na Relação de Consumo. **Revista do Direito do Consumidor**, n. 14, abr./jun. 1995, p. 22).

[215] Nesse sentido afirma o autor: "A boa-fé apresenta, em matéria de limite ao exercício de direitos, papel fundamental, uma vez que ao ser fonte de deveres anexos como o dever de liberdade, colaboração e respeito às exigências legítimas do outro sujeito da relação jurídica, por evidência lógica limita a liberdade individual do destinatário desses deveres. Este terá, portanto de que exercer os direitos que é titular. Em boa parte, das situações, contudo não há necessidade de recorrer ao abuso para solucionar questões colocadas nesse plano, relacionados a tais deveres anexos. Basta para regular tais situações, o recurso à boa-fé. Em outros, casos, contudo, em que esse comportamento dedicado ou ofensivo ao direito, podem surgir situações em que se deva falar em abuso, não apenas em violação da boa-fé. " (MIRAGEM, Bruno. **Abuso de Direito**: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas do direito privado. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.143).

[216] O abuso de direito encontra-se definido no Código Civil no art. 187:"Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11jan. 2002).

O impacto da boa-fé nos contratos empresarias pode ser observado por exemplo nas situações em que a partir de um pré-contrato um dos empresários faz com que o outro contratante antecipe investimentos ou transfira conhecimentos e, posteriormente, recusa-se a aperfeiçoar a relação contratual. Por exemplo, em acórdão julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo[217] foi observado o descumprimento a boa-fé objetiva em contrato de pré-franquia, quanto uma das partes logo após ter contato com a tecnologia do franqueador recusou-se a celebrar o contrato de franquia, mas passou a usar o know-how adquirido naquele período para encetar atividade concorrente ao franqueador.

Por fim, tem-se o equilíbrio contratual. Dentre os princípios trazidos no bojo do modelo social do contrato, trata-se do que gera maior polêmica quanto ao seu conteúdo, sobretudo nos contratos empresariais.

Como aponta NEGREIROS[218], o princípio do equilíbrio contratual recupera a noção de justo no âmbito do contrato que havia sido extirpada pelo modelo clássico. Deve-se apontar que não se trata de se exigir uma determinada divisão precisa dos ganhos advindos da relação contratual, mas apenas e tão somente de se evitar discrepâncias exageradas ou desproporcionais. Ainda, o modelo de referência para definir o que é proporcional não pode ser uma divisão fixa e imutável, por exemplo, de parcelas iguais para cada caso concreto. O modelo de referência deve surgir a partir da alocação de riscos e da divisão de ganhos, estruturada pelas partes na relação contratual. Afinal, como bem salienta PERLINGIERI[219], o equilíbrio deve se adaptar à situação concreta, e não a situação concreta se encaixar em um modelo teórico e abstrato de equilíbrio.

---

[217] O acórdão foi ementado da seguinte forma: “Franquia Partes que celebraram pré-contrato relativo à produção e comercialização de cartuchos remanufaturados Franqueado que, após o prazo do pré-contrato e aquisição do know-how, recusou-se a celebrar o contrato definitivo, perseverando, contudo, no desenvolvimento da mesma espécie de atividade, sem pagamento dos royalties cabíveis Descumprimento da avença e inobservância da boa-fé objetiva Rescisão que se impõe, com condenação do franqueado ao pagamento de cláusula penal reduzida para R$ 40.000,00 Apelo do réu provido, em parte (reduzir a multa para R$ 20.000,00) e recurso adesivo da autora não provido.” (TJ/SP, Câmara Reservada de Direito Empresarial, Apelação Civil nº 0008489-18.2009.8.26.0032, Rel: Desembargador Enio Zuliani, data do julgamento 08/11/2011).

[218]“Com efeito, a noção de equilíbrio do contrato traz para o seio da teoria contratual a preocupação com o justo, entendido tal valor sob a ótica acima definida, isto é, o justo como sendo um critério paritário como sendo um critério de distribuição dos bens. Justo é o contrato cujas prestações de um e de outro contratante, supondo-se interdependentes, guardam entre si um razoável grau de proporcionalidade. Uma vez demonstrada a exagerada ou a excessiva discrepância entre as obrigações assumidas por cada contratante, fica configurada a injustiça daquele ajuste, exatamente na medida em que configurada está a inexistência de paridade.” (NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p 168-169).

[219]Nesse sentido afirma o autor: “Parece, portanto, possível, sustentar que o equilíbrio se adapte às concretas situações contratuais, segundo se trate de contratos de empresa, do consumidor com função aleatória, divisórios.” (PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 412).

Desse modo, o princípio do equilíbrio contratual caracteriza-se por tratar diretamente do resultado do contrato, sem a necessidade do subterfúgio de pressupor uma vontade viciada ou um procedimento desleal quando o raciocínio feito no caso concreto parte do resultado desproporcional, para depois imaginar que ele somente poderia ser obtido se houvesse havido deficiência na manifestação da vontade ou deslealdade nos procedimentos advindos do contrato. Esse raciocínio é observado em PERLINGIERI[220], que afirma a possibilidade de aplicação autônoma do princípio do equilíbrio contratual, sem a necessidade de recorrer-se à cláusula geral de boa-fé.

Por fim, deve-se mencionar novamente o entendimento de RUZYK[221], para quem o atendimento do princípio do equilíbrio contratual corresponde ao cumprimento de um elemento intrínseco da função social, uma vez que um contrato desequilibrado, em termos da acepção jurídica dada ao termo, deixaria de cumprir de forma adequada a liberdade como efetividade.

Portanto, o modelo social de contrato caracteriza-se pelo desconforto com o voluntarismo que caracterizou o modelo clássico de contrato; por conseguinte, o modelo social reduz a significância do consenso, que é a categoria jurídica que instrumentaliza o papel da vontade como criadora das obrigações assumidas em função do contrato. Assim, esse espaço tipicamente ocupado por uma perspectiva estrutural passa a ser o *locus* de uma análise dos efeitos dos contratos na sociedade, o que importa uma perspectiva funcional. Ainda, tem-se uma preocupação, igualmente viabilizada pelo declínio do voluntarismo, com a proteção de pessoa vulneráveis. Esse fenômeno retrata um movimento para assumir a função redistributiva do direito contratual. Para MARQUES[222], deve-se acrescentar um

---

[220]"O princípio da proporcionalidade deveria, além disso, valer independentemente seja do adimplemento dos deveres de informação, transparência e igual tratamento, seja de qualquer consideração relativa à integridade do consentimento e a capacidade de fato dos contratantes. (...) O princípio ademais deveria prescindir da cláusula geral de boa-fé, a qual, no máximo, pode representar um corretivo na aplicação da proporcionalidade. Deve-se, porém, esclarecer: ou a cláusula de boa-fé é utilizada como princípio normativo, ou o princípio normativo é aquele da proporcionalidade. Relativamente aos contratos, parece plausível a segunda solução." (PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 413).

[221]Nesse sentido afirma o autor: "Assim, o atendimento dos princípios contratuais, sobretudo o equilíbrio interno da relação contratual, seria o implemento do elemento intrínseco de sua função social. Um contrato que ofenda a equidade contratual, com uma distribuição desigual excessivamente onerosa de ônus e benefícios entre os contratantes poderia ser reputado como uma avença que não atende à sua função social" (RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e Liberdade(s)**. Rio de Janeiro: GZ, 2011, p. 289).

[222] Nesse sentido é a posição de MARQUES: "a nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para qual não só o momento da manifestação de vontade (consenso) importa, mas em que também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e em que a condição econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância. (...) À procura do equilíbrio contratual, na sociedade moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da

componente de grande importância que é o papel da confiança, o que permite uma análise mais dinâmica e não restrita ao momento em que formalmente se entende que houve a gênese da vontade.

O princípio equilíbrio contratual nos contratos empresariais fundamenta a ilicitude da exploração abusiva da situação de dependência econômica, situação bastante comum nos contratos de distribuição *latu sensu*. Por exemplo, a cláusula de fixação de preços de revenda nos contratos de franquia, em regra lícita, pode ser tida como abusiva e, portanto, ilícita, numa situação em que um aumento da pressão concorrencial leva o franqueador a fixar um preço a ser obrigatoriamente praticado pelo franqueado significativamente inferior ao que manteria o nível de rentabilidade esperada pelo franqueado, o que torna o contrato desequilibrado.

Anteriormente foi mencionado o Projeto de Código Comercial em andamento, que no seu art. 303 traz os princípios dos contratos empresariais, sendo que da redação proposta não constam os princípios fundantes do modelo social de contrato aqui discutidos. Como se trata de legislação ainda não vigente deve-se observa que a modificação da redação ainda é possível e recomendada. Todavia, se a proposta em questão for aprovada o rol ali exposto deverá ser naturalmente complementado pelos princípios em questão, sob pena de afronta ao princípio da solidariedade constitucional, como será discutido adiante.

As críticas ao modelo social de contrato são diversas, mas pode-se agrupá-las em torno de questões mais gerais.

Primeiro, quanto às preocupações e as críticas acerca da possibilidade de uma reconstrução do contrato por meio da hermenêutica judicial que produza um conteúdo diverso do imaginado pelas partes, deve-se tomar cuidado para não supervalorizar essa colocação.

Afinal, se o início da relação contratual pode ser – mas, nem sempre é – uma decisão atribuível às partes, a delimitação exata das obrigações necessariamente foge da âmbito de escolha dos contratantes[223]. As práticas contratuais atuais incluem

---

autonomia da vontade. A lei passará a proteger determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes." (MARQUES, Cláudia Lima. A chamada nova crise do contrato e o modelo de direito privado: crise de confiança ou de crescimento do contrato?. In: MARQUES, Cláudia Lima. (Coord). **A Nova Crise do Contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: RT, 2007, p. 27-28).

[223] Essa é a posição de ATIYAH: "As regras objetivas de interpretação podem levar os tribunais a construírem contratos aquém das intenções iniciais das partes. […] Eu não posso, por mim mesmo, ver nada de errado com esse resultado se lembrarmos que a lei não pode forçar as partes a entrarem numa relação contratual – apesar de, às vezes isso acontecer – mas pode determinar suas obrigações na relação em que decidiram entrar." de: "The objective rules of interpretation may lead courts to construe a contract in a way which does not comply with

os chamados contratos coativos[224], em que a contratação é imposta pela ordem jurídica, como no caso do seguro obrigatório DPVAT e os contratos necessários, em que um contratante oferta de forma universal um serviço ou um bem essencial para a vida moderna, por exemplo fornecimento de serviços públicos como água e luz[225].

Ademais, a adoção de uma atitude de cooperação nos contratos empresariais é eficiente para os contratantes, na medida em que reduz custos de transação[226]. Afinal, um ambiente institucional capaz de fomentar a confiança é um ambiente benéfico às transações econômicas. Nesse sentido, desde já se pode afirmar que a tentativa de criar uma antinomia inevitável entre cooperação, ou seja, boa-fé objetiva e lucratividade é absolutamente artificial. A reciprocidade ou, ao menos, a percepção de reciprocidade favorece o aumento dos ganhos da transação. Essa afirmação independe da posterior divisão desses ganhos. Um ambiente cooperativo que favoreça a confiança permite que as transações sejam mais eficientes na geração de ganhos. A observância do princípio do equilíbrio contratual não como uma obrigação de distribuição equânime, mas sim como uma obrigação de distribuição desses ganhos com um nível razoável de reciprocidade é um incentivo importante

---

the actual understandings of intentions of either party. (…). I cannot myself see anything very wrong with this result so long as we remember that the law is not so much forcing the parties into a relationship – although it may sometimes do even that – but determining their obligations in a relationship which they have chosen to enter." (ATIYAH, P. S. Form and substance in legal reasoning. In: MACCORMICK, Neil (Org.); BIRKS, Peter (Org.). **The legal mind**: Essays for Tomy Honoré. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 35).

[224] Essa expressão não é isenta de críticas, uma vez que se o contrato for entendido como um acordo de vontades tem-se paradoxo, uma vez que não haveria nem manifestação de vontade e tampouco consenso. Portanto, alguns autores preferem falar a consenso indireto ou tácito, por exemplo, no caso do DPVAT a aquisição do contrato seria semelhante a entrada do passageiro em um veículo de transporte. Para uma análise da consenso tácito ou indireto ver: BESSONE, Darcy. **Do Contrato**: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p.117- 121. Uma outra alternativa é a terminologia das relações contratuais de fato ou conduta social típica, derivada da separação entre negócio jurídico e contrato. Nesse sentido afirma SILVA:" Compreender a noção de contrato sem vontade especificamente dirigida à sua celebração é tarefa difícil, mas, à medida que se investiga a vontade, confirma-se que ela pode ter como objeto o contrato antes (ou independentemente) do negócio jurídico (originário). Isso significa que a vontade contratual distingui-se da vontade negocial e dela prescinde." (SILVA, Juliana Pedreira da. **Contratos sem Negócio Jurídico**: crítica das relações contratuais de fato. São Paulo: Atlas, 2011 p.79).

[225] Para um estudo mais aprofundado dos contratos coativos e necessários ver: GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. São Paulo: RT, 1967, p. 10-28.

[226] Nesse sentido tem-se diversos posicionamentos na teoria econômica, dentre eles pode-se destacar o de WILLIAMSON, que mesmo sendo um critico da literatura econômica que trata da confiança, aponta o seu papel de catalisador de transações econômicas: "Mais genericamente, o argumento é o de que os perigos negociais não variam só de acordo com os atributos da referida transação, mas também com o ambiente negocial no qual estão inseridos. (...) Na realidade, ambientes institucionais que proporcionam dispositivos de segurança genéricos abastecem a necessidade de auxílio específico para aquela transação. Da mesma maneira, transações que sejam viáveis num ambiente institucional que proporcione dispositivos fortes podem ser inviáveis em outros ambientes que sejam fracos- porque não é rentável para as partes ter um cuidado inteiramente específico para aquela transação nessas condições" Tradução livre do original: "More generally, the argument is that trading hazards vary not only with the attributes of transaction but also with the trading environment of which they are part. (…) In effect, institutional environments that provide general purposes safeguards relieve the need for added transaction specific supports. Accordingly, transactions that are viable in an institutional environment that provides strong safeguards may be nonviable in an institutional environments that are weak - because it is not cost-effective for the parties to craft transaction-specific governance in the latter circumstances. (WILLIAMSON, Oliver E. **The Mechanisms of Governance**. New York: Oxford University Press, 1996, p.267).

para que novas transações e novos investimentos sejam feitos. Por exemplo, KUYVEN[227] defende a importância da comportamento cooperativo – que encerra o valor da reciprocidade – como princípio diretor dos contratos empresariais, a partir de estudo acerca de um tipo específico de contrato empresarial: o acordo de acionistas.

Segundo, pode-se alegar que o modelo social de contrato, ao demandar uma intervenção judicial constante no conteúdo, gera incerteza jurídica, o que colocaria em risco a função do contrato no tráfego econômico. Essa questão demanda algumas ponderações. Algum grau de incerteza jurídica é um preço perfeitamente aceitável para que se concretize o projeto constitucional de justiça social. Ademais, como bem demonstra MACCORMICK[228], não há incompatibilidade entre Estado de Direito e alguma incerteza jurídica. A segurança jurídica, como os demais princípios constitucionais, não pode ser tratada de forma absoluta. O meio adotado pelo autor para que se compatibilize o Estado de Direito com a ausência de certeza plena é a aceitação do caráter argumentativo do Direito, o que será abordado com maior profundidade nos capítulos seguintes. A mesma preocupação é tratada sob a alcunha de certeza e objetividade do Direito. Nesse caso o raciocínio é o mesmo e, apesar de se tratar de questão complexa que será abordada posteriormente, pode-se mencionar que existem diversos sentidos para o enunciado da objetividade do Direito como aponta GREENAWLAT[229]. Mas irá se demonstrar que a argumentação jurídica é capaz de produzir um grau de objetividade razoável para o Direito.

---

[227] Acerca da importância da cooperação nos contratos empresariais afirma KUYVEN: "Não bastasse, a exigência de cooperação e solidariedade entre os contratantes não é indiferente a considerações de desempenho, eficiência e durabilidade do contrato. A cooperação razoável é sempre benéfica para as partes, particularmente àquelas que buscam lucro em suas atividades. O comportamento cooperativo entre as partes desde a negociação é essencial para os resultados positivos do contrato. Se uma parte adota uma atitude estratégica de abertura e cooperação, e o seu adversário faz o mesmo, isso permitirá a maximização de lucro de ambas as partes." (KUYVEN, Luiz Fernando Martins. Cooperação como princípio diretor dos contratos: a lição do acordo de acionistas. In: KUYVEN, Luiz Fernando Martins (Coord). **Temas Essenciais de direito empresarial**: estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa. São Paulo: Saraiva, 2012, p.768).

[228] O raciocínio aqui desenvolvido se baseia em: MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Campus, 2008, p.17-42.

[229] Por exemplo, GREENAWALT afirma que se pode falar em dois em sentidos para a objetividade do Direito. Em um sentido fraco, a justificação jurídica teria que ter alguma validade intersubjetiva. Já num sentido forte haveria alguma forma correta, ou melhor, de justificação jurídica capaz de produzir uma resposta distinta para os problemas jurídicos. Nesse sentido afirma o autor: "A confiança de um juiz numa forma de racionalidade não é suficiente para estabelecer que essa racionalidade seja objetiva. As razões oferecidas devem ser algo distinto da expressão dos sentimentos e atitudes particulares do juiz. Em um fraco senso de objetividade, as racionalidades no direito devem ter uma validade interpessoal. Outro fraco senso é de que a racionalidade no direito está baseada em algo externo à lei. Para um senso mais forte, deve haver uma forma melhor ou correta de racionalidade que exigiria uma resposta distinta e correta do direito. De: "A judge´s reliance on a form of reasoning is itself not enough to establish that the reasoning is objective. The reasons offered must be something other than an expression of the particular judge´s feelings and attitudes. For one weak sense of objectivity, the reasons in law must have some interpersonal validity. Another weak sense might be that reasoning in law is rooted in something outside itself. For a much stronger sense, there might be a best or correct form of reasoning

Outro grupo de críticas dirige-se à incapacidade de uma atuação judicial satisfatória nos moldes exigidos pelo modelo social de contrato. Essas críticas são objeto da presente tese, uma vez que conforme já indicado na introdução não serão analisadas as deficiências e possíveis propostas de melhorias institucionais no Poder Judiciário.

Por fim, retomando-se a análise metodológica do Direito Contratual, observa-se a convivência de um PPC degenerativo, como o do contrato clássico, e de um programa ainda em construção, como faz o modelo social do contrato, o que torna bastante complexa a visualização de uma única teoria jurídica do contrato. Afinal, ao mesmo tempo em que se mantém, tanto em âmbito legislativo quanto jurisprudencial e doutrinário, a importância do consenso e da manifestação de vontade, bem como o fundamento do contrato no negócio jurídico, insiste-se na proteção do contratante vulnerável. A solução de compartimentalizar a teoria contratual reservando, por exemplo, o modelo social para as relações de consumo e o modelo clássico para o Direito Empresarial já foi analisada como insatisfatória neste trabalho. Nesse sentido, a presente tese irá avançar de modo a explicar os contratos empresariais a partir da perspectiva do modelo social de contrato, sem a pretensão, contudo, de extirpar definitivamente os fundamentos voluntaristas do contrato.

Afinal, como bem observa CAMPBELL[230], a constatação de que o programa de pesquisa científica representado pelo contrato clássico encontra-se em estado degenerativo não tem como consequência automática o desaparecimento ou a perda de relevância desse programa de pesquisa; para tanto, deve surgir um programa de pesquisa científico alternativo, que possa ser classificado como progressista e rompa com o núcleo duro (*hard core*) do contrato clássico. Nesse

---

that would yield distinctive right answers to legal problems." (GREENAWALT, Kent. **Law and Objectivity.** Oxford: Oxford University Press, 1992**,** p. 197).

[230]Nesse sentido afirma o autor: "Mas um indivíduo não deveria se surpreender com a ocorrência de tal fenômeno. A lei contratual clássica dispõe meramente de características típicas de um programa de pesquisa que, na sua fase degenerativa, resiste a falsificações minimizando o significado dos atalhos de explicação que encontra. [...] Eu discutirei, na revisão de alguns debates provocados por Atiyah, que a desagradável persistência da lei contratual clássica não pode ter fim por meio de suas fraquezas. A lei contratual clássica só poderá ser finalmente colocada em sono profundo por uma pesquisa que a supere, conduzida por linhas gerais não clássicas. Tradução livre do original: "But one should not be unduly shocked by such a phenomenon. The classical law of contract is merely displaying the typical features of a research programme which, in its degenerating phase, resist falsification by minimizing the significance of the explanatory shortcomings it encounters. (...) I will argue, in a review of some of the debates Atiyah has provoked, that the awful persistence of classical contract law cannot be ended by its on weaknesses. The classical law can be placed finally to undisturbed rest only by a better contract research programme conducted along non-classical lines."(CAMPBELL, David. The Undeath of Contract: a study in the degeneration of a research programme. **Hong Kong Law Journal,** Hong Kong, v. 22, n. 17, 1992, p. 21).

contexto, analisa CAMPBELL[231] que, quando surgem novas teorias consistentes e comprometidas com o núcleo duro do contrato clássico passa a se questionar a atratividade das propostas alternativas e as razões pelas quais o contrato clássico ainda atrai os teóricos.

Ademais, a construção de uma teoria completamente objetiva, que desconsidere a vontade, é inviável no ordenamento jurídico pátrio. A construção do PPC social do contrato deve enfrentar a questão de como justificar e em quais hipóteses o voluntarismo deve ser mantido, além de mostrar em quais situações a vontade legal deve prevalecer. Trata-se de questão complexa que não será aprofundada aqui, todavia, diversos autores que se inserem no PPC em questão tem trabalhado com a já mencionada teoria da confiança[232].

Nesse cenário, uma das poucas certezas é a que qualquer PPC viável e progressivo deve recuperar o papel da justiça e trazê-la para dentro do contrato. Nesse sentido, tem-se a posição de GORDLEY:

> Hoje, não temos nenhuma teoria do contrato generalizadamente reconhecida. As teorias objetivas perderam o apoio limitado, que um dia tiveram, entre os juristas. Além disso, não há benefício em definir o contrato como uma série de consequências que a lei vincula à conduta das partes se não se pode explicar as razões pelas quais a lei escolheu determinadas consequências em vez de outras. Existe um acordo amplamente aceito de que qualquer teoria do contrato aceitável deverá levar em consideração a justiça contratual, não há, porém, nenhum acordo sobre o modo como isso deverá ser feito.[233]

---

[231]Nesse sentido afirma o autor: “Quando um trabalho tão honesto quanto o de Fried’s é produzido, ainda ligado à teoria clássica, após registrar fracassos contínuos na busca pela real natureza do contrato e da estrutura moderna do mercado, é tempo de se perguntar se há falta de atração nos programas alternativos de pesquisa progressivo.” do: "When works as obvious honest as Fried’s are being produced still committed to the classical law, then, after registering their continuing failure to grasp the real nature of contract and of the structure of the modern market, it is time to wonder whether there is any lack of attraction in the alternative progressive research programme." (CAMPBELL, David. The Undeath of Contract: a study in the degeneration of a research programme. **Hong Kong Law Journal,** Hong Kong, v. 22, n. 17, 1992, p. 41).

[232]As potencialidades dessa linha de pesquisa são indicadas por FACHIN: “A valorização da confiança corresponde a dar primazia à pessoa que está criando vínculos jurídicos, e propicia verificar que desencadeando este processo, a chegada à conclusão de um contrato pode ser exteriorizada através de diversos modos, não sendo exigível necessariamente, a formulação escrita, bastando o consentimento por atos e mesmos omissões juridicamente relevantes, pois o próprio silêncio pode apresentar valor jurídico quando a parte privar-se do dever de falar”. (FACHIN, Luiz Edson. O “aggiornamento” do direito civil brasileiro e a confiança negocial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord). **Repensando os Fundamentos do Direito Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro; Renovar, 1998, p.117/118).

[233] Tradução livre do original: “Today, we have no generally recognized theory of the contract. The objective theories have lost even the limited support among jurists they once enjoyed. It is not helpful to define contract as a series of consequences the law attachés to the outward conduct of the parties if one cannot explain why the law attachés some consequences rather than others. There is a widespread agreement that any viable theory of contract will have to take the fairness of a contract into account, yet there is no agreement as to how to do so.” (GORDLEY, James. **The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine**. Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 230).

Portanto, cabe aos estudiosos do PPC do modelo social do contrato comprovar que há uma alternativa satisfatória para compatibilizar o contrato e a justiça.

Desse modo, conclui-se parcialmente que as críticas feitas ao modelo social de contrato não são consistentes com o ordenamento jurídico pátrio, que demanda a intervenção estatal nas relações contratais, mas respeitando autonomia privada na sua nova conformação. Ainda, os contratos empresarias podem e devem ser pensados dentro desse modelo social de contrato. Feita essa análise do modelo social de contrato pode-se agora analisar a sua aplicação no tipo específico de contrato objeto desta tese: os contratos empresariais de longo prazo.

1.5 **Os contratos empresariais de longo prazo: características próprias**

Para que se possa definir de forma mais precisa os impactos do modelo social de contrato no campo dos contratos empresariais, deve-se definir qual o tipo de contrato empresarial está se analisando. Neste estudo, o primeiro recorte corresponde aos contratos empresariais de longo prazo.

Inicialmente, deve-se analisar o termo longo prazo. Os contratos empresariais, como os demais contratos, de acordo com classificação já tradicional no Direito Civil, podem ser: instantâneos, nos quais a prestação única é cumprida quase que concomitantemente à celebração da avença; de trato sucessivo, quando as prestações são sucessivas e contínuas, protraindo-se após a celebração do contrato[234]. A expressão longo prazo é utilizada aqui indicando os contratos de trato sucessivo. Já expressão relacional é utilizada para identificar a teoria relacional dos contratos, que será abordada a seguir[235]. Desse modo, objetiva-se evitar maiores confusões terminológicas.

Nesse âmbito tem-se diversos tipos contratuais. Esse estudo terá como referência os contratos de colaboração na terminologia de COELHO[236], equivalendo

[234] Trata-se de classificação bastante conhecida na manualística, apesar de não ser isenta de polêmicas (como por exemplo a diferenciação entre os contratos de trato sucessivo e de execução periódica), no sentido exposto nesta tese ver: BESSONE, Darcy. **Do Contrato:** teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 85.

[235] A expressão contrato relacional tem sido empregada por alguns autores como LÔBO para identificar um tipo específico de contrato de trato sucessivo, em que a finalidade essencial é a instituição de regras procedimentais, nesse sentido ver: LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011, p.113-115.

[236] Nesse sentido afirma o autor: "Os contratos de colaboração inserem-se nesse contexto de instrumentalização do escoamento de mercadorias. (…) O traço essencial dessa categoria de contratos mercantis é exatamente a

aos contratos de distribuição *latu sensu* na terminologia adotada por FORGIONI[237]. A terminologia distribuição é mais adequada, uma vez que é mais precisa. Ademais, qualquer relação contratual pressupõe algum grau de colaboração, caso contrário não há uma relação contratual, mas sim uma relação de guerra[238]. Existem outras figuras contratuais tipicamente de longo prazo como a joint-venture, que normalmente é definida como uma parceria empresarial visando o desenvolvimento de um projeto conjunto determinado[239]. Todavia, todos os contratos empresarias de longo prazo compartilham as características comuns a seguir definidas, que são suficientes para o presente estudo.

Entretanto, apesar do reconhecimento dos contratos de longa duração, a teoria clássica do contrato sempre manteve como padrão de contratação os contratos instantâneos. Os contratos de longo prazo seriam excepcionais e os instantâneos a regra geral, o que era compatível com o momento histórico em que foi forjado o modelo clássico de contrato. A proliferação desses contratos na sociedade atual colocou em cheque a utilização do contrato instantâneo como referência ideal da relação contratual. Esse descolamento da teoria jurídica e da realidade instigou, dentre outras reações, a construção da teoria dos contratos relacionais, que tem como referência os contratos de longo prazo. Deve-se lembrar que essa teoria foi construída no Direito anglo-saxão, uma vez que o seu principal teórico: Ian MACNEIL viveu na Escócia e construiu sua vida acadêmica na universidade norte-americana de Northwestern. Entretanto, esse fato não impede o

---

articulação entre as empresas das partes contratantes. Existe contrato de colaboração, assim, apenas se um dos empresários assume a obrigação contratual de ajudar a formação ou ampliação do Mercado consumidor do produto fabricado ou comercializado pelo outro. O contrato interempresarial, a que falta esse elemento, não deve ser classificado entre os de colaboração, por convergentes que possam ser os interesses das partes." (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial:** direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 3, p.112).

[237] A definição apresentada por FORGIONI é a seguinte: "contrato bilateral, sinalagmático, atípico e misto, de longa duração, que encerra um acordo vertical, pelo qual um agente econômico (fornecedor) obriga-se ao fornecimento de certos bens ou serviços a outro agente econômico (distribuidor), para que este os revenda, tendo como proveito econômico a diferença entre o preço de aquisição da revenda e assumindo obrigações voltadas à satisfação das exigências do sistema de distribuição do qual participa." (FORGIONI, Paula. **Contrato de Distribuição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.116).

[238] Nesse sentido afirma MACNEIL: "Se quisermos entender contratos, temos que sair do isolamento intelectual que nos impusemos e absorver algumas verdades básicas. Contrato sem as necessidades e gostos comuns criados somente pela sociedade é inconcebível; contrato entre indivíduos totalmente isolados, que buscam a maximização de seus benefícios não é contrato, mas guerra; contrato sem linguagem é impossível; e contrato sem estrutura social e estabilidade é – de modo bem literal – racionalmente impensável, do mesmo modo como é impensável o homem fora da sociedade. A raiz fundamental, a base do contrato é a sociedade. O contrato nunca ocorreu sem sociedade; nem ocorrerá sem sociedade; e nunca seu funcionamento pode ser compreendido isolado de sua sociedade particular" (MACNEIL, Ian R. **O Novo Contrato Social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 1-2).

[239] Essa é a posição, por exemplo, de TARREGA, que as define como: "Originária dos Estados Unidos e bastante difundida no comércio internacional, é modalidade de *partnership*, de caráter temporário, organizada para a execução de um único ou isolado empreendimento lucrativo e, com frequência, de curta duração." (TARREGA, Maria Cristina Vidotte. **Associações Consorciais**. Barueri: Manole, 2004, p. 283).

aproveitamento desta teoria pelo Direito brasileiro, respeitando-se as especificidades da nossa ordem jurídica.

Além da obra de MACNEIL, tem-se atualmente, outros autores que trabalham dentro da perspectiva relacional[240]; todavia, para os fins deste trabalho basta a análise da concepção relacional defendida por MACNEIL. O próprio MACNEIL enumerou os quatro postulados que uma teoria contratual deve obedecer para que possa ser considerada relacional:

> *1) toda a transação está incrustada num complexo de relações; 2) a compreensão de qualquer transação depende da compreensão dos elementos essenciais das relações que a cercam; 3) uma análise efetiva de qualquer transação requer a identificação e a consideração das relações que a cercam e podem afetá-la de forma significativa; 4) a combinação contextual das relações e da transação é mais eficiente e produz um resultado final mais completo e analiticamente mais preciso do que uma a partir de uma análise não contextualizada da transação.* [241]

Assim, percebe-se que a proposta relacional funda-se numa análise contextualizada e pormenorizada de cada relação contratual, não bastando a análise de determinada transação. Deve-se localizar essa proposta teórica dentro do debate norte-americano, em que a doutrina majoritária é cética quanto a possibilidade de uma análise judicial adequada do contexto negocial que envolve uma relação contratual. Desse modo, a teoria relacional pode ser vista como uma reação ao Direito Contratual clássico e representa, igualmente, uma alternativa a proposta construída pela AED de matiz posneriana, que funda o Direito Contratual na maximização da riqueza dos contratantes.

Após caracterizar o cerne da análise relacional, MACNEIL[242] especifica o que caracteriza a sua proposta de teoria contratual relacional, ou seja, a metodologia que ele considera adequada para realizar uma análise conjunta de transação e da relação que a envolve. Uma consideração importante diz respeito à

---

[240] Dentre os autores que seguem as premissas centrais da teoria relacional dos contratos pode-se citar: Takeschi Uchida, Lisa Bernstein, Stewart Macaulay e David Campbell.

[241] Tradução livre de: "A relational contract theory may be defined as any theory based on four core propositions: First, every transaction in embedded in complex relations. Second, understanding any transaction requires understanding all essential elements of its enveloping relations. Third, effective analysis of any transaction requires recognition and consideration of all essential elements of its enveloping relations that might affect the transaction significantly. Fourth, combined contextual analysis of relations and transactions is more efficient and produces a more complete and sure final analytical product than does commencing with non-contextual analysis of transactions." (MACNEIL, Ian R. Relational Contract Theory: challenges and queries. **Northwestern University Scholl of Law Review**, Chicago, v. 94, n. 3, 2000, p. 881).

[242] MACNEIL, Ian R. Relational Contract Theory: challenges and queries. **Northwestern University Scholl of Law Review**, Chicago, v. 94, n. 3, 2000, p. 893.

pretensão de MACNEIL[243] de fazer uma teoria essencialmente descritiva das práticas contratuais do mundo real das trocas, produzindo uma teoria que tem como objetivo dar sentido à realidade, e não uma construção teórica abstrata. Essa preocupação ganha ainda mais relevância no âmbito dos contratos empresariais, que respondem diretamente às práticas comerciais prevalentes. Por exemplo, MACEDO JR[244] aponta a conexão necessária entre a regulação jurídica dos contratos empresariais e os padrões de organização industrial dominantes; no caso do contrato relacional, tem-se uma relação estreita com técnicas de produção industrial focadas na especialização e na flexibilidade.

A teoria relacional essencial de MACNEIL[245] parte das raízes primárias do contrato. Não se trata dos fundamentos jurídicos de determinado modelo de regulamentação dos contratos. Trata-se, em realidade, dos fundamentos sociais da instituição jurídica do contrato. A perspectiva adotada por MACNEIL é interdisciplinar, não se restringindo ao aspecto jurídico. Particularmente, a teoria relacional preocupa-se com a descrição das relações contratuais como práticas sociais. Aliás, a teoria de MACNEIL é usualmente qualificada como sócio-jurídica.

A primeira raiz é a sociedade, já que um contrato somente pode ser celebrado e, portanto, ser analisado dentro de determinado contexto social. Afinal, um contrato sem linguagem, hábitos e instituições sociais não seria possível. Mesmo as transações mais simples e instantâneas, como a compra de um produto na gôndola de um supermercado, dependem de uma linguagem comum e de instituições, como o sistema de cartão de crédito. A interação humana, por mais simples que seja, envolve senão a linguagem falada algum mecanismo de comunicação, como por exemplo, um gesto. Qualquer negociação contratual ou mesmo oferta para contratação envolve algum signo compartilhado entre os contratantes. Ademais, como bem aponta BRITO[246], as próprias normas jurídicas somente fazem sentido em função da vida em sociedade.

---

[243] MACNEIL, Ian R. Relational Contract Theory: challenges and queries. **Northwestern University Scholl of Law Review**, Chicago, v. 94, n. 3, 2000, p. 879.

[244] MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p.125-136.

[245] MACNEIL, Ian R. The Many Futures of Contracts. **Southern California Law Review,** Los Angeles, v. 47, 1974, p. 696-712.

[246] Nesse sentido é a posição do autor: “Da outra parte, não é menos certo dizer que o direito só existe em função da sociedade, dela provindo e para ela se dirigindo. Não são, as regras jurídicas meros juízos abstratos ou simples expressões vocabulares, sem conexões com a realidade palpitante da vida. Antes, toda prescrição jurídica deita raízes na esfera do real e se dirige para um determinado fim humano, uma vez que o direito, como dimensão espiritual da pessoa só existe como veículo de ordenação racional da vida coletiva.” (BRITO, Carlos

A segunda é a especialização do trabalho e a troca. A necessidade de contratar e, por conseguinte, as relações de troca derivam claramente da especialização do trabalho. A sociedade atual é marcada por uma profunda especialização do trabalho**,** já que cada vez mais o conhecimento é especializado e as atividades cotidianas são interdependentes. Quando mais significativa a especialização, mais frequentes são as necessidades de troca, e mais importante é o contrato. Como aponta MACNEIL[247], qualquer troca, voluntariamente aceita pelas partes aumenta a solidariedade social. Assim, determinados padrões de troca – aqueles que têm como característica a reciprocidade das prestações –, independentemente dos ganhos para cada um dos participantes, fortalecem a solidariedade em determinada sociedade.

A terceira raiz é a escolha, real ou aparente. O contrato deriva da possibilidade de escolha entre algumas possibilidades de comportamento. Para tanto, deve se ver o contratante como um ser com livre-arbítrio para definir dentre uma série de possibilidades de comportamentos.

A quarta raiz é a consciência do futuro. A consciência da passagem do tempo – passado, presente e futuro – é essencial para que o ser humano possa planejar de forma racional suas atitudes futuras. Ora, um ser sem essa consciência teria dificuldades para planejar e implementar um comportamento cooperativo complexo, por exemplo, que envolva um sacrifício presente em troca de uma vantagem futura.

Observa-se que, essas raízes primárias são uma maneira de relacionar, sob determinada forma, o contrato na sociedade. A partir daí, a teoria relacional de MACNEIL já afasta o modelo clássico de contrato, que é uma construção abstrata, sem quaisquer raízes sociais. Ainda, a teoria relacional procura distinguir quais práticas sociais observáveis nas relações de troca devem integrar a disciplina jurídica do contrato. A teoria relacional de MACNEIL, apesar das suas consequências normativas, tem como preocupação principal a descrição das práticas contratuais. Portanto, se o contrato é visto por MACNEIL como uma

---

Ayres. A Sociedade e o Direito. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org). **Obrigações e Contratos**: obrigações: estrutura e dogmática. São Paulo: RT, 2011, v. 1, p.55 (Coleção Doutrinas Essenciais)).

[247]Nesse sentido é a posição do autor: "A tese desse trabalho é a de que nenhum padrão de trocas sequer melhora a utilidade individual em função dos bens trocados, e todos os padrões de trocas aceitos por todas as partes aprimoram a solidariedade social. (A qualificação de aceitabilidade é necessária porque, como veremos, padrões de troca considerados inapropriados a determinadas circunstâncias destroem a solidariedade)". Tradução livre do original: "The thesis of this paper is that no pattern of Exchange merely enhances individual utility respecting the goods being exchanged, and all patterns of Exchange accepted by all parties enhance social solidarity. (The acceptability qualification is necessary because, as will be seen, patters of Exchange viewed as inappropriate to the circumstances are destructive of solidarity)." (MACNEIL, Ian. Exchange Revisited: individual utility and social solidarity. **Ethics**, Chicago, v. 96, n. 3, 1986, p.568).

construção institucional das relações sociais de troca a sua conceituação necessariamente deve incorporar a descrição do funcionamento das relações sociais de troca.

Nesse ponto deve-se observar que as raízes primárias podem ser vistas como uma ponte entre o jurídico e a sociedade, ponte essa que conduz a determinado caminho, afastando-se da trilha utilitarista – o que afasta a AED posneriana – aproximando-se de uma visão de sociedade fundada na cooperação e na solidariedade entre os indivíduos.

Para MACNEIL, o contrato pode ser definido como "*as relações entre as partes que trocaram, estão trocando ou esperam trocar no futuro, em outras palavras, relações de troca*"[248]. Trata-se de definição diversa da tradicional no Direito pátrio, que trata o contrato como um acordo de vontades visando determinados efeitos jurídicos[249] e do Direito anglo-saxão, que trata o contrato como uma promessa legalmente exigível[250].

A principal crítica que MACNEIL faz à definição legal norte-americana é a utilização do conceito de promessa. A noção de promessa envolve a capacidade do presente afetar o futuro, feita a alguém, com o compromisso de limitar as escolhas futuras, através da comunicação e por meio de reciprocidade mensurada[251].

Apesar da análise de MACNEIL ater-se ao conceito de contrato adotado na *common law* a crítica feita é valida no âmbito do Direito brasileiro, uma vez que a noção e promessa encontra-se igualmente no fundamento da noção de contrato como acordo de vontades. Afinal, na definição de promessa acima tem-se uma manifestação de vontade.

---

[248] Essa é a definição constante de: MACNEIL, Ian R. Relational Contract Theory: challenges and queries. In: **Northwestern University Scholl of Law Review**, v. 94, n. 3, 2000, p. 878. Anteriormente MACENIL havia definido contrato como: "Por contrato, eu entendo não mais e não menos do que relações entre partes de um processo futuro de trocas". Tradução livre do original: "By contract I mean no more and no less than the relations among parties to the process of exchanging into the future." (MACNEIL, Ian R. **The New Social Contract**. New Haven: Yale University Press, 1980, p. 4). Na edição brasileira: "as relações entre as partes no processo de projetar a troca no futuro" (MACNEIL, Ian R. **O Novo Contrato Social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 5).

[249] A definição tradicional no direito civil pátrio pode ser encontrada na manualística pátria. Por exemplo, veja-se a definição trazida por Caio Mário da Silva PEREIRA: "contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos." (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: contratos. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 3, p.7) .

[250] A definição tradicional para MACNEIL e, portanto, para a *common-law* é a constante do Restement (Second): "um contrato é uma promessa ou um conjunto de promessas para cuja infração a lei fornece um remédio, ou cujo cumprimento a lei reconhece de algum modo um dever" (*A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty.)* A definição do contrato como promessa exigível no direito anglo-saxão é encontrada em Charles Fried, para uma análise mais detalhada ver: FRIED, Charles. **Contrato como Promessa**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 9-34.

[251] A ideia de reciprocidade mensurada diz respeito à capacidade de mensuração dos ônus e vantagens dos indivíduos envolvidos na troca.

Todavia, a promessa não é a única maneira hábil para se projetar uma troca, e nem sempre a mais eficiente. Os costumes, o hábito, entre outros, também projetam uma troca futura. Afinal, uma promessa futura pode ser garantida com uma conduta específica, por exemplo uma saudação. Nesse sentido basta observar a descrição feita por BERSTEIN[252], do mercado de diamantes em Nova York, em que um aperto de mãos acompanhado das palavras *mazelu'broche* é suficiente para gerar uma relação contratual de compra e venda de diamantes. No âmbito do Direito pátrio tem-se o estudo de GLITZ[253] acerca do papel dos costumes como fonte geradora de obrigações contratuais, ou seja, atuando como projetor não promissório de trocas.

Ademais, a promessa é usualmente acompanhada de outros projetores de troca não promissórios, como os costumes, já que a informação sobre o futuro é sempre parcial. Ainda, as promessas são sujeitas ao condicionante da necessidade de se encaixar na linguagem, o que leva, inclusive, a duas promessas: uma do emissor e outra do receptor. A partir da análise desses fatores, MACNEIL afirma que a promessa nunca foi tida como algo absoluto na sociedade, enfatizando o papel de outros projetores na definição do comportamento. Portanto, o princípio da *pacta sunt servanda*, visto através de lentes sociais mais amplas, seria incompleto e parcial. Incompleto, uma vez que em determinados situações mesmo o modelo clássico de contrato permitia o seu descumprimento; parcial, por restringir a necessidade de cumprimento dos acordos apenas no caso de pactos.

Um exemplo interessante é o comportamento social típico, que é capaz de gerar obrigações contratuais. Nesse sentido, mesmo que em contexto diverso, tem-se a questão a conduta negocial típica e das relações contratuais de fato, capazes de gerar verdadeiras relações contratuais sem negócio jurídico, como bem aponta SILVA.[254] O tratamento contratual das situações em que não há declaração de vontade, apesar de não ser isento de controvérsias, é defendida por diversos

[252]BERNSTEIN, Lisa. Opting Out of The Legal System: extralegal contractual relations in the Diamond industry. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 21, n. 1, Jan. 1992, p.121-124.
[253]GLITZ, Frederico Zenedin. **Contrato, Globalização e LEX Mercatoria**. Rio de Janeiro: Clássica, p.71-165.
[254]Nesse sentido é a posição da autora: "A vontade formalmente declarada é destituída do papel de senhora exclusiva das atividades econômicas. Concorrentemente, os comportamentos típicos e a involuntária, mas socialmente importante, coordenação de interesses, passam a protagonizar o cenário econômico." (SILVA, Juliana Pedreira da. **Contratos sem Negócio Jurídico**: crítica das relações contratuais de fato. São Paulo: Atlas, 2011, p.126).

autores, como TEPEDINO[255] e ROPPO[256]. Nesses casos, se mantida a natureza contratual, ter-se-ia a dissociação das figuras do contrato e do negócio jurídico.

Após essa análise inicial, MACNEIL trata dos dois tipos de contrato: o contrato como se descontínuo[257] e o relacional. Na verdade, trata-se de dois polos extremos, sendo que a maioria dos contratos encontra-se entre esses dois polos. O contrato como se descontínuo pode ser definido como "*aquele em que não existe relação entre as partes além da simples troca de bens*."[258]. Trata-se de um contrato instantâneo, no qual não são geradas expectativas futuras e a comunicação entre as partes é a mínima possível. O contrato como se descontínuo puro é uma ficção, já que sempre é necessária uma linguagem comum, uma ordem social que evite a guerra contínua, um sistema monetário e um mecanismo para impor o cumprimento das promessas. Como a sociedade é quem produz tais condições e, por conseguinte, interfere nas relações contratuais, o modelo descontínuo é uma abstração não encontrada na realidade.

O contrato relacional seria aquele em que as partes se relacionam de forma primária. O conceito de relação primária envolve três elementos: a relação se dá com o indivíduo de forma completa, ou seja, não segmentada; a comunicação é profunda e extensa, já que não há uma limitação aos modelos públicos e formais de interação e os benefícios buscados são soberanos, não se limitando a meros objetivos práticos, mas voltados ao desenvolvimento individual amplo[259].

Assim, as relações primárias são aquelas em que a interação não se restringe a um objeto determinado, mas ocorre de forma ampla, envolvendo as convicções de vida de cada uma das partes. Para que se possa construir uma relação mais profunda entre os indivíduos faz-se necessária uma comunicação mais intensa. Por exemplo, a utilização exclusiva de expressões públicas e padronizadas como "bom dia" não é suficiente. Suponha-se que ao entrar em uma mesa de negociação as partes se limitem a conversas protocolares como "bom dia". Agora, imagine-se que

---

[255] TEPEDINO aborda o tema através da formação progressiva dos contratos: TEPEDINO, Gustavo. Atividade sem negócio jurídico fundante e a formação progressiva dos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 44, out/dez 2010, p.19-30.

[256] Para ROPPO trata-se do nascimento da relação contratual a partir do contato social: ROPPO, Enzo**. O Contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p.301-305.

[257] Inicialmente MACNEIL denominava o polo oposto ao relacional de 'descontínuo', mas posteriormente optou por reformular a expressão a substituindo pela nomenclatura 'como se descontínuo' de modo a enfatizar a inexistência de contratos puramente descontínuos. Para uma análise da posição do autor ver: MACNEIL, Ian R. Relational Contract Theory: challenges and queries. **Northwestern University Scholl of Law Review**, Chicago, v. 94, n. 3, 2000, p. 895.

[258] MACNEIL, Ian R. **O Novo Contrato Social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.10.

[259] MACNEIL, Ian R. The Many Futures Of Contracts. **Southern California Law Review,** Los Angeles, v. 47, 1974, p. 722.

as partes discutem durante as negociações acerca das suas concepções políticas, dos problemas com a família, dos filmes que assistiram recentemente e de outras concepções pessoais. Pode-se conjecturar que no primeiro caso tem-se estranhos negociando, que se limitam a tratar do objeto contratual não interagindo fora dele. Nesse segundo caso, a relação é primária, as partes relacionam-se para além do objeto contratual. Essas duas situações podem resultar em negociações com resultados finais diferentes, uma vez que uma negociação entre amigos ou conhecidos não funciona da mesma forma que uma negociação entre completos estranhos.

Após a descrição dos conceitos de contrato como se descontínuo e relacional MACNEIL[260] passa a analisar quais seriam os critérios aptos para que se classifique um contrato nessas duas categorias. Para fins deste estudo se faz necessária apenas uma menção aos critérios próximos ao objeto desta tese.

Nesse sentido destaca-se a característica da ausência de solidariedade contratual nas trocas descontínuas, apesar de isso apenas ser possível de modo teórico. Numa perspectiva teórica a negociação descontinua tem suas fronteiras delimitadas de forma perfeita pela definição do objeto a ser trocado não avançando em momento algum para outros aspectos. Se fosse possível uma relação plenamente instrumental como essa ter-se-ia uma ausência de fortalecimento da solidariedade pessoal. A troca seria puramente impessoal e poderia acontecer em qualquer sociedade e em qualquer momento histórico da mesma forma. Já no polo relacional os contratantes criam uma situação de interdependência que vai além da mera transação de determinado objeto

Um segundo ponto relevante é o planejamento específico e vinculativo, permitindo o consentimento explícito em cada parte do contrato. Nesse contexto descontínuo original como a relação contratual é pontual, instantânea e restrita de forma bastante absoluta ao objeto do contrato todos os eventos possíveis são antecipados e planejados de forma a vincular as partes. Nesse caso o consentimento abrange todos os fatores relevantes da contratação, uma vez que não há qualquer espaço para a incerteza.

As relações contratuais modernas exigem alto grau de mensuração e especificidade, em virtude do próprio avanço tecnológico, o que leva à definição de padrões relacionais entre as partes. Todavia, na troca moderna, existem muitos

[260] MACNEIL, Ian R. **O Novo Contrato Social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p.11-19.

bens não mensuráveis. O avanço tecnológico levou há uma diferenciação intensa entre os bens e o alto grau de especialização tornou bastante complexa a identificação do bem adequado para cada necessidade. Para ilustrar, pode-se pensar na compra de um computador. A especificação de cada modelo é cada vez mais significativa, com mudanças funcionais diversas, por exemplo, diferentes capacidades: memória, processamento, tamanho de tela, peso, duração da bateria, dentro outros. A mensuração da qualidade do produto em comparação com os demais disponíveis no mercado e a identificação do modelo mais adequado é complexa. Ainda, os padrões tecnológicos diversos utilizados por empresas concorrentes levam a necessidade de insumos levemente diferenciados, por exemplo, qualidades diferentes de vidro para o uso em cada modelo de automóvel, o que torna imperiosa a correta identificação do bem a ser transacionado. Como a mudança tecnológica é constante, além da identificação correta do bem no momento inicial a possibilidade de adaptação a novas especificações técnicas oriundas da adoção de outros padrões tecnológicos é necessária, mas torna mais difícil a tarefa de mensurar o valor e as qualidades de cada bem.

Em segundo lugar, quanto às fontes de solidariedade, em ambos os casos, elas podem ser internas, derivando da interdependência entre os contratantes, e externas, surgindo fora da relação contratual. Na sociedade moderna, entretanto, dada a maior especialização e complexidade, observam-se duas mudanças: a proeminência das normas judiciais dentre as fontes externas e uma separação mais clara entre fontes externas e internas. Afinal, como a regulação jurídica da atividade econômica é cada vez mais setorial e detalhada, as normas judiciais passam a ter um papel mais direto do que tinham as normas judiciais mais gerais. Ainda, como cada setor da vida social é cada vez mais diferenciado do contexto social geral, o laço entre a relação contratual e os padrões sociais mais amplos e gerais é menor, uma vez que a relação do contato com ambiente externo é mais setorial.

Em terceiro lugar, o planejamento. Nas relações modernas, o planejamento está menos ligado à substância da troca e mais às estruturas e processos que regulam a relação entre as partes. Além disso, o planejamento é necessariamente incompleto, embora possa ser flexível. A relação contratual é necessariamente incompleta, ou seja, não se pode identificar previamente todas as alterações da realidade que serão significativas para a relação contratual. A complexidade e a incerteza cada vez mais levam os contratantes a trocar uma enumeração que se

pretende exaustiva de todas as contingências possíveis e as suas consequências para o contrato por disposições procedimentais.

Desse modo, desenham-se no contrato estruturas adequadas para buscar uma solução para as controvérsias que irão surgir ao invés de buscar um planejamento substancial que traga a solução para cada contingência. Pode-se exemplificar a questão a partir da análise da cláusula de preço em contratos de fornecimento de longo prazo. Nesse caso os contratantes podem usar dois métodos de forma cumulativa. O primeiro é uma cláusula de escala móvel, em que o preço ajusta-se automaticamente as mudanças do contexto econômico a partir da aplicação de índices indicados no instrumento contratual. Mas mesmo esse mecanismo tem seus defeitos e pode ser incapaz de ajustar a remuneração contratual na hipótese de um aumento abrupto de custos para um contratante[261]. Nessa hipótese de falha da cláusula indicada, tem-se a possibilidade de se lançar mão de um segundo mecanismo: a arbitragem.

Após descrever as relações contratuais como se descontínuas, MACNEIL passa a analisar as normas[262] do contrato. Para fins exclusivamente de análise, as normas são divididas em internas e externas. Trata-se de divisão de cunho didático e que não é tratada pelo autor como algo estanque. O contrato visa condicionar o comportamento do indivíduo na sociedade em que ele vive, além do limite estreito da relação contratual. Assim, algumas normas de comportamento presentes na sociedade podem ser interiorizadas na relação contratual, mesmo que não haja uma norma interna expressa a respeito. O inverso também é possível, já que as normas contratuais são incentivadas ou apenas toleradas pela sociedade em que a relação contratual ocorre. A sociedade pode, até algum limite legal, alterar as normas comportamentais internas do contrato. Ainda, deve-se advertir que as normas

[261] Na doutrina contratual anglo-saxão a discussão acerca do ajuste judicial dos contratos empresariais, contexto da teoria relacional dos contratos, remonta a década de 1980, tendo sido capitaneada pela caso AluminumCo. Of Am. (Alcoa) vs. Essex Group Inc., 449 F. Supp. 53 (W.D.Pa.1980). Apesar de lateralidade do tema pode-se mencionar a posição de HILMANN que afirma, que nos contratos de longo prazo há dois casos em que a revisão de preços é devida: Primeiro, quando há uma expectativa legítima do contratante em manter o contrato fixo, normalmente quando baixas no mercado o carregam à necessidade de revisão, sendo o resultado disso o dever de equidade e boa fé dos contratantes analisadas no caso concreto, independentemente de cláusula expressa. Segundo, quando calamidades imprevistas causam prejuízos astronômicos aos contratantes, tais como desastres naturais. Para o autor, a intervenção dos tribunais na revisão contratual do preço não deve ser vista pejorativamente, no entanto o judiciário deveria se ater mais a reformas no *prazo* contratual, normalmente diminuído o tempo de contrato para o investidor recuperar seus dispêndios, no lugar da intervenção evasiva do preço contratual. Nesse sentido ver: HILLMAN, Robert A. Court Adjustment of Long-term Contracts: An analysis under modern contract law. **Duke Law Journal**, Durham, v. 1987, n. 1, 1987, p. 24.

[262] Ian MACNEIL trabalha com um conceito específico de norma, baseado no conceito constante do Webster´s Seventh New Collegiate Dictionary como “um princípio de ação correta que vincula os membros de um grupo e que serve para guiar, controlar ou regular o comportamento adequado e aceitável” (MACNEIL, Ian R. **O Novo Contrato Social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 36).

jurídicas são apenas uma espécie de norma externa, como também são os costumes e os hábitos.

Posteriormente, MACNEIL[263] se debruça sobre as normas intermediárias (entre as normas particulares da relação contratual e as normas constantes da matriz social em questão), comuns para as relações descontínuas e para as relacionais, identificando essas normas. Novamente não se faz necessário aqui uma análise de todas, cabendo apenas uma discussão acerca das relacionadas de forma mais próxima a esta tese.

A primeira norma a ser destacada é a reciprocidade (*mutuality*), que decorre de forma direta da natureza da troca induzida pela escolha (*choice-induced exchange*), que só existe quando há um ganho a ser partilhado, o chamado superávit da troca (*exchange surplus*). Não se pode deixar de lado essa questão, mesmo em contratos unilaterais ou de adesão. A norma da reciprocidade não demanda igualdade na divisão do superávit da troca, mas sim algum tipo de equilíbrio (*evenness*). Um dos fundamentos desse equilíbrio é a própria solidariedade contratual, que não resistiria à ideia de que, em determinado contrato, somente uma das partes sai repetidamente ganhando. Outra fonte da norma de reciprocidade é encontrada nas sociedades tecnológicas atuais, em que normalmente existem arranjos alternativos e não uma dependência unilateral absoluta. Ainda, a reciprocidade é uma norma igualmente interna ao contrato, já que sempre há limites para o que cada indivíduo considera uma troca como benéfica. Quando um dos contratantes pressiona por uma parcela maior do superávit da troca, sempre há o risco do outro abandonar o contrato. A noção do que vem a ser uma troca equilibrada oscilará numa dada sociedade em função de diversos fatores, inclusive as respostas jurídicas. Assim, apesar do caráter eclético da norma de reciprocidade, ela tende a estar presente em todos os contratos.

Uma segunda norma relevante é a realização de consentimento. O papel dominante do consentimento na doutrina clássica acabou por limitar a análise contratual, que restringe-se ao estudo do consentimento num plano abstrato e formal. Portanto, deve-se trazer a noção de consentimento de volta para a raiz primária do contrato. O contrato tem como característica a possibilidade de limitar as escolhas futuras do outro contratante, o que diferencia a escolha contratual das demais escolhas. Mas, na verdade, as escolhas futuras do contratante são limitadas

[263] MACNEIL, Ian R. **O Novo Contrato Social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 35-68.

apenas parcialmente pelo outro contratante, já que os remédios contratuais são pouco efetivos, de acordo com MACNEIL[264]. A noção de consentimento não é facilmente aplicada ao contrato, já que qualquer contrato traz consequências não previstas inicialmente, ou seja, além do âmbito do consentimento consciente. Afinal, parece pouco provável que as partes tenham consentido em todas as eventuais contingências futuras. O Direito Contratual clássico fez a opção por entender que o consentimento, em termos jurídicos, vai além do que conscientemente é aceito pelas partes. Assim, no caso de um evento futuro que não havia sido previsto pelas partes não há possibilidade de uma escolha adicional, optando-se pela extensão ficta do consentimento para esse evento. Para ilustrar pode-se pensar numa mudança tecnológica inesperada e substancial que afeta determinada relação contratual, apesar das partes não terem conscientemente consentido sobre o assunto o Direito Contratual clássico pressupõe um consentimento que é, em realidade, ficto.

Portanto, a correspondência entre consentimento e planejamento não é valida de forma permanente, já que, para além de uma visão esquemática, a relação é puramente artificial. Como demonstrado se o planejamento não é parcial e incompleto o consentimento também o é. Contudo, o papel desencadeador do consentimento é vital e caracteriza uma troca induzida pela escolha. Apenas na hipótese de uma troca administrada e significativamente hierarquizada, tem-se uma questão de responsabilidade civil e a consequente morte do contrato.

Por fim, a última norma é a harmonização com a matriz social, que remonta à raiz primária do contrato, que é a sociedade. Assim, qualquer que seja a sociedade, as normas contratuais devem refleti-la, ao menos parcialmente. A premissa dessa análise é a de que todas as sociedades partilham algumas normas em comum, que têm um impacto evidente sobre as normas contratuais. Poder-se-ia questionar a aplicabilidade desse raciocínio às negociações descontínuas, que são orientadas a jogos internos. Todavia, esse direcionamento só é possível em função da harmonização de diversas condutas na sociedade. Ainda, pode-se afirmar que, dentro dos limites dados pela sociedade, é esperado que cada indivíduo busque sempre o que considera melhor para si. Portanto, não está a afirmar que os indivíduos não buscam objetivos individuais egoísticos, mas apenas que esses objetos são dependentes e limitados pelo contexto social.

[264] MACNEIL, Ian R. **O Novo Contrato Social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 47-50.

A norma descontínua é fundada em dois grandes fatores: implemento do planejamento e realização do consentimento. Poder-se-ia abordar as normas descontínuas a partir das normas comuns, mas, à medida que se olha a relação contratual descontínua mais de perto, as normas comuns assumem outras características. Assim, MACNEIL utiliza novos conceitos: intensificação da descontinuidade e presentificação. A descontinuidade refere-se à separação entre a negociação e as demais relações entre os contratantes. Já a presentificação equivale a trazer o futuro para o presente. Apenas no caso do futuro ter sido totalmente planejado tem-se uma transação completamente descontínua. A intensificação da descontinuidade exige que as partes tenham a identidade ignorada, de modo a não imiscuir outras relações na negociação, já que as partes ideais de uma relação descontínua são o dinheiro e a mercadoria facilmente mensurável. Essa delimitação estrita do objeto de negociação acaba por restringir a comunicação e o conteúdo da negociação. Normalmente a comunicação é específica e delimitada, desconsiderando-se qualquer outro meio de transmissão de informações. Nesse ponto, tem-se a necessidade de um planejamento consensual, o que não ocorre em função da racionalidade limitada dos agentes. Para ocupar o vazio deixado pelo planejamento incompleto, tem-se o direito contratual clássico e os remédios jurídicos focados na performance sem alterações (como a execução específica), que são tidos como precisos, não deixando espaço para escolhas posteriores dos contratantes, já que remédios indeterminados introduziriam fatores relacionais. Mas o que explica o sucesso da norma artificial da descontinuidade? Trata-se de uma norma de precisão que permite que o indivíduo trate de uma coisa específica, esquecendo as demais.

A norma descontínua é a base do modelo microeconômico neoclássico, sendo muito eficiente, nos termos desse modelo, fazendo com que ela seja normalmente solução ótima de Pareto. Ainda, a norma descontínua implica a defesa do *status quo*, agradando os indivíduos que estão em situação privilegiada em determinada sociedade. Assim, a discussão sobre esse tipo de norma deve ser complementada com uma análise dos seus impactos distributivos. Se no modelo clássico o Direito Contratual era avesso a juízos distributivos atualmente essa barreira não mais existe. Desse modo, é possível analisar as normas contratuais também sobre o ponto de vista da sua capacidade de redução das desigualdades

sociais, de mitigação das assimetrias informacionais ou do abuso de dependência econômica.

As normas relacionais refletem, igualmente, uma intensificação de determinadas normas comuns, como a integridade de papéis, a solidariedade contratual, a flexibilidade e a harmonização com a matriz social. A primeira norma relacional é a integridade dos papéis sociais dos contratantes, vista como algo a ser mantido e incrementado durante a relação, já que ela implica em uma inter-relação entre regras externas, internas e as expectativas criadas a partir delas, permitindo que se crie um lastro para as expectativas e a confiança social.

A segunda norma relacional é a expansão e a intensificação da solidariedade, através da preservação da relação contratual[265]. Trata-se de uma norma contingente, já que desaparece no caso das forças contratuais prevalentes optarem pelo seu término. Essa preservação é tanto da condição individual de membro de cada parte quanto da condição coletiva da relação contratual. Pode haver um conflito entre a manutenção da relação e a manutenção da condição de membro de uma das partes; nesse caso, se a questão individual coloca em risco a estrutura coletiva, tende a prevalecer a última, mas existem casos em que a condição individual é privilegiada.

A terceira norma é a harmonização do conflito relacional, já que, se os conflitos não forem harmonizados, não há como preservar a relação. A harmonização depende de uma grande dose de flexibilidade, podendo acontecer de modo informal, sem alterar o aspecto formal da relação contratual. Além disso, faz-se necessária uma regularidade contratual, já que a boa-fé e a confiança não podem ficar restritas às situações não conflituosas. Na verdade, a boa-fé e a confiança podem até mesmo evitar a imposição ou a obrigação de determinado procedimento de regularidade processual, sendo anteriores e mais relevantes do que ela. O aspecto final a ser abordado é o conflito entre a matriz social e as normas internas do contrato, já que as relações tendem a ser complexas e a gerar conflitos também externos.

A última norma corresponde às chamadas normas supracontratuais, que tratam, em relações contratuais amplas e longas, da pertinência para a relação

[265] A conservação do contrato é reconhecida pelo Direito Brasileiro. Para uma análise do princípio da conservação da relação contratual em uma perspectiva comparatista ver: GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Favor contractus: alguns apontamentos sobre o princípio da conservação do contrato no Direito positivo brasileiro e no Direito comparado. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, v. 1, 2013, p. 475-542.

contratual de diversas normas sociais e políticas externas que não estão diretamente ligadas ao contrato.

Esta é, em linhas gerais, a teoria proposta por MACNEIL. Uma primeira observação de grande importância diz respeito à existência de algumas similaridades com a proposta civil-constitucional. Ambas demandam do Poder Judiciário uma análise aprofundada da relação contratual, algo desnecessário no modelo clássico de contrato, no Direito brasileiro ou na chamada teoria neoclássica ou formalista do contrato no Direito norte-americano.

Essa análise judicial mais contextualizada encerra um ponto fulcral no debate, uma vez que diversos críticos da teoria relacional afirmam que, apesar de concordarem com a descrição das práticas contratuais feita pela referida teoria, discordam da possibilidade de sucesso de uma intervenção judicial nesses termos, como SCHWARTZ & SCOTT[266], que afirmam que o erro judiciário elimina os supostos ganhos da teoria relacional. Outros autores, como GOLDBERG[267], apesar de concordarem com a exigência de que a intervenção judicial leve em conta o contexto que cerca a transação, reduzem esse contexto a uma perspectiva quase que exclusivamente econômica.

---

[266]SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. Contract Theory and the Limits of Contract Law. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 113, Nov/Dec 2003, p. 594-609.

[267]Nesse sentido afirma GOLDBERG: "Ao interpretar contratos, não devemos buscar a verdadeira intenção das partes, mas tentar nos pautar pela intenção de partes razoáveis, dentro de determinado contexto econômico (um teste da 'firma econômica razoável'). A procura por um 'encontro de mentes' parece uma boa ideia, mas apresenta sérios problemas. […] O teste da firma econômica razoável não significa que cada litígio contratual deve se sujeitar a uma análise completa da economia. Sua função é dupla. Em primeiro lugar, há o papel negativo: constranger as cortes para evitar que elas realizem interpretações sem observar as leis. O uso da presunção do dever de boa-fé, por exemplo, deveria ser limitado. Truques doutrinários, tais como invocar usos e costumes, não deveriam ser permitidos para desfazer linguagem contratual clara (por exemplo, o termo de quantidade mínima da Columbia Nitrogen e a fórmula do preço de Nanakuli). Em segundo, no seu papel positivo, a abordagem deve ser utilizada para resolver ambiguidades. A existência da ambiguidade é inevitável. Por exemplo, contratos mais complexos costumam conter termos como 'materialidade', 'razoabilidade', 'melhores esforços' e 'boa-fé', os quais devem ser definidos contextualmente. Reconheço que os mais inteligentes litigantes e juízes podem, virtualmente, tornar qualquer coisa ambígua. Não acredito, entretanto, que sua ingenuidade requeira uma total investigação pautada pela firma-razoável na maioria das disputas contratuais. Um pouco de economia pode ajudar muito nessas questões". Tradução livre do original: "In interpreting contracts we should not search for what parties 'really meant', but instead try to ascertain what reasonable parties should have meant, given the economic context (a 'reasonable economic firm' test). Looking for a 'meeting of the minds' sounds good, but it presents serious problems. (…) The reasonable-economic-firm test does not mean that each disputed contract must be subjected to a full-scale economic analysis. Its function is twofold. First its negative role: to constrain courts from engaging in free-wheeling interpretation. The use of implied duty of good faith, for example, should be tightly cabined. Doctrinal tricks, like the liberal invocation of custom and usage, should not be allowed to undo clear contractual language (for example, the minimum quantity term in *Columbia Nitrogen* and the pricing formula in *Nanakuli*). Second, in its positive role, the approach should be used to resolve ambiguities. Some ambiguity is inevitable. For example, complex contracts often use terms like 'materiality', 'reasonable', 'best efforts', and 'good faith', which must be defined contextually. I recognize that clever litigators and judges can make virtually anything appear ambiguous. I don't believe, however, that their ingenuity would require a full-brown reasonable-firm inquiry in most contract disputes. A little economics can go a log way toward clarifying the issues." (GOLDBERG, Victor P. **Framing Contract Law**: an economic perspective. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 378-379).

A questão da análise contextualizada da relação contratual também é posta como um empecilho à perspectiva civil-constitucional sob a alcunha de decisionismo e insegurança jurídica. Nos dois contextos, a melhor resposta, além da necessidade de aperfeiçoamento institucional do Poder Judiciário, está na argumentação judicial como será mostrado nos capítulos posteriores.

A questão do tempo e da definição precisa dos seus momentos de formação, execução e encerramento, é inerente ao modelo contratual clássico. O modelo social de contrato afasta-se dessa construção, em especial através do princípio da boa-fé objetiva, não apenas em função de uma opção legislativa ou dogmática, mas também em razão da impossibilidade de diferenciar essas fases da relação contratual. Nesse ponto a teoria relacional de MACNEIL constrói um arcabouço teórico capaz de apreender de forma adequada essas limitações, utilizando-se do conceito de presentificação anteriormente descrito[268].

Ainda, a compatibilidade, mesmo que parcial, entre a teoria relacional e o Direito civil-constitucional pode ser observada na colocação de FACHIN, que de forma sintética mas profunda indica os parâmetros do Direito Contratual na perspectiva civil-constitucional:

> - Quem contrata não mais contrata apenas com quem contrata;
> - Quem contrata não mais contrata tão-só o que contrata;
> - O contrato, como 'iter' do direito material não principia na conclusão; e
> - O contrato como processo do direito substancial desdobrado em planos não se extingue necessariamente na execução da formal do pacto.[269]

Assim, o papel da sociedade e a necessidade de uma perspectiva sócio-jurídica são pontos de contato entre as duas concepções. Ademais, a característica relacional de dificuldade de delimitação expressa do início e do fim da relação contratual também são pontos de convergência relevantes.

Um ponto adicional de análise da teoria relacional diz respeito às relações de poder no contrato. O Direito Contratual clássico norte-americano e o modelo clássico de contrato brasileiro, através da exacerbação da vontade e do consentimento,

---

[268] Nesse sentido é a análise feita por MACEDO JUNIOR: "Os contratos relacionais tendem, ao contrário, 'a fundir passado, presente e futuro num *continuum* no qual, todavia, o presente, não importa quão aguda seja a consciência que dele se tem, é parte tanto do passado como do futuro, e eles, por sua vez, partem do mesmo presente.' Neste sentido, nos contratos relacionais as partes reconhecem os limites para se presentificar o futuro e deixam de pretender tão intensamente fazer isto, tal como se configurava o ideal do pensamento contratual neoclássico" (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 208).

[269] FACHIN, Luiz Edson. Contratos na ordem pública do Direito Contemporâneo. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. (coord). **O Direito e o Tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.448.

produzem uma análise puramente abstrata da relação contratual. Nesse caso, como uma decorrência óbvia da premissa adotada, não há espaço para a análise das relações concretas de poder. Na teoria relacional o poder contratual ocupa papel central e o exercício unilateral de poder passa a ser um elemento fundamental da análise da relação contratual[270].

A teoria relacional desenvolvida por MACNEIL reserva um papel de grande relevância para a solidariedade e a cooperação. Aliás, a cooperação passa, na teoria relacional, a ser vista, como bem aponta MACEDO JR[271], como a obrigação principal dos contratantes, não se tratando de mero dever acessório. Nesse aspecto, trata-se de posição similar, mesmo que não fundada em pressupostos idênticos, da proposta teórica do Direito civil-constitucional de trazer a boa-fé para ser o fundamento do contrato e fonte autônoma de obrigações. Afinal, a boa-fé reforça a solidariedade, o papel da matriz social e a cooperação[272].

A única advertência a ser feita aqui é a diferença entre os conceitos de solidariedade e cooperação adotados por MACNEIL e o conceito constitucional e doutrinário pátrio de solidariedade. Essa questão terminológica, entretanto, não altera a prática argumentativa judicial por ela exigida, não afetando as conclusões desse trabalho.

Dentre as críticas feitas à construção teórica de MACNEIL, destaca-se a posição de CAMPBELL[273], que aponta a incoerência de defender a solidariedade e a cooperação como fundamentos do Direito Contratual e, ao mesmo tempo, manter

---

[270] A valorização das relações de poder na teoria relacional é observada por MACEDO JUNIOR: "Por fim, a analise econômica neoclássica falha ao lidar com a propensão do ser humano em ter o poder como fim em si mesmo. No caso dos contratos relacionais, a propensão humana em buscar o poder se mostra imprescindível para a análise contratual, uma vez que o aumento ou maximização do poder afeta diretamente os termos da troca particular. Isto é verdade tanto no caso de compartilhamento da solidariedade entre as partes contratantes. Neste sentido, o poder unilateral torna-se uma nova mercadoria com valor de troca" (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 200).

[271] Nesse sentido afirma MACEDO JUNIOR: "Ora, os contratos relacionais, à medida que questionam os pressupostos microeconômicos neoclássicos do *homo economicus*, apontam para uma dimensão não acessória, mais sim central, do princípio jurídico da cooperação. Conforme visto, a estratégia de cooperação em muitos casos de contratação relacional constitui-se na obrigação principal" (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionados e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p.189).

[272] A posição do autor pode ser observada na seguinte afirmação: "Há elementos que evidenciam a importância da boa-fé dentro da perspectiva relacional, notadamente o fato de que, em primeiro lugar, ela lembra a incompletude dos contratos, os limites da capacidade de previsão humana, os custos e ameaças a solidariedade e as barreiras insuperáveis para a comunicação perfeita e sem ruído entre as partes. Em segundo lugar, ela enfatiza, valoriza e torna juridicamente protegido o elemento da confiança, sem o qual nenhum contrato pode operar. Em terceiro lugar, ela evidencia a natureza participatória do contrato, que envolve comunidades de significados e práticas sociais, linguagem, normas sociais e elementos de vinculação não promissórios. Por fim, a boa-fé realça o elemento moral das relações contratuais." (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contrato Previdenciário como Contrato Relacional. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs). **Direitos do Consumidor**: contratos de consumo.São Paulo: RT, 2011, p.1080 (ColeçãoDoutrinasEssenciais)).

[273] CAMPBELL, David. Ian Macneil and the Relational Theory of Contract. In: CAMPBELL, David (Ed). **The Relational Contract Theory**: selected works of Ian Macneil. Londres: Sweet& Maxwell, 2001, p. 54.

vivas as normas como se descontínuas. Assim, a teoria relacional inclui uma contradição, já que ao mesmo tempo em que o seu fundamento filosófico e social é a premissa de que o ser humano não respeita as premissas comportamentais neoclássicas do individualismo e do egoísmo, ela insiste em descrever o comportamento humano capaz de incluir a solidariedade e o altruísmo. Contudo, a relutância em descartar as normas quase que discretas cria um ambiente em que o homem ao mesmo tempo em que é solidário mantém práticas contratuais individualistas e egoístas presentes nas normas quase que discretas.

A inconsistência da teoria relacional fica ainda mais evidente com as imprecisões terminológicas e com a ideia de MACNEIL de que sua teoria não tem quaisquer pretensões normativas, sendo exclusivamente descritiva. Ora, como já apontado neste capítulo, a definição das raízes primárias do contrato representa uma escolha normativa, e não meramente descritiva, o mesmo raciocínio valendo para as normas contratuais.

Assim, observa-se que ao mesmo tempo em que a teoria relacional identifica diversas transformações inerentes à mudança de relação contratual padrão ela não rompe de forma completa com os padrões contratuais clássicos e discretos. Trata-se de uma mudança de localização da relação contratual atual para um *locus* mais próximo do eixo relacional, mas sem se distanciar completamente do eixo quase que discreto. Afinal, MACNEIL continua a identificar uma parcela das normas contratuais vigentes como descontínuas, bem como algumas condutas contratuais como quase se discretas. Essa situação pode ser explicada, ao menos parcialmente, pela natureza descritiva da teoria relacional de MACNEIL. Portanto, como as práticas contratuais egoísticas e não recíprocas continuam a existir não se poderia construir uma teoria verdadeiramente fundada na descrição das condutas reais que as ignorasse.

Ainda, a perspectiva relacional permite que o superávit da troca seja maximizado na perspectiva de longo prazo[274]. Em momento algum se afasta a busca

[274]Essa é a posição de MACEDO JUNIOR: “Deste modo, os contratos relacionais fazem mais do que regular a troca de mercadorias e seu ajuste. Eles estabelecem o processo para cooperação interorganizacional no produto ou serviço, na produção e na estruturação da forma de gerenciamento. (...) A divisão de lucros passa a ser objeto de negociação entre as empresas no curso da performance contratual que as vincula. O lucro será agora menos o produto da barganha entre as partes e mais o produto de mútua cooperação, dentro de novos princípios de solidariedade e onde o conceito de boa-fé passa a ter uma importância antes inexistente. Por fim, os contratos relacionais de modo geral envolvem relações complexas entre diversas partes, nas quais os vínculos pessoais e de solidariedade, confiança e cooperação são determinantes.” (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Contrato Previdenciário como Contrato Relacional. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org).

da lucratividade, apenas desloca-se o padrão de referência para os ganhos totais da relação contratual e não para cada transação. Essa perspectiva não é desvinculada da realidade contratual, em que se identificam situações nas quais os contratantes deixam de exaurir todos os ganhos possíveis em uma transação, visando manter a uma relação contratual e maximizar os ganhos totais derivados dessa relação.

Desse modo, pode-se afirmar que a teoria relacional representa um avanço significativo tanto na descrição das especificidades dos contratos de longo prazo quanto na normatização específica dos mesmos. Em especial, trata-se de perspectiva teórica capaz de aproximar os princípios do modelo social de contrato e os contratos empresariais na medida em que relativa a oposição entre lucratividade e competitividade e cooperação e solidariedade.

Esta seção centrou-se no estudo da teoria relacional, entretanto, antes de encerrá-la deve-se perquirir acerca de como os contratos empresariais de longo prazo são tratados pelas teorias rivais. Uma alternativa teórica seria a negação de que o aumento do número de de contratos de longo prazo demanda uma mudança tão profunda na teoria contratual. Assim, nesta linha os contratos de longo prazo poderia ser tratados pelas teorias que mantém o contrato instantâneo como padrão. Essa alternativa, entretanto, deve ser rejeitada, uma vez que esse instrumental é incapaz de apreender a mudança nos padrões de relacionamento contratual bem identificados pela teoria relacional. A teoria relacional capta as especificidades das relações contratuais de longo prazo de forma adequada, em especial na perspectiva da presente tese. Assim, não se faz necessária uma incursão mais ampla em outras visões teóricas acerca dos contratos de longo prazo.

Assim, observadas as características especificas dos contratos empresariais de longo prazo, que foram expostas na perspectiva da teoria relacional, bem como a sua colocação no contexto do Direito Contratual pátrio, pode-se iniciar a construção de uma premissa essencial para o presente trabalho: a aplicação do princípio da solidariedade aos contratos empresariais de longo prazo, é o que se fará na próxima seção.

Direitos do Consumidor: contratos de consumo.São Paulo: RT, 2011, p.1077-1078 (Coleção Doutrinas Essenciais)).

1.6 **A aplicação do princípio da solidariedade aos contratos empresariais de longo prazo**

Após a análise dos contratos empresariais de longo prazo, pode-se concluir este capítulo tratando da problemática da aplicação do princípio constitucional da solidariedade nos contratos empresariais de longo prazo.

Como bem aponta MORAES[275], a dignidade da pessoa humana, princípio fundante da ordem jurídica pátria, além do reconhecimento de outros sujeitos merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica e com o mesmo atributo de autodeterminação e direito à participação do grupo social, tem como corolários os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade.

Ainda, dentre os princípios basilares do Direito Privado encontra-se a boa-fé objetiva, que, de acordo com TEPEDINO[276], implica a obrigatoriedade de obediência aos quatro princípios fundamentais da atividade econômica privada, são eles: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF); a solidariedade social (art. 3º, I, CF); e a igualdade substancial (art. 3º, III, CF). Ademais, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais é uma realidade no Direito pátrio, e a ordem econômica constitucional não deve depender de um mensageiro para ser aplicada aos contratos que têm relação direta com os seus preceitos, e podem ser vistos, inclusive, como instrumentos de política econômica. Desse modo, o princípio da solidariedade social deve ser obedecido pelos contratantes sob pena de afronta direta à Constituição, o que não seria admissível no atual estágio doutrinário e jurisprudencial acerca da efetividade do texto constitucional.

---

[275] Nesse sentido afirma a autora: "Isso significa dizer que o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica. Eis a principal dificuldade que se enfrenta ao buscar delinear do ponto de vista hermenêutico, os contornos e os limites do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. (...) O substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência de outros sujeitos como iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de vir a não ser marginalizado. São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade." (MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. **Danos à Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 84-85).

[276] TEPEDINO, Gustavo. Crise das fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil. In: **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. 2, p. 19.

O princípio da solidariedade, como afirma MORAES[277], é um princípio de plena eficácia e aplicabilidade, devendo ser levado em conta tanto pelo legislador, quanto pelo administrador e, sobretudo, pelo operador jurídico na atividade hermenêutica, não sendo uma mera intenção ou objetivo vago e futuro. A Constituição Federal, ao inserir o princípio da solidariedade, não adotou a lógica assistencialista que designava o Estado como o único responsável pela busca de uma sociedade solidária, trata-se de um dever de todos. Ora, se é um dever de todos, os particulares também o possuem e, igualmente, as partes contratantes. Essa conclusão é obrigatória no contexto atual de horizontalização dos direitos fundamentais, ou seja, da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas.[278] Assim, não há que se titubear na possibilidade de declararem como ilícitas as cláusulas que claramente atentam contra o princípio da solidariedade.[279]

O vocábulo solidariedade não é unívoco, nem desligado do contexto histórico em questão. Na construção de MACNEIL[280], a solidariedade é entendida como a confiança do indivíduo em permanecer interdependente com relação aos demais, afastando-a da solidariedade mecânica na terminologia de DURKHEIM[281]. Portanto, para MACNEIL o papel do Direito é manter e reforçar a crença solidária presente na sociedade. Afinal, a interdependência é uma característica inerente a sociedade contemporânea, seja no campo das relações pessoais seja no âmbito empresarial.

---

[277]MORAES, Maria Celina. Bodin de. O princípio da solidariedade. In: GUERRA, Isabella Franco; PEIXINHO, Manoel Messias; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. Disponível em: <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>. Acesso em 10 jul. 2008, p.1.

[278]"A esse argumento soma-se a circunstância – que nos parece elementar – de que existe um dever geral de respeito por parte de todos (Estado e particulares) em relação aos direitos fundamentais, isto em se levando em conta o velho adágio – expressamente consagrado já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão – de que os direitos de uns encontram seu limite nos direitos dos outros, consignando-se, todavia, que esse dever de respeito dos particulares, embora com ele seja conexo (até mesmo por lhe servir de fundamento), não se confunde com o dever de proteção imposto aos órgãos estatais. Atente-se, nesse contexto, ao que já foi referido alhures, no sentido de que as violações dos direitos fundamentais decorrem tanto do Estado quanto – e talvez até mesmo em maior número – dos particulares (sejam, ou não, detentores de poder social), igualmente demonstrado que essas agressões provindas de particulares não podem ser imputadas – ao menos não de forma generalizada e exclusiva (tal como pretendem os adeptos da teoria da convergência estatista) – diretamente ao Estado." SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: **A Constituição concretizada:** construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 150.

[279] Uma análise das alterações decorrentes da aplicação do princípio da solidariedade no direito contratual é feita por: MORAES, Maria Celina. Bodin de. O princípio da solidariedade. In: GUERRA, Isabella Franco; PEIXINHO, Manoel Messias; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Org.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, disponível em: <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>. Acesso em 10 jul. 2008, p.10.

[280]MACNEIL, Ian R. **O Novo Contrato Social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 87-99.

[281] Para DURKHEIM a solidariedade positiva pode ser de dois tipos a mecânica e a orgânica, a primeira é uma ligação direta da sociedade por meio de um conjunto mais ou menos organizado de crenças e de sentimentos comuns a todos os membros da sociedade, a sua força será significativa na medida em que a consciência coletiva daquela sociedade exceder as individualidades. Por sua vez, a solidariedade orgânica é intermediada pelos indivíduos pois deriva da interdependência decorrentes das funções diferenciadas observadas no contexto da divisão social do trabalho, [portanto, ele depende de um avanço de esferas de atuação especiais para os indivíduos. Nesse sentido ver: DURKHEIM, Émile. **Da Divisão Social do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 105-109.

Como afirma MACEDO JR[282], a solidariedade, dentro de um determinado grupo, é definida a partir da racionalidade interna dessa comunidade. Portanto, um elemento essencial da noção de solidariedade é o de comunidade. Não há que se falar em solidariedade do indivíduo só. Mas, no caso em tela, onde pode ser buscada essa racionalidade que dá sentido à solidariedade? Ora, a comunidade em questão é o povo brasileiro e a racionalidade da sociedade não pode ser outra senão a busca da justiça social.[283] A solidariedade exige, então, a busca de uma sociedade que não tolere exclusões ou marginalizações, que não se contente com a mera igualdade formal. Esse é o entendimento de MORAES que afirma:

> Do ponto de vista jurídico, como mencionado, a solidariedade está contida no princípio geral instituído pela Constituição de 1988 para que, através dele, se alcance o objetivo da 'igual dignidade social'. O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, assim, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.[284]

Nos contratos de empresariais de longo prazo, como os contratos de distribuição e *latu sensu* e de cooperação em geral, os interesses da sociedade devem estar presentes para que a ordem econômica, que valoriza a livre iniciativa somente na sua acepção social, seja preservada e garantida[285]. Para isso, deve-se verificar se os contratos em questão não geram abuso de poder econômico ou cartelização. Essa verificação deve ser feita sob o ponto de vista dos princípios e da função dos contratos de cooperação empresarial, não se podendo restringir essa

---

[282] MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p.175.

[283] Nesse sentido afirma MACEDO JUNIOR "Assim, por exemplo, dentro de um *ethos* comunitário, o dever de responsabilidade ou de ajudar, 'ser solidário' em relação a membro deste grupo é definido racionalmente, a partir da lógica interna desta mesma comunidade. No âmbito do direito social, o conceito de justiça social realiza a tarefa de ser medida cambiante e reflexionante deste grau de vinculação, vale dizer, do esquema de solidariedades." (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 175).

[284] MORAIS, Maria Celina. Bodin de. O princípio da solidariedade. In: GUERRA, Isabella Franco; PEIXINHO, Manoel Messias; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Org.). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, disponível em: <http://www.idcivil.com.br/pdf /biblioteca9.pdf>. Acesso em 10 jul. 2008, p.8.

[285] Nesse sentido já afirmou o Supremo Tribunal Federal: "A atividade econômica não pode ser exercida em desarmonia com os princípios destinados a tornar efetiva a proteção ao meio ambiente. A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a 'defesa do meio ambiente' (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 01 de setembro de 2005. *Diário de Justiça,* Brasília, 3 fev. 2006.).

análise aos parâmetros do Direito Concorrencial, que são importantes, mas não suficientes.

Ora, se a dignidade da pessoa humana impõe como consequência a obediência ao princípio da solidariedade, não haveria porque o Direito Contratual não se submeter a esse valor constitucional.

Todavia, tem-se uma questão relevante nesse ponto. Nos contratos empresariais está a se tratar de avenças celebradas, em grande parte, por pessoas jurídicas. Assim, poder-se-ia argumentar que a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana as relações empresariais estaria vedada. A solução não está na aplicação da dignidade da pessoa humana às pessoas jurídicas de forma equivalente as pessoas físicas e, tampouco, na defesa da sua inaplicabilidade nos contratos empresariais. A posição aqui adotada parte de duas premissas: i) a impossibilidade da aplicação da noção de dignidade da pessoa humana às pessoas jurídicas; ii) o reconhecimento de que diversos interesses, não só o das empresas, podem ser afetados por uma disposição contratual entre duas pessoas jurídicas empresárias, tornando a dignidade da pessoa humana um valor essencial para a regulação jurídica dos contratos empresarias.

Afinal, um contrato empresarial pode gerar efeitos para terceiros, sejam eles indivíduos isolados ou grupos sociais. Na hipótese, por exemplo, de um contrato empresarial afetar consumidores pode-se aplicar a dignidade da pessoa humana para defesa desses interessados sem incorrer no equívoco de se aplicar a dignidade da pessoa humana indistintamente a pessoas físicas e jurídicas.

Portanto, está a se aplicar a dignidade da pessoa humana no Direito Empresarial, inclusive nos contratos entre pessoas jurídicas, mas não a afirmar que as pessoas jurídicas, sobretudo empresárias, devem ser tratadas como se fossem passíveis de proteção através da dignidade da pessoa humana.

Esse raciocínio é compatível com um Direito Empresarial que se define, na sua contemporaneidade, através do conceito de empresa e, portanto, regula a atividade econômica organizada visando os interesses da coletividade e não criando um conjunto de privilégio ao empresário. Desse modo, observa-se que apesar de tratar das atividades empresariais, exercidas na maioria das vezes por meio de pessoas jurídicas, o Direito Empresarial hodierno lida com a multiplicidade de interesses presentes na ordem econômica constitucional. Assim, não está a pessoa natural ausente do Direito Empresarial.

Ademais, mesmo nas situações em que estão em jogo apenas os interesses de pessoas jurídicas não há razão para que se afaste a dignidade da pessoa humana, afinal podem existir diversos interesses patrimoniais e até existenciais em jogo em uma relação empresarial. Entretanto, a aplicação diferenciada é imperiosa, devendo haver respeito às especificidades das situações patrimoniais. Essa aplicação diferenciada é defendida por TEPEDINO[286] ao tratar da problemática inerente a aplicação dos direitos da personalidade as pessoas jurídicas.

Portanto, os contratos empresariais não estão imunes ao princípio da dignidade da pessoa humana, o que não significa que a sua aplicação a pessoas jurídicas da mesma forma que ele incide nas relações contratuais entre pessoas físicas.

Afinal, como demonstrado, a mudança operada no conceito de autonomia privada produziu uma alteração da liberdade de contratar que possibilitou a inserção do princípio da solidariedade.

Como não se pode excluir os contratos empresariais desse cenário, não há como fugir da aplicação do princípio da solidariedade nesses contratos. Anteriormente, já se afastou a possibilidade de se evitar essa aplicação pelo conceito de microssistemas ou pela alegação de uma teoria geral própria dos contratos empresariais com princípios diferenciados.

Ainda, a teoria relacional demonstra que a prática contratual empresarial não é avessa à cooperação e à solidariedade. Ao contrário, as novas estratégias empresariais trabalham na criação de redes contratuais e contratos de longo prazo, tornam ainda mais evidente essa realidade. A necessidade de uma colaboração continuada, em relações contratuais relacionais evidencia que padrões de conduta que respeitam a reciprocidade permitem um aumento dos ganhos que podem ser obtidos com a relação contratual. Uma sociedade que é capaz de produzir um

[286] Nesse sentido TEPEDINO defende a necessidade de aplicação uma aplicação diferenciadas as pessoas humanas e jurídicas: "A rigor, a lógica fundante dos direitos da personalidade é a tutela da dignidade da pessoa humana. Ainda assim, provavelmente por conveniência de ordem prática, o codificador pretendeu estendê-los às pessoas jurídicas, o que não poderá significar que a concepção dos direitos da personalidade seja uma categoria conceitual neutral, aplicável indistintamente a pessoas jurídicas e humanas. (…) Com base em tais premissas" (TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, t. 1,p.60). Mais adiante conclui: "Com base em tais premissas metodológicas, percebe-se o equívoco de se imaginar os direitos da personalidade e os danos morais como categorias neutras, adotadas artificialmente pela pessoa jurídica para a sua tutela (a maximização de seu desempenho econômico e de seus lucros). Ao revés, o intérprete deve estar atento a diversidade de princípios e de valores que inspiram a pessoa física e a pessoa jurídica, e para que esta, como comunidade intermediária constitucionalmente privilegiada, seja merecedora de tutela jurídica apenas e tão somente como um instrumento (privilegiado) para a realização de pessoas que, em seu âmbito de ação, é capaz de congregar." (TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, t. 1,p.62).

ambiente institucional dotado de maior confiabilidade reduz a necessidade de que os contratantes tenham que construir mecanismos de salvaguarda contra comportamentos desleais dos demais indivíduos. Ademais, sob a perspectiva da teoria econômica, além da redução de custos com a desnecessidade de mecanismos de salvaguarda, um ambiente empresarial cooperativo reduz a incerteza acerca da conduta esperada dos indivíduos, melhorando o procedimento de tomada de decisões. Ainda, a adequação da categoria dos contratos relacionais às relações contratuais empresariais é defendida na doutrina nacional por AGUIAR JÚNIOR[287].

Ademais a reciprocidade – que pode ser vista como um forma diversa de enunciação da proporcionalidade – é observada nos contratos empresariais tanto no princípio do equilíbrio contratual quanto em regras pontuais que afastam a licitude de certos contratos excessivamente desproporcionais – por exemplo os institutos da onerosidade excessiva e da lesão. [288] Aliás, como bem aponta PERLINGIERI[289], esses dois institutos, somados a aplicação judicial da proporcionalidade são indícios de um movimento no sentido de evitar desproporções macroscópicas desarrozoadas. Nesse contexto cabe ao princípio da proporcionalidade, em conjunto com outros princípios – em especial a razoabilidade e a adequação – um papel central na avaliação do merecimento de tutela das disposições contratuais, na medida em que ele representa uma abertura axiológica para o justo equilíbrio entre solidariedade e liberdade, entre coerência do ordenamento jurídico e ambiente competitivo de mercado. Isso ocorre na medida em que o instrumental da proporcionalidade é utilizado não para impor um equilíbrio rígido, mas sim para evitar desproporções excessivas numa análise do contexto da relação contratual em análise.

O receio de que o princípio da solidariedade implique em um totalitarismo coletivista, com a negação da autonomia privada e a supressão do livre desenvolvimento da personalidade, apesar de justificado historicamente não é

---

[287] AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 12, vol. 45, 2011, p. 91 – 110.

[288] Partindo de uma noção de reciprocidade bastante próxima a MACNEIL e defendendo a sua relevância no Direito Contratual pátrio tem-se o trabalho de ZANITELLI, que a vê tanto com um valor adequado a tábua axiológica constitucional quanto como um princípio capaz de produzir consequências benéficas no ambiente negocial. A proposta do autor encontra-se em: ZANITELLI, Leandro Martins. A reciprocidade nos contratos: uma análise expressivista. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 11, nº 42, 2010, p. 160- 184.

[289] PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.403-419.

obstaculizado pela concepção atual de solidariedade, como bem aponta SCHREIBER[290]. Afinal, a solidariedade aplicável aos contratos empresariais de longo prazo levará em conta necessariamente o contexto social que circunda o contrato e que corresponda aos valores tidos como merecedores de tutela pelo ordenamento.

Portanto, não deve haver qualquer preconceito ou resistência à imposição de normas de ordem pública ou cogentes aos contratos, que ganham relevância descolando-se da noção individualista de autonomia privada e sujeitando-se, de forma direta, aos preceitos constitucionais que determinam a validade da atividade econômica privada.

Ademais, o contrato – empresarial ou de outra natureza – é válido, desde que obedecidas às condições impostas de forma cogente pela lei, sejam elas específicas para a forma contratual utilizada ou gerais para toda a ordem econômica. Assim, os interesses sociais sempre estarão presentes, quer as partes queiram, quer não; em outras palavras, são determinantes da autonomia privada e não por ela determinados.

Nesse sentido aponta LÔBO[291], que, ao mesmo tempo em que o contrato, como categoria abstrata e geral, fruto exclusivo da autonomia da vontade, entra em declínio, cresce a sua importância como mecanismo de política econômica. Esse suposto paradoxo será novamente abordado nos capítulos posteriores, mas ele se origina na inclusão de consideração redistributivas no modelo social do contrato.

Ora, a defesa de uma autonomia da vontade quase que absoluta não permitia que essas questões deturpassem o direito privado em geral e o Direito Contratual em especial. Afinal, estar-se-ia a questionar se a manifestação de vontade dos contraentes seria mesmo benéfica a eles e à sociedade em geral. Essa inquirição é frontalmente rechaçada como inadequada no âmbito do Direito Contratual clássico, mas acolhida no modelo social de contrato.

A ligação entre a solidariedade e boa-fé, em especial fazendo com que a obrigação dita acessória de cooperação deva ser cumprida, mesmo que a obrigação

---

[290]Nesse sentido afirma SCHREIBER: “A solidariedade contemporânea não é coletivista, mas humanitária: dirige-se ao desenvolvimento não do grupo, mas da personalidade das pessoas. O solidarismo atual não se confunde com o coletivismo; situa-se, por assim dizer, a meio caminho de um e de outro.” (SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.53-54).

[291]Nesse sentido afirma o autor: “O contrato deixa de ser apenas instrumento de exercício de direitos para ser também instrumento de política econômica. E se estabelece uma situação aparentemente paradoxal: um recrudescimento de sua importância na medida do seu declínio, quando a autonomia da vontade vai perdendo seu predomínio.”(LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O contrato**: exigências e concepções atuais. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 19).

principal possa ser atingida de forma diversa, é defendida por diversos autores.[292] Desse modo, nessa perspectiva a solidariedade teria a função de retirar a boa-fé de uma posição de inferioridade, para que ela posso assumir a função de fundamento do Direito Contratual.

Já para NALIN[293], o princípio da solidariedade é pressuposto da cláusula geral de boa-fé, indo além dela. Desse modo, não se pode restringir a incidência do princípio da solidariedade a mera função de cláusula geral, ocupando em realidade uma função de princípio fundamental do Direito Contratual. Entretanto, dentre as opções disponíveis, a aproximação com a boa-fé afigura-se na opção mais adequada para dar concretude ao princípio da solidariedade no Direito Contratual.[294]

Como bem aponta MACEDO JR[295], uma das aplicações da teoria relacional dos contratos ao Direito pátrio é o papel central e não meramente acessório da solidariedade e da cooperação que, inclusive em contratos como os de parceria, por exemplo, uma *joint venture* para criação de um novo produto, passam a ter o status de obrigação principal dos contratantes e não mero dever acessório.

Assim, pode-se observar que a aplicação do princípio da solidariedade aos contratos empresariais de longo prazo traz a necessidade de que os comportamentos contratuais no ambiente negocial proporcionais, as condutas

---

[292]Dentre eles pode-se observar a posição de LOPES: "Sem dúvida, a boa-fé objetiva no direito contemporâneo é fonte *autônoma* das obrigações independentemente daquelas vindas dos contratos. É o que se observa em determinados contratos nos quais a prestação principal foi cumprida, mas houve muitos prejuízos materiais e morais que nasceram da falta de solidariedade e cooperação contratual que são os fundamentos da boa-fé objetiva." (LOPEZ, Teresa Ancona. Princípios Contratuais. In: FERNANDES, Wanderley (Coord). **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.50(Série GV Law)).

[293]Nesse sentido afirma NALIN: "O acondicionamento do valor da solidariedade em forma de cláusula geral não é recomendável, pois mesmo esta, pressupõe uma ponte de referência no ordenamento jurídico. Vai mais além, porque supera a condição aparente de princípio privado de curta extensão; localiza-se anteriormente e é pressuposto do princípio da boa-fé contratual; como se disse, é verdade cânone absoluto assentado na Constituição." (NALIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p.178-179).

[294]Nesse sentido afirma o autor: "Portanto, na falta de melhor critério que possa traduzir um perfil mais concreto de aplicação da solidariedade contratual, parece mostrar-se aceitável a aproximação desse valor constitucional ao princípio da boa-fé contratual, como, aliás, parte da doutrina tem procurado fazer. (NALIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006, p.178).

[295]Nesse sentido afirma MACEDO JUNIOR: "Ora, os contratos relacionais, à medida que questionam os pressupostos microeconômicos neoclássicos do *homo economicus*, apontam para uma dimensão não acessória, mais sim central, do princípio jurídico da cooperação. Conforme visto, a estratégia de cooperação em muitos casos de contratação relacional constitui-se na obrigação principal. (...) Em síntese, o caráter acessório dos deveres de cooperação se transfigura, pois, de três maneiras. Em primeiro lugar, a cooperação assume um caráter central no contrato. Em segundo lugar, o dever acessório de cooperação deixa de ser um princípio subsidiário na interpretação dos contratos, que deve ser invocado apenas para preencher lacunas, quando os demais princípios básicos (autonomia da vontade, vinculatividade da obrigação, liberdade contratual etc.) não bastam para resolver o problema, e passa a ser um princípio básico de todos os contratos relacionais, ainda que sua importância varie conforme as circunstâncias particulares de cada caso. Por fim, o dever de solidariedade impõe a obrigação moral e legal de agir em conformidade com determinados valores comunitários, e não apenas segundo uma lógica individualista de maximização de interesses de caráter econômico" (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. Max Limonad, 1998, p. 189).

cooperativas, equilibradas e dotadas de reciprocidade devem ser suportadas pelo Direito, em especial no aspecto promocional da norma, e os comportamentos contrários, geradores de desproporção excessiva e injustificada devem ser objeto das sanções legais.

Uma última consideração diz respeito à advertência feita, dentre outros por FORGIONI,[296] acerca do risco de, no modelo social de contrato empresarial, retirar a assunção do risco pelos contratantes e, por conseguinte, igualar empresas eficientes e ineficientes. Esse perigo deve ser evitado, uma vez que consubstanciaria afronta ao próprio texto constitucional. Assim, deve-se lembrar que a busca do equilíbrio contratual e da igualdade material incidem sobre os contratos empresariais, mas, como bem observa a autora, devem ser interpretados de forma diversa dos contratos de consumo ou dos que tratam de relações existenciais. Não se defende, de modo algum, que se anulem as diferenças entre os agentes econômicos, algo essencial ao sistema de mercado adotado pela Constituição Federal. Afinal, como a própria FORGIONI[297] afirma, a boa-fé objetiva, que é um dos princípios fundamentais do modelo social de contrato, não é novidade no âmbito dos contratos empresariais e não traz, necessariamente, uma anulação de um ambiente empresarial competitivo e que incentive a eficiência dos agentes econômicos.

Nesse sentido a questão é bem colocada por TEPEDINO & SCHREIBER[298], que ao tratarem da boa-fé objetiva no contexto do ambiente negocial afirmar que a

---

[296]Nesse sentido afirma FORGIONI: "Nenhuma interpretação de um contrato empresarial será coerente e adequada se retirar o fator erro do sistema, neutralizando os prejuízos (ou lucros) que devem ser suportados pelos agentes econômicos decorrentes de sua atuação no mercado. Regra geral, o sistema jurídico não pode obrigar alguém a não ter lucro (ou prejuízo), mas apenas a agir conforme os parâmetros da boa-fé objetiva, levando em conta as regras, os princípios e as legítimas expectativas da outra parte (agir conforme o direito). Não fosse assim, o sistema jurídico (i) estaria cometendo equívoco metodológico bastante semelhante ao da análise microeconômica clássica, porque anularia ou desconsideraria o necessário diferencial entre os agentes econômicos ou (ii) desestimularia as contratações." (FORGIONI, Paula. Interpretação dos Negócios Empresariais. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.94(Série GV Law)).

[297]Nesse sentido afirma a autora: "Ademais, a 'socialização' dos contratos comerciais é uma forte tendência jurisprudencial no direito mercantil. (...) Analisando a jurisprudência comercial brasileira de forma sistemática, parece-nos perfeitamente possível afirmar que as grandes linhas traçadas pelos julgados há muito depreenderam-se de um espírito individualista, preocupando-se sempre com o impacto do contrato sob o todo social, ao mesmo tempo em que procura azeitar o fluxo das relações econômicas. Por essa razão, ao menos no que diz respeito ao direito comercial, tememos que a inovação trazida pelo art. 421 far-se-á sentir mais na retórica dos advogados do que na modificação da realidade jurídica." (FORGIONI, Paula. Interpretação dos Negócios Empresariais. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.142(Série GV Law)).

[298] Nesse sentido afirmam os autores: "Justamente por não exigir a proteção aos interesses íntimos e privados da contraparte, mas somente de colaboração para aqueles interesses objetivamente extraídos a própria realização do negócio, a boa-fé objetiva não importa em sacrifício de posições contratuais de vantagem. Em outras palavras, as partes na prática, concorrem – e o direito não veda que em relações paritárias concorram – entre si na aquisição, manutenção de posições prevalentes e de proteção, o que é da essência das relações negociais. O comprador deseja o menor preço, o vendedor o maior, e não há como esperar que renunciem a tais interesses que são da lógica do negócio. A boa-fé, seja por meio de exercer abusivamente (em contrariedade

incidência do referido principio não leva ao sacrifício das posições contratuais de vantagem. Assim, a busca de uma maior parcela dos ganhos derivados da transação pelos contratantes não é contrária a boa-fé objetiva. O que se exige no modelo social de contrato empresarial é somente uma conduta dotada de boa-fé na busca dos ganhos contratuais. Afinal, a ética contratual contemporânea, seja nas relações contratuais civis ou empresárias, é integrada necessariamente pela solidariedade social, o que modo algum anula a autonomia privada. Nesse sentido é ensinamento de FACHIN[299]:

> Não de trata de aniquilar a autonomia privada, mas sim de superar o ciclo histórico do individualismo exacerbado, substituindo-o pela coexistencialidade. Quem contrata não mais contrata apenas com quem contrata, eis aí o móvel que sinaliza, sob uma ética contratual contemporânea, para a solidariedade social.

A intervenção estatal, mesmo nos contratos empresariais, sempre existiu e continuará a existir. A verdadeira questão a ser enfrentada é como garantir que a inevitável intervenção judicial seja feita de forma adequada e sujeita a controles inerentes ao Estado Democrático de Direito. Para isso deve-se avançar na teoria da argumentação judicial, objeto do próximo capítulo.

---

aos deveres anexos) os direitos contratuais, não implica em renúncia a tais direitos ou às situações de preponderância que possam vir a ocorrer no curso da relação obrigacional." (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A Boa-fé Objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil (arts. 113, 187 e 422). In: TEPEDINO, Gustavo (coord). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 40).

[299] FACHIN, Luiz Edson. Contratos na ordem pública do Direito Contemporâneo. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. (coord). **O Direito e o Tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.462

2 **A ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL E OS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE LONGO PRAZO**

No capítulo anterior, delineou-se a mudança ocorrida no Direito Contratual pátrio em função do avanço do modelo social e do declínio do modelo clássico de contrato. Para que se avance em direção ao objeto desta tese, analisando-se criticamente essa mudança, faz-se necessário um aprofundamento nas diversas vertentes da teoria argumentação jurídica.

Após, será possível identificar os desafios trazidos pelos contratos empresariais de longo prazo no âmbito argumentativo, em um primeiro momento, ainda no modelo clássico de contrato. Assim, ter-se-ão os elementos necessários para discussão das complexidades argumentativas do modelo social de contrato, o que ocupará o próximo capítulo desta tese.

Essa reflexão está organizada da seguinte forma. Na primeira seção, será feita uma incursão panorâmica na teoria da argumentação jurídica. Essa incursão objetivará uma discussão das principais alternativas teóricas trazidas pela teoria da argumentação jurídica. Na segunda seção, a teoria da argumentação jurídica será contextualizada dentro do Direito Contratual. Afinal, o Direito Contratual em especial e o Direito Privado em geral possuem especificidades que influenciam tanto a natureza dos problemas quanto às soluções dadas pela teoria da argumentação. Na terceira seção, será feito um primeiro avanço em direção ao objeto mais especifico desta tese, com a discussão acerca da aplicação da teoria da argumentação jurídica nos contratos empresariais de longo prazo. Posteriormente, na quarta seção, avançar-se-á para a discussão da teoria da argumentação jurídica aplicada ao objeto desta tese, ao problematizar-se o papel da argumentação jurídica no âmbito judicial com o foco nos contratos empresariais de longo prazo. Por fim, na quinta e última seção, serão enumeradas as principais características das práticas argumentativas judiciais dentro do modelo clássico de contrato empresarial.

2.1 **A teoria da argumentação jurídica: uma visão panorâmica**

A teoria da argumentação jurídica não será objeto de uma análise aprofundada e exaustiva, o que se pretende é apenas uma visão panorâmica para que se possa contextualizar os seus desdobramentos específicos no Direito Contratual e, em especial, dos contratos empresariais de longo prazo, o que ocupará as seções posteriores.

Deve-se observar que as propostas teóricas aqui abordadas não representam uma enumeração exaustiva das possibilidades que se descortinam para o estudioso do papel da argumentação jurídica na Filosofia e na Teoria do Direito[300]. Ademais, elas não serão analisadas de forma detalhada, mas apenas dentro do necessário para que se possa identificar adequadamente as contribuições mais relevantes para o objeto aqui proposto.

A escolha dos autores e do nível de detalhamento nesta seção funda-se na importância das contribuições teóricas para as conclusões que serão apresentadas ao fim desse trabalho, levando-se em conta também a recepção que as teorias originadas no Direito Comparado tiveram no Direito pátrio. Assim, objetivou-se selecionar as construções teóricas que trazem os instrumentais mais adequados à análise das práticas argumentativas judiciais dos contratos empresariais de longo prazo no Direito pátrio.

A escolha da expressão 'argumentação jurídica' ao invés de raciocínio jurídico, interpretação ou retórica já foi justificada na introdução deste trabalho, quando se definiu, de forma esquemática, o que se entende por argumentação jurídica. Repisando-se que o conceito de argumentação jurídica não se confunde com o de interpretação, uma vez que enquanto a interpretação procura determinar o sentido das normas a argumentação investiga as condições que devem ser

[300] Apesar da impossibilidade de aprofundamento do tema pode-se afirmar que este estudo compartilha a abordagem de BUSTAMANTE que defende a centralidade da teoria da argumentação no pensamento jurídico atual, em especial no âmbito do pós-positivismo: "Portanto, a diferença [entre a teoria jurídica e a filosofia do Direito] é apenas uma diferença de abordagem, e que ainda assim não admite uma fronteira rígida, de modo que existe uma zona gris significativa entre duas disciplinas. Essa zona cinzenta é normalmente ocupada pelas teorias da argumentação, que constituem uma espécie de 'teoria da mediação' entre filosofia do Direito e a teoria jurídica pós-positivista, pois os enunciados produzidos no campo das teorias da argumentação jurídica necessariamente interessam tanto ao teórico do Direito quanto ao filósofo do Direito. (...) Sem uma teoria da argumentação jurídica inexiste a dimensão normativa do pensamento jurídico que é constitutiva tanto para a teoria geral do Direito quanto para a filosofia do Direito de matiz pós-positivista."(BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 188-189).

atendidas para que a justificação da decisão, tanto em função do contexto normativo quanto do fático, seja considerada racional. Desse modo, pode-se afirmar que o estudo da argumentação jurídica engloba – mas não se resume – a interpretação das normas positivas.

Cabe agora uma análise mais detalhada do papel da teoria da argumentação jurídica na compreensão do Direito.

A teoria da argumentação jurídica contemporânea tem como premissa inicial a impossibilidade da aplicação da lógica formal no Direito. Essa rejeição poderia levar ao questionamento acerca da possibilidade efetiva da argumentação jurídica ser capaz de exercer alguma função relevante como mecanismo de controle da atuação judicial na sociedade atual. Afinal, sem a possibilidade de definição da validade ou veracidade dos argumentos não haveria como qualificar os argumentos jurídicos como inválidos ou falsos. Portanto, ter-se-ia uma teoria meramente descritiva.

Todavia, coube à própria teoria da argumentação jurídica, ao afastar a lógica formal, construir a possibilidade de uma racionalidade da razão prática, que contivesse mecanismo de correção dos argumentos utilizados no Direito. Esses mecanismos produzem critérios de correção, em grande parte, procedimentais; entretanto, capazes de identificar argumentos inadequados ou irracionais. Assim, a teoria da argumentação jurídica representa uma alternativa ao formalismo lógico e ao indeterminismo no Direito.

Como mencionado o uso da lógica formal para explicar o funcionamento do raciocínio jurídico é afastado pela maior parte dos autores contemporâneos dedicados ao estudo da argumentação jurídica. Todavia, algumas propostas teóricas utilizam modelos de lógica formal para explicar as decisões judiciais[301]. Ainda, os avanços dos estudos acerca da inteligência artificial têm conduzido à tentativa de construção de uma lógica computacional jurídica[302]. Essa linha de pensamento não

[301] Dentre os diversos trabalhos pode-se citar a proposta de LEITH, que defende a possibilidade de uma explicação lógica do Direito, mas de forma parcial e sem o uso da lógica computacional. Para o autor pode-se criar um modelo formal simplificado que represente o raciocínio jurídico. Nesse modelo todos os fatores não contidos nos materiais jurídicos são tidos como externos ao sistema e não integram o modelo, construindo-se um sistema formal que não é afetado pelo ambiente. Como o próprio autor afirma não se trata de uma descrição de como a aplicação do Direito efetivamente ocorre, mas apenas na construção de uma ferramenta que pode ser útil para ilustrar alguma questão particular. Nesse sentido ver: LEITH, Philip. Logic, Formal Models and Legal Reasoning. **Jurimetrics Journal**, Tempe, v. 24, 1983-1984, p. 334-356.

[302] Para uma revisão da literatura que trata da Inteligência Artificial no âmbito do Direito, bem como das suas limitações ver: PRAKKEN, Henry. AI & Law, Logic and Argument Schemes. In: **Argumentation**, Amsterdam, v. 19, 2005, p.303-320. A proposta de PRAKKEN passa pela possibilidade da representação do Direito e da argumentação jurídica dentre de um sistema lógico formal dotado de uma lógica não monotônica, o que

será explorada neste trabalho, uma vez que o caráter retórico e argumentativo do Direito, como aqui defendido, é incompatível com ela.

Outra crítica que a teoria da argumentação jurídica enfrenta é o ceticismo expresso na posição de que ela encerra um indeterminismo insuperável, não havendo critério válido ou seguro para definir a justeza ou adequação do discurso jurídico.

Não se objetiva aqui um tratamento sistemático desta questão, bastante complexa tanto no âmbito da Filosofia geral quanto da Filosofia e Teoria do Direito. Todavia, existem diversas correntes filosóficas que defendem o indeterminismo da argumentação jurídica ou mesmo deixam de enxergar um papel relevante em critérios de racionalidade argumentativa no Direito. Uma crítica filosófica mais geral da argumentação como mecanismo de controle da decisão judicial é encontrada no pensamento desconstrutivista defendido dentro outros por DERRIDA[303], que tem

---

permitiria a inclusão de argumentos avaliativos dependentes do contexto sem a perder a característica lógica-formal. A lógica tradicional é monotônica, uma vez que seus enunciados são válidos sem nenhuma exceção, ou seja, a conclusão é um resultado universal das suas premissas. Já a lógica não monotônica, que fundamenta os estudos contemporâneos de inteligência artificial (IA) admite interferências nos seus enunciados em função de novas informações ou da invalidação de informações anteriores. A não monotocidade da lógica da IA permite que além das premissas positivas existam premissas negativas, sendo que a sua ausência possibilita a inferência de determinada conclusão. Portanto, pode-se afirmar a validade lógica de determinada conclusão condicionada a inexistência de determinadas exceções. Assim, tendo como ponto de partida a crítica a lógica tradicional feita por TOULMIN o autor afirma ser possível a construção de um conjunto de esquemas argumentativos não monotônico que incorpore as críticas feitas por TOULMIN e mantenha a qualidade de um sistema lógico, o que torna possível o tratamento computacional. Para uma explanação acerca do conceito de lógica não monotônica ver: ANTONELLI, G. Aldo. Non-monotonic Logic. In: ZALTA, Edward N. (Ed.).**The Stanford Encyclopedia of Philosophy,** Stanford, Winter 2012,Disponívelem: <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/logic-nonmonotonic/>. Acesso em 27. Dez. 2012.

[303] A proposta desconstrutivista de DERRIDA funda-se na impossibilidade do Direito sem força, o que afasta a possibilidade da construção discursiva de um sentido de justiça do Direito. O autor constrói seu raciocínio a partir da classificação dos atos adotada pela Filosofia da Linguagem em atos constativos (são aqueles atos que descrevem ou relatam um estado de coisas, e que, por isso, se submetem ao critério de verificabilidade, isto é, podem ser rotulados de verdadeiros ou falsos) e atos performativos (são aqueles enunciados que não descrevem, não relatam, nem constatam absolutamente nada, e, portanto, não se submetem ao critério de verificabilidade. Mais precisamente, são enunciados que, quando proferidos na primeira pessoa do singular do presente do indicativo, na forma afirmativa e na voz ativa indicam uma ação).Esse pensamento pode ser observado na seguinte afirmação do autor: "Isso é particularmente verdadeiro com respeito ao instante da decisão justa, que deve também rasgar o tempo e desafiar as dialéticas. É uma loucura. Uma loucura, pois tal, decisão é, ao mesmo tempo, superativa *e* sofrida, conservando algo de passivo ou inconsciente, como se aquele que decide só tivesse a liberdade de se deixar afetar por sua própria decisão como se ela lhe viesse de outro. (…) Mesmo que o tempo e a prudência, a paciência do saber e o domínio das condições fossem, por hipótese, ilimitados, a decisão seria estruturalmente finita (...). E é verdade que todo performativo corrente supõe para ser eficaz, uma convenção anterior. Já um constativo, este pode ser justo no sentido de justeza, jamais no sentido de justiça. Mas como um performativo só pode ser justo, no sentido de justiça, se fundamentado em convenções e, portanto, em outros performativos, escondidos ou não, ele conserva sempre em si alguma violência eruptiva. Ele já não responde as exigências da racionalidade teórica. E nunca o fez, nunca pode fazê-lo, temos disso uma certeza *a priori* e estrutural." (DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**: o fundamento místico da autoridade. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.52-53). Para uma análise da posição de DERRIDA como uma alternativa válida a racionalidade argumentativa ver: TEUBNER, Gunther. Self-subversive Justice: contingency or transcendence formula of law? **The Modern Law Review**, London, v. 72, n. 1, Jan 2009, p.13-16.

entre seus fundamentos filosóficos o pensamento de PASCAL[304]. No Direito anglo saxão, o movimento dos *Critical Legal Studies*[305] incorpora essa visão.

Como se trata de tema lateral, basta afirmar que apesar das dificuldades encontradas na definição de critérios de racionalidade da argumentação jurídica eles desempenham um papel relevante no controle da argumentação judicial. Ainda, esses critérios permitem um grau adequado de previsibilidade da decisão judicial em termos práticos[306]. Trata-se de constatação bastante significativa, afinal uma das acepções do Estado Democrático de Direito é a afirmação do Governo da Lei (*Rule of Statute*), o que seria afastado se o juiz pudesse retirar qualquer conclusão dos materiais jurídicos[307]. Ora, se o conteúdo do discurso jurídico for uma escolha livre do orador, que não estaria restrito por meio das normas jurídicas ou do juízo hermenêutico construído a partir delas, não haveria como manter íntegra a possibilidade de obediência à lei. Essa premissa é negada neste estudo, que analisa

[304] Afirma PASCAL: "Dessa confusão advém que um diz que a essência da justiça é a autoridade do legislador; outro, a comodidade do soberano; outro, o costume presente, e é o mais seguro. Nada, segundo a razão apenas, é justo por si, tudo balança com o tempo. O costume (é) toda a equidade, pela simples e só razão de que é recebido. É esse o fundamento místico de sua autoridade. Quem a reduzir ao seu princípio a aniquilará. Nada é mais eivado de erros do que essas leis que consertam os erros. Quem obedece a elas porque elas são justas, obedece à justiça que imagina, mas não à essência da lei. Ela é toda concentrada em si mesma. É lei e nada mais." (PASCAL, Blaise. **Pensamentos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 22).

[305] O movimento dos *Critical Legal Studies* funda-se na crítica ao formalismo jurídico e a objetividade do Direito, tornando bastante significativo o papel da ideologia e das concepções politicas no Direito, em especial na sua aplicação pelo Poder Judiciário. Nesse sentido ver: UNGER, Roberto Mangabeira. The Critical Legal Studies Movement. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 96, Jan. 1983, p. 563-567. Dentre os adeptos do *Critical Legal Studies* que abordam a questão da argumentação jurídica tem-se Duncan KENNEDY, que a argumentação jurídica como algo arbitrário e contingente, apenas parcialmente determinado pelos materiais jurídicos. Nesse sentido afirma KENNEDY: "Tenho dito desde o início que toda discussão jurídica é parte do processo de criação do campo jurídico através de reprodução e não de aplicação de normas. A aplicação de normas é algo que acontece de fato, mas nunca a enxerguei como algo que necessariamente deva acontecer. Ela é uma consequência tanto contingente e arbitrária do ponto de vista da ciência jurídica quanto pode ser manipulável dentro desse ramo." Tradução livre do original: "I have been saying all along that legal argument is the process of creating the field of law through re-statement rather than rule application. Rule application is something that does happen, but I never experience it as something that has to happen. It is an outcome as contingent and arbitrary from the point of view of jurisprudence as that in which the field is glorious manipulable." (KENNEDY, Duncan. Freedom and Constraint in Adujdication: a critical phenomenology. In: KENNEDY, Duncan. **Legal Reasoning**: collected essays. Aurora: The Davies Group Publishers, p. 83).

[306] Como bem aponta DEWEY a previsibilidade do Direito é um anseio legítimo, já a demanda de que ele decorre de premissas prévias logicamente válidas é absurda, nesse sentido afirma o autor: "É um pedido legítimo tanto perspectiva da comunidade quanto do particular. No entanto, a confusão acerca da distinção entre certeza *teórica* e *prática* gerou enorme confusão. É grande a lacuna que separa a proposição razoável de que decisões jurídicas devam conter a máxima regularidade possível a fim de permitir que as pessoas que planejam suas condutas prevejam o ensejo legal de seus atos; e a premissa absurda e impossível de que toda decisão deva partir de premissas previamente conhecimento como necessidade lógica e formal." Tradução livre do original: "It is a legitimate requirement from the standpoint of the interests of the community and of particular individuals. Enormous confusion has resulted, however, from confusing with each other *theoretical* certainty and *practical* certainty. There is a wide gap separating the reasonable proposition that judicial decisions should posses the maximum possible regularity in order to enable persons in planning their conduct to foresee the legal import of their acts, and the absurd because impossible proposition that every decision should flow from antecedently know premises with formal logical necessity." (DEWEY, John. Logical Method and Law. **The Philosophical Review**, Durham, v. 33, n. 6, Nov. 1924, p. 569).

[307] A expressão materiais jurídicos é utilizada no contexto da teoria da argumentação jurídica significando todos os elementos juridicamente relevantes disponíveis para que se adote uma determinada decisão acerca de um caso concreto, como por exemplo: normas, precedentes, opiniões doutrinárias e documentos constantes dos autos.

quais os padrões argumentativos aceitáveis na argumentação jurídica utilizada no âmbito do Direito Contratual.

A tarefa aqui proposta enfrenta diversas dificuldades tanto teóricas quanto práticas. Todavia, os esforços necessários para a identificação de critérios de correção da argumentação no âmbito do Direito Contratual, em especial dos contratos empresariais, são mais do que compensados pela relevância do instrumento que se está a forjar.

Afinal, o que se pretende com a adoção da análise da teoria da argumentação jurídica, nesta tese, é explicitar a sua capacidade de controle da decisão judicial, afastando-se a alegação de que o caráter argumentativo ou interpretativo do Direito produz discricionariedade judicial em sentido forte, ou seja, decisionismo judicial.

As teorias da argumentação adotam o pressuposto da possibilidade de uma argumentação prática racional. A questão do conceito de racionalidade é bastante complexa e lateral à presente tese. Em linhas gerais pode-se afirmar que, no âmbito da teoria da argumentação jurídica, a racionalidade da argumentação diz respeito à observância de determinados critérios ou procedimentos. Posteriormente, ao tratar do pensamento de cada autor, esse assunto será retomado. Desde já, observa-se que essa definição é diversa da utilizada, por exemplo, na racionalidade econômica neoclássica[308] ou na racionalidade formal weberiana[309].

---

[308] Um comportamento racional na acepção econômica neoclássica é aquele que maximiza uma função de utilidade transitiva e completa. Não cabe aqui a apresentação dos teoremas matemáticos correspondentes, mas em linhas gerais pode-se afirmar que se trata da maximização do auto-interesse. Para uma análise técnica mais intuitiva ver: BOWLES, Samuel. **Microeconomics**: behavior, institutions and evolution. Princeton: Princeton University Press, 2006, p. 93-126. Para uma análise econômica com um aprofundamento na perspectiva matemática ver: MAS-COLELL, Andreu; WHINSTON, Michael D.; GREEN, Jerry R. **Microeconomic Theory**. New York: Oxford University Press, 1995, p. 40-50.

[309] Um sistema jurídico é dotado de racionalidade formal para WEBER se a análise dos casos for feita a partir de um conjunto de regras, conceitos e princípios dotadas de um grau mínimo de generalidade e precisão. Nesse sentido afirma o autor: "Tanto a produção quanto a pesquisa jurídica podem ser racionais ou irracionais. São *formalmente* irracionais quando a elas são aplicadas meios não regidos pelo intelecto, por exemplo quando oráculos e afins são sua fonte de justificação. E serão substancialmente irracionais quando a decisão for influenciada por fatos de base ética, emocional ou política daquele caso particular, ao invés de sofrer influência das normas genéricas. A pesquisa e a produção jurídicas podem, por outro lado, ser formal ou substancialmente *racionais*. Todo direito formal é ao menos formalmente racional. O Direito, no entanto, apenas será 'formal' enquanto, em matérias substantivas e procedimentais, forem levadas em consideração as características genéricas não-ambíguas dos fatos. Esse formalismo pode ser de dois tipos diferentes. É possível que as características legais relevantes sejam de natureza tangível, por exemplo, que sejam perceptíveis como dados empíricos. (…) Aquele outro tipo de direito formalista pode ser encontrado onde as características de relevância jurídica são demonstradas segundo a análise lógica de significado e onde regras e conceitos jurídicos abstratos estejam definitivamente sedimentados e aplicados." Tradução livre do original: "Both lawmaking and lawfinding may be either rational or irrational They are *formally* irrational when one applies in lawmaking or lawfinding means which cannot be controlled by the intellect, for instance when recourse is had to oracles or substitutes therefor. Lawmaking and lawfinding are substantially irrational on the other hand to the extent that the decision is influenced by concrete factors of the particular case as evaluated upon an ethical, emotional or political basis rather than by general norms. 'Rational' lawmaking and lawfinding may be rational in a formal or substantial way. All formal law is, formally at least, relatively rational. Law, however, is 'formal' to the extent that, in both substantive and procedural matters, only unambiguous general characteristics of the facts are taken into account.

Assim, as propostas que serão analisadas aqui tem em comum o fato de consubstanciarem uma alternativa teórica capaz de, em alguma medida, incorporar a argumentação jurídica como um mecanismo apto ao controle da decisão judicial. Ainda, como será demonstrado posteriormente, para que seja mantida íntegra essa funcionalidade no contexto do modelo social de contrato, é necessária uma transformação visando incorporar argumentos de natureza consequencialista, em especial na interpretação dos textos legais infraconstitucionais, como as normas de Direito Contratual.

A premissa acima exposta será melhor apreendida após a análise das contribuições teóricas de cada autor. Todavia, pode-se desde já afirmar que no âmbito da Filosofia a possibilidade de racionalidade na argumentação moral é defendida por diversos autores[310]. Ora, como bem aponta PECZENIK[311], se há

This formalism can, again, be of two different kinds. It is possible that the legal relevant characteristics are of a tangible nature, i.e., that they are perceptible as sense data. (…) The other type of formalistic law is found where the legally relevant characteristics of the facts are disclosed through the logical analysis of meaning and where, accordingly, definitely fixed legal concepts in the form of highly abstract rules are formulated and applied." (WEBER, Max. **Economy and Society.** 2nd. ed. Berkeley: University of California Press, 1978, v. 2, p. 656-657). Para uma análise do papel da racionalidade na sociologia jurídica weberiana ver: KRONMAN, Anthony. **Max Weber**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 110-147.

[310]Como não se objetiva aqui uma discussão filosófica ampla, que seria por demais extensa e complexa, opta-se por destacar a concepção recente de HABERMAS, observando-se que apesar das diferenças substanciais tem-se como ponto de partida acerca do papel da razão na Filosofia a obra de KANT. Na contexto da teoria da ação comunicativa de HABERMAS a racionalidade significa a disponibilidade de agir, dentro uma comunidade-comunicativa, de modo a orientar as suas ações de acordo com pretensões de validade intersubjetivas, que estão fundadas em boas razões ou fundamentos. Nesse sentido afirma autor: "Entende-se que a racionalidade seja um conjunto de sujeitos falantes e agentes que se expressa através de modos de comportamento para os quais há boas razões de ser e fundamentos. Isso significa que a expressão racional comporta uma avaliação objetiva. Isso é verdade para todas as expressões simbólicas que estão ao menos implicitamente conectadas como reclames de validade (ou com aqueles que defendem uma relação interna com reclames de validade criticáveis). Qualquer exame explícito de reclames de validade controversos requer uma forma de comunicação exata para satisfazer suas condições argumentativas" Tradução livre do original: "Rationality is understood to be a disposition of speaking and acting subjects that is expressed in modes of behavior for which there are good reasons or grounds. This means that rational expression admit of objective evaluation. This is true of all symbolic expressions that are, at least implicitly, connected with validity claims (or with claims that stand in internal relation to a criticizable validity claims). Any explicit examination of controversial validity claims requires an exacting form of communication satisfying the conditions of argumentation." (HABERMAS, Jürgen. **The Theory of Communicative Action**: reason and the rationalization of society. Boston: Beacon Press, 1984, v. 1, p. 22).

[311]Nesse sentido afirma o autor: "Essas demandas de racionalidade podem limitar a arbitrariedade do raciocínio moral, mas não o eliminam completamente. Afirmações morais conflitantes podem simultaneamente e satisfatoriamente responder às demandas dessa racionalidade. Esse fato explica a necessidade do raciocínio jurídico primordialmente previsível e não moral. O direito é mais estável e mais 'fixo' do que a moral. Decisões de cunho jurídico são mais previsíveis do que as de caráter exclusivamente moral. E esse é o caso porque a racionalidade jurídica se sustenta numa gama maior de premissas racionais do que o raciocínio puramente moral. Esse embasamento inclui inúmeros dizeres sobre leis, outras fontes socialmente estabelecidas de direito e algumas normas tradicionais de raciocínio. (…) Em suma, o caráter estático do direito faz do raciocínio jurídico ceteris-paribus menos arbitrário do que a racionalidade da moral. Tradução livre do original: "These demands of rationality thus restrict arbitrariness of moral reasoning, but they do not entire eliminate it. Mutually incompatible moral statements can, simultaneously, to a high degree fulfill the rationality requirements. This fact explains the need of legal reasoning, more predictable than the moral one. The law is more stable, so to say more 'fixed' than morality. Legal decisions are more predictable than purely moral ones. This is the case because legal reasoning is supported by a more extensive set of reasonable premises than a pure moral reasoning. This support includes numerous statements about statutes, other socially established sources of the law and some traditional reasoning norms. (…) In brief, fixity of law makes legal reasoning ceteris-paribus less arbitrary than moral reasoning. (PECZENIK, Alexander. **On Law and Reason**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1989, p. 119-120).Na

possibilidade de racionalidade no âmbito moral, a sua aplicação no campo jurídico é mais fácil, na medida em que os materiais jurídicos criam um extenso conjunto de referências institucionais.

Dentre as propostas disponíveis, entende-se que, apesar de algumas deficiências que afastam a sua adoção integral, a teoria da argumentação jurídica construída por MACCORMICK traz os elementos essenciais que fundamentam a solução defendida nesta tese. Todavia, nesta Seção serão estudadas outras teorias da argumentação jurídica, que não possuem essa preocupação com o argumento consequencialista. Já a proposta de MACCORMICK será objeto de análise no próximo capítulo.

O estudo da teoria da argumentação jurídica, pela doutrina pátria, quando aplicado em um determinado âmbito jurídico usualmente tem foco no Direito Constitucional[312]. Todavia, o que se pretende aqui é a aplicação da teoria da argumentação na hermenêutica das normas infraconstitucionais de Direito Privado e, mais especificamente, de Direito Contratual. Essa aplicação específica ocorre apenas de forma esporádica no Direito pátrio[313].

Um estudo da argumentação jurídica focada no Direito Contratual, em contraposição àquele focado no Direito Constitucional, deve lidar com a apreensão de forma mais direta dos fatos pelo Direito. Ainda, nas Cortes Constitucionais,

---

doutrina nacional esse ponto de partida é adotado em outros estudos, dentre eles destaca-se a posição de BUSTAMANTE: "Um ponto de partida da investigação que se inicia é a asserção de que o Direito deve ser racional. As decisões jurídicas estão dotadas de uma pretensão de correção e racionalidade que torna obrigatório que os juízes se esforcem para justificar suas decisões não apenas na própria autoridade, mas na racionalidade e no potencial de legitimação que os argumentos possuem para as decisões práticas de modo geral." (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. XXI).

[312] Na doutrina nacional destacam-se além das obras sobre a argumentação jurídica no âmbito da Teoria do Direito a sua aplicação no Direito Constitucional a partir da ideia de proporcionalidade, o que tem direcionado o debate para o Direito Constitucional pátrio. Acerca da importância da proporcionalidade para o Direito Constitucional pátrio ver dentre outros: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional do Brasil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito***:* fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p. 203-250 e SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p.167-182. Ademais, o movimento do neoconstitucionalismo também trabalha com a teoria da argumentação no âmbito do direito constitucional. Sobre o neoconstitucionalismo ver dentre outros: MAIA, Antônio Cavalcanti. Nos vintes anos da carta cidadã: do pós-positivismo ao neoconstitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord*.).* **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008. p. 117-168.

[313] Dentre as exceções pode-se mencionar alguns trabalhos: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de; SILVA, D. F. NeminemLaedere: O novo Código Civil Brasileiro e a integral reparabilidade dos danos materiais decorrentes de ato ilícito. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do Direito e Decisão Racional**: temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 339-355. VENTURI, Thaís G. Pascoalato. A análise Consequencialista no Processo de Tomada de Decisões Judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, v. 3, p. 133-152. ROESLER, Claudia Rosane; SILVA, Pedro Santos Tavares da. Argumentação Jurídica e Direito Antitruste: análise de casos. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 14, n. 102, p. 13-44, 2012.

usualmente os juízes lidam quase que exclusivamente com questões de Direito[314]. Ademais, a diversidade de tribunais, comparando-se com uma única Corte Constitucional, traz a lume tanto a pluralidade de contextos e percepções, quanto a questão da organização institucional do Poder Judiciário, uma vez que a possibilidade de revisão pelas instâncias superiores inexiste na Corte Constitucional. Desse modo, tem-se que a análise aqui proposta é mais rica e complexa que a restrita à Corte Constitucional. Assim, novamente deve-se alertar o leitor para a impossibilidade de um tratamento exaustivo do tema, o que demandaria pesquisas posteriores.

Preliminarmente à análise de propostas teórica específicas, deve-se explorar algumas questões gerais sobre a argumentação. A teoria da argumentação jurídica será analisada aqui dentro do contexto já mencionado na introdução deste trabalho, ou seja, o contexto da justificação da decisão judicial. Assim, apesar do processo argumentativo acerca do Direito ocorrer em diversos foros e ser utilizado por diversos agentes, neste estudo, será privilegiada a argumentação, como instrumento de controle da decisão judicial.

A importância do estudo da argumentação jurídica como mecanismo de controle, ao invés de uma análise dos tipos de interpretação ou dos cânones hermenêuticos, deriva da impossibilidade de um controle da atividade jurisdicional que tenha como único ponto de aderência a norma em abstrato. A definição de cânones hermenêuticos, como o da prevalência da vontade expressa das partes nos contratos empresariais, é sempre feita no plano abstrato e sem levar em conta os aspectos mais pragmáticos e concretos da decisão judicial.

Afinal, a aplicação concreta das normas jurídicas inclui a sua interpretação, mas a ela não se resume. Portanto, o estudo da argumentação como uma manifestação da razão prática ao tratar do contexto no qual a aplicação da norma está incrustado permite, ao contrário de um análise exclusivamente voltada à interpretação, a reconstrução racional do contexto da justificação, o que engloba as práticas interpretativas[315].

---

[314] Por exemplo, no Brasil tanto a Corte Constitucional, que é o Supremo Tribunal Federal (STF), quanto a instancia máxima para questões infraconstitucionais, que é o Superior Tribunal de Justiça (STJ), tem entendimento sumulado – Súmula 7 do STJ (A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial) e Súmula 279 do STF (Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário) – impedindo a análise de questões fáticas nessas instâncias.

[315] Essa é a premissa metodológica adota por BANKOWSKI; MACCORMICK; SUMMERS; WROBLEWSKI em estudo de direito comparado acerca da interpretação legal: “O estresse que recai sobre a racionalidade ou sobre a argumentação jurídica é importante. Como já dito anteriormente, padrões de boas interpretações jamais

Essa perspectiva é adequada a proposta do Direito civil-constitucional, que é avesso as análises abstratas e descontextualizadas do processo de decisório judicial. Nesse sentido posiciona-se PERLINGIERI[316] qualificando como falacioso o tratamento do processo hermenêutico judicial como uma atividade desvinculada do contexto fático.

No âmbito da teoria da argumentação jurídica, como bem observa BUSTAMANTE[317], as diferenças típicas entre o *civil law* e o *common law* tem uma importância mitigada. Inicialmente, tem-se processo de convergência entre as duas famílias, com o aumento da produção legislativa nos países do *common law* e um aumento da importância dos precedentes em diversos países do *civil law*. Ainda, na esteira do pensamento de BUSTAMANTE[318], com o declínio do pensamento positivista e a incorporação de um conjunto de direitos fundamentais nos ordenamentos dos países ocidentais como princípios jurídicos, que convivem com as regras – seja elas originadas de um diploma legal oriundo do Poder Legislativo ou de uma construção jurisprudencial por meio de um precedente - a configuração normativa é a mesma no *civil law* e no *common law*. Assim, o raciocínio jurídico acaba por ser semelhante.

A teoria da argumentação pode ser trabalhada em três âmbitos diversos: empírico, analítico e normativo, como aponta ALEXY[319]. Apesar da utilidade teórica dessa divisão, para que se tenha uma teoria consistente da argumentação jurídica,

---

poderiam ser reduzidos ou reconstruídos como regras positivas postas. Muito das justificações racionais na interpretação das leis não é, nem poderia ser, governada pela lei. O ponto é que a interpretação operativa está embebida na argumentação legal como uma forma de razão prática apontada para justificação de decisões legais. Mesmo assim, somente com alguma visão de raciocínio prático (ou de 'argumentação') e de sua aplicação que um indivíduo pode produzir uma reconstrução racional dos critérios, expressos ou não, da prática interpretativa". Tradução livre do original: "The stress upon legal 'reasoning' or 'argumentation' is important. As was already said, standards of good interpretation could never be fully reduced too or reconstructed as some sort of posited or positive rules. Much justificatory reasoning in the interpretation of statutes is not law-governed in any very close way at all, nor could it be. The point is that operative interpretation is embedded in legal argumentation as a form of practical reasoning aimed at the justification of decisions in the law. Thus it can only be within the setting of some view about rational practical reasoning (or 'argumentation') and their legal application that one can produce a rational reconstruction of criteria of soundness or unsoundness in interpretative practice." (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.; WROBLEWSKI, Jerzy. On Method and Methodology In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds). **Interpreting Statutes**: a comparative study. Ashgate: Dartmouth, 1997, p.21).

316 PERLINGIERI, Pietro. Applicazioni e controllo nell'interpretazioni giuridica. **Rivista Di Diritto Civile**, Milano, Anno LVI, nº 3, 2010, p.331.

317 Pode-se observar a posição do autor no seguinte trecho: "Ainda que se reconheça um grau maior ou menor de liberdade do juiz na *common law* e na *civil law*, é evidente que o tipo de processo mental realizado pelo juiz ao criar regras individuais com fundamento em regras gerais é *qualitativamente o mesmo*, e o juiz está metodologicamente livre para decidir como lhe aprouver (dentro dos limites do Direito preexistente). Por isso podemos concluir que, do ponto de vista teórico, não há diferença relevante entre o processo de produção do Direito jurisprudencial no *civil law* e no *common law*." (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p.103).

318 BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p.114-123.

319 ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001, p.26.

ela deve abarcar esses três aspectos[320]. O âmbito empírico é aquele que trata da frequência e do tipo de argumento utilizado na vida prática. Assim, um estudo empírico analisaria de forma mais detalhada como os participantes efetivamente argumentam no âmbito jurídico, quais são os argumentos utilizados, por exemplo, na justificação das decisões judiciais.

A análise da estrutura lógica dos argumentos diz respeito ao campo analítico. Nesse caso, estar-se-ia tratando das formas pelas quais os argumentos são construídos. No campo da argumentação jurídica, os estudos analíticos tratam dos componentes do argumento jurídico, por exemplo, quais estruturas formais integram uma conclusão judicial. A discussão dos modelos analíticos de argumentação em regra é abordada a partir de modelos formais, que possuem uma linguagem simbólica própria.

Por sua vez, a análise normativa trata de estabelecer os critérios utilizados para determinar a racionalidade da argumentação. Nessa perspectiva, objetiva-se a construção de critérios capazes de diferenciar os argumentos válidos dos inválidos. Portanto, visa-se definir como serão avaliados os argumentos jurídicos que, por exemplo, suportam uma decisão judicial.

Como já indicado, a construção de uma teoria da argumentação jurídica completa e consistente, mesmo que tenha o seu foco em determinado aspecto, deve tratar de todos os âmbitos indicados (descritivo, lógico e normativo). O presente estudo, contudo, não trata de forma exclusiva da teoria da argumentação jurídica, bem como dedica-se especificamente à sua aplicação no âmbito dos contratos empresariais. Assim, mesmo reconhecendo as limitações metodológicas inerentes a presente discussão, trata precipuamente do âmbito empírico da argumentação, analisando algumas consequências normativas, mas sem se prender ao campo analítico da argumentação.

Outro conceito importante para a teoria da argumentação diz respeito aos dois tipos de justificação possíveis: a justificação interna e a justificação externa. A

[320] Nesse sentido afirma WELLMAN, usando terminologia diversa, porém com o mesmo significado: “Na discussão de teorias do raciocínio jurídico, é comum distinguir-se três teorias diferentes: descritiva, conceitual e normativa. Essa divisão deve ser cuidadosamente limitada. […] Qualquer teoria da justificação judicial que seja unidimensional – meramente descritiva, somente conceitual ou puramente normativa – seria inadequada. Uma teoria útil do raciocínio jurídico deverá integrar as três dimensões.” Tradução livre do original: “In discussing theories of legal reasoning, it is common to distinguish three putatively different kinds of theories: descriptive, conceptual and normative. This beguiling division should be carefully limited. (…) Any unidimensional theory of judicial justification – one that was merely descriptive, solely conceptual, or purely normative – would be inadequate. A useful theory of legal reasoning will, instead, integrate all three dimensions.” (WELLMAN, Vincent A. Practical Reasoning and Judicial Justification: toward an adequate theory. **University of Colorado Law Review**, Boulder, v. 57, Fall 1985, p. 59).

classificação em questão é utilizada no âmbito analítico da teoria da argumentação[321].

A justificação externa trata da justificação das premissas normativas, ou seja, da enunciação da regra no caso concreto. Por sua vez, a justificação interna trata da justificação da aplicação da premissa normativa.

A justificação externa é a construção da norma em concreto, já incorporando a narrativa jurídica dos fatos. Por exemplo, no caso de responsabilidade por descumprimento de contrato de franquia, a justificação externa trata da qualificação da relação contratual como de franquia, da caracterização da obrigação contratual desrespeitada e da classificação da conduta como contrária as obrigações contratuais.

A justificação interna trataria apenas da aplicação daquela norma já especificada no âmbito dos fatos. Trata-se da mera aplicação da versão da norma aos fatos integrantes da narrativa jurídica do caso. No exemplo anterior uma vez criada uma versão da norma que diga, por exemplo, que no contrato de franquia celebrado com exclusividade a venda do produto objeto do contrato por outra pessoa é um descumprimento do contrato, enquanto no âmbito fático chega-se a assertiva de que o franqueador constituiu um segundo franqueado na área de atuação exclusiva do segundo franqueado. A transição dessas premissas para a conclusão do caso é o campo da justificação interna.

Nesse ponto, deve-se esclarecer um conflito aparente e entre a divisão acima explicada e a escola civil-constitucional. O pensamento civil-constitucional funda-se na impossibilidade da separação entre a atividade de interpretação a atividade de

[321] Diversos autores incorporam essa distinção nas suas construções teóricas, mas a classificação é atribuída a WRÓBLEWSKI que assim a enuncia: "Uma análise da correção das decisões através do ponto de vista de suas premissas (e das regras de justificação racionais) levam à diferenciação entre racionalidade interna e externa. Uma decisão é correta, como internamente racional, se é inferida das premissas e regras da justificação racional do juiz. Uma decisão é correta, como externamente racional se as premissas e a justificação racional em questão se justificam por si mesmas. Esse é o ponto de controle sobre a decisão expresso por apelações, revisões e similares. (…) O caráter geral dos valores constitutivos da axiologia do Direito e da sua aplicação mostram que eles não têm determinado efeito em casos concretos. Isso é claramente demonstrado nas opiniões divergentes da Suprema Corte Polonesa. Não é de se espantar então que seja mais fácil demonstrar a correção de uma decisão em relação a sua racionalidade interna do que em relação a racionalidade externa." de: "An analysis of the correctness of the decision from the point of view of its premises (and the rules of justificatory reasoning) leads to the differentiation between internal and external rationality. A decision is correct, as internally rational, if its inferred from the premises and rules of justificatory reasoning accented by the decision-maker (par 1.2; 22. above). A decision is correct, as externally rational, if the premises and justificatory reasoning in question are themselves justified. This is the point of controls on decision-making expressed through appeal, review and the like (par 1.2; 4.3 above). (…) The general character of the values constituting the axiology of law and the application of law shows that they do not have a determinate effect in concrete cases. This clearly manifested in the divergent opinions of the various benches of the Polish Supreme Court. It is no wonder then, that it is far easier to show the correctness of a decision in respect of its internal rationality, than to deal with its correctness in respect of external rationality." (WRÓBLEWSKI, Zenon. **The Judicial Application of Law**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992, p.255).

aplicação, uma vez que, em ambas as atividades, deve imperar uma análise funcional e contextualizada com os fatos concretos, capaz de superar a subsunção[322]. Essa posição poderia conflitar com a distinção entre justificação interna e externa, mas não se trata de uma incompatibilidade necessária. As questões abordadas são diversas, uma vez que a justificação externa não se restringe à aplicação em abstrato de cânones hermenêuticos, mas engloba, por exemplo, a avaliação do enquadramento de determinada conduta na cláusula geral de boa-fé ou se determinado conceito jurídico aplica-se aos fatos. Ainda, a descrição da justificação interna varia de acordo com a posição teórica, não havendo unanimidade na sua caracterização como mera inferência lógica. Ainda, não se trata necessariamente de um operação neutra e incompatível com uma análise valorativa. Desse modo, as premissas civis-constitucionais podem incorporar uma diferenciação entre justificação interna e externa, sem capitular a tese da inexistência de uma divisão estanque entre interpretação e aplicação da norma.

A rejeição da lógica formal no âmbito do Direito é comumente atribuída a alguns autores como PERELMAN, LEVI, TOULMIN e VIEHWEG . Nesta seção será feita uma breve análise dos três primeiros, deixando de se analisar apenas o último. A exclusão da tópica de VIEHWEG[323] ocorre em função da desnecessidade, para os fins deste estudo, de uma análise exaustiva de todas as propostas existente em termos de teoria da argumentação. Ademais, todos os pontos que se quer explicitar podem ser debatidos de forma satisfatória apenas no contexto das três primeiras construções.

A primeira construção a ser analisada é a de PERELMAN. Trata-se de construção pioneira na reabilitação da retórica, constituindo, portanto, um ponto de

---

[322] Nesse sentido tem-se a posição de TEPEDINO em editorial da Revista Trimestral de Direito Civil de nº 28: "Os magistrados ganham consciência de que devem transportar, no processo decisional, o inteiro ordenamento para o caso concreto, unificando-se, desse modo, as etapas da interpretação e da aplicação do direito, consideradas cronologicamente sucessivas na antiga subsunção." (TEPEDINO, Gustavo. Velhos e Novos Mitos da Teoria da Interpretação. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, t. 3, p. 420).

[323] A análise tópica desenvolvida por VIEHWEG, em linhas gerais e esquemáticas, é segundo o próprio autor uma técnica de pensar problematicamente as questões, ou seja, analisar o Direito a partir dos casos e não de um conjunto sistemático e ordenado de conceitos. Para mitigar a incerteza presente utiliza-se um repertório dos pontos de vista já disponíveis, formando-se os catálogos de topoi. Por fim, tem-se que a tópica seria um procedimento prévio a lógico, na medida em que as premissas construídas a partir dos problemas possuem caráter primário e as conclusões caráter secundário. Ora, se as premissas de um raciocínio lógico estão justificadas topicamente a conclusão é evidente. De acordo com: VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 33-46. Para uma análise crítica ver: ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, p. 63-78.

partida obrigatório para o estudo das teorias contemporâneas[324]. Deve-se observar que a Nova Retórica de PERELMAN é uma teoria da argumentação em geral e não uma teoria essencialmente da argumentação jurídica.

A grande ruptura empreendida por PERELMAN & OLDRECHTS-TYTECA[325] diz respeito à possibilidade de consenso racional no âmbito das questões de valor. Na Nova Retórica a ausência da lógica formal não é equivalente à irracionalidade e à impossibilidade de se raciocinar, argumentar, justificar e provar as conclusões.

Dessa forma, PERELMAN & OLDRECHTS-TYTECA[326] diferenciam a argumentação da demonstração. Esta última representa a lógica formal, sendo que, nesse caso, a verdade e a validade são evidentes, uma vez que a dedução é nada mais do que uma comprovação dos axiomas utilizados, que não são discutidos. Já na argumentação, deve-se considerar todas as condições compartilhadas pelos ouvintes, não havendo uma validade evidente decorrente de axiomas escolhidos individualmente.

O conceito essencial para PERELMAN & OLDRECHTS-TYTECA é o de auditório, definido como *o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com a sua argumentação*[327]. O auditório pode ser universal ou particular, sendo que o primeiro corresponde a todos os ouvintes racionais e o segundo seria aquele composto apenas pelos interlocutores a quem está dirigido o discurso.

A partir disso, tem-se a diferenciação entre convencer e persuadir. Para PERELMAN & OLDRECHTS-TYTECA[328], a argumentação persuasiva é aquela que objetiva influenciar apenas um auditório particular, e a argumentação convincente, é a que visa a adesão do auditório universal, ou seja, de todos os seres dotados de

---

[324] Na exposição que se segue será utilizada a edição brasileira, todavia deve-se observar que a edição original da obra inaugural da Nova Retórica é a seguinte: PERELMAN, Chaïm; OLDRECHTS-TYTECA, Lucie. **Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1958.

[325] PERELMAN, Chaïm; OLDRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 3.

[326] Nesse sentido afirmam os autores: "Quando se trata de demonstrar uma proposição, basta indicar mediante quais procedimentos ela pode ser obtida como última expressão de uma sequência dedutiva, cujos primeiros elementos são fornecidos por quem o construiu o sistema axiomático dentro do qual se efetua a demonstração. (...) Mas quando se trata de argumentar, de influenciar, por meio do discurso, a intensidade de adesão do auditório a certas teses, já não é possível menosprezar completamente, considerando-se irrelevantes, as condições psíquicas e sociais sem as quais a argumentação ficaria sem objeto ou sem efeito. Pois *toda argumentação visa à adesão dos espíritos e, por isso mesmo, pressupõe a existência de um contato intelectual*." (PERELMAN, Chaïm; OLDRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 16).

[327] PERELMAN, Chaïm; OLDRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 22.

[328] Nesse sentido afirmam os autores: "Propomo-nos chamar *persuasiva* a uma argumentação que pretende valer só para um auditório particular e chamar *convincente* aquela que deveria obter a adesão de todo o ser racional." (PERELMAN, Chaïm; OLDRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 31).

racionalidade. Deve-se observar aqui que PERELMAN & OLDRECHTS-TYTECA[329] tratam a adesão do auditório universal como uma consequência normativa da validade racional da argumentação e não como uma questão fática. Assim, se as razões fornecidas são convincentes e no plano racional não há argumentação contrária dotada dessa mesma força os seres racionais não teriam como evitar a adesão ao argumento esboçado.

Ao analisar a história do pensamento jurídico PERELMAN[330] observa que a partir da segunda metade do século XIX, com a influência de IHERING e SAVIGNY o Direito passou a incorporar de forma expressa argumentos teleológicos, abandonando a prevalência quase que absoluta do sentido literal da norma. Não se faz necessário aqui uma análise de cada tipo, basta observar que os novos tipos argumentativos, a exemplo do argumento sistemático (que parte da necessidade de que as normas sejam interpretadas a partir do pressuposto de que o ordenamento seja visto como um sistema ordenado) e o argumento teleológico (que analisa o espírito e a finalidade do texto legal) retratam uma maior complexidade e amplitude do raciocínio judicial, que vai além do dedução silogística e passa a incorporar os valores do ordenamento, abandonando a conformidade como a lei como objetivo único a ser perseguido.

O autor não identifica qualquer ordem de prevalência entre esses argumentos, afirmando que cada corrente de pensamento adota uma metodologia diversa, adotando um determinado tipo de argumento como mais relevante. O autor utiliza o exemplo dos utilitaristas que dão prevalência ao argumento pragmático.

Aqui cabe destacar a análise feita por PERELMAN[331] acerca do argumento por analogia, que é bastante utilizado no Direito. Para o autor o raciocínio por analogia é destituído da capacidade de provar a verdade ou falsidade, mas tem um poder heurístico considerável. Afinal, a sua estrutura é diversa da demonstração lógica. A questão central nesse tipo argumentativo é a identificação dos critérios para avaliar as semelhanças relevantes e as diferenças desimportantes. Ao aceitar

[329]Nesse sentido afirmam os autores: “Os filósofos sempre pretendem dirigir-se a um auditório assim [auditório universal], não por esperarem obter o consentimento efetivo de todos os homens […], mas por crerem que todos que compreenderem suas razões terão de aderir às suas conclusões. O acordo de um auditório universal não é, portanto, uma questão de fato, mas de direito. É por se afirmar o que é conforme a um fato objetivo, o que constitui uma asserção verdadeira e mesmo necessária, que se conta com a adesão daqueles que se submetem aos dados da experiência ou as luzes da razão. Uma argumentação dirigida a um auditório universal deve convencer o leitor do caráter coercitivo das razões fornecidas, de sua evidência, de sua validade intertemporal e absoluta, independente das contingências locais ou históricas.” (PERELMAN, Chaïm; OLDRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 35).

[330] PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 74-81.

[331] PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 174-178.

que dois casos são semelhantes o suficiente para fins de aplicação do argumento por analogia o orador também está aceitando as consequências da analogia para o caso particular. Em outras palavras, ao se definir um grau de semelhança suficiente para a aplicação da analogia está a se afirmar que aqueles fatores semelhantes justificam a adoção da mesma solução para ambos os casos. Nesse contexto, o grau de persuasão do argumento por analogia depende da escolha e da verificabilidade dos fatores de semelhança. Quanto mais arbitrários os fatores e mais subjetiva a comprovação da semelhança menor a força do argumento por analogia.

Para PERELMAN [332] o uso do silogismo no raciocínio judiciário não é um problema, desde que as premissas, ou seja, a justificativa externa tenha sido objeto de discussão e deliberação. Assim, o silogismo apenas deve ser utilizado após um debate acerca das premissas que o fundamentam. O que não afasta o criticismo ao silogismo se ele foi utilizado como um meio de fuga da discussão das premissas que são apresentadas como dadas. Apesar da força persuasiva do silogismo no raciocínio jurídico, o seu uso não garante a aceitação social da conclusão. Afinal, mesmo que as premissas maior e menor tenham sido construídas de forma adequada a demonstrar a conclusão nada impede que a conclusão seja vista como injusta pela sociedade. Isso pode ser creditado ao fato de que o modelo silogístico em momento algum permite o questionamento das premissas, que são diretamente refletidas na conclusão. Portanto, basta que a premissa seja construída desvinculada da concepção social prevalente de justiça para que o resultado final não seja socialmente aceitável. Nesse caso pode o julgador optar por rever a interpretação prevalente acerca da norma ou em casos mais extremos alterar a qualificação jurídica dos fatos por meio da construção diversa da narrativa jurídica, utilizando-se de presunções ou ficções legais.

O uso reiterado de ficções legais é bastante pernicioso ao sistema jurídico, uma vez que o afasta cada vez mais da realidade. Afinal, na medida em que determinado evento fático é absorvido na narrativa jurídica de modo diverso do ocorrido ou mesmo ignorado tem-se uma menor chance de aceitação pelas partes da solução encontrada. Apesar desse recurso ser relevante em alguns casos para

[332] Nesse sentido afirma o autor: “Nada impede, no final das contas, que o raciocínio judiciário seja apresentado sob a forma de um silogismo, mas tal forma não garante, de modo algum, o valor da conclusão. Se esta é socialmente inaceitável, é porque as premissas foram aceitas levianamente: não devemos esquecer que todo o debate judiciário e toda a lógica jurídica concernem apenas à escolha das premissas que forem mais bem motivadas e suscitem menos objeções. O papel da lógica formal consiste em tornar a conclusão solidária com as premissas, mas o papel da lógica jurídica é demonstrar a aceitabilidade das premissas” (PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 242).

fins de reduzir a complexidade da decisão a solução mais adequada é o repensar do Direito de modo melhor absorver a realidade. Um exemplo aplicável no Direto Contratual diz respeito à adoção do critério da idade para a qualificação de uma pessoa como criança, adolescente ou idoso, que funda-se, ao menos parcialmente, na dificuldade de verificação da capacidade de discernimento casuisticamente, ressalvando-se a existência de propostas doutrinárias no sentido do abandono da unicidade do critério da idade[333]. Uma segunda situação é a existência dos já mencionados contratos ditos coativos ou situações em que o consenso é tácito ou indireto, nesse caso tem-se a manutenção de uma regra geral – o papel da vontade e do consenso na gênese do contrato – que cada vez mais é objeto de exceções, o que é um sintoma de uma deficiência do Direito em apreender a realidade. Assim, ao menos segunda ficção legal representa um desafio a ser suplantado, objetivando uma melhor ligação entre o mundo da norma e o da vida

Acerca das exigências argumentativas do raciocínio jurídico para o autor as soluções devem ser dotadas de dois atributos: coerência e aceitabilidade pela sociedade. Nos casos em que a legislação é mais detalhada a justificativa mais direta e fundada na letra da lei é suficiente, nos demais casos o ônus argumentativo a ser preenchido no plano da justificação é mais amplo.

Ainda, PERELMAN[334] identifica três auditórios no raciocínio jurídico: as partes, os profissionais do Direito e a sociedade em geral. Esses três auditórios devem ser atendidos concomitantemente, o que demanda a cumulação de argumentos por vezes de espécies diferentes, que são mais adequados a um desses auditórios em específico. Mas, em todos esses auditórios a questão prevalente é argumentativa e não demonstrativa, ou seja, deve conseguir a decisão por meio da argumentação convincente e não a veracidade ou validade, que seria resultado da demonstração lógica.

Após a descrição do raciocínio jurídico PERELMAN[335] observa que ele se encontra sempre buscando um equilíbrio entre a coerência oriunda dos consensos

---

[333] Para uma análise acerca das limitações do critério etário no contexto atual de proteção da pessoa humana, em especial no caso do idoso ver: BARBOZA, Heloisa Helena. O Princípio do melhor interesse do idoso. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme. **O Cuidado como Valor Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 57-71.

[334] PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 238.

[335] De acordo com: "Toda a problemática do raciocínio jurídico, especialmente judicial, esforçar-se-á, portanto, para elaborar uma dialética em que a busca de uma solução satisfatória enriqueça o arsenal metodológico que permite manter a coerência do sistema e torná-lo mais flexível. É nesta perspectiva que cabe sublinhar o papel crescente atribuído pelos teóricos do raciocínio jurídico aos princípios gerais do direito e à tópica jurídica." (PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 117).

passados, que foram objeto de um convencimento eficaz, e a flexibilidade por meio de raciocínio principiológicos e pragmáticos, que permitem a adaptação a novas situações.

Essa flexibilidade obtida através do uso de argumentos principiológicos e pragmáticos não é imune a críticas. Os críticos do argumento pragmático, como bem apontam PERELMAN & OLDRECHTS-TYTECA[336], indicam a dificuldade inerente à escolha das consequências que serão levadas em conta e as que serão desconsideradas. Efetivamente a definição de critérios para avaliar quais consequências são importantes é o maior desafio enfrentando pelo argumento pragmático. Essa questão será aprofundada no capítulo 3, mas desde já se pode afirmar que a adoção de um critério utilitarista único é uma solução que não é a mais adequada a argumentação jurídica, bem como não é a única possível.

O controle da correção da conclusão na argumentação, na construção de PERELMAN & OLDRECHTS-TYTECA[337], demanda a delimitação de um contexto, com a indicação dos pontos de partida e de final, sob pena de que os elos intermediários sejam excessivamente indeterminados.

Essa é a estrutura geral da teoria da Nova Retórica de PERELMAN. Agora, deve-se proceder a sua análise crítica. Uma primeira observação importante é formulada por ALEXY[338], que aponta a proximidade entre o conceito de auditório universal e a situação de discurso ideal de HABERMAS. Afinal, ambos os conceitos

---

[336] De acordo com: "Os adversários dos argumentos pragmáticos reivindicarão o direito de escolher, entre as consequências, aquelas que reterão como dignas de serem levadas em consideração, dado o objeto do debate. Muito mais, o argumento pragmático é criticado pelos partidários de uma concepção absolutista ou formalista dos valores, em especial da moral. Estes reprovarão o argumento pragmático por reduzir a esfera da atividade moral ou religiosa a um denominador comum utilitário […] Tais reflexões, opostas ao argumento pragmático, pressupõem que os valores morais ou religiosos não são discutidos, que as regras do verdadeiro e do falso, do bem e do mal, do oportuno e do inoportuno, são reconhecidas de outro ponto de vista, independentemente de suas consequências" (PERELMAN, Chaïm; OLDRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 307).

[337] De acordo com: "De duas demonstrações, ambas coercivas, partindo das mesmas premissas para chegar às mesmas conclusões, a mais curta quase sempre parecerá a mais elegante; produzindo os mesmos efeitos, acarretando o mesmo grau de convicção, sendo igualmente satisfatória e completa, sua brevidade só apresenta vantagens. Não se dá o mesmo no caso da argumentação: a amplitude desta desempenha um papel que manifesta de modo flagrante a diferença entre demonstração e argumentação. Nesta última, a não ser que ela se desenvolva no interior de um contexto previamente dado, as premissas sempre podem ser utilmente esteadas ao serem tornadas solidárias de outras teses aceitas […] Se os pontos de partida e o final de uma argumentação não são estritamente circunscritos, os elos intermediários são muito mais indeterminados ainda. Numa demonstração rigorosa, deve-se indicar apenas os elos indispensáveis ao desenvolvimento da prova, mas deve-se indicar todos eles. Numa argumentação, não há limite absoluto para a acumulação útil dos argumentos, sendo permitido não enunciar todas as premissas indispensáveis ao raciocínio" (PERELMAN, Chaïm; OLDRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 538).

[338] De acordo com: "A audiência universal pode ser assim definida como a totalidade dos seres humanos no estado que se encontrariam se tivessem desenvolvido suas capacidades de argumentação. Um tal estado de coisas corresponde a 'situação de discurso ideal de Habermas'. O acordo da audiência universal de Perelman é o consenso de Habermas alcançado sob condições ideais." (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001, p.134).

são normativos. Em outras palavras, em ambos os casos não se trata de condições empíricas verificáveis na realidade, mas sim pressupostas no âmbito teórico. As condições necessárias para a sua ocorrência são bastante próximas da situação ideal de fala (*ideal speech situation*) de HABERMAS. Para HABERMAS[339], as situações ideais de fala representam as condições que permitem uma troca de atos de fala representativos - simétrica e igualitária[340].

Essa observação ilustra a dificuldade de aplicação prática da proposta de PERELMAN, uma vez que as condições abstratas que caracterizam a situação ideal de fala são raramente reproduzidas na realidade. Portanto, o convencimento do auditório universal pode igualmente ser criticado por trazer condicionantes que nem sempre são observadas numa argumentação judicial real.

Dentre as avaliações globais desenvolvidas acerca da Nova Retórica de PERELMAN, no âmbito da argumentação jurídica, destaca-se a crítica acerca da ausência de critérios para definir quais argumentos são válidos ou não, portanto, apesar de se tratar de construção teórica bastante relevante no âmbito empírico, ela é bastante frágil sob o ponto de vista normativo e deficiente no âmbito analítico[341].

---

[339] De acordo com: "Um acordo alcançado comunicativamente, ou um mutuamente pressuposto na ação comunicativa, é proposicionalmente diferenciado. Devido a esta estrutura linguística ele não pode ser meramente induzido pela influência externa; deve ser aceito ou pressuposto como válido pelos participantes. Nesse sentido, pode ser distinguida do *facto accord* [Übereinstimmung]. Processo de se chegar ao entendimento de um acordo que junte as condições de racionalidade do assentimento motivado com o conteúdo da cadeia de linguagem falada. Um acordo alcançado comunicativamente tem base racional; não pode ser imposto por nenhuma parte, seja instrumentalmente, na situação direta ou estrategicamente, influenciando as decisões dos oponentes". Tradução livre do original: "A communicatively achieved agreement, or one that is mutually presupposed in communicative action, is propositionally differentiated. Owing to this linguistic structure, it cannot be merely induced through outside influence; it has to be accepted or presupposed as valid by the participants. To this extent it can be distinguished from merely de facto accord [Übereinstimmung]. Process of reaching understanding aim at an agreement that meets the conditions of rationality motivated assent [Zustimmung] to the content of utterance. A communicatively achieved agreement has a rational basis; it cannot be imposed by either party, whether instrumentally through intervention in the situation directly or strategically through influencing the decisions of the opponents." (HABERMAS, Jürgen. **The Theory of Communicative Action**: reason and the rationalization of society. Boston: Beacon Press, 1984, v. 1, p. 287).

[340] ALEXY identifica na obra de HABERMAS, por meio da descrição de quatro condições, a situação ideal de fala: 1) Todos potenciais participantes num discurso têm de ter uma oportunidade igual de contribuir para os atos de discurso comunicativos, de modo que possam a qualquer tempo iniciar os discursos e conduzi-los através do diálogo e de um processo de perguntas e respostas; 2) Todos os participantes nos discursos devem ter a mesma chance de apresentar interpretações, afirmações, recomendações, explicações e justificativas, e de problematizar, fundamentar ou contestar sua de validade, de modo que nenhuma opinião fique permanentemente livre de tematização e criticismo; (...) 3) Só têm permissão para falar aqueles oradores que, como agentes, têm igual oportunidade de usar atos de discurso representativos; (...) 4) Só são admitidos no discurso aqueles oradores que, agindo como sujeitos, têm iguais oportunidades de usar atos de discurso regulativo (...)" (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001, p.104-105).

[341] Essa crítica é encontrada em diversos autores, por exemplo essa é a posição de FETERIS: "Em resumo, pode-se dizer que a teoria de Perelman oferece ideias interessantes sobre vários aspectos do raciocínio jurídico. […] A teoria de Perelman, entretanto, não serve como instrumento prático para analisar e avaliar a argumentação jurídica. Ele não nos fornece nenhuma orientação prática para interpretar exemplos de argumentação num âmbito intersubjetivamente correto em termos de pontos de partido e argumentação. Porque ele não dá atenção ao critério que distingue argumentação sonora da não sonora com relação a um auditório particular e a um universal, ele não fornece uma estrutura prática para avaliar argumentos jurídicos". Tradução livre do original: "Summarizing it could be said that Perelman's theory offers some interesting ideas about various

Ademais, ATIENZA[342] aponta que falta no plano teórico uma maior clareza dos conceitos.

Portanto, pode-se afirmar que apesar da importância histórica da construção de PERELMAN, ao afirmar a possibilidade de racionalidade prática, ela não é capaz de produzir os instrumentais necessários para a identificação das demandas argumentativas do modelo social de contrato.

Enquanto a teoria de PERELMAN teve uma influência maior nos países do *civil law*, para que se afirmasse a possibilidade de um estudo de uma teoria da argumentação jurídica explicando o debate jurídico de uma perspectiva diversa da lógica formal, a obra de LEVI, mesmo que mais restrita, teve um papel semelhante nos países do *common law*. Assim, faz-se necessária uma explanação rápida da proposta de LEVI.

A construção teórica de LEVI não tem a mesma sofisticação teórica de PERELMAN, mas ao tratar o raciocínio por analogia como o raciocínio jurídico por excelência, tem-se uma ruptura com a lógica formal semelhante levada a cabo por PERELMAN.

O autor define o argumento por analogia em três etapas: (i) a identificação da similaridade entre o caso representado pelo precedente (primeiro caso) e o caso em análise (segundo caso); (ii) a definição da norma jurídica inerente ao primeiro caso em função dos aspectos similares; (iii) a aplicação da norma jurídica encontrada no segundo caso. Esse método seria visto como patológico se fosse adotado o padrão da lógica formal, afinal essa estrutura não pode ser classificada como uma inferência lógica, que será sempre verdadeira na medida em que as premissas são verdadeiras. Deve-se observar que LEVI[343] constrói seu raciocínio tendo como base o *common law*, assim a analogia dá-se a partir dos precedentes judicias e não das normas. Portanto, o autor acaba por constatar que o esquema argumentativo comumente empregado pelos magistrados foge dos padrões da lógica.

---

aspects of legal reasoning. (...) However Perelman's theory is not suitable as a practical instrument for analyzing and evaluating legal argumentation. He does not give any practical guidelines for interpreting complete examples of argumentation in an intersubjectively correct way in terms of starting points and argumentation. Because he does not pay attention to criteria for distinguishing between sound and unsound argumentation with respect to a particular audience and a universal audience, he does not provide a practical framework for evaluating legal arguments."(FETERIS, Eveline T. **Fundamentals of Legal Argumentation**: a survey of theories on the justification of judicial decisions. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers,1999, p.61).

[342] ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, 2002, p.110.

[343] LEVI, Edward H. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.2.

No entanto, para LEVI[344], esse esquema argumentativo tem as qualidades necessárias para o funcionamento do Direito, o que a lógica formal não é capaz de prover. A principal delas é a dinamicidade. Como o Direito tem a função de garantir o consenso social e responder às mudanças da sociedade a adaptação é uma característica primordial do ordenamento jurídico. Como a qualidade da adaptação demanda um certo grau ambiguidade, de modo a permitir mudanças de entendimento, o autor entende que é inerente ao raciocínio jurídico alguma flexibilidade. Afinal, a produção de uma reposta objetiva e precisa, como definida pela lógica formal é interessante para sistemas abstratos, mas não serviria para regular a vida em sociedade, pois ela impediria a formação de novos consensos necessários para a manutenção da paz social.

Assim, para LEVI, a principal função do juiz é encontrar similitudes e diferenças entre os casos levados ao Judiciário, sejam essas similitudes e diferenças relacionadas ao precedente, sejam elas referentes à norma abstrata.

Poder-se-ia objetar que essa análise do raciocínio jurídico coloca uma ênfase exagerada na comparação de casos e pouca ênfase nos conceitos legais que são criados. Mas, para LEVI[345], a comparação não se restringe ao cotejo entre o caso em questão e os exemplos que foram de fato incluídos no campo semântico da palavra utilizada; a comparação trabalha também com as hipóteses que a própria palavra sugere. Assim, os conceitos jurídicos guardam a mesma ambiguidade do precedente, o que garante que a analogia baseada na norma abstrata também permita a adaptação do Direito às condições sociais.

Neste contexto de proeminência do raciocínio analógico, a interpretação que um tribunal faz de uma lei não tem importância apenas para o caso concreto julgado. A maneira pela qual as regras inerentes ao precedente ou expressas na norma abstrata são aplicadas determina uma interpretação juridicamente válida da regra para os casos similares.

---

[344]De acordo com: “O raciocínio por comparação de casos, ou seja, por analogia, é uma solução para muitas questões na esferas do direito. Ele explica em parte a autoridade e a influência que o processo jurídico tem sobre os litigantes, porque estes participaram do processo legislativo e, portanto, estão presos por algo que ajudaram a criar Além do mais, os exemplos ou as analogias apresentados pelas partes introduzem no direito os conceitos coletivos da sociedade. Tais conceitos, já discutidos, têm a chance de retornar ao tribunal para uma nova avaliação. É este ciclo que torna justo um julgamento, e não a crença na total imparcialidade do juiz, pois, naturalmente, ele não pode ser absolutamente imparcial.” (LEVI, Edward H. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.7).

[345] LEVI, Edward H. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.13-44.

Acerca dos limites da interpretação construtiva, LEVI[346] afirma que não é preciso avançar para modelos abstratos, definindo requisitos ou condições para que o juiz possa decidir em casos difíceis. Afinal, para o autor inexistiria uma construção teórica completa e consistente. Desse modo, evita-se a construção de uma teoria normativa desvinculada da realidade. A melhor alternativa é uma construção teórica mais descritiva, que seja capaz de descrever como efetivamente os juízes julgam os casos.

Assim, observa-se que como PERELMAN a teoria proposta por LEVI tem como grande contribuição histórica o rompimento com a lógica formal. Todavia, não traz critérios aptos a identificar a racionalidade e adequação dos argumentos jurídicos. Mas, ao contrário da Nova Retórica, LEVI foge de estruturas conceituais abstratas, procurando refletir da forma mais fiel possível, a argumentação jurídica realmente empregada pelo Poder Judiciário. Nesse contexto LEVI não apenas afastou a lógica formal da argumentação jurídica, como mostrou a sua inadequação, dada a sua falta de flexibilidade e adaptação. Essa observação será retomada e reforçada por outros autores posteriormente. Por fim, LEVI adotou uma postura de identificação quase plena entre argumentação jurídica e analogia. Trata-se de posição sujeita a críticas, como se verá posteriormente.

Outra proposta teórica relevante é a de TOULMIN[347], que será objeto apenas de uma breve menção, uma vez que a contribuição mais significativa deste autor é no âmbito analítico da teoria da argumentação, secundária no presente estudo.

A proposta de TOULMIN representa, dentre as aqui mencionadas, a crítica mais radical à lógica formal. Para o autor[348], a teoria da lógica formal distanciou-se excessivamente da lógica prática, ou seja, da prática da argumentação racional, não só no direito ou nas questões que envolvem valor, mas de forma generalizada. A sua aplicabilidade restringir-se-ia basicamente à lógica matemática.

Desse modo, as argumentações realizadas cotidianamente pelas pessoas estão fora da lógica formal, que sobrevive num mundo completamente abstrato e

---

[346] LEVI, Edward H. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.70-92.

[347] A principal obra de TOULMIN o livro *The Uses of Argument* teve a sua primeira edição publicada em 1958.

[348] Nesse sentido afirma o autor: "Eu deliberadamente evito termos como 'lógica', 'lógico', 'logicamente necessário', 'dedutivo' e 'demonstrativo'. Todos esses termos carregam da teoria da lógica uma carga de associações que pode ser prejudicial para a inquirição: para saber como – se de alguma forma – a análise formal da lógica teórica se liga à a atividade de criticismo racional". Tradução livre do original: "I shall deliberately avoid terms like 'logic', 'logical', 'logically necessary', 'deductive' and 'demonstrative'. All such terms carry over from logical theory a load of associations which could prejudice one main aim of our inquiry: to see how – if it all – the formal analysis of theoretical logic ties up with the business of rational criticism." TOULMIN, Stephen E. **The Uses of Argument**. 2nd. ed. New York: Cambridge University Press, 2003, p.6)

fechado. Na lógica formal, apenas os argumentos construídos dentro de um conjunto de premissas bastante rigorosas são válidos e passíveis de estudo. Mas essas premissas, para TOULMIN, afastam qualquer utilidade da lógica formal no mundo real, que não se encaixa nos modelos da lógica formal. Afinal, não há utilidade numa teoria da lógica tão artificial como a lógica formal[349].

Uma contribuição bastante relevante de TOULMIN[350] no contexto da argumentação jurídica é a estrutura formal do argumento. Essa estrutura permite a convivência da argumentação com graus de certeza, ao contrário da lógica formal que trabalha com a correção ou validade do argumento.

Ao contrário dos modelos lógicos formais, como o silogismo tradicional, não se tem apenas um grau de certeza único, afinal, um determinado argumento, para o autor pode estar sujeito a um qualificador modal capaz de indicar graus maiores ou menores de certeza, tais como certamente e provavelmente. Ainda, a validade de um argumento depende da ausência de uma condição de excepcionalidade ou de uma refutação, que pode ser afastada ou não por uma justificativa fundada em um conhecimento básico que dá suporte a ela. Por fim, a conclusão está condicionada à veracidade do conjunto de dados que a motivaram.

Não se objetiva aqui avançar no campo analítico da argumentação jurídica. Assim, basta afirmar que nessa construção a passagem das razões para a conclusão representada pela pretensão não ocorre de forma automática como na inferência lógica, mas sim de acordo com o qualificador utilizado e dependente da ausência de refutações específicas, além da necessidade da justificativa e do conhecimento de apoio. A teoria de TOULMIN não é especificamente jurídica e, apesar das contribuições relevantes, em especial na estrutura dos argumentos, não se tem uma descrição adequada da argumentação jurídica.

---

[349] Nesse sentido afirma o autor: "De fato, como descobriremos, a ciência da lógica, em sua história, tendeu a se desenvolver numa direção distante dessas questões, distante das questões práticas a respeito da maneira pela qual lidamos com e criticamos argumentos nos diferentes campos, rumo à condição de completa autonomia, na qual a própria lógica passa a ser um campo de estudo, livre das preocupações práticas como um ramo da matemática pura; e apesar de existirem, em todas as épocas, pessoas preparadas para questionar a aplicação da lógica, as perguntas vitais para esse entendimento foram levantadas poucas vezes". Tradução livre do original: "In fact, as we shall discover, the science of logic has throughout its history tended to develop in a direction leading away from these issues, away from practical questions about the manner in which we have occasion to handle and criticize arguments in different fields, and towards a condition of complete autonomy, in which logic becomes a theoretical study on its own, as free from all immediate practical concerns as is some branch of pure mathematics; and even though at all stages in its history where have been people who were prepared to raise questions about the application of logic, some of the vital questions vital for an understanding of this application have scarcely been raised." (TOULMIN, Stephen E. **The Uses of Argument**. 2nd. ed. New York: Cambridge University Press, 2003, p. 2).

[350] Para uma análise do modelo argumentativo do autor ver: TOULMIN, Stephen E. **The Uses of Argument**. 2ª ed., New York: Cambridge University Press, 2003, p.97.

Portanto, TOULMIN construiu uma teoria da argumentação que trata a argumentação como um caso geral e a lógica formal como uma caso especial e restrito. Ainda, a ideia de certeza absoluta passa também a ser tratada como um caso excepcional. Ora, no âmbito jurídico essa constatação é bastante relevante, uma vez que as propostas teóricas contemporâneas partem do abandono da certeza absoluta. Assim, a ausência de um critério absoluto de validade ou adequação do argumento em todos os casos é relevante para a argumentação jurídica, que deixa de ser tratada como um caso patológico nesse aspecto.

Dentre as críticas a TOULMIN destaca-se, para o objeto desta tese, a observação de ALEXY[351], que apesar de reconhecer o grande avanço no campo analítico, não encontra uma solução para o problema da justificação das normas morais. Afinal, TOULMIN não produziu nenhum critério para avaliar a validade ou racionalidade de um argumento moral, apenas um estrutura geral de argumentação.

Desse modo conclui-se parcialmente que as teorias analisadas até aqui apesar de terem produzido um distanciamento entre o argumentação jurídica e a lógica formal, não construíram uma teoria da argumentação capaz de integrar os âmbitos descritivo, analítico e normativo, o que seria necessário para que se possa produzir um conjunto de critérios aptos a aferir a racionalidade prática no campo da argumentação judicial.

A fim de analisar as principais teorias contemporâneas da argumentação jurídica, faz-se necessária a análise da concepção do Direito como integridade de DWORKIN. Apesar de não tratar especificamente da teoria da argumentação jurídica, DWORKIN[352] entende o Direito como uma prática social argumentativa. Assim, há um espaço bastante significativo para a argumentação jurídica no Direito como integridade. A construção de DWORKIN é mais ampla, abordando outros temas centrais da teoria jurídica contemporânea. Entretanto, não cabe aqui uma análise global do pensamento do autor.

---

[351]Nesse sentido é a posição do autor em: ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p. 81-84.

[352] Nesse sentido afirma o autor: "Of course, law is a social phenomenon. But its complexity, function, and consequence all depend on one special feature of its structure. Legal practice, unlike many other social phenomena, is *argumentative*. Every actor in the practice understands that what it permits or requires depend on the truth of certain propositions that are given sense only by and within the practice; the practice consists in large part in deploying and arguing about these propositions." (DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p.13). Na edição brasileira: "O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas a sua complexidade, função e consequências dependem de uma característica especial de sua estrutura. Ao contrário de muitos outros fenômenos sociais, a prática do direito é *argumentativa*. Todos os envolvidos nessa prática compreendem que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido através e no âmbito dela mesma; a prática consiste, em grande parte, em mobilizar e discutir essas proposições." (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p.17).

O principal conceito na Teoria do Direito de DWORKIN[353] é o Direito como integridade. Para que o princípio da integridade seja satisfeito, as normas jurídicas devem ser aplicadas a partir de uma interpretação construtiva fundada num conjunto unitário e coerente de princípios, que representem da melhor forma possível a moralidade política daquela comunidade.

A ideia de integridade, portanto, demanda que o Direito seja aplicado apenas após um juízo hermenêutico que leve a cabo uma reconstrução racional da moral política da comunidade a partir dos princípios constitucionais presentes no ordenamento. Essa proposição demanda um esforço significativo do Poder Judiciário quando da análise dos casos concretos, bem como dos demais agentes que procuram interpretar as normas jurídicas.

Para descrever o método do Direito como integridade, DWORKIN[354] utiliza a metáfora do romance em cadeia, em que cada juiz deve interpretar da melhor forma possível os precedentes anteriores, que seriam equivalentes aos capítulos anteriores de um romance e desenvolver o capítulo seguinte de forma a se adequar e justificar o que já foi escrito. Assim, os juízes devem realizar dois testes: o da adequação e o da justificação. A adequação demanda que a interpretação adotada seja aceitável de acordo com a moralidade política e os materiais jurídicos da comunidade. Por sua vez, a justificação trata da escolha entre as interpretações aceitáveis, devendo prevalecer aquela que reconstrói de melhor forma possível a moralidade política da comunidade.

A tarefa de, ao mesmo tempo, interpretar o caso concreto de acordo com as melhores convicções políticas da comunidade e justificar os precedentes anteriores é bastante complexa. Essa tarefa é, em realidade, tão complexa que o próprio DWORKIN[355] cria um personagem diverso do juiz comum para realizá-la, o juiz Hércules. Hércules é dotado de atributos sobre-humanos, capaz de pensar

---

[353] DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 225-275.
[354] DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 228-238.
[355] Nesse sentido afirma o autor: "We might therefore do well to consider how a philosophical judge might develop, in appropriate cases, theories of what legislative purpose and legal principles require. We shall find that he would construct theories in the same manner as a philosophical referee would construct the character of a game. I have intended, for this purpose, a lawyer of superhuman skill, learning, patience and acumen, whom I shall call Hercules. I suppose that Hercules is a judge in some representative American jurisdiction." (DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 105). Na edição brasileira: "Podemos, portanto, examinar de que modo um juiz filósofo poderia desenvolver, nos casos apropriados, teorias sobre aquilo que a intenção legislativa e os princípios jurídicos requerem. Descobriremos que ele formula essas teorias da mesma maneira que um árbitro filosófico construiria as características de um jogo. Para esse fim, eu inventei um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas, a quem chamarei de Hércules. Eu suponho que Hércules seja juiz de alguma jurisdição norte-americana. (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.165).

subjetivamente e com uma capacidade cognoscitiva perfeita. Assim, ao refletir sobre cada caso concreto, Hércules consegue reconstruir todo o ordenamento segundo as exigências da integridade.

O juiz Hércules, portanto, consegue encontrar a única resposta correta existente em qualquer disputa judicial, tendo como base as regras e, em especial, os princípios em jogo, que serão utilizados na reconstrução racional do ordenamento em conjunto com a moralidade política prevalente.

Desse modo, percebe-se que a proposta de DWORKIN para a argumentação jurídica implica na possibilidade de uma escolha racional do argumento mais adequado. Entretanto, a diferença com relação as propostas precedentes é que a racionalidade não é determinada por uma análise procedimental, mas sim substantiva. Afinal, Hércules deverá encontrar a resposta correta, não como base em determinado procedimento, mas sim em uma escolha principiológica substantiva.

Para afastar a acusação de decisionismo que poderia ser imputada ao seu modelo de Direito como integridade, DWORKIN[356] lança mão da divisão entre argumentos de princípio e argumentos de política.

Os argumentos de princípio são definidos como aqueles que justificam políticas públicas em função da proteção de determinado direito individual ou coletivo. As questões trazidas ao Poder Judiciário devem ser analisadas exclusivamente com base nesses argumentos. Como exemplo, DWORKIN traz a hipótese de uma discussão judicial acerca de uma política de combate à discriminação racial por meio de uma ação estatal afirmativa. Trata-se de questão

[356] Nesse sentido afirma o autor: “In fact, however, judges neither should be nor are deputy legislators, and the familiar assumption, that when they go beyond political decisions already made b someone else they are legislating, is misleading. It misses the importance of a fundamental distinction within political theory; which I shall introduce in a crude form. This is the distinction between arguments of principle on the one hand and arguments of policy on the other. Arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a hole. The argument in favor of a subsidy for aircraft manufactures, that the subsidy will protect national defense, is an argument of policy. Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secure some individual or group right. The argument in favor of anti-discrimination statutes, that a minority has a right to equal respect and concern, is a argument of principle.” (DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 82). Na edição brasileira: “Na verdade, porém, os juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, e é enganoso o conhecido pressuposto de que eles estão legislando quando vão além das decisões políticas já tomadas por outras pessoas. Esse pressuposto não leva em consideração a importância de uma distinção fundamental na teoria política que agora introduzirei de modo sumário. Refiro-me à distinção entre argumentos de princípio, por um lado, e argumentos de política (*policy*), por outro. OS argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão fomenta ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento em favor do subsídio para a indústria aeronáutica, que apregoa que tal subvenção irá proteger a defesa nacional, é um argumento de política. Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou garante um direito de um indivíduo de determinado grupo. O argumento em favor das leis contra a discriminação, aquele segundo o qual uma minoria tem direito à igualdade de consideração e respeito, é um argumento de princípio.” (DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.129-130).

que cabe ao Poder Judiciário por meio das lentes da concretização do princípio da igualdade e da não discriminação.

Já os argumentos de política, que estariam fora do âmbito de atuação do Poder Judiciário, são aqueles que justificam determinada política pública em função de uma diretriz ou um objetivo coletivo. Nesses casos não cabe uma intervenção do Poder Judiciário. O exemplo fornecido por DWORKIN é a defesa de uma política de subsídios para uma indústria central para a produção de armamentos. Essa é uma discussão fundada em argumentos de política, como a soberania, a defesa nacional e a política industrial.

Essa divisão proposta por DWORKIN é no mínimo problemática, senão insustentável. Todavia, uma análise mais aprofundada dessa questão será feita no próximo capítulo quando for discutida a questão do papel das consequências na argumentação jurídica.

O Direito como integridade apesar do papel de destaque que ocupa tanto na doutrina estrangeira quanto na literatura pátria tem enfrentado resistências. Entretanto, dada a amplitude da discussão não se faz necessário tratar delas aqui. Posteriormente, quando da análise da teoria de MACCORMICK a análise do Direito como integridade será retomada.

Dentre as teorias contemporâneas da argumentação jurídica, a que mais tem tido destaque na doutrina nacional é a proposta de ALEXY. Trata-se, para alguns autores, da teoria da argumentação padrão no Direito pátrio[357]. Assim, não se poderia deixar de analisá-la.

A teoria da argumentação jurídica de ALEXY[358] é fundada na afirmação de que a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática geral. ALEXY[359] justifica a sua tese do caso especial com base em três razões principais: i)

---

[357] Nesse sentido afirma BUSTAMANTE: “Desde a última década do século passado, a teoria dos direitos fundamentais de Alexy tem experimentado um merecido sucesso nas principais instâncias brasileiras de discussão jurídica. Das universidades ao Supremo Tribunal Federal, a ideia de que as normas constitucionais podem ser classificadas em princípios e regras – sendo que as duas categorias possuem modos de aplicação diferentes (o que torna a distinção metodologicamente relevante) – adquiriu, aqui, uma força de convicção poucas vezes vivenciada por qualquer concepção jurídico-normativa.” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Princípios, Regras e a Fórmula da Ponderação de Alexy: um modelo funcional para a argumentação jurídica? In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do Direito e Decisão Racional**: temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.257-158).

[358] ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p. 212.

[359] De acordo com: "É baseada em três razões. A primeira é que, no final, a discussão jurídica, tal qual a prática argumentativa geral, preocupa-se com o que é obrigatório, proibido ou permitido, portanto, com questões práticas. A segunda razão é que a demanda por correção é levantada no discurso legal do mesmo modo que num discurso comum. Os dois tipos de argumentação são, então, discursos. A terceira razão estabelece que a argumentação legal é um caso específico, porque a demanda por correção no discurso legal é distinta da feita

a argumentação jurídica, assim como a argumentação prática geral, está preocupada com questões práticas, como o que é proibido, permitido ou obrigatório; ii) a exigência de correção está presente tanto na argumentação jurídica quanto na argumentação prática; iii) a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática geral em função das limitações institucionais (a legislação e a dogmática) e de autoridade (os precedentes) a que está sujeita.

Portanto, como a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática geral, ela possui uma concepção particular de correção. A pretensão de correção é própria do campo jurídico porque visa à identificação de argumentos inadequados e adequados em função do arcabouço legal vigente, não se buscando uma correção em termos absolutos, próxima à verdade ou à certeza. ALEXY[360] não pretende com isso afirmar que a pretensão de correção significa a identificação de uma resposta absolutamente correta, mas sim a identificação de uma resposta adequada ao ordenamento jurídico. Afinal, para ele a certeza absoluta não pode ser tida como um pré-requisito da racionalidade.

ALEXY[361]identifica a racionalidade da argumentação jurídica como procedimental, aproximando-se da teoria do discurso de HABERMAS e afastando-se

---

num discurso prático comum. Ela não se preocupa com o que está absolutamente correto, mas com o que está correto segundo a estrutura e a base da ordem legal vigente. O que é correto num sistema jurídico depende, essencialmente, no que é fixado, autoritária ou institucionalmente, fixado e no que se encaixa nisso. Não pode contradizer o que é dotado de autoridade e deve ter coerência com o todo. Para expressar isso numa fórmula resumida, pode-se dizer que a argumentação jurídica está ligada as leis e aos precedentes e deve observar o sistema legal elaborado pela dogmática". Tradução livre do original: “It is based on three reasons. The first is that, in the end, legal discussion, like general practical argumentation, is concerned with what is obligatory, prohibited, or permitted, hence with *practical* questions. The second reason is that a claim to correctness is raised in legal discourse as well as in general practical discourse. Both kinds of argumentation are, therefore, *discourses.* The third reason states that legal argumentation is a matter of a *special* case because the claim to correctness in legal discourse is distinct from that in general practical discourse. It is not concerned with what is absolutely correct but with what is correct within the framework and on the basis of a validly prevailing legal order. What is correct in a legal system essentially depends on what is authoritatively or institutionally fixed and what fits into it. It must not contradict the authoritative and cohere with the whole. If one wants to express this in a short formula, it can be said that legal argumentation is bound to statutes and to precedents and has to observe the system of law elaborated by legal dogmatics.”(ALEXY, Robert. The Special Case Thesis. **Ratio Juris**, Oxford, v. 12, n. 4, Dec. 1999, p. 375).

[360] Nesse sentido é a posição do autor: “Qualquer pessoa que equipare racionalidade com certeza terá que renunciar à ideia de uma teoria de argumentação jurídica racional. Não existe, é claro, nenhuma razão para insistir nessa identificação. Mesmo nas ciências naturais, que muitas vezes são sustentadas em contraste com a jurisprudência como um paradigma da ciência autêntica, não pode haver questão de chegar à certeza conclusiva. O fato de a certeza ser inatingível não pode, portanto, em e por si mesmo ser visto como uma razão suficiente para negar o caráter científico da jurisprudência ou sua natureza como uma atividade racional.” (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p. 272).

[361] Nesse sentido afirma ALEXY: "A integração dos argumentos práticos gerais no contexto legal pode ser concebida de dois modos. O primeiro é o coerentista; e o segundo, procedimentalista. A visão coerentista mais radical é a do holismo legal. Segundo ela, todas as premissas fazem parte de ou estão escondidas no sistema legal, elas precisam apenas ser descobertas. Essa ideia sempre foi fascinante para os juristas devido a promessa de total autonomia da lei. Ela providenciaria a solução perfeita para o problema da legitimação das decisões judiciais. Numa democracia, por exemplo, seria possível sustentar qualquer decisão com base no que foi feito no processo de legislação democrática. […] Do mesmo modo que as normas não podem se aplicar a

das posições que ele denomina coerencialistas (*coherentist*), que partem da premissa de que todos os critérios necessários para determinar a racionalidade dos argumentos estariam implícitos no ordenamento jurídico. A correção dos argumentos jurídicos na visão procedimentalista por ele adotada depende da observância dos procedimentos institucionalizados pelo Estado Democrático de Direito, que, em realidade, seriam nada mais do que uma tentativa de institucionalizar os procedimentos inerentes à razão prática.

A partir da tese do caso especial, ALEXY afirma que essas regras procedimentais do discurso racional a serem respeitadas são as do discurso prático geral e as do discurso jurídico em especial. Primeiramente, as normas do discurso prático geral devem obedecer a requisitos mínimos que objetivam garantir a possibilidade de uma comunicação linguística acerca da correção[362]. Posteriormente, tem-se as regras da racionalidade, que garantem a ausência de restrições injustificáveis aos participantes do discurso[363]. O terceiro grupo é o das regras para partilhar a carga e argumentação, ou seja, como se dá a alocação dos

---

elas mesmas, um sistema legal desse tipo não pode ser coerente. Para chegar a esse patamar, pessoas e procedimentos serão necessários para produzir novos conteúdos. O que nos leva ao segundo modo de integrar argumentos práticos gerais ao contexto legal: o procedimentalista. é um problema geral e complexo da teoria argumentativa se um argumento muda ou não seu caráter ou natureza quando aplicado a diferentes contextos. Pode-se dizer que a solução para esse problema depende do que se quer dizer com mudança no caráter ou na natureza de um argumento. Aqui, a base de entendimento desse conceito está na ideia de unidade da razão prática. De acordo com essa ideia, o sistema legal de um Estado Constitucional de Direito é uma tentativa de institucionalizar a razão prática". Tradução livre do original: "The integration of general practical arguments in the legal context can be conceived in two ways. The first is coherentist; the second, procedural. The most radical coherentist view is that of legal holism. According to it, all premises are already part of or hidden in the legal system and only need to be discovered. This idea has always been fascinating for jurists due to its promise of total autonomy of law. It would provide for a perfect solution of the legitimation problem of judicial decision-making. In a democracy, for instance, it would make it possible to trace back each legal decision completely to what has already been enacted in the process of democratic legislation. (…) Just as norms cannot apply themselves, a legal system as such cannot produce coherence. To achieve this, persons and procedures are necessary for feeding in new contents. This leads to the second way of integrating general practical arguments in the legal context: the procedural one. It is a general and deep problem of argumentation theory whether an argument changes its character or nature in changing contexts. One can assume that the solution to this problem depends on what is meant by a change in the character or nature of an argument. Here, the basis of an understanding of this concept shall again be the idea of the unity of practical reason. According to this idea, the legal system of the democratic constitutional state is an attempt to institutionalize practical reason." (ALEXY, Robert. The Special Case Thesis. In: **Ratio Juris**, Oxford, v. 12, n. 4, Dec. 1999, p. 383-384).

[362] As normas são as seguintes: " 1.1) a não contradição (nenhum orador pode se contradizer); 1.2) a sinceridade (todo orador apenas pode afirmar aquilo que crê); 1.3) universalidade (todo orador que aplique um predicado F a todo outro objeto que seja semelhante a *a* em todos os aspectos importantes) e 1.4) uso da linguagem (diferentes oradores podem usar a mesma expressão com diferentes significados). De acordo com: (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p. 187).

[363] As normas são as seguintes: 2) Todo orador tem de dar razões para o que afirma quando lhe pedirem para fazê-lo, a menos que possa citar razões que justifiquem a recusa (Regra Geral de Justificação); 2.1) Qualquer pessoa que possa falar pode participar de um discurso; 2.2) a) todos podem problematizar qualquer asserção; b) Toda pessoa pode introduzir qualquer asserção no discurso; c) Toda pessoa pode expressar suas atitudes, desejos e necessidades; 2.3) Nenhum orador pode ser impedido de exercer os direitos estabelecidos em (2.1) e (2.2) por qualquer tipo de coerção interna ou externa ao discurso. De acordo com: (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p. 189-192).

ônus argumentativos[364]. O quarto grupo é o que trata da dimensão analítica, ou seja, traz as formas admitidas de argumento[365]. Ainda, ALEXY traz um quinto grupo de regras que procuram reduzir o amplo espaço de indeterminação ainda restante trazendo as regras de justificação, que trazem as formas válidas de justificação[366]. Por fim, tem-se o último grupo de regras, que tratam da transição de outros tipos de discurso, como o empírico, o linguístico, teórico[367]. No caso do discurso jurídico, tem-se, além desses seis grupos de regras tem-se as limitações inerentes ao fato de tratar-se de um discurso institucionalizado, que decorrem da necessidade de conformidade com as normas jurídicas, das exigências da dogmática e o respeito aos precedentes. Portanto, uma teoria jurídica completa deve necessariamente ser uma teoria do Direito e do Estado, uma vez que em caso contrário não poderia abarcar as limitações inerentes a esses três fatores, Afinal, uma teoria do ordenamento jurídico necessariamente envolve uma determinada concepção de Direito e de Estado.

Ao tratar especificamente da argumentação jurídica ALEXY segue a já mencionada divisão entre argumentação em interna e externa, sendo que a primeira trata da aplicação lógica das premissas e a segunda da correção das premissas usadas na justificação interna. Acerca da justificação interna ALEXY traz duas

[364] As normas são as seguintes: 3) 3.1) Quem quiser tratar uma pessoa A de forma diferente do que a pessoa, está obrigado a justificar isso; 3.2) Quem atacar uma afirmação ou norma que não é tema a discussão precisa apresentar uma razão para fazer isso; 3.3) Quem quer que tenha apresentado um argumento só é obrigado a produzir outros argumentos no caso de existirem argumentos contrários; 3.4) Quem quer que ofereça uma asserção ou manifestação sobre suas atitudes, desejos ou necessidades num discurso, que não valha como argumento com relação a uma manifestação anterior precisa justificar essa interjeição quando lhe pedirem para fazer isso. De acordo com: (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p. 192-194).

[365] As normas são as seguintes: 4) G / $\underline{R'}$ / N'; 4.1) T / R / N; 4.2) F / $\underline{R}$ / N; 4.3) F_R / $\underline{R'}$ / R; 4.4) T / $\underline{R'}$ / R; 4.5) R_I P R_K e R_i' P R_k'; 4.6) (R_iPR_k) e ($R_i'PR_k'$) C. (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p. 194-197)

[366] As normas são as seguintes: 5) 5.1.1) Toda pessoa que fizer uma afirmação normativa que pressuponha uma regra com certas consequências para a satisfação dos interesses de outras pessoas tem de ser capaz de aceitar essas consequências, mesmo na situação hipotética em que esteja na posição dessas pessoas; 5.1.2) As consequências de cada regra para a satisfação dos interesses de cada e de todo indivíduo têm de ser aceitas por todos; 5.1.3) Toda regra tem de ser clara e poder ser universalmente ensinada; 5.2.1) As regras morais subjacentes à visão moral de um orador devem ser capazes de aguentar o exame crítico nos termos de sua gênese histórica. A regra moral não pode aguentar esse teste se: (a) mesmo que seja passível de justificação racional, no ínterim tenha perdido sua justificação, ou (b) não era originalmente passível de justificação racional e não foram descobertas novas razões durante o ínterim; 5.2.2) As regras morais subjacentes à visão moral do orador devem suportar o exame crítico nos termos de sua gênese individual. Uma regra moral não suporta esse exame se tiver apenas sido adotada por razões com algumas condições justificáveis de socialização; 5.3) Os limites atualmente dados de realização devem ser levados em conta. De acordo com: (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p. 194-199).

[367] As normas são as seguintes: 6) 6.1) É possível para cada orador a qualquer tempo fazer uma transição para o discurso teórico (empírico); 6.2) É possível para cada orador a qualquer tempo fazer uma transição para um discurso linguístico analítico; 6.3) É possível para cada orador a qualquer tempo fazer uma transição para o discurso teórico do discurso. De acordo com: (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p. 199-200).

formas possíveis de argumentação (uma para os casos mais simples e outra para os mais complexos) e um conjunto de regras adicionais a serem observadas[368]. Acerca da justificação externa o autor classifica os argumentos em seis tipos: interpretação dos estatutos, interpretação dogmática, uso dos precedentes, argumentação prática geral, argumentação empírica e formas especiais de argumentação. Afora a argumentação prática que já teve suas regras delineadas e a argumentação empírica o autor traz um conjunto de regras e formas para um dos quatro tipos de argumentos restantes[369]. Como o objetivo desta incursão é apenas uma visão geral da construção de ALEXY não há razão para que se discuta cada regra da argumentação por ele encetada.

Essa construção procedimental traz limitações à teoria da argumentação jurídica aceita por ALEXY. Para suplantar essa limitação, ALEXY[370] tem-se a

---

[368] As formas são as seguintes: 1.1) Formas 1.1.1) A forma mais simples: (J 1.1) . (1)(x) (Tx→ORx) / . (2) Ta / (3) Ora (1), (2); 1.1.2) A forma mais geral: (J.1.2) . (1)(x) (Tx→ORx) / . (2)(x) (M^1_X →T_x) / .(3)(x) (M^2x)/ . / . / . / .(4)(x) (Sx→M^nx)/ .(5) Sa / .(6) ORa (1)-(5); As regras são as seguintes: 1.2) Regras: (J.2.1) Ao menos uma norma universal tem de ser aduzida na justificação de um julgamento jurídico; (J.2.2) Um julgamento jurídico tem de seguir logicamente de ao menos uma norma universal juntamente com outras afirmações; (J.2.3) Sempre que houver dúvida se *a* é um T ou um M^i, deve ser apresentada uma regra que resolva esta questão; (J.2.4) O número de passos de decomposição requeridos, é aquele número que torna possível o uso de expressões cuja aplicação em dado caso não admita mais disputas; (J.2.5) Devem ser articulados tantos passos de decomposição quantos forem possíveis. De acordo com: (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p. 218-224).

[369]As formas são as seguintes: 2) As regras e formas de justificação externa: 2.2) Regras e formas de interpretação: 2.2.1) Formas de interpretação: (J.3.1) Em razão de W_i, R' t*em de ser* aceito como uma interpretação de R; (J.3.1) Em razão de W_k, R' *não pode* ser aceito como uma interpretação de R; (J.3.3) É possível fazer ambos, aceitar e não aceitar R' como uma interpretação de R, desde que nem $W_i$nem $W_k$se mantenham; 2.2.2) Formas de interpretação genética: (J.4.1) .(1)R' (=I^R_w) é intenção do legislado. / . (2) R'; (J.4.2) .(1) R é, para o legislador, um meio para o fim Z / (2) ¬ R' (=I^R_w) → ¬Z / (3) R'; 2.2.3) Forma básica de interpretação teleológica: (J.5) .(1)OZ / .(2) ¬ R' (=I^R_w)→ ¬Z / (3) R'; 2.2.4) Formas de interpretação histórica, comparativa e sistemática não foram elaboradas; As regras são as seguintes: 2.2.5) Regras: (J.6) Saturação- isto é, plena afirmação de razões- é requerido em todo argumento que pertença aos cânones de interpretação; (J.7) Os argumentos que dão expressão ao vínculo com as verdadeiras palavras da lei, ou da vontade do legislador histórico, têm precedência sobre outros argumentos, a menos que razões racionais possam ser citadas para garantir a precedência de outros argumentos; (J.8) Determinações sobre o peso relativo dos argumentos diferentes na forma têm de ser conformar às regras da pesagem; (J.9) Todo argumento possível que possa ser proposto de tal forma que não possa ser contado como um dos cânones de interpretação deve obter a devida consideração; 2.3 Regras de argumentação dogmática: (J.10) Toda proposição dogmática tem de ser justificada recorrendo-se ao menos a um argumento prático geral sempre que seja objeto de dúvida; (J.11) Toda proposição dogmática tem de ser capaz de passar por um teste sistemático tanto no sentido mais estreito quanto no sentido mais amplo; (J.12) Sempre que os argumentos dogmáticos foram possíveis eles devem ser usados; 2.4) A mais geral das regras para a aplicação do precedente: (J.13) S e um precedente puder ser citado a favor ou contra uma decisão ele deve ser citado; (J.14) Quem quiser partir de um precedente fica com o encargo do argumento. (ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p. 224-267).

[370]Nesse sentido afirma o autor: "Um outro aspecto do vínculo inextricável está na exigência de correção que também é constitutiva da argumentação jurídica. Ao contrário do caso do discurso prático geral, essa exigência não se relaciona com o fato de a afirmação normativa em questão ser ou não absolutamente racional, mas antes se pode ser racionalidade justificada no contexto da ordem jurídica em vigor. A racionalidade da argumentação jurídica é, portanto, na medida em que é determinada pelo estatuto, relativa à racionalidade da legislação. A absoluta racionalidade na tomada de decisão jurídica pressuporia a racionalidade da legislação. Uma condição para isso é que as questões práticas sejam racionalmente resolvidas na sociedade em questão. A fim de chegar a uma teoria do discurso jurídico que também abarcasse estas condições de racionalidade, a teoria do discurso racional prático geral teria que ser expandida para incluir uma teoria da legislação e, em seguida, uma teoria normativa da sociedade, da qual a teoria do discurso jurídico seria uma parte. " (ALEXY, Robert. **Teoria da**

ferramenta das teorias do Direito e do Estado já indicadas, já que a racionalidade da argumentação numa concepção mais procedimentalista é dependente da racionalidade da legislação, que, por sua vez, demanda uma análise da maneira pela qual a sociedade toma decisões.

A teoria da argumentação jurídica de ALEXY inclui também a sua teoria da argumentação jurisfundamental, em que o autor traz o seu modelo de sopesamento de princípios. Todavia, como essa questão já tem sido bastante tratada no âmbito do Direito e da Filosofia Constitucional e foge do objetivo do presente estudo, portanto ela não será abordada.

Dentre as principais críticas a ALEXY tem-se aquelas dirigidas a tese do caso especial. Como bem aponta PAVLAKOS[371] diversas críticas adotam a seguinte forma: aceitam a hipótese normativa de que o discurso jurídico é um discurso prático que tem uma pretensão a correção. Todavia, rejeitam a hipótese empírica de que essa pretensão é alcançada por meio das limitações institucionais ou de autoridade, as substituindo por outros critérios como a moralidade ou o consenso político. Assim, o que se observa é a busca de um critério material que seja capaz de complementar ou suplantar os critérios procedimentais trazidos por ALEXY.

Dentre os autores que rejeitam a hipótese normativa, discordando da assertiva de que o discurso jurídico é um tipo especial de discurso prático destaca-se a posição de GUNTHER[372] que, a partir da diferenciação entre o discurso de justificação e o de aplicação, defende que o discurso jurídico é um discurso de aplicação, uma vez que as decisões não objetivam justificar a validade das normas, mas sim as aplicar de forma imparcial no caso concreto. A resposta de ALEXY funda-se na crítica ao conceito de discurso prático geral adotado por GUNTHER o que manteria válida a sua Tese do Caso Especial. Nesse aspecto, como bem aponta BUSTAMANTE[373], não há que se falar em uma aplicação neutra da norma como afirma GUNTHER, sob pena de uma exclusão da justificação do discurso jurídico. Por conseguinte, a Tese do Caso Especial mantém-se válida.

Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001, p. 269).

[371] PAVLAKOS, Gergio. The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy's Discoursive Theory of Law. **Ratio Juris**, Oxford, vol. 11, n. 2, p. 126-154, 1998.

[372] Para uma explicação da diferenciação entre o discurso da justificação e o da aplicação ver: GUNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. 2. ed. Rio de Janeiro: 2011, p. 7-66.

[373] BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 217-240.

Uma outra crítica importante feita a teoria da argumentação de ALEXY é falta de clareza acerca do papel das razões finalistas, o que inclui os argumentos consequencialistas, uma vez que o autor não explicita como se daria a relação desse tipo de argumento com a pretensão de correção da argumentação jurídica[374]. No caso em estudo – os contratos em empresariais de logo prazo – esse ponto é crucial. Assim, esse é efetivamente um ponto a ser aperfeiçoado na proposta de ALEXY.

Antes de encerrar este voo panorâmico pela teoria da argumentação jurídica, é necessário analisar a proposta do Direito civil-constitucional nesse aspecto. Para tanto, optou-se por analisar os principais elementos que tem contato direto com o tema na obra de PERLINGIERI.

Para PERLINGIERI o ordenamento jurídico é dotado de alguns atributos, em especial a racionalidade, a unidade e o caráter axiológico. A unidade do ordenamento diz respeito à impossibilidade de se realizar uma atividade hermenêutica imersa em um conjunto parcial de normas jurídicas[375]. Portanto, toda a decisão judicial é necessariamente resultado de uma hermenêutica axiológica e sistemática, o que garante a coerência da decisão e a unidade do ordenamento.

Assim, PERLINGEIRI[376] aponta a necessidade de uma justificação que não se limite à mera referência à norma legal, mas incorpore as opções axiológicas inerentes à definição na norma em concreto em qualquer caso. Portanto, a diferenciação entre casos fáceis e difíceis é atenuada na construção civil-constitucional, na medida em que todos os casos demandam uma reconstrução racional global do ordenamento.

---

[374] Essa questão é apontada, dentre outros, por ATIENZA, que afirma que a relação entre as razões de correção e de finalistas não pode ser a mesma em todos os ramos do Direito. Nesse sentido ver: ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, p. 296-297.

[375] Nesse sentido afirma o autor: "O juiz aplica a norma mais adequada ao caso concreto: deve realizar a busca da normativa a ser aplicada na totalidade do ordenamento jurídico. A lacuna, se houver, é do sistema inteiro, e não dos possíveis níveis de normas que o compõe. Assim, também o colmatar a lacuna desta normativa não é atividade que deva ser realizada no âmbito do subsistema, porque este não tem autonomia, nem é concebível separadamente do ordenamento em seu conjunto, como unidade indivisível." (PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 221-222).

[376] Nesse sentido afirma o autor: "O direito, por conseguinte, não é simples técnica, mas é função ordenadora segundo os valores que emerge dos diversos e contrastantes interesses que anima e justificam suas razões. (…) Esse é o contexto no qual determinar a função e o papel do juiz. Este é chamado para individuar, na complexidade das fontes que caracterizam o ordenamento vigente, a normativa mais adequada aos conflitos de interesses velhos e novos, sem se limitar a identificar as 'transitórias' *rationes* das leis na ilusão de realizar um ofício qualquer, similar a um autômato e, além disso, com a pretensão de não assumir responsabilidade alguma. Dela, ao invés, ninguém foge: mesmo somente descrever, reconhecer, é operação intelectual e valorativa." (PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 129-130).

Essa questão é bastante trabalhada na crítica veemente ao brocado latino "*in claris non fit interpretatio*". Afinal, não existem casos que dispensam a reconstrução racional e axiológica do ordenamento jurídico, trata-se de operação necessária no processo argumentativo e hermenêutico. Nessa perspectiva o silogismo sofre, igualmente, críticas profundas no pensamento civil-constitucional. PERLINGIERI[377] critica a segregação que acaba por permitir numa fase inicial um juízo isolado acerca das normas abstratas, a imposição de um padrão argumentativo lógico-formal e ausência de qualquer discussão, no âmbito do silogismo, acerca da validade da premissa maior.

Na concepção de PERLINGIERI[378], entretanto, as escolhas valorativas inerentes a qualquer processo jurídico hermenêutico não estão sujeitas ao arbítrio do Juiz, mas sim adstritas aos valores do ordenamento, o que efetivamente limita o decisionismo judicial. Afinal, a atividade hermenêutica judicial está limitada pelas normas jurídicas, não podendo ser utilizada para justificar uma decisão contrária ao ordenamento jurídico. Portanto, é a coerência necessária com os valores constitucionais que garante o respeito a isonomia e ao Estado de Direito para o autor.

---

[377] Nesse sentido afirma o autor: "É verdade que a responsabilidade política do conteúdo da lei é de quem a redigiu, o jurista, entretanto, não pode fugir da sua responsabilidade cultural e social. A insistência com a qual a natureza meramente lógica da interpretação é pregada é, portanto, uma estratégia inadmissível de desresponsabilização da doutrina. O principal instrumento dessa estratégia é a teoria do silogismo e da subsunção. (...) Em especial nenhuma decisão é correta apenas porque foi construída através de um silogismo. O silogismo – como qualquer argumento lógico – não acrescenta ou reduz a bondade ou a veracidade das conclusões: ele apenas diz que se as premissas são justas, verdadeiras ou corretas também são as conclusões. O que importa no silogismo é a preparação das premissas, o que inclui a escolha e a identificação do conteúdo das normas aplicáveis (premissa maior) e a seleção dos fatos relevantes. Sobre essa operação – o coração da interpretação – o silogismo não é capaz de dizer qualquer coisa. Tradução livre do original: "É vero che la responsabilità politica del contenuto della legge à di chi fa la legge il giurista non può tuttavia sottrarsi alla responsabilità culturale e sociale. L'insistenza con la quale si è predicate la natura meramente logica dell'interpretazioni è quindi una inammissibile strategia di deresponsabilizzazione della dottrina. Lo strumento principale di tale strategia è la teoria del sillogismo e della sussunzione. (…) Nessuna decisione, soprattutto, è corretta soltanto perché costruita con un sillogismo. Il sillogismo – come ogni argomento logico – nulla aggiunge o toglie alla bontà o verità delle conclusioni: esso dice soltanto che se le premesse sono verse o giuste o corrette sono achee le conclusioni. (…) Ciò che conta nel sillogismo à la preparazioni delle premesse, cioè la scelta e l'identificazioni del contenuto delle norma applicabile (premessa maggiori) e la selezioni del fatto rielevante. Sul tali operazioni – il cuore dell'interpretazioni – in sillogismo non è in grado di dire nulla." (PERLINGIERI, Pietro. **Manuale di diritto civile**. Napoli: ESI, 1997).

[378] Nesse sentido afirma o autor: "A valoração da norma jurídica pode coincidir com a da regra social, econômica, política, religiosa, mas pode também colocar-se em antítese. O jurista, nesta hipótese, deve valorar o fato natural ou voluntário, com base nas regras e nos princípios do ordenamento: é uma escolha que pode definir positivista, isto é, que quer o respeito da norma. Um enfoque que está presente também em nível constitucional (arts. 101 e 104). O jurista é independente, livre, mas não da aplicação a norma: ele está vinculado não à letra da lei, mas ao seu <<espírito>>, ao seu significado na globalidade do ordenamento, na realidade histórica sob a qual deve decidir. (PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 174).

A complexidade do ordenamento, de acordo PERLINGIERI[379], somente pode ser apreendida sob a perspectiva da sua aplicação ao caso concreto, momento no qual deve-se reconstruir racionalmente as valorações do ordenamento. Essa complexidade é inerente a perspectiva sócio-normativa que contamina todo o processo hermenêutico pela realidade dos fatos expressos no caso concreto. A agudez da particularidade do caso concreto é contrabalançada pela universalidade da aplicação dos valores constitucionais. Nesse sentido a complexidade é um componente necessário da proposta civil-constitucional, afinal a incorporação do dinamismo da experiência social a torna inevitável.

Assim, a prevalência das normas constitucionais, para PERLINGIERI[380], é o instrumento que garante a prevalência do argumento axiológico sobre o normativo. Assim, a interpretação das normas infraconstitucionais demanda sempre uma análise da sua efetividade como instrumentos concretizadores dos valores constitucionais. Portanto, o argumento teleológico sempre tem prevalência sob o argumento do texto literal da norma.

Nesse contexto PERLINGIERI[381] afasta o procedimento silogístico no âmbito da argumentação jurídica, uma vez que a decisão judicial é formada pela concorrência de todos os valores presentes no ordenamento aplicáveis ao caso concreto. Assim, para o autor a superação do silogismo é condição necessária para evitar uma análise abstrata das regras, desvinculada tanto dos valores constitucionais quanto dos fatos. A recusa as limitações inerentes a um silogismo

---

[379] De acordo com: “Se for possível que o tema da complexidade seja abordado por perspectivas diversas – e isto sem dúvida deve ser considerado como um enriquecimento –, o jurista, de toda sorte, deverá sempre privilegiar a ótica a partir da qual o intérprete, e sobretudo o juiz, se deve colocar no momento em que é chamado a resolver um caso concreto, isto é, a decidir em qual normativa a solução deve se inspirar, traduzindo princípios e regras pertencentes a um complexo sistema no <<ordenamento do caso concreto>>. Operação aparentemente simples na sua inevitabilidade, mas muito difícil na sua efetiva concretização.” (PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 193).

[380] Nesse sentido afirma o autor: “O caráter fundamental se identifica por meio da constitucionalidade: os princípios constitucionais, explicitamente expressos ou declarados mediante referências explícitas, são os fundamentos de um sistema concebido hierarquicamente. De forma que, se o caráter axiológico e racionalidade constituem as características comuns da Constituição e do ordenamento jurídico, é importante destacar somente que <<na Constituição prevalece a componente axiológica, e no ordenamento jurídico, a componente racional-normativa>>. A unidade do ordenamento não permite a sua separação da Constituição, nem mesmo a sua implícita submissão à normatividade. A interpretação lógica, axiológica e sistemática é um dado que diz respeito a todo o ordenamento.” (PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 205).

[381] Nesse sentido afirma o autor: “Em um ordenamento complexo não se pode falar – como indica a Corte de Cassação – de qualificação e interpretação do fato como uma operação do tipo meramente silogístico, em contraposição, além disso, a um juízo de equidade totalmente fundado sobre a intuição do juiz. Se este, para que o juízo não seja arbitrário, é de toda a sorte vinculado as normas constitucionais e comunitárias, como considera-lo desvinculado dos princípios gerais do ordenamento, como aqueles que caracterizam, por exemplo, a matéria da responsabilidade civil ou da repetição do indébito? Se equidade não significa arbítrio do juiz, todos os valores do ordenamento devem ser considerados parâmetros que concorrem à sua determinação.” (PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 225).

formal e abstrato pode ser ilustrada pelo afirmação de PERLINGIERI[382] de que a norma em abstrato é apenas um componente no processo complexo e mais criativo de produção de normas individuais.

Quanto a natureza dos argumentos PERLINGIERI[383], em consonância com a rejeição do centralismo jurídico e com a defesa do caráter social e histórico do Direito, aponta para a presença contínua de elementos chamados de extrapositivos, que tornam possível uma integração realista entre o fato e a norma. Nesse ponto observa-se que os argumentos econômicos, políticos e sociais em geral não devem ser repelidos mas sim incorporados a complexidade e a unicidade do processo hermenêutico na perspectiva civil-constitucional.

Portanto, o processo hermenêutico no Direito não deve e não pode fugir do contexto histórico, cultural e social em que ele está envolvido, nem o obstáculo da separação entre questões de fato e de Direito e nem a separação entre aplicação e interpretação tem o condão de afastar essa condição. Assim, a construção da decisão judicial é sempre contextualizada e aberta a discussões acerca da concretização dos valores do ordenamento jurídico.

Desse modo, conclui-se parcialmente as teorias da argumentação expostas nesta seção convergem para a possibilidade de uma racionalidade na argumentação jurídica, mesmo que esta não possa ser enquadrada na estrutura dos esquemas lógico formais. Nesse sentido a Tese do Caso Especial de ALEXY é um dos principais fundamentos da teoria jurídica contemporânea. Quanto aos critérios correção cada um das teorias propostas tem as suas peculiaridades. Assim, acabam por construir instrumentos capazes de produzir um controle adequado da decisão judicial, evitando o risco de decisionismo. Todavia, em nenhuma delas tem-se um espaço adequado para o argumento consequencialista. Este ponto, entretanto, será aprofundado posteriormente.

---

[382] PERLINGIERI, Pietro. Applicazioni e controlo nell'interpretazioni giuridica. In**: Rivista Di Diritto Civile**, Anno LVI, nº 3, 2010, p.340

[383] Nesse sentido afirma o autor: "A superação, assim proposta, do positivismo (meramente) linguístico evidencia o contínuo reenvio do direito positivo a elementos extrapositivos: são eles, seja o elemento social (a necessária correlação entre norma e fato, a consideração do contexto, do direito como fator de uma realidade global), seja o direito natural ou de toda sorte, nos sistemas jurídicos modernos, as exigências de justiça racionalmente individualizáveis, mas não adequadamente traduzida em textos normativos. A ampliação da noção de direito positivo e a sua abertura em direção de noções e valores não literalmente e explicitamente subsuntos nos textos jurídicos permite a superação da técnica da subsunção e, em uma concepção unitária da realidade, a apresentação da relação dialética e de integração fato-norma de forma mais realista." (PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 605-606).

Após essa análise acerca da teoria da argumentação jurídica deve-se analisar as especificidades da argumentação jurídica no campo do Direito Contratual. É o que se pretende na próxima seção.

2.2 **A argumentação jurídica e os contratos empresariais de longo prazo**

O estudo da argumentação jurídica é feito com mais intensidade nas questões constitucionais e nem sempre se volta para as questões infraconstitucionais. Essa predileção da doutrina especializada pode ser explicada parcialmente pela facilidade da análise das decisões da Suprema Corte. Afinal, trata-se de um único tribunal em que as decisões envolvem casos de grande relevância. Já na análise dos temas infraconstitucionais tem-se um conjunto de tribunais heterogêneos e uma maior dificuldade no acesso aos casos.

Assim, trata-se de tema pouco tratado pela doutrina, sobretudo pela civilística nacional. Apesar do estudo da jurisprudência ser bastante comum nas obras de Direito Civil não se observa na maioria dos estudos uma preocupação com a classificação dos argumentos utilizados ou com a sua forma.

Como na seção anterior, não se busca aqui fazer uma análise exaustiva e integral de todas as propostas existentes na doutrina. As construções teóricas analisadas são aquelas que podem contribuir de forma efetiva para o objeto desta tese. Desse modo, busca-se analisar propostas capazes de produzir instrumentais úteis na compreensão da problemática relacionada ao surgimento do modelo social de contrato no Brasil.

Uma primeira construção que merece destaque é a perspectiva teórica desenvolvida por SUMMERS acerca da argumentação no Direito Contratual, tendo como foco o Direito norte-americano. Apesar das diferenças entre o Direito Contratual anglo-saxão e o Direito pátrio, as ponderações trazidas por SUMMERS podem contribuir de forma efetiva para o estudo do Direito Contratual nacional.

Inicialmente, SUMMERS[384] identifica nas justificações judiciais dois tipos de argumento: argumentos de autoridade (*authoritative reasons*) e substantivos

[384]Nesse sentido afirma o autor: “Minha tese nesse trabalho é a de que: (1) o conteúdo essencial das justificações judiciais inclui dois tipos básicos de argumentos, os quais eu chamo de autoridade e substantivos. Argumentos de autoridade são aqueles que apelam, primariamente, para a autoridade da legislação, precedentes, contratos e outras formas de antecedentes juridicamente válidas (Em outro trabalho também chamei estes argumentos de ‘formais’). Argumentos substantivos não apelam para a autoridade legal. Eles se bastam por si mesmos, e consistem na moral, na política, na economia ou em outras considerações sociais,

(*substantive reasons*). Os argumentos de autoridade são aqueles que remetem à autoridade dos estatutos, precedentes, cláusulas contratuais e outras formas de antecedentes juridicamente válidas. Por sua vez, os argumentos substantivos seriam aqueles que não se fundam na autoridade de determinado texto antecedente, mas na ponderação de razões morais, políticas ou sociais em geral.

As razões substantivas (*substantive reasons*) podem ser subdividas em três categorias: razões de objetivos (*goal reasons*), razões de correção (*rightness reasons*) e razões institucionais (*institutional reasons*). Passa-se a analisar cada uma delas.

A razão de objetivo (*goal reasons*) deriva sua força justificatória do fato de que, ao tempo em que o juiz a enuncia, a decisão provavelmente terá consequências favoráveis para a obtenção de algum objetivo social importante e definido. Assim, para SUMMERS[385], as razões de objetivo possuem três características principais: são preditivas, consequencialistas e instrumentalistas.

Essas três características elencadas no parágrafo anterior são de extrema relevância para a presente tese, uma vez que demonstram as complexidades inerentes a sua aplicação judicial. Afinal, a análise da probabilidade de que determinado juízo hermenêutico produza um resultado específico na realidade é bastante subjetiva e de difícil operacionalização.

Já as razões de correção (*rightness reasons*) pressupõem o que SUMMERS[386] denomina normas de correção aceitas, que são aquelas normas de

---

[…]". Tradução livre do original: "My thesis in this essay are: (1) that the essential content of judicial justifications includes two basic types of reasons which I will call authoritative and substantive. Authoritative reasons are those which appeal primarily to the legal authoritativeness of statutes, cases, contracts, and other antecedent forms of law (Elsewhere, I have also called these 'formal' reasons.) Substantive reasons do not appeal to legal authority. They stand on their own, and consist of moral, political, economic, or other social considerations, (...)" (SUMMERS, Robert S. Substantive Justification in Contract Cases: The Primacy of Rightness Reasons. In: SUMMERS, Robert S. **Essay in legal theory.** Dordrecht: Kuller Academic, 2000, p.321). Quando SUMMERS afirma que as que as razões de autoridade já foram por ele denominadas formais está a se referir a obra redigida em conjunto com ATYAH em que as razões formais são definidas como: Razões formais diferem de razões substantivas ainda não incorporadas pelo Direito vigente. Uma razão formal é uma razão dotada de autoridade legal à qual juízes ou outros estão designados ou que é necessária para fundamentar certa decisão ou ação. Uma razão deste gênero costuma excluir ou superar da análise a relevância de uma razão substantiva qualquer que sirva de contrapeso de contrapeso no momento da decisão ou da ação. Tradução livre do original: "A formal reason is a different kind of reason from a substantive reason that has no yet been incorporated in the law at hand. A formal reason is a legally authoritative reason on which judges and others are empowered or required to base a decision or action, and such a reason usually excludes from consideration, overrides, or at least diminishes the weight of any countervailing substantive reason arising at the point of decision or action." (ATIYAH, P. S.; SUMMERS, Robert S. **Form and Substance in Anglo-American Law**: a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 2).

[385] SUMMERS, Robert S. Substantive Justification in Contract Cases: The Primacy of Rightness Reasons. In. SUMMERS, Robert S. **Essay in legal theory.** Dordrecht: Kuller Academic, 2000, p. 322.

[386] Nesse sentido afirma o autor: "Razões de correção são muito diferentes. Elas pressupõem o que eu chamo de normas de correção aceitas. Aqui esboço cinco exemplos de normas de correção muito gerais dirigidas a indivíduos, normas que são amplamente aceitas nas sociedades ocidentais: (1) 'não engane outras pessoas

conduta tidas como válidas pela sociedade ou pelos contratantes. Desse modo, no âmbito empresarial, o principal exemplo seriam os costumes comerciais, que em diversas situações governam a conduta das partes.

Ainda, SUMMERS[387] enfatiza que o uso das razões de correção a partir da perspectiva de que elas promovem determinado comportamento, apesar de verossímil, em alguns casos, em especial em decisões que passam a ser consideradas precedentes relevantes, foge do conceito de razões de correção definidas pelo autor. Nesse caso, tem-se uma razão de objetivos parasitária. Um exemplo seria a afirmação de que decisões que apliquem uma norma social juridicamente válida promovem a observância dessa norma. Para ilustrar o raciocínio, suponha que existe uma norma social de que na redação de um contrato derivado de uma negociação fechada oralmente pelos presidentes de duas empresas, os advogados não podem escrever cláusulas contratuais conflitantes com o acordo oral. A decisão que fosse justificada a partir da premissa de que a aplicação judicial dessa norma favorece o objetivo social do tratamento leal na fase pré-contratual entre os contratantes seria classificada como decisão de objetivos parasitária.

A terceira modalidade de razões substantivas (*substantive reasons*) corresponde às razões institucionais (*institutional reasons*). Elas podem possuir a mesma estrutura tanto das razões de objetivo quanto das de correção, mas ainda assim elas se diferenciam, já que a sua característica diferenciadora é o fato de serem as únicas razões substantivas internas ao direito. As hipóteses mais comuns para o seu surgimento são: um requisito, um desiderato, ou o limite da regra do

---

deliberadamente em detrimento delas e depois tente concertar o erro' (2) 'dê aos outros aquilo que merecem'(3) 'mantenha sua palavra e tente reparar os problemas se não conseguiu mantê-la' (4) 'lide com outras pessoas com boa-fé' (5) trate pessoas em situação similar com justiça'. A aceitação inicial dessas regras em determinada sociedade, normalmente, implica várias formas não-legais e se revela no discurso social geral e em formas comportamentais correspondentes. Nesse sentido, no discurso social geral, cidadãos irão estabelecer ou invocar essa normas ou fragmentos delas (apesar de elipticamente) como razões de ação, como base para demandas, como padrões de crítica, etc." Tradução livre do original: "Rightness reasons are very different. They presuppose what I call accepted rightness norms. Here are five sketchily stated examples of very general rightness norms addressed to individuals, norms that are widely accepted in Western societies: (1) 'don't knowingly mislead others to their detriment, and make amends if you do' (2) give others their just deserts' (3) keep your word, and make amends when you don't' (4) deal with others in good faith' (5) treat similarly situated persons fairly'. The initial acceptance of such norms in a society usually takes many non legal forms and reveals itself in general social discourse and in corresponding forms of behavior. Thus, in general social discourse, citizens will often state or invoke such norms or fragments of them (however elliptically) as reasons for action, as bases for demands or claims, or as standards of criticism, and so on." (SUMMERS, Robert S. Substantive Justification in Contract Cases: The Primacy of Rightness Reasons. In: SUMMERS, Robert S. **Essay in legal theory.** Dordrecht: Kuller Academic, 2000, p. 322-323).

[387] SUMMERS, Robert S. Substantive Justification in Contract Cases: The Primacy of Rightness Reasons. In. SUMMERS, Robert S. **Essay in legal theory.** Dordrecht: Kuller Academic, 2000, p.327.

direito ideal, de um processo jurídico ou uma estrutura jurídica, ou dos vários papéis estabelecidos para as partes na divisão do trabalho jurídico.

No âmbito do Direito Contratual, SUMMERS[388] ilustra o seu raciocínio acerca das razões institucionais a partir do exemplo do argumento da liberdade contratual. Apesar de se tratar de uma razão de objetivo em termos de estrutura, ela é, na realidade, uma razão institucional, na medida em que se fundamenta nos limites inerentes à competência de participantes oficiais, em especial juízes, na divisão geral do trabalho jurídico.

Após a explicação do aparato conceitual desenvolvido, pode-se passar a analisar o papel de cada um desses argumentos nas justificações judiciais no Direito Contratual. A primeira consideração de SUMMERS[389] diz respeito ao fato de que as razões de autoridade são mais comuns no Direito Contratual, mas as razões substantivas não são menos importantes. Por sua vez, dentro das razões substantivas, as razões de correção e as institucionais são mais relevantes historicamente, podendo justificar isoladamente uma decisão judicial.

A preferência de SUMMERS[390] pelos argumentos substantivos institucionais e de correção, em detrimento dos argumentos de objetivo deriva de alguns fatores, em

---

[388] SUMMERS, Robert S. Substantive Justification in Contract Cases: The Primacy of Rightness Reasons. In: SUMMERS, Robert S. **Essay in legal theory.** Dordrecht: Kuller Academic, 2000, p. 331-332.

[389] Essa consideração traduz as teses que SUMMERS advoga, sendo que a primeira e a terceira já foram explorada anteriormente já que dizem respeito a própria validade da classificação dos argumentos: "Minha tese nesse trabalho é a seguinte: […] 2) apesar das razões autoritárias serem mais comuns nas justificações judiciais, as razões substantivas não deixam de ser importantes, especialmente no sistema legal americano, 4) razões de correção e razões institucionais foram, e continuam sendo, a variedade dominante de razões substantivas nas justificações judiciais no sistema de common law com relação aos contratos, ficando as razões objetivas com um distante terceiro lugar, apesar do fato de estarem presente em muitos casos, 5) razões de correção e razões institucionais não só são dominantes como também são suficientes para a justificação judicial e, ainda, normativamente superiores, para o referido fim, que as razões de objetivo […]." Tradução livre do original: "My theses in this essay are: (...) 2) that although authoritative reasons are numerically far more common in judicial justifications, substantive reasons are no less important, especially in the American legal system, 4) that rightness reasons and institutional reasons have historically been and continue to be the overwhelmingly dominant varieties of substantive reasons in judicial justifications in the general common law of contract in particular, with goal reasons a distant third, despite the fact that goal reasons seem also to be widely available in the cases, 5) that rightness reasons and institutional reasons have not only been historically dominant, but are also by themselves sufficient for purposes of judicial justification, and moreover, are normatively superior for such purposes to goal reasons, (...)."(SUMMERS, Robert S. Substantive Justification in Contract Cases: The Primacy of Rightness Reasons. In. SUMMERS, Robert S. **Essay in legal theory.** Dordrecht: Kuller Academic, 2000, p. 321-322).

[390] Nesse sentido afirma o autor: "Pressupondo assim, que determinando o escopo do precedente à luz de sua racionalidade seja um método legítimo e amplamente, se não uniformemente, seguido, poderiam os juízes utilizar esse método com mais eficiência quando as razões são de correção e institucionais do que quando são razões de objetivo? Acredito que a resposta aqui também seja sim (…) Por outro lado, quando a doutrina está baseada largamente em razões de objetivo, assuntos são mais problemáticos, ao menos se tais razões forem tomadas a sério em seus próprios termos mais do que simplesmente para 'fazerem peso'. O fato pode ser pouco claro sobre se o objetivo social relevante é ainda autoritário ou se é suficientemente implicado nos fatos do caso. Também, pode não estar incerto se o objetivo relevante servindo consequências pode ser predito com confiança para se seguir da decisão, mesmo que o objetivo esteja autoritariamente e suficientemente implicado. Similar falta de clareza também pode surgir com respeito a possíveis consequências opostas, mas de objetivo, no caso. o juiz pode ter que ir além dos fatos julgados, o que significa que o juiz deve fazer presunções, especular ou predizer (com base em fatos adequados). É claro que em alguns casos, isso pode ser feito com incerteza, mas

especial da dificuldade de aplicação e da falta de clareza na análise judicial desses últimos.

No âmbito do Direito Contratual SUMMERS[391] verifica uma grande presença de argumentos de autoridade, já que existe ampla gama de razões desse tipo derivadas dos termos do contrato envolvido. Ainda assim, ao contrário das razões de autoridade derivadas de precedentes, membros dessa classe especial de razões de autoridade derivam sua força justificativa da racionalidade de correção, nas quais a teoria do cumprimento dos contratos é baseada.

Quanto às razões de correção, juízes têm tanto habilidade profissional quanto leiga, não apenas por essas razões serem dominantes nos casos jurídicos, mas também por eles as terem entendido nas contrapartes da vida ordinária, de fato, normas de correção estão enraizadas na vida diária. Afinal, razões de correção não são nem preditivas e nem instrumentalistas. Isso significa que a fundação factual, ao menos para estas razões, geralmente irá aparecer em fatos objetos da lide, e assim se tornar disponível para o conhecimento dos juízes.

Uma das principais teses de SUMMERS[392] é a de que geralmente juízes norte-americanos têm preferido recorrer a razões institucionais e de correção no lugar das razões de objetivo, mesmo que estas últimas possam estar disponíveis

---

com frequência não o será." Tradução livre do original: "Assuming then, that determining the scope of precedent in the light of this rationale is a legitimate method and widely if not uniformly followed, can judges utilize this method more effectively when the reasons are rightness and institutional reasons than when goal reasons? I believe the answer here, too, is yes. (…) On the other hand, when the doctrine is based largely on goal reasons, matters are frequently more problematic, at least if such reasons are to be taken seriously on their own terms rather than merely as makeweights. The facts may be rather unclear as to whether the relevant social goal is still authoritative or is sufficiently implicated in the facts of the case. Also, it may not be unclear whether the relevant goal serving consequences can be reliably predicted to flow from the decision, even if the goal is authoritative and sufficiently implicated. Similar unclarity of both kinds may also arise with respect to possible countervailing goal serving consequences in the case. The judge may have to go beyond the adjudicative facts of the case, which means the judge must make assumptions, speculate or predict (on the basis of adequate facts). Of course, in some cases, this can be done with uncertainty. But often will be not so." (SUMMERS, Robert S. Substantive Justification in Contract Cases: The Primacy of Rightness Reasons. In. SUMMERS, Robert S. **Essay in legal theory.** Dordrecht: Kuller Academic, 2000 p. 348).

[391] SUMMERS, Robert S. Substantive Justification in Contract Cases: The Primacy of Rightness Reasons. In. SUMMERS, Robert S. **Essay in legal theory.** Dordrecht: Kuller Academic, 2000, p. 342.

[392] Nesse sentido afirma o autor: "Minha outra tese é a de que razões de correção e razões institucionais são superiores às razões de objetivo como recursos de justificação, pelo menos nos contratos da common law. Essa tese é importante em dois aspectos. Primeiro, se estou correto em relação a esta tese, ela fornece uma satisfatória explicação do que achei na minha pesquisa de casos concretos, isto é, que os juízes estão fazendo aquilo que acham melhor nos seus propósitos de justificação. Isso, por si só, já apresenta interesse acadêmico. Em segundo, se estou correto, juízes não se preocupam em fazer análises econômicas ou modernizar e tornar mais científicas suas justificações". Tradução livre do original: "My other main thesis, has been the normative one that rightness reasons and institutional reasons are superior to goal reasons as justificatory resources, at least in the common law of contract. This thesis may be significant in two major respects. First, if I am correct about this thesis, it provides one major explanation for my descriptive finding, namely, that judges are doing what they found best for their justificatory purposes. This, too, is of scholarly interest in its own right. Second, if I am correct, the judges also not heed contemporary calls to start doing economic analysis or otherwise to 'modernize' and make more 'scientific' their reasoning." (SUMMERS, Robert S. Substantive Justification in Contract Cases: The Primacy of Rightness Reasons. In. SUMMERS, Robert S. **Essay in legal theory.** Dordrecht: Kuller Academic, 2000, p. 352).

nas fontes de justificativa dos casos. Como a argumentação substantiva é bastante frequente no Direito norte-americano, e já que há grandes diferenças ao menos entre razões de correção e razões de objetivo, trata-se de afirmação com bastante relevância prática.

Nesse sentido, SUMMERS[393] conclui afirmando que a proeminência das razões substantivas, apesar de internas ao Direito, torna a separação entre Direito e Política e a entre Direito e Moral cada vez menos nítida.

A análise feita por SUMMERS pode ser vista como um retrato da argumentação no Direito Contratual no momento em que se tem um movimento de perda de relevância relativa das razões de autoridade e crescimento das substantivas. Todavia, para se evitar a incerteza, SUMMERS procura controlar esse movimento através da prevalência das razões institucionais e de correção.

Além do interessante aparato classificatório desenvolvido por SUMMERS observa-se na sua construção tanto a importância dos argumentos de objetivo quanto à necessidade de que alguns juízes sentem de omiti-los na redação dos seus votos. Essa fuga reduz o esforço argumentativo na medida em que um argumento por exemplo de redução de desigualdades passa a se fundamentar em um princípio jurídico ou em uma norma social compartilhada pelas partes. Todavia, a transformação de um argumento de objetivo para um argumento institucional, apesar de significar a internalização pelo Direito de uma razão não tipicamente jurídica, não retira a natureza consequencialista, instrumental e preditiva do mesmo. Assim, permanece a necessidade de que se demonstrem as relações de causalidade entre a decisão e o objetivo que ele busca, ou, em outras palavras, a adequação daquele instrumento para atingir o objetivo em questão.

Ainda, observa-se em SUMMERS um receio pela perda de juridicidade da argumentação contratual, na medida em que o autor ao verificar a insuficiência atual das razões de autoridade procura reduzir os danos internalizando as razões de objetivo e de correção por meio das razões institucionais.

Todavia, existem autores que tratam esse movimento como algo inevitável em função das transformações que vem sofrendo o Direito Contratual. Nessa perspectiva, a questão deixa de ser a afirmação da coerência da argumentação

[393] SUMMERS, Robert S. Substantive Justification in Contract Cases: The Primacy of Rightness Reasons. In. SUMMERS, Robert S. **Essay in legal theory.** Dordrecht: Kuller Academic, 2000, p. 354-355.

jurídica típica do modelo clássico de contrato e passa a ser a investigação das características da argumentação contemporânea.

Nesse contexto, insere-se a proposta de COLINS[394], que constrói uma perspectiva regulatória do Direito Contratual. Inicialmente, o autor parte de um paradoxo aparente, uma vez que ao mesmo tempo em que diversos estudos empíricos[395] demonstram a irrelevância das normas de Direito Contratual, no cotidiano empresarial, têm-se diversos estudos que identificam, nas normas de Direito Contratual, uma fonte indispensável de confiança para que o mercado funcione[396].

A solução desse paradoxo, na perspectiva do autor[397], é a identificação do Direito Contratual com um instrumento de regulação do mercado. Assim, COLLINS[398] pondera que essa mudança demanda um olhar mais amplo, que abarque não apenas as normas legais de Direito contratual. Portanto, seria necessária uma análise das práticas contratuais prevalentes numa perspectiva sociológica, bem como uma integração entre as normas jurídicas e as demais normas sociais de conduta que direcionam o comportamento dos contratantes. Essa ampliação de perspectiva não estaria limitada a normas morais, mas incluiria, por exemplo, os usos e costumes negociais e as normas de etiqueta em negociações comerciais. Aqui, observa-se a proximidade com a norma de harmonização da matriz social trazida por MACNEIL e abordada no capítulo anterior.

O primeiro ponto desenvolvido pelo autor é o conceito de contrato, construído a partir do papel representado pela relação contratual na sociedade, fugindo de uma

---

[394] Para evitar confusões derivadas da polissemia da expressão regulação COLLINS a define da seguinte forma: "A palavra 'regulação' já foi definida de diversas maneiras, e é necessária cautela com relação a seu significado. Eu a uso como um termo genérico para descrever qualquer sistema de regras utilizadas para governar o comportamento de sujeitos." Tradução livre do original: "The word 'regulation' has already cropped up several times, and a caution needs to be expressed at this point regarding its meaning. I use it as a generic term to describe any system of rules intended to govern the behavior of its subjects." (COLLINS, Hugh. **Regulating Contracts**. New York: Oxford University Press, 2002, p.7).

[395] Existem diversos estudos acerca da dissociação entre a prática contratual empresarial e o Direito contratual, pode-se citar por todos a obra clássica de Stewart MACAULAY, em especial: MACAULAY, Stewart. An Empirical View of Contract. **Wisconsin Law Review**, Madison, v. 1985, n. 3, p.465-482, 1985; MACAULAY, Stewart. Changing a continuing relationship between a large corporation and those who deal with it: automobile manufactures, their dealers, and the legal system. **Wisconsin Law Review**, Madison, v. 1965, n. 3, p. 483-575, 1965. Para uma análise mais recente ver: BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: creating cooperation through rules, norms, and institutions. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 99, n. 6, p. 1724-1788, 2001.

[396] COLLINS, Hugh. **Regulating Contracts**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 5.

[397] COLLINS, Hugh. **Regulating Contracts**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 7.

[398] COLLINS, Hugh. Regulating Contract Law. In: PARKER, Christine *et. al.*(Eds.).**Regulating law**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 17.

definição estritamente jurídica. Assim, para COLLINS[399], a relação contratual é um sistema de comunicação entre indivíduos, que reduz a complexidade da interação humana ao excluir os elementos irrelevantes para uma determinada transação, permitindo que ela seja racionalmente administrada por meio de compromissos temporários e específicos.

Desde já, observa-se que a concepção de relação contratual para COLLINS é diversa da defendida por MACNEIL, que vê nela a criação de laços mais amplos do que o objeto da transação. Consequentemente, apesar de COLLINS[400] afirmar que a relação contratual encontra-se incrustada nas práticas sociais, a sua perspectiva é que se trata de uma relação instrumental, o que pode ser um obstáculo à solidariedade social. Portanto, mesmo que as normas sociais ingressem na relação contratual, elas serão filtradas pela instrumentalidade dessa relação, o que afasta o risco de um aumento de complexidade da prática contratual.

Nesse ponto, percebe-se que a proposta de COLLINS[401] tem como pano de fundo a teoria dos sistemas aplicada ao Direito, desenvolvida, dentre outros, por LUHMANN. Afinal, a separação do subsistema jurídico do sistema social amplo é uma das premissas dessa perspectiva teórica. Não cabe aqui, em função das limitações desse trabalho, uma incursão na teoria dos sistemas, construção teórica bastante complexa. Todavia, apenas para contextualizar a posição de COLLINS, deve-se observar que para LUHMANN[402] existe um sistema social global, que é composto de diversos subsistemas, cada um deles parcial em função da sua diferenciação funcional. Dentre eles tem-se os subsistemas jurídico, econômico,

---

[399] Nesse sentido afirma o autor: "Uma relação contratual tem algumas coisas em comum com outras relações de troca que criam laços de associação humana que se reportam à sociedade. Porém, relações contratuais diferem de outras espécies de troca, porque estabelecem uma relação discreta entre pessoas, uma troca isolada com seu próprio ponto de referência. Chamo o contrato uma forma de sistema de comunicação, para enfatizar a ideia de que o contrato 'pensa' a respeito da relação entre pessoas de uma maneira particular. Funciona como uma forma de entendimento diferenciado das relações humanas. O contrato constrói uma imagem das associações humanas que reduz sua complexidade aos elementos e trajetórias que têm significado na estrutura contratual." Tradução livre do original: “A contractual relation shares some features with other types of Exchange relations that create the bonds of human association that make up society. But contractual relations differ from other species of Exchange, because they establish a discrete relation between people, an isolated Exchange with its own point of reference. I call the contract a form of communication system because this phrase emphasizes the point that the contract ‘thinks’ about the relation between people in a particular way. It functions in human interaction as a distinctive way of understanding relationships. The contract constructs an image of the human association that reduces its complexity to the elements and trajectories that have significance of the contractual framework.” (COLLINS, Hugh. **Regulating Contracts**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 15).

[400] COLLINS, Hugh. **Regulating Contracts**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 25-27.

[401] O próprio autor afirma que a sua compreensão da categoria regulação é construída a partir do uso de duas ferramentas metodológicas que são o uso da pesquisa empírica, em especial econômica e a teoria dos sistemas de LUHMANN. Nesse sentido ver: COLLINS, Hugh. **Regulating Contracts**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 359.

[402] A análise esquemática da teoria dos sistemas de LUHMANN com referência ao Direito baseia-se em: LUHMANN, Niklas. **Law as a Social System**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 76-141.

político, dentre outros. Na verdade, a sociedade é basicamente um sistema de comunicações entre esses diversos subsistemas.

No entorno do sistema social tem-se o ambiente, representado pela complexa reprodução natural dos fatos em sociedade. Essa reprodução gera uma irritação no sistema social, estimulando os seus subsistemas. Em resposta aos estímulos os subsistemas geram signos de comunicação a partir das suas estruturas internas, suas operações específicas de reprodução e de abertura ao ambiente, que podem gerar comunicação com a sociedade ou serem resolvidos internamente.

Como ilustração, suponha-se um conjunto de fatos sociais inovadores ou novas teorias e aportes tecnológicos da economia que demandem respostas jurídicas mais acertadas. O subsistema jurídico vai procurar resolver tais questionamentos, desdobrando seu acúmulo de conhecimentos (signos internos) para respondê-los. A doutrina e a jurisprudência movimentar-se-ão, irritando-se com ou recepcionando os acontecimentos que observam, na tentativa de redução da complexidade do mundo. Esse fluxo constante mantém viva a busca pela harmonia de um sistema global.

Nesse contexto, é importante observar que nessa relação o subsistema irá operar de forma autorreferenciada, já que a reprodução dos fatos ocorridos no ambiente é feita em função das estruturas e signos internos de cada subsistema. Para LUHMANN[403] a autorreferência pode ser entendida como as diferentes formas pelas quais se processa a identidade de um subsistema com o meio, partindo de suas diferenças ou fechamentos. Assim, um fato natural é reproduzido de forma diversa por cada subsistema, uma vez que cada sistema se comunica com o exterior por meio de funções e códigos próprios, permitindo que os sistemas sejam operacionalmente fechados mas cognitivamente abertos. No caso do subsistema jurídico as suas operações estão estruturadas através da distinção fato e norma e a

[403] Nesse sentido afirma o autor: “Essas três formas de autorreferência se baseiam numa ideia simples e comum. A autorreferência se relaciona com a pressão da complexidade do mundo. Em nenhum lugar do mundo essa complexidade pode ser descrita, manejada ou controlada adequadamente. […] O sistema só pode produzir diferenças dentro dele próprio (como termostatos de liga/desliga, lógicas de verdadeiro/falso) que reagem a diferenças do meio-ambiente e, dessa maneira, coletam informações para o sistema. Para utilizar esse procedimento e para convertê-lo em operações, o sistema deve ser capaz de conter e direcionar a sua autorreferência no sentido de penetrar todos os estados do mundo. Ela deve ser capaz de destautologizá-los.” Tradução livre do original: “These three forms of self-reference are based on a common basic idea. Self-reference correlates to the pressure of the world's complexity. Nowhere in the world can its complexity be adequately depicted, worked out, or controlled. […]The system can only produce differences within the system (such as an on/off thermostats, true/false for logic) that react to differences in the environment and thereby create information for the system. To use this procedure and to convert it into operations, the system must be able to constrain its self-reference, which is open all states of the world, it must be able to detautologize them.” (LUHMANN, Niklas. **Social Systems**. trad. John Bednartz Jr.. California: Stanford University Press, 2005, p. 444).

sua função é definir o que deve ou não ser feito a partir do código binário legal/ilegal. Desse modo, o subsistema jurídico opera a redução da complexidade existente nos fatos observados no ambiente.

Essa redução de complexidade é identificada na prática contratual é acompanhada por uma característica semelhante no Direito Contratual clássico: o formalismo. O Direito Privado clássico, para COLLINS[404], é formalista em função de duas características: fechamento e autorreferência valorativa. O formalismo é operacionalizado pelo dogma da vontade, o que afasta considerações morais ou sociais da decisão judicial. Afinal, o consenso é auferido de forma puramente formal, sem qualquer preocupação com a necessidade de um consenso efetivo e informado.

Todavia, para o autor, o formalismo do Direito Privado tem se desintegrado de forma significativa. Esse abandono forçado do formalismo é causado pela necessidade de manter a integridade do ordenamento numa situação em que a regulação econômica e social, construída a partir do advento do Estado de Bem-Estar Social, adentra no campo do Direito Privado e passa a conflitar com o Direito Contratual clássico.

Essa transformação estrutural do Direito Contratual nada mais é do que a perda de relevância do modelo clássico de contrato e o avanço do modelo social de contrato. Mas a relevância da contribuição de COLLINS diz respeito aos impactos argumentativos desse novo contexto. Como bem observa o autor o formalismo deve ser necessariamente abandonado, sob pena de perda da integridade do Direito Contratual. Desse modo, a estratégia de isolamento do modelo social de contrato em alguns campos específicos como as relações de consumo somente é possível como uma consequência significativa: a perda de integridade do Direito Contratual.

A solução mais adequada é uma transformação da argumentação utilizada no Direito Contratual, que passa a conviver com uma série de argumentos não estritamente legais. Essa transformação das práticas argumentativas, ao invés de reduzir o Direito Contratual a um mero exercício de raciocínio econômico ou sociológico, permite uma reinterpretação dos seus princípios, incorporando esses novos dados sem que se perca a sua identidade.

Portanto, no raciocínio desenvolvido por COLLINS[405], a desintegração do formalismo do Direito contratual é produtiva, uma vez que promove a adaptação da

[404] COLLINS, Hugh. **Regulating Contracts**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 41- 49.
[405] COLLINS, Hugh. **Regulating Contracts**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 55 - 58.

argumentação jurídica contratual às necessidades do Direito Contratual prevalente na sociedade atual. Desse modo, a incorporação de argumentos que antes eram exclusivamente encontrados no âmbito do Direito Público e eram barrados pelo formalismo catalisa a necessidade de mudança qualitativa da argumentação jurídica contratual.

Desse modo, o Direito Contratual e a argumentação que emergem dessa transformação, ao incorporarem questões políticas instrumentais, permitem a caracterização desse ramo do Direito Privado como uma técnica regulatória. Afinal, objetivos instrumentais de política pública, questões distributivas e outros assuntos anteriormente represados pelo formalismo passam a integrar esse ramo do Direito.

Após essa definição, COLLINS passa a tratar das vantagens e das dificuldades que o Direito Contratual enfrenta na realização de uma função regulatória. Inicialmente, deve-se observar que aceitar a função regulatória do Direito Contratual implica romper o paradigma clássico de que o Direito Contratual é um mero suporte para a sociedade civil, sem incorporar quaisquer questões distributivas ou de políticas públicas.

Atualmente, com o rompimento do modelo clássico de contrato, o Direito Contratual é efetivamente um instrumento de regulação de mercados, englobando, nos seus objetivos, a implementação de políticas públicas de intervenção no domínio econômico. Esse mudança pode ser observada com relação ao aumento de hipóteses em que a atuação estatal vai além da garantia da higidez da vontade e passa a intervir de modo a garantir algum interesse instrumental. Um exemplo é a intervenção estatal nos contratos de concessão comercial. A Lei Ferrari (Lei 6729/1979), que trata da concessão de veículos automotores de via terrestre traz no art. 5º, II a necessidade de que no contrato de concessão constem *distâncias mínimas entre estabelecimentos de concessionários da mesma rede, fixadas segundo critérios de potencial de mercado*[406]. Ora, suponha que um empresário

[406] A redação completa dos artigos da Lei 6729/1979 que fundamentam o raciocínio é a seguinte:“Art. 1º A distribuição de veículos automotores, de via terrestre, efetivar-se-á através de concessão comercial entre produtores e distribuidores disciplinada por esta Lei e, no que não a contrariem, pelas convenções nela previstas e disposições contratuais. (…)Art. 5° São inerentes à concessão: I - área operacional de responsabilidade do concessionário para o exercício de suas atividades; II - distâncias mínimas entre estabelecimentos de concessionários da mesma rede, fixadas segundo critérios de potencial de mercado. § 1° A área poderá conter mais de um concessionário da mesma rede.§ 2° O concessionário obriga-se à comercialização de veículos automotores, implementos, componentes e máquinas agrícolas, de via terrestre, e à prestação de serviços inerentes aos mesmos, nas condições estabelecidas no contrato de concessão comercial, sendo-lhe defesa a prática dessas atividades, diretamente ou por intermédio de prepostos, fora de sua área demarcada. § 3° O consumidor, à sua livre escolha, poderá proceder à aquisição dos bens e serviços a que se refere esta lei em qualquer concessionário.§ 4° Em convenção de marca serão fixados os critérios e as condições para

queira assinar um contrato de concessão comercial para a distribuição de veículos automotores de via terrestre e conscientemente opte pela desnecessidade da garantia de distância mínima entre concessionários da mesma marca. Nesse caso, a cláusula seria tida como ilegal. Assim, observa-se que, mesmo no âmbito dos contratos empresariais, por vezes a intervenção estatal vai além da mera higidez da manifestação da vontade. Nesse caso, procura-se proteger o interesse dos concessionários, usualmente tidos como em situação de dependência econômica perante os concedentes. Ainda, leva-se em conta, igualmente os interesses dos consumidores, trabalhadores e demais interesses sociais juridicamente protegidos.

Nessa tarefa, COLLINS[407] aponta como principal vantagem da regulação por meio do Direito Contratual a reflexividade[408], na medida em que permite um amplo espaço de autorregulação para as partes. Afinal, o Direito Contratual não impõe a integralidade do conteúdo do contrato às partes, mas apenas procura promover a colaboração e a cooperação na relação contratual. Além disso, o monitoramento da conduta dos agentes privados é feito pelo próprio contratante, e as sanções possíveis de serem impostas são diversas, dependendo do caso concreto.

O atributo da reflexividade, todavia, não é o resultado direto e simples da autorregulação, já que a informação obtida através das partes deve ser trabalhada em função de cada tipo de estrutura de comunicação. Por exemplo, as informações conseguidas na instrução probatória podem derivar apenas do subsistema econômico, mas a regulação eficiente deve considerar outros subsistemas, como o político e o social, além da necessidade de expressão por meio das estruturas de comunicação jurídicas. Assim, COLLINS[409] adverte que a reflexividade não deixa de constituir uma tarefa complexa a ser desempenhada pelo Direito Contratual.

---

ressarcimento da concessionária ou serviço autorizado que prestar os serviços de manutenção obrigatórios pela garantia do fabricante, vedada qualquer disposição de limite à faculdade prevista no parágrafo anterior." (BRASIL. Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979.Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29nov. 1990).

[407] COLLINS, Hugh. **Regulating Contracts**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 67.

[408] O conceito de reflexividade utilizado por COLLINS é oriundo da teoria dos sistemas, mas a concepção de direito reflexivo foi sido desenvolvida primordialmente por TEUBNER. Essa perspectiva teórica trabalha com a categoria do Direito reflexivo, definido como uma ordem jurídica caracterizada por normas procedimentais que objetivam guiar as manifestações de autonomia privada, atuando como uma meio termo entre a mera recepção dos atos de autonomia e a imposição de resultados. Assim, procura-se redefinir e redistribuir direitos por meio de normas de organização e procedimento capazes de estruturar como válidos os procedimentos e formas organizacionais a serem seguidas pelos indivíduos. TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. **Law & Society Law Review**, Hoboken, v. 17, n. 2, p.254-257, 1983.

[409] COLLINS, Hugh. Regulating Contract Law. In: PARKER, Christine *et. al.* (Eds.).**Regulating law**. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 26.

Aqui, tem-se uma constatação bastante relevante, uma vez que os críticos da regulação, por meio do Direito Contratual, apontam para a incapacidade do Poder Judiciário em receber e processar as informações disponíveis quando uma lide contratual surge. Dentre as perspectivas críticas destacam-se as análises dos autores ligados ao D&E.

Inicialmente deve-se reforçar a colocação anteriormente feita acerca da pluralidade de entendimentos existentes dentro do D&E. Nesse contexto, COLLINS está a se referir a colocação adotada pela linha de pensamento mas ligada a premissa da racionalidade substantiva dos contratantes, que defende a ineficiência da intervenção judicial nos contratos, com base na seguinte premissa básica: as partes são os indivíduos mais bem informados sobre a relação contratual e sobre o que é melhor para elas, na medida em que os tribunais tem como única fonte de informação as próprias partes eles jamais estarão mais bem informados que as partes e, dada a sua falta de especialização, não possuem uma capacidade de atuação superior a elas. A partir dessa premissa a melhor estratégia para os tribunais é interpretar literalmente os termos contratuais. Esse raciocínio está na base da corrente doutrinária norte-americana intitulada novo formalismo, que se utiliza dos novos instrumentais do D&E para justificar uma volta ao formalismo no Direito Contratual[410].

Quanto às desvantagens COLLINS[411] aponta as seguintes: o tratamento das externalidades, já que os terceiros não contratantes ocupam posição secundária no Direito Contratual; a pouca particularização das normas e decisões, uma vez que se tem uma tendência a soluções gerais para todas as transações de determinado tipo. Ainda, acerca da aplicação das regras, tem-se a falta de expertise do Poder Judiciário, uma vez que são os juízes em geral que aplicam as normas e não um corpo especializado. Por fim, destaca-se a dificuldade em produzir-se uma coordenação efetiva da conduta dos indivíduos, já que os argumentos que tratam das questões de política pública são comumente omitidos na justificação judicial. Como se verá no capítulo posterior alguns desses pontos teriam seus impactos negativos mitigados na proposta de argumentação jurídica aqui construída,

[410] Dentre os trabalhos que defendem esta perspectiva destaca-se a crítica de SCOTT, fundada na premissa indicada, as tentativas de fazer com que os Tribunais regulem os contratos relacionais como proposto por MACNEIL. Nesse sentido ver: SCOTT, Robert E. The Case for Formalism in Contract Law. **Northwestern University Law Review,** Chicago, v. 94, n. 3, p. 847-876, 2000. Para uma crítica dessa premissa no âmbito do próprio D&E ver: POSNER, Eric. A Theory of Contract Law under Conditions of Radical Judicial Error. **Northwestern University Law Review**, Chicago, v. 94, n. 3, p. 749-774, 2000.

[411] COLLINS, Hugh. **Regulating Contracts**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 70-74.

entretanto, esses fatores são exacerbados nos padrões argumentativos típicos do modelo clássico de contrato.

Numa análise acerca das vantagens e desvantagens da regulação do mercado por meio do Direito Contratual, COLLINS[412] conclui pela superioridade relativa da regulação através do Direito Contratual em comparação com as demais hipóteses aventadas, a criação de uma agência reguladora ou a regulação governamental por meio de *standards*.

Ao concluir nesse sentido, COLLINS critica a posição defendida pela linha de D&E que defende a ineficiência da regulação judicial. Para o autor, a análise de custos e benefícios feita pelo D&E deixa de considerar importantes ganhos obtidos com a regulação mais reflexiva feita pelo Direito Contratual. Afinal, a necessidade que o juiz possui de contextualizar as suas decisões exige que ele obtenha informações específicas do caso concreto que os demais reguladores não possuem. Ainda, os contratantes ao objetivarem vencer a lide acabam produzindo informações que poderiam não ser acessíveis em outras formas de regulação.

Mas para que essa regulação do mercado pelo Direito Contratual seja adequadamente usada, deve-se abandonar o formalismo típico do Direito Contratual clássico. Ainda, o Direito Privado não pode sucumbir à mera dominação por parte do Direito Público. A adequação aventada depende do uso de uma retórica híbrida no Direito Contratual, capaz de preservar a reflexividade do Direito Privado e abordar abertamente as questões de política pública envolvidas na solução dos casos concretos.

Desse modo, a proposta argumentativa de COLLINS[413] pode ser resumida na defesa da necessidade de uma argumentação judicial que trate explicitamente dos argumentos substanciais envolvidos, sem se abandonar os argumentos sistêmicos e linguísticos típicos do Direito Privado, que devem ser revistos de forma a

---

[412]COLLINS, Hugh. **Regulating Contracts**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 93.

[413] Nesse sentido afirma o autor: "No entanto, a solução para esses problemas regulatórios, adotada no século XX, foram o bem-estar ou a regulação pública que utilizam uma abordagem de comando e controle, sofre igualmente de uma fraqueza comparável em eficiência e eficácia. Apesar da falha registrada nas tarefas de regulação dos contratos, defendi que a colisão entre o direito privado e o direito público na regulação de contratos cria uma nova capacidade produtiva para a regulação. As percepções da capacidade reflexiva do direito privado combinada com a orientação política coletiva de regulação pública podem fornecer o trampolim para uma regulamentação mais produtiva." Tradução livre do original: “Yet the solution to these regulatory problems adopted in the twentieth century, the welfare or public regulation that uses a command and control approach, has also been demonstrated to suffer equally from comparable weakness in efficiency and efficacy. Despite this record of failure in the tasks of regulating contracts, I have argued that the collision between private law and public law regulation of contracts creates a fresh productive capacity for regulation. The insights of the reflexive capacity of private law combined with the collective policy orientation of public regulation can provide the springboard for more productive regulation.” (COLLINS, Hugh. **Regulating Contracts**. New York: Oxford University Press, 2002, p. 361).

compatibilizar esses dois tipos de argumentação, produzindo uma retórica contratual híbrida.

A posição de COLLINS difere da defendida por SUMMERS, que insiste na grande dificuldade de se abandonar o formalismo no Direito Contratual. Enquanto COLLINS ressalta a possibilidade de aperfeiçoamento do Direito através de uma nova função regulatória, incorporando questões antes externas SUMMERS explicita o risco de decisionismo produzido por essa nova função. A perspectiva adotada nesta tese é da inevitabilidade dessa transformação estrutural do Direito Contratual, o que não afasta a necessidade de que se construam mecanismos capazes de impedir ou ao menos mitigar os riscos apontados por SUMMERS.

Entretanto, apesar da precisão da análise de COLLINS o autor não traz de forma detalhada quais seriam as mudanças necessárias para que o Direito Contratual seja capaz de cumprir com sucesso a sua função regulatória.

Aqui deve-se ponderar acerca de uma divergência entre a proposta em comento e o Direito civil-constitucional. Esse último defende a ideia de que ao invés de uma colonização do Direito Civil pelo Direito Constitucional o que se observa é uma transformação estrutural do Direito Privado[414]. Apesar do mesmo fenômeno estar presente na teoria de COLLINS o autor critica o abandono da separação entre Direito Público e Privado. Para o autor essa separação reflete uma diferença entre dois subsistemas diversos, que podem evoluir de forma convergente, mas para isso COLLINS[415] enumera três pontos que devem ser observados. O primeiro diz respeito a existência de valores fundamentais diversos a serem atingidos pelo Direito Público e Privado, portanto, não se poderia permitir que os valores do Direito Privado sejam simplesmente suplantados pelos valores do Direito Público, tal como propõe os teóricos do movimento de constitucionalização do Direito Privado (essa crítica é feita tendo como referência a movimento de constitucionalização do Direito

[414]Nesse sentido é a posição de MORAES: "O intervencionismo estatal, na sua esteira, o papel que a regulamentação jurídica passou a desempenhar na economia e, de uma forma geral, na vida civil podem, então, ser encarados como um elemento interagente – ao invés de razão primordial – das profundas mudanças ocorridas no direito privado. O novo peso dado ao fenômeno importa em rejeitar a ideia de invasão da esfera pública sobre a privada, para admitir, ao revés, a estrutural transformação do conceito de direito civil, ampla o suficiente para abrigar, na tutela das atividades e dos interesses da pessoa humana, técnicas e instrumentos tradicionalmente próprios de direito público como, por exemplo, a aplicação direta das normas constitucionais nas relações jurídicas de caráter privado." (MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org). **Obrigações e Contratos**: obrigações: estrutura e dogmática. São Paulo: RT, 2011, p. 263 (Coleção Doutrinas Essenciais)).

[415]COLLINS, Hugh. Utility and rights in common law reasoning: rebalancing private law through constitutionalization. **Law, Society and Economy Working Papers,** London, v.6, 2007, p. 21. Disponívelem<http://eprints.lse.ac.uk/24628/1/WPS06-2007Collins.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2012.

alemão). Uma segunda questão é a proposta de uma argumentação jurídica híbrida no Direito Privado atual feita por COLLINS que é diversa da defesa das aplicação horizontal dos direitos fundamentais, defendida pelos doutrinadores da constitucionalização do Direito Privado. Afinal, em momento algum COLLINS está abrindo mão da existência de princípios e estruturas próprias do Direito Privado em benefício dos padrões de adjudicação típicos do Direito Constitucional. A última consideração diz respeito aos direitos econômicos e sociais, que passam a desempenhar um papel central na argumentação jurídica híbrida do Direito Privado atual. Assim, pode-se concluir que a proposta de COLLINS apesar de representar um reconhecimento da necessidade de uma nova argumentação jurídica no Direito Privado, acaba por produzir uma mudança bem mais modesta e limitada do que a exigida pelo modelo social de contrato no contexto da escola civil-constitucional.

Desse modo, conclui-se parcialmente que a teoria da argumentação típica do modelo clássico de contrato, fundada quase que exclusivamente nos argumentos de autoridade e protegida pelo formalismo do Direito Privado oitocentista não é capaz de responder as necessidades do Direito Contratual atual. Apesar da divergência quanto a nova configuração dessa nova argumentação, no âmbito descritivo observa-se claramente a uma mudança nas estruturas argumentativas.

Após a análise das perspectivas teóricas que tratam da forma de argumentação mais adequada ao Direito Contratual, deve-se aprofundar a discussão para verificar quais seriam as especificidades argumentativas dos contratos empresariais de longo prazo. As características próprias desses contratos já foram exploradas no capítulo anterior, basta aqui relacioná-las com a teoria da argumentação.

Deve-se, entretanto, advertir que para uma parcela da doutrina não há qualquer diferença relevante entre a argumentação jurídica utilizada nos contratos de longo prazo e nos demais contratos. Afinal, esses autores não identificam nos contratos de longo prazo uma categoria essencialmente diversa dos demais contratos.

Sob esse prisma a principal característica desses contratos é a existência das normas internas da relação na terminologia de MACNEIL. Assim, além das normas jurídicas positivadas e dos usos e costumes do negócio ou setor, tem-se normas de relacionamento que surgem das relações primárias formadas pelos contratantes.

Como já discutido anteriormente cabe ao Direito e ao Poder Judiciário incentivar o surgimento de normas internas de cooperação e reciprocidade.

Inicialmente, deve-se reafirmar que a divisão entre as normas internas da relação contratual e as normas externas, como as jurídicas, é nítida apenas nos casos das transações quase que discretas[416]. Já nas transações relacionais, essa divisão pode ser feita para fins de análise, todavia, no âmbito prático, ela é bastante problemática. Afinal, no caso relacional o alto grau de harmonização da matriz social leva à incorporação da grande maioria das normas externas nas internas.

Na teoria relacional existem outras normas externas, como as normas sociais, mas pode-se restringir a análise das normas externas apenas às normas jurídicas para fins deste estudo. Afinal, objetiva-se aprofundar a questão da argumentação jurídica no âmbito desses contratos.

A imposição de norma autônoma externa de caráter quase que discreto, numa primeira análise, em tese elevaria ainda mais o valor do consenso. Todavia, deve-se observar que o mecanismo do consenso tem diversas limitações. Por exemplo a imposição judicial do *pacta sunt servanda* poderia gerar uma estrutura argumentativa essencialmente fundada no argumento formal oriundo do consenso. Entretanto, como nos contratos relacionais a manifestação de vontade é contínua e os contratos ao enfrentam um cenário de incerteza significativa em função do horizonte longo de duração nem sempre é simples identificar qual o conteúdo do consenso formado pelas partes. Por vezes, o consenso é muito mais acerca dos procedimentos a serem seguidos do que acerca das prestações de cada parte.

Nesse cenário o uso do argumento linguístico, seja derivado da legislação ou do contrato, não indica por si só qual a alocação precisa dos riscos e da divisão dos benefícios a ser observada. Para que essa suplementação ocorra faz-se necessário conhecer as normas intermediárias e internas da relação contratual.

---

[416] Nesse sentido afirma o autor: "Apesar de uma distinção entre resposta social interna e externa dos contratos causar problemas relativamente pequenos para as análises tradicionais de contrato, ela causa problemas para a teoria do contrato relacional. Como todos os contratos estão ligados horizontal e verticalmente com outras relações de troca, até que toda a economia mundial esteja no em compasso, não há como se falar em matriz social externa, nem em valores sociais externos aos contratos. Todos os valores são internos. Assim, não há ponto em que a separação do interno do externo possa ser outra que a parcialmente arbitrária". Tradução livre do original: “Although a distinction between internal and external social response to contracts causes relatively little trouble for traditional analyses of contract, it causes problems for relational contract theory. Since all contracts are linked horizontally and vertically with other Exchange relations until the entire world economy is encompassed there is no such thing as an external social matrix, nor are there social values external to any contract. All values are internal. Thus, there is never any point at which separation of the internal from the external can be other than partially arbitrary.” (MACNEIL, Ian. Values in Contract: Internal and External. **Northwestern University Law Review**, Chicago, v. 78, 1983, p.367).

A imposição externa das normas pelo Poder Judiciário é bastante complexa para MACNEIL[417], uma vez que, ao ser imposta, a norma imposta se transforma em função das características da relação contratual particular, tendo efeitos diversos da mesma norma gerada de forma espontânea. A imposição de uma norma de caráter relacional como a reciprocidade apesar de comum no ordenamento jurídico não é isenta de dificuldades, uma vez que ao ser imposta ela elimina o direito de escolha de ambas as partes, e pode impedir uma contratação menos custosa que poderia ser escolhida de comum acordo ocorra.

A questão pode ser ilustrada pelo exemplo da conservação do contrato, a mera imposição judicial da continuidade contratual, sem um embasamento em algum mecanismo contratual que indique que a relação contratual foi construída de modo a privilegiar a manutenção da relação contratual em detrimento da rescisão é bastante arriscada. Mas se, por exemplo, o contrato exige que as partes antes de rescindir a avença envidem os melhores esforços para renegociar de boa-fé os termos e conservar a relação contratual tem-se um indicativo que a conservação é uma norma interna relevante daquela relação.

Um aspecto abordado por MACNEIL são as normas que tratam da adequação procedimental, esse tipo de intervenção estatal dá-se pela imposição de procedimentos prévios específicos ou pela imposição de um dever geral de respeito ao devido processo legal pelos contratantes. Essa atuação estatal impondo normas externas teve como efeito principal, para MACNEIL[418], a burocratização da relação contratual. Acerca do efeito no âmbito da escolha das partes para MACNEIL tem-se dificuldade em indicar uma resposta, afinal algumas imposições reduzem as escolham apenas de uma das partes da relação contratual, outras reduzem as escolhas no curto prazo, mas as ampliam no longo prazo. Portanto, é muito difícil afirmar algo em abstrato.

No âmbito do modelo social de contrato e da perspectiva civil-constitucional deve-se analisar com atenção duas questões. A primeira é a separação entre normas internas e externas aqui utilizada. Ora, não se trata de uma separação estanque, mas essencialmente didática. Afinal, a perspectiva sócio-normativa do Direito civil-constitucional encontra correspondência na teoria relacional, que funda o

[417] MACNEIL, Ian R. Values in Contract: Internal and External. **Northwestern University Law Review**, Chicago, v. 78, 1983, p. 370.
[418] MACNEIL, Ian R. Values in Contract: Internal and External. **Northwestern University Law Review**, Chicago, v. 78, 1983, p. 379.

Direito Contratual na sociedade e defende um papel essencial para as normas sociais na relação contratual.

Um segundo ponto, mais relevante e extenso, diz respeito ao papel da boa-fé na argumentação judicial dos contratos empresariais de longo prazo. Como já abordado anteriormente a boa-fé objetiva diz respeito à conduta leal dos contratantes, tanto no momento pré-contratual, quanto durante a execução do contrato e no período pós-contratual. O que torna esse instituto uma fonte extremamente relevante nos contratos de longo prazo, em que esses três momentos se confundem.

Como os contratos relacionais são, em regra, bastante incompletos os argumentos de autoridade quando aplicados dificilmente permitem a obtenção precisa e detalhada das prestações de cada parte. Ainda, como a mensuração do comportamento de cada contratante é complexa não se consegue num mero exame do consenso solucionar essas lides contratuais.

Assim, os argumentos utilizados devem necessariamente incorporar o contexto da negociação, da execução contratual e do momento pós-contratual. Em cada um desses estágios podem ser geradas novas expectativas legítimas ou mesmo modificadas as existentes. Assim, a boa-fé assume uma posição central como grande ponto incorporação dos valores constitucionais na análise judicial dos contratos empresariais de longo prazo.

Portanto, torna-se imperioso que o magistrado investigue a relação contratual, de modo a compreender as sua normas internas. Ora, no contexto negocial de busca pelo lucro essa compreensão irá demandar necessariamente a apreensão das estratégias e decisões econômicas dos empresários. Afinal, a racionalidade do comportamento dos contratantes em uma situação patrimonial de busca pelo lucro é em alguma proporção econômica.

O viés econômico, evidentemente não é único que deve ser levado em conta, mas a compreensão das decisões empresarias passa necessariamente por ele. Isso não quer dizer, como já foi indicado na análise da teoria relacional, que se observa qualquer antinomia com a solidariedade e a reciprocidade. O papel do Direito inclui necessariamente a construção de um ambiente solidário, preferencialmente através de uma atuação promocional das normas internas com essa feição e atuando por meio da imposição de normas solidárias externas apenas quando for necessário para que se evite uma situação de injustiça.

Na perspectiva civil-constitucional KONDER ao tratar do processo argumentativo de qualificação dos contratos aponta que:

> "No entanto, este processo de incorporação de elementos extrajurídicos não pode dar-se de forma arbitrária, o que levaria à implosão do próprio pressuposto da sistematicidade. Necessariamente o processo de abertura deve ser viabilizado pelos próprios elementos do sistema: além do direito positivo, mas através do direito positivo."[419]

Assim, a metodologia civil-constitucional não é avessa a argumentos extrajurídicos, inclusive econômicos, mas desde que a abertura dê-se a partir dos valores constitucionais. Essa premissa traz para o prolator da decisão judicial a liberdade argumentativa das propostas consequencialistas, mas com a responsabilidade pessoal da coerência teórica e a necessidade do respeito ao ordenamento jurídico, em especial aos valores constitucionais.

Após a análise da argumentação jurídica em termos gerais e no Direito Contratual em específico, bem como a discussão das características típicas dos contratos relacionais deve-se abordar a argumentação judicial. Desse modo, faz-se necessário um estudo específico da argumentação judicial, é o que se fará na próxima seção.

2.3 **A argumentação judicial**

Para uma análise da argumentação judicial, deve-se, em linhas gerais, diferenciar o seu contexto institucional dos demais foros de interpretação. A argumentação judicial tem funções e condicionantes diversos da argumentação feita pela doutrina ou mesmo pelas partes. Inicialmente deve-se observar que como a interpretação judicial é dotada de autoridade a sua fundamentação deve ser bastante cuidadosa. Afinal, ela é vinculante para as partes. Nesse sentido, tem-se o art. 93, IX da Constituição Federal[420], que traz o princípio constitucional da

---

[419] KONDER, Carlos Nelson. **A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 101.

[420] A redação do dispositivo citado é a seguinte: "Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:(…)IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não

motivação das decisões judiciais, demandando a publicização do processo de justificação judicial. Trata-se de dever que integra a noção de Estado Democrático de Direito, na medida em que a decisão não justificada pode ser entendida como um arbítrio do julgador[421].

Ainda, a argumentação judicial está sujeita aos diversos condicionantes oriundos da estrutura institucional do Poder Judiciário, tais como possibilidade de recursos para instancias superiores, formação dos magistrados, composição dos órgãos dos Tribunais, estrutura material a disposição do magistrado, incentivos e sanções em relação à quantidade e a qualidade das decisões produzidas. Desse modo, a decisão judicial geralmente é produzida num contexto de limitações significativas de tempo e recurso do magistrado para cada caso concreto.

Não cabe aqui, em função da limitação do presente estudo, uma análise dos efeitos dessas condicionantes institucionais no processo de decisão. Mas pode-se mencionar, por exemplo, que no caso de órgãos colegiados, como os Tribunais de Justiça dos Estados, a composição de cada Turma costuma ter um efeito na decisão de cada juiz.[422]

Ainda, tem-se os contornos conferidos pelas normas processuais ao processo de decisão judicial. Desse modo, o acesso do magistrado as informações necessárias para a decisão, a impossibilidade ou possibilidade de revisão das decisões por ele tomadas, a condição de ouvir especialistas acerca do assunto, a presença ou não de todos os afetados ou de indivíduos capazes de contribuir com o

---

prejudique o interesse público à informação;" (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 2012. 76 p.)

[421] Nesse sentido, já afirmou o Supremo Tribunal Federal em decisão da lavra do Exc. Min Marco Aurélio : "A decisão, como ato de inteligência, há de ser a mais completa e convincente possível. Incumbe ao Estado-juiz observar a estrutura imposta por lei, formalizando o relatório, a fundamentação e o dispositivo. Transgride comezinha noção do devido processo legal, desafiando os recursos de revista, especial e extraordinário pronunciamento que, inexistente incompatibilidade com o já assentado, implique recusa em apreciar causa de pedir veiculada por autor ou réu. O juiz é um perito na arte de proceder e julgar, devendo enfrentar as matérias suscitadas pelas partes, sob pena de, em vez de examinar no todo o conflito de interesses, simplesmente decidi-lo, em verdadeiro ato de força, olvidando o ditame constitucional da fundamentação, o princípio básico do aperfeiçoamento da prestação jurisdicional." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 435.256, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, 26 de maio de 2009.*Diário de Justiça Eletrônico*21 aug. 2009).

[422] Em um estudo estatístico acerca do Poder Judiciário Federal Norte-Americano observou-se a composição do órgão colegiado costuma ter três efeitos principais: conformidade (em uma Turma com três componentes, por exemplo, se dois magistrados seguem consistentemente uma determinada linha de votação o magistrado que tem uma convicção pessoal dissidente costuma votar conforme os demais), polarização de grupos (em órgãos colegiados maiores, por exemplo, o Pleno de um Tribunal de Justiça, quando existem uma divisão clara em dois grupos os magistrados que por convicção pessoal votariam em uma posição intermediária costumam aderir a um dos grupos e radicalizar sua posição para se enquadrar de forma inequívoca em dos grupos) efeito denúncia (quando um órgão colegiado mais numeroso é dominado de forma praticamente unânime por uma linha de pensamento e tem-se apenas um ou poucos juízes dissidentes tem-se o efeito de aumentar a aderência ao respeito a norma em comparação a uma composição completamente dominada por uma certa linha, que costuma impor de forma mais efetiva suas convicções pessoais. Nesse sentido ver: SUNSTEIN, Cass R.; *et al*. **Are Judges Political?** An empirical analysis of the federal judiciary. Washington: Brookings Institution Press, 2006, p. 59-86.

aperfeiçoamento da decisão acabam por afetar o processo de tomada de decisão judicial.

Portanto, observa-se que se trata de um processo argumentativo sujeito a diversos contornos institucionais, que acabam por influenciar o tipo de argumentação produzida.

No âmbito do Direito Contratual, em especial nos contratos empresariais o foro judicial tem sofrido uma perda de importância relativa, em função do avanço da arbitragem, conforme abordado anteriormente. Não cabe aqui uma análise institucional comparativa entre os diversos espaços disponíveis para a solução de controvérsias oriundas de contratos empresariais, portanto basta reforçar a assertiva de que essa situação não afasta a premência de um aperfeiçoamento do tratamento judicial dessas lides.

A primeira construção teórica a ser examinada é a de SUNSTEIN, que prioriza umas das características do ambiente institucional do Poder Judiciário: o conflito e o dissenso.

Assim, dado esse ambiente institucional o objetivo visado por SUNSTEIN[423] é a obtenção do consenso quando ele é necessário e possível, bem como tornar o consenso desnecessário quando ele é impossível. Trata-se de questão bastante relevante no contexto judicial, em especial, nos Tribunais que redigem de decisões colegiadas. Afinal, uma decisão judicial normalmente envolve a necessidade de concordância, ao menos em nível de recurso, de mais de um magistrado. Se a questão é polêmica faz-se necessário um acordo entre os juízes que se perfilham por uma posição comum, capaz de prevalecer por maioria ou unanimidade. Todavia, existem lides muito complexas e que podem produzir um impasse dentro do Poder Judiciário, ou mesmo gerar um processo de convencimento longo e moroso. Para evitar isso faz-se necessário facilitar a obtenção de consenso no âmbito da argumentação judicial. É nesse contexto que deve ser entendida a colocação de SUNSTEIN.

---

[423] Nesse sentido afirma o autor: "Vou dar atenção especial para os dois métodos mais importantes de resolução de conflitos sem obter um acordo sobre os primeiros princípios: regras e analogias. Ambos os dispositivos procuram promover um objetivo principal de uma sociedade heterogênea: tornar necessária a obtenção de um acordo onde ele é necessário, e tornar desnecessária a obtenção um acordo onde ele é impossível". Tradução livre do original: “I will give special attention to the two most important methods for resolving disputes without obtaining agreement on first principles: rules and analogies. Both of theses devices attempt to promote a major goal of a heterogeneous society: *to make it possible to obtain agreement where agreement is necessary, and to make it unnecessary to obtain agreement where agreement is impossible*”. (SUNSTEIN, Cass R. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 8).

Nesse contexto, SUNSTEIN[424] identifica o conceito central da sua teoria do raciocínio jurídico: os acordos teorizados de forma incompleta (*incompletely theorized agreements*), definidos como: acordos sobre a aplicação da norma jurídica em um determinado caso concreto, que é acompanhado de um consenso teórico acerca do conteúdo jurídico de determinados princípios somente num nível mais concreto ou intermediário, podendo ser subscrito por indivíduos que discordem do conteúdo jurídico desses princípios em um nível mais avançado de abstração. Assim, o autor está a retratar uma situação em que, por exemplo, diversos juízes que possuem acepções divergentes acerca do princípio da liberdade em geral e da liberdade contratual em especial e conseguem concordar sobre a necessidade de indenização em função de rescisão abusiva de um contrato de franquia pelo franqueador. Apesar de alguns dos juízes que subscrevem a decisão concordarem com uma restrição significativa da liberdade contratual, visando a redução das desigualdades e protegendo a parte mais vulnerável, inclusive no âmbito empresarial; outros tem uma concepção política divergente e entendem que as restrições estatais ao exercício da liberdade devem ser as menores possíveis. Mesmo com essas concepções conflitantes, em um caso concreto julgado por um órgão judiciário colegiado ou mesmo julgado por um juiz individual e depois revisto por outros magistrados a concordância é possível. Esse é o processo retratado por SUNSTEIN como um acordo teorizado de forma incompleta. Se fosse necessária uma concordância acerca do papel da liberdade no ordenamento jurídico, através de uma reconstrução teórica densa e profunda, o autor entende que o consenso seria impossível. Desde já, pode-se observar que SUNSTEIN discorda da possibilidade de que nos casos complexos, que demandam uma teorização ampla, seja útil ou conveniente realizar o trabalho demandado pelo Direito como integridade de DWORKIN. Afinal, a partir de um certo nível de abstração os juízes, mesmo com as características do juiz Hércules de DWORKIN acabariam por discordar, tornando praticamente impossível o consenso.

[424] De acordo com: "Meu interesse particular, aqui, está num terceiro tipo de fenômeno, de especial interesse para a lei: acordos teorizados de forma incompleta sobre resultados particulares, acompanhados de acordos sobre princípios estreitos ou de baixo nível que são levados em conta por eles. Estes termos contém algumas ambiguidades." Tradução livre do original: “My particular interest here is in a third kind of phenomenon, of special interest for law: incompletely theorized agreements on particular outcomes, accompanied by agreements on the narrow or low-level principles that account for them. These terms contain some ambiguities.” (SUNSTEIN, Cass R. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 37).

Para SUNSTEIN[425], o consenso pode ser classificado como teorizado de forma incompleta em três situações, quando: a) há concordância quanto aos princípios gerais, mas discordância quanto aos resultados concretos; b) há concordância acerca dos princípios num nível intermediário de abstração (algo entre os princípios gerais e as consequências concretas), mas discordância quanto aos princípios gerais e as consequências concretas; c) há concordância quanto às consequências concretas e aos princípios intermediários, mas discordância no nível de princípios gerais. A terceira hipótese é a mais relevante para o raciocínio jurídico, quando os juízes, por exemplo, que têm diferentes visões da igualdade concordam quanto à necessidade de intervenção do Estado para defender minorias e a eficácia ao menos potencial de determinada política. Um outro exemplo da terceira hipótese que interessa ao estudo seria a concordância acerca de que a proibição de instalação de postos de combustíveis próximos a supermercados fere o princípio da livre iniciativa, mesmo por juízes que tenham concepções diversas do alcance do princípio da livre iniciativa na sociedade[426]. Por exemplo, para um determinado julgador, a construção teórica que fundamenta a livre iniciativa impõe restrições severas à intervenção estatal na atividade econômica, enquanto outro julgador defende uma concepção mais restrita da livre iniciativa, em que o papel do Estado na atividade econômica é bastante significativo. O raciocínio jurídico não exige que os juízes construam ou enunciem uma teoria completa e consistente do papel da livre iniciativa na sociedade atual, mas permite que pessoas com concepções diversas acerca do papel do Estado na economia concordem num caso específico.

Esse mecanismo é o que fundamenta as decisões colegiadas em Tribunais na visão de SUNSTEIN. Os acordos teorizados de forma incompleta têm algumas qualidades importantes, SUNSTEIN[427] indica quatro principais: i) a possibilidade de

---

[425]SUNSTEIN, Cass R. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 35-38.

[426] A inconstitucionalidade do art. 2º, § 3º da Lei Complementar nº 294 e do Distrito Federal que proibia a instalação de postos de gasolina em estacionamentos de mercados, hipermercados e similares foi julgada por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2004.00.2007874-3 do TJ/DF. Na sentença a discussão resume-se ao objetivo de limitar o mercado de revenda de combustíveis em função da norma e não abarca todas as implicações da livre iniciativa para a sociedade contemporânea.

[427] Nesse sentido afirma o autor: "Os sistemas jurídicos e as nações não são tão diferentes assim. Se a Suprema Corte é convidada a oferecer uma concepção de igualdade totalmente teorizada […] ela pode muito bem responder que o seu trabalho é decidir casos, em vez de oferecer respostas totalmente teorizadas, em parte porque a sociedade deve aprender ao longo do tempo e em parte porque o entendimento da sociedade a respeito de fatos e valores, no sentido de sua própria identidade, pode muito bem mudar de forma imprevisível […] O terceiro ponto é prático. Acordos teorizados de forma incompleta podem ser a melhor abordagem disponível para pessoas de tempo e capacidades limitados. Teorização completa pode ser exigente demais. […] Em quarto lugar, argumentos incompletamente teorizados são bem adaptados a um sistema que pode ou deve tomar precedentes como pontos fixos. Esta é uma grande vantagem em relação a métodos mais ambiciosos,

que quem perdeu em um determinado caso concreto possa ganhar em outro; ii) a possibilidade do Direito incorporar a evolução dos valores sociais; iii) a utilidade para o Poder Judiciário que tem capacidade e tempo limitados; iv) a compatibilidade com o uso do precedente.

Como já observado, essa construção acaba por produzir uma crítica à proposta de DWORKIN do Direito como integridade, já que, na concepção de SUNSTEIN, não há necessidade do juiz Hércules, sendo possível decidir casos concretos com uma reconstrução apenas parcial do sistema jurídico. Enquanto o juiz Hércules discutiria todas as implicações do princípio da livre iniciativa com os demais princípios constitucionais, no exemplo anterior, o juiz descrito por SUNSTEIN apenas avança na construção de uma teoria ampla da liberdade econômica se for estritamente necessário para o julgamento do caso concreto em questão. Essa colocação ganha ainda mais relevância no momento se verifica o cenário de transformações do Direito Contratual, conforme identificado na seção anterior, tem-se um instrumento importante para evitar uma excessiva complexidade da atividade judicial.

Nesse contexto, SUSTEIN[428] pondera que, se for possível um acordo amplo, baseado em concepções compartilhadas de princípios ele pode ser superior, inclusive em termos de legitimidade democrática, a um acordo teorizado de forma

---

pois pensadores ambiciosos, a fim de alcançar coerência horizontal e vertical, provavelmente serão forçados a ignorar muitos casos já decididos". Tradução livre do original: “Legal systems and nations are not so very different. If the Supreme Court is asked to offer a fully theorized conception of equality (…) it may well respond that its job is to decide cases rather than to offer fully theorized accounts, partly because society should learn over time and partly because society’s understandings of facts and values, in a sense its very identity, may well shift in unpredictable ways (…) The third point is practical. Incompletely theorized agreements may be the best approach that is available for people of limited time and capacities. Full theorization may be far too much to ask. (…) Fourth, incompletely theorized agreements are well-adapted to a system that should or must take precedents as fixed points. This is a large advantage over more ambitious methods, since ambitious thinkers, in order to reach horizontal and vertical coherence, will probably be forced to disregard many decided cases.” (SUNSTEIN, Cass R. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 42).

[428]Nesse sentido afirma o autor: “Agora vamos analisar a questão do que os juízes devem fazer. Se os juízes puderem concordar acerca de um argumento altamente teorizado, e se a teoria de mostrar boa, a aceitação judicial de um argumento altamente teorizado dificilmente seria preocupante; ao contrário, seria uma ocasião para celebração. (...) Portanto, eu estou declinando de subscrever o que poderia ser chamado de uma versão forte do argumento proposto aqui; uma alegação de que os argumentos incompletamente teorizados são sempre a abordagem mais adequada para o Direito e que a teoria geral é sempre ilegítima no Direito. O que faz sentido é um colocação mais modesta, marcada pelas características institucionais do juízes em qualquer sistema jurídico que provavelmente teremos. Os juízes devem adotar uma presunção ao invés de um tabu contra os argumentos altamente teorizados.” Tradução livre do original: “Now let us turn to the question of what judges should do. If judges can agree on a high-level theory, and if the theory can be show to be a good one, judicial acceptance of a high-level theory is hardly troubling; on the contrary, it is an occasion for celebration. (…) I am thus declining to endorse what might be called a strong version of the argument offered here: a claim that incomplete theorized agreements are always the appropriate approach to law and that general theory is always illegitimate in law. What makes sense is a more modest point, keyed to the institutional characteristics of judges in any legal system we are likely to have. Judges should adopt a presumption rather than a taboo against high-level theorization.”(SUNSTEIN, Cass R. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 56-57).

incompleta. Todavia, são poucas questões jurídicas que permitem essa situação, uma vez que as sociedades atuais são cada vez mais heterogêneas e plurais.

Ademais, a busca de um consenso amplo e exaustivo em todos os casos seria maléfica à sociedade. Afinal, essa situação levaria a maior morosidade do Poder Judiciário, que deveria discutir todas as possíveis questões relacionadas a cada caso concreto. Por fim, deve-se observar que a reiteração da profundidade do dissenso poderia ser socialmente negativa, dificultando a pacificação dos conflitos.

Por fim, deve-se afirmar que SUNSTEIN entende que a forma pela qual se obtém os acordos teorizados de forma incompleta é o raciocínio analógico. O raciocínio analógico, conforme definido por SUNSTEIN[429], é menos ambicioso que o raciocínio por princípios, já que se limita a exigir coerência local. A coerência local deve ser entendida como aquela restrita a um ramo específico do Direito. Uma outra forma de coerência seria a global, que é a coerência do ordenamento como um todo; seja horizontal – apenas na relação das normas do ordenamento entre si no momento presente –, seja vertical – levando-se em conta as normas no contexto histórico.[430]

A definição do que é coerência no Direito é objeto de disputa entre os teóricos. A discussão acerca do papel e da importância da coerência no raciocínio jurídico, apesar de relevante para a teoria da argumentação jurídica, para o presente estudo, não se faz necessária uma análise exaustiva do tema. Assim, neste momento, objetiva-se apenas esclarecer os principais significados do termo coerência.

---

[429] SUNSTEIN, Cass R. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 33.

[430] Uma explicação da diferença entre a coerência vertical e horizontal pode ser observada na seguinte ponderação de ESKRIDGE JR: "Como os defensores da história legislativa, Justice Scalia admite argumentos de 'coerência', isto é, argumentos pelos quais um termo ambíguo é tornado claro se uma possível definição é mais coerente com as autoridades legais pertinentes do que outras possíveis definições. Mas, ao contrário de defensores da história legislativa, Justice Scalia admite que somente argumentos com base na coerência textual ou horizontal (que significa consistente com outras partes da lei ou outros termos em legislações semelhantes), e não com base na coerência histórica ou vertical (este significado consiste nas expectativas históricas dos autores da legislação)." Tradução livre do original: “Like the defenders of legislative history, therefore, Justice Scalia admits ‘coherence’ arguments, that is, arguments that an ambiguous term is rendered clear if one possible definition is more coherent with the relevant legal authorities than other possible definitions. But, unlike defenders of legislative history, Justice Scalia admits only arguments based upon textual, or horizontal, coherence (thus meaning is consistent with other parts of the statute or other terms in similar statutes), and not based upon historical, or vertical, coherence (this meaning is consistent with the historical expectations of the authors of the statute).” (ESKRIDGE JUNIOR, Willian N. The New Textualism. **UCLA Law Review**, Los Angeles, v. 37, n. 621, 1989-1990, p. 665).

Para MACCORMICK[431], a coerência é obtida ao se observar se uma regra ou um conjunto delas pode ser racionalmente relacionada com os princípios e valores fundamentais de um determinado ordenamento jurídico. Já no nível desses princípios e valores, a coerência é obtida quando os valores e princípios fundamentais constituem uma forma de vida satisfatória para a sociedade em questão. Trata-se de um conceito relevante para a noção de Estado de Direito, uma vez que é uma garantia, mesmo que parcial, do respeito aos princípios da isonomia, igualdade e harmonia entre os poderes.

Por sua vez, RAZ[432] ataca a coerência global no raciocínio jurídico em função de dois fatores principais. O primeiro é a sua incompatibilidade com o pluralismo de

[431] A definição de coerência das normas jurídicas para MACCORMICK é a seguinte: "Coerência na lei não é apenas lógica, é também um conceito onerado de valor. Coerência é a coerência de regras específicas e de normas umas com as outras, porque, sustentado por um regime coerente e aceitável de valores e princípios básicos, entendidos como tendo pesos contextuais variáveis, mas capazes de serem colocados em um ranking de prioridade menos áspero, dependendo das variações da matéria em questão." Tradução livre do original: "Coherence in law is not merely logical, it is also a value-laden concept. Coherence is coherence of particular rules and norms with each other because underpinned by a coherent and acceptable scheme of basic values and principles understood as bearing variable contextual weights but capable of being put in a least rough priority ranking depending on variations of subject-matter." (MACCORMICK, Neil. The significance of precedent. In: **Acta Juridica**, Cape Town, v. 1988, p. 177). Ainda para o autor pode-se diferenciar a coerência das normas e dos princípios: "Portanto, a coerência de normas (consideradas como um conjunto de algum tipo), depende de que elas 'façam sentido' em virtude de serem racionalmente relacionadas como um conjunto instrumental ou intrinsecamente voltado para a realização de alguns valores comuns. (...) Para que os princípios e valores sejam coerentes em si mesmos, exige-se que, na sua totalidade, eles possam expressar uma forma de vida satisfatória. (...) Em resumo, a coerência de um conjunto de normas é função da sua justificabilidade sob princípios e valores de ordem superior, desde que os princípios de ordem superior ou suprema pareçam aceitáveis, quando tomados em conjunto, no delineamento de uma forma de vida satisfatória." (MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.253). Na edição original: "Thus the coherence of norms (considered as some kind of set) is a matter of their 'making sense' by being a rationally related as a set, instrumentally or intrinsically, to the realization of some common value or values. (…) For the principles and values themselves to be coherent requires that in their totality they can be conceived as expressing a satisfactory form of live. (…) In short, the coherence of a set of norms is a function of its justificability under high-order principles and values, provided that the higher-or-highest-order principles and values seem acceptable as delineating a satisfactory form of life, we taken together." (MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and the Rule of Law**: a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2005 p. 193).

[432] Nesse sentido afirma o autor: "O caráter crítico da discussão por enquanto não deveria ser visto como um sinal de que eu não vejo um rol de coerência no direito. (...) Sobre a coerência eu falarei a favor da coerência local: coerência doutrinária em campos específicos. As explicações baseadas em coerências, as quais eu contesto, são aquelas de importância global. Elas impõem coerência no direito como um todo. Para mim elas parecem errar de dois modos importantes, e essas considerações subordinam-se a discussão das partes precedentes. Primeiro, e esse ponto deve permanecer como plano de fundo pois não pode ser explorado neste artigo, a importância da coerência global subestima o grau e as implicações do pluralismo de valor, o grau em que a moralidade em si mesma não é um sistema, mas uma pluralidade de princípios independentes e irredutíveis. Segundo, e isso tem sido a principal lição dos argumentos acima, eles são tentativas de idealizar o direito por fora da concretude das políticas. A realidade da política deixa o direito desordenado. Coerência é uma tentativa de embelezar e minimizar os efeitos da política." Tradução livre do original: "The critical character of the discussion so far should not be seen as a sign That I do not see a role for coherence in the law. (...) The coherence I will speak in favor of is local coherence: coherence of doctrine in specific fields. The coherence-based explanations to which I objected are global coherence accounts. They impose coherence in the whole of law. They seem to me to err in two important ways, and these considerations underlie the discussion in the preceding parts. First, and this point must remain in the background for it cannot be explored in this Article, global coherence accounts underestimate the degree and implications of value pluralism, the degree which morality itself is not a system but a plurality of irreducibly independent principles. Second, and this has been the main lesson of the arguments above, they are attempts to idealize the law out of the concreteness of politics. The reality of politics leaves the law untidy. Coherence is an attempt to prettify it and minimize the effects of politics." (RAZ, Joseph. The relevance of Coherence. **Boston University Law Review**, Boston, v. 72, Mar. 1992, p. 310).

valores da sociedade contemporânea, já que pressupõe a possibilidade de redução do ordenamento jurídico inteiro e a moralidade a um conjunto de princípios válidos sempre e em qualquer situação. O segundo fator é a idealização do ordenamento como algo desvinculado da realidade política que o produziu, afinal, os acordos e dissensos sociais que originam a legislação são naturalmente mutáveis e não devem ser petrificados. Assim, para RAZ, a única coerência possível é a local e, mesmo assim, não se trata de um objetivo que o ordenamento deve buscar a todo o custo ou como algo valioso por si só.

Assim, percebe-se que enquanto MACCORMICK insiste na possibilidade de identificação de um conjunto de princípios e valores implícitos no ordenamento que sejam capazes de determinar a coerência das regras, para RAZ, essa é uma tarefa desnecessária que deve ser evitada. Não se objetiva aqui aprofundar a discussão acerca das diferenças entre os dois autores, mas deve-se observar que enquanto RAZ é tido como um dos principais expoentes do positivismo exclusivo[433], MACCORMICK é comumente enquadrado como um pós-positivista[434], o que pode explicar parcialmente a divergência em questão.

Na concepção de SUSTEIN acerca do raciocínio analógico, ele é capaz de produzir somente coerência local, o que seria a única coerência juridicamente relevante a ser perseguida para autores na linha de RAZ. Já para autores como MACCCORMICK, essa é uma limitação do raciocínio analógico, que demanda a sua suplementação de alguma forma.

A posição de SUSTEIN é mais próxima à de MACCORMICK, uma vez que o autor, como já indicado, posiciona-se pela superioridade dos raciocínios baseados em princípios, que são aptos à produção de coerência global. Nesse ponto, como

---

[433] Apesar da polêmica acerca desses conceitos pode-se definir, mesmo que de forma esquemática, segundo SHAPIRO – ele próprio um positivista exclusivo –, o positivista exclusivo como aquele que aceita a Tese da Última Instância (os fatos legais são determinados em última instancia pelos fatos sociais) e a Tese da Exclusividade (os fatos legais são determinados apenas pelos fatos sociais). Já o positivista inclusivo seria aquele que aceita a Tese da Última Instância mas rejeita a Tese da Exclusividade. A posição do autor pode ser encontrada em: SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p.234-258. Para uma defesa do positivismo inclusivo ver: COLEMAN, Jules. Inclusive Legal Positivism. In: COLEMAN, Jules. **The Practice of Principle**: in defense of a pragmatist approach to legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 103-119.

[434] A análise do enquadramento da teoria de MACCORMICK como pós-positivista será feita no capítulo 3. Mas desde já, reiterando-se a advertência feita na nota anterior acerca da polemica que cerca esses conceitos, deve-se definir pós-positivismo, na esteira de BUSTAMANTE, como um conjunto de teorias que compartilham três teses centrais, uma teórica e duas meteórica, respectivamente: i) deve-se estabelecer limites ao conteúdos do Direito identificado por meio dos critérios formais ou institucionais positivistas; ii) uma obrigação frágil de que as decisões jurídicas sejam morais iii) a necessidade de uma teoria jurídica que não seja meramente descritiva, mas tenha pretensões normativas. De acordo com: (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 166-177).

bem observa WEINREB[435], há uma grande proximidade entre SUNSTEIN e LEVI. Afinal, os dois autores defendem o uso do raciocínio analógico em função da sua adequação como instrumento para que o Direito atinja seu objetivo de pacificação social. Todavia, ambos os autores mantém a premissa de que raciocínio analógico é inferior ao raciocínio lógico formal, seja indutivo ou dedutivo.

A proposta de SUNSTEIN[436] identifica um grande espaço para os argumentos baseados nas consequências, uma vez que a análise da efetividade das normas jurídicas, através da avaliação das consequências sociais das normas é essencial. Ainda, na realidade norte-americana o autor observa que tanto o uso dessas novas ferramentas quanto a menção explícita a elas tem aumentado. Entretanto, SUNSTEIN não traz nenhum critério de correção específico para os argumentos consequencialistas.

Ao contrário de outras teorias analisadas a proposta de SUNSTEIN é mais pontual e, desse modo, deixa diversas questões em aberto a serem complementadas por meio de outras construções teóricas. Entretanto, a concepção de que um alto grau de abstração e densidade da argumentação jurídica deve ser limitada em função das condições que cercam a decisão judicial, que são um ingrediente importante nesse cenário de aumento da complexidade da decisão judicial. Ademais, esse componente é compatível com outros teorias da argumentação jurídica.

---

[435] Nesse sentido afirma o autor: “A recusa dos argumentos analógicos, portanto, não se baseia numa leitura atenta das sentenças judiciais, que não manifestam a menor dúvida ou desconfiança sobre o uso da analogia. (...) Antes, essa recusa deriva da suposição, tácita ou expressa, de que apenas os argumentos com credenciais de raciocínio dedutivo ou indutivo são significativos o bastante para serem levados em conta. (....) Sob essa perspectiva, o uso universal da analogia no raciocínio jurídico é visto como uma curiosidade do direito, quiçá interessante, útil ou não, e que pede uma explicação, embora pouco tenha a ver com os problemas jurídicos fundamentais. Para alguns, como Brewer, uma analogia é algo como um motor de arranque cognitivo, que deixa de ser necessária a partir do momento em que o motor da razão começa a funcionar. Outros, como Levi e Sunstein, promovem as virtudes do raciocínio analógico, as quais, entretanto, não são as do argumento raciocinado, mas sim as dos benefícios políticos, dando-se pouco valor à razão.”(WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica**: o uso da analogia no argumento jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.44-45).

[436] Nesse sentido afirma o autor: "Racionalidade meios-fins, incluindo uma investigação de consequências, deve desempenhar um papel importante na lei, nos tribunais e em outros lugares. Na verdade, deveria desempenhar um papel muito maior do que o atual. Frequentemente, as dimensões empíricas de questões legais não são sequer identificadas como tal. Frequentemente tribunais abordam questões sobre prováveis consequências como se estas pudessem ser respondidas por referência a outras garantias judiciais […]. As ciências sociais desempenham um papel na lei, e esse papel deve crescer no futuro." Tradução livre do original: “Means-ends rationality, including an investigation of consequences, should play a large role in law, in courts and elsewhere. Indeed, it should play a much larger role than it now does. Frequently the empirical dimensions of legal issues are not even identified as such. Frequently courts approach questions about likely consequences as if they could be answered by reference to other judicial holdings (…). Social science plays a role in law, and the role should grow in the future” (SUNSTEIN, Cass R. **Legal Reasoning and Political Conflict**. New York: Oxford University Press, 1996, p. 19).

Um conjunto mais relevante de críticas diz respeito à descrição do papel da analogia no raciocínio jurídico. Para WEINREB[437] a proposta de SUNSTEIN encerra uma defesa fraca e de certa forma paradoxal do argumento analógico. Afinal, ao mesmo tempo em que SUNSTEIN defende o uso da analogia pelos seus benefícios práticos ele insiste na sua inferioridade em relação a lógica formal. Por conseguinte, o raciocínio analógico seria apenas um bom substituto para o raciocínio dedutivo. Portanto, o que faltaria na construção de SUSNTEIN seria uma defesa mais enfática da analogia. Nesse ponto deve-se ponderar que a exclusividade do raciocínio analógico traz o risco de perda de sistematicidade da argumentação jurídica, devendo ser complementada, mas não por um procedimento lógico formal de subsunção. A busca da coerência, mesmo que local, a partir dos princípios é uma saída mais adequada.

Uma segunda construção teórica que procura apreender as especificidades da argumentação judicial é a de POSNER. O autor formula uma teoria focada precipuamente na descrição do comportamento juízes, aproveitando-se da sua própria experiência como magistrado nos Estados Unidos da América.

A proposta de POSNER, portanto, visa descrever como realmente se comportam os juízes, em especial os juízes norte-americanos. Assim, após a exposição da proposta de pragmatismo jurídico desenvolvida por POSNER, far-se-á necessária alguma ponderação para transplantar essa construção para a realidade pátria.

Antes de aprofundar a sua explicação acerca do comportamento judicial, POSNER[438] analisa as teorias concorrentes. Não se faz necessário aqui uma análise de todas as teorias elencadas por POSNER. Dentre essas teorias, POSNER[439] destaca como as duas principais propostas acerca do raciocínio judicial o legalismo, que se caracteriza por uma proposta de uma diferenciação clara entre Direito e Política; e o pragmatismo, em que a separação é mais tênue, uma vez que os juízes não decidem somente com base nas normas, mas igualmente com fundamento nas consequências das suas decisões.

A proposta pragmática é fundada na busca pelo juiz da decisão que tenha as consequências mais benéficas para a sociedade. Nesse caso, as operações

[437] Para uma análise da posição de WEINREB acerca do raciocínio analógico ver: WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica:** o uso da analogia no argumento jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p.43-95.
[438] POSNER, Richard A. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard, 2010, p. 19-56.
[439] POSNER, Richard A. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard, 2010, p. 175.

dedutivas a partir de normas são praticamente inexistentes, mas isso não significaria que a norma jurídica deixa de ter um papel a ser desempenhado. Já a teoria legalista (*legalist theory*), apontada como a teoria jurídica oficial, baseia-se na decisão como o produto de um silogismo, no qual a regra legislativa sustenta a premissa maior e os fatos, a premissa menor. A ponte entre a teoria legalista e a pragmática é feita pela teoria fenomenológica (*phenomenological theory*), que trata a decisão judicial como uma experiência psicológica, com base na perspectiva presente no momento da decisão e não nas pré-compreensões. Por fim, observa POSNER que a obediência ao precedente não é exclusividade do juiz legalista, já que mesmo o pragmatista tem um leque de precedentes para justificar determinada decisão que produz determinada consequência.

POSNER[440] conclui que o comportamento do juiz norte-americano é melhor classificado como pragmático limitado (*constrained pragmatist*), pois o seu pragmatismo não é exercido num vácuo institucional e normativo, mas sim dentro de um espaço restrito pelas normas que regem sua conduta. Ainda, essa constatação não impede que em alguns casos a justificação adotada seja legalista, o que pode ser atribuído a uma estratégia do juiz pragmático naquela situação.

O pragmatismo jurídico defendido por POSNER[441] centra-se na preocupação do juiz com as consequências sociais quando da aplicação do Direito através das decisões judiciais. Ainda, o pragmatismo jurídico determina que o juiz analise tanto as consequências sistêmicas, inclusive no campo institucional, quanto aquelas

---

[440] De acordo com: "Qual termo melhor descreve o que a maioria dos juízes americanos faz? Os leitores de meus textos anteriores sobre o comportamento judicial irão esperar que eu diga "pragmatismo jurídico", para dividir juízes em legalistas e pragmáticos para, então, classificar o legalismo como uma estratégia pragmática, e transformar todos os nossos juízes em pragmáticos. Isso seria muito fácil. Porém, o pragmatismo é um componente importante do comportamento judicial americano e é figura fundamental deste livro. Ele é muito mal compreendido para ser visto como uma abordagem onde 'tudo vale' na função de julgar, como versões extremas do realismo jurídico. Ele não é. O juiz pragmático é um pragmático restrito. Ele é encaixotado, como os demais juízes, por normas que exigem a imparcialidade dos julgadores, a consciência da importância da lei de ser previsível o suficiente para guiar o comportamento daqueles que estão sujeitos a ela (incluindo juízes!) e o devido respeito a integridade dos contratos e da lei. [...] Um juiz pragmático avalia as consequências das decisões judiciais pelas suas influências em relação às políticas públicas como ele as concebe. Mas não precisa ser uma política escolhida por ele em virtude de motivos políticos como normalmente se entende." Tradução livre do original: "What term, then, best describes what most American judges do? Readers of my previous writings on judicial behavior will expect me to say that it is 'legal pragmatism', to divide judges into legalists and pragmatists, and then, by classifying legalism as a pragmatic strategy, to turn all our judges into pragmatists. That would be too facile. But pragmatism *is* an important component of American judicial behavior and figures importantly in this book. It is widely misunderstood to be an 'anything goes' approach to judging, like extreme versions of legal realism. It is not. The pragmatic judge is an *constrained* pragmatist. He is boxed in, as others judges are, by norms that require of judges impartiality, awareness of the importance of the law's being predictable enough to guide the behavior of those subject to it (including judges!), and due regard for the integrity of the written world in contract and statutes. (…) A pragmatic judge assess the consequences of judicial decisions for their bearing on sound public policy as he conceives it. But it need not be policy chosen by him on political grounds as normally understood." (POSNER, Richard A. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard, 2010, p. 13).

[441] POSNER, Richard A. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard, 2010, p. 238.

específicas ao caso em julgamento. O juiz que restringe sua análise somente às consequências para o caso em julgamento pratica um pragmatismo míope, uma vez que desconsidera as consequências de longo prazo. Dessa forma a perspectiva judicial deixaria de ser exclusivamente pretérita e passa a ser prospectiva, já que incorporaria análises futuras.

A proposta do pragmatismo legal de POSNER[442], para relacionar um determinado fato a uma regra, é identificar o objetivo da norma e determinar qual dos resultados possíveis permitiria, de forma mais adequada, que esse objetivo fosse alcançado.

A construção posneriana de um pragmatismo judicial pode ser objeto de algumas críticas, em especial acerca da ausência de sistematicidade requerida em uma ordem jurídica que se pretenda democrática. Afinal, em alguma medida esse casuísmo deve ser compatibilizado com a pretensão de universalidade que fundamenta o Estado de Direito. Na construção de POSNER a solução adequada para essa questão estaria na qualificação de limitado dado pragmatismo judicial. Todavia, trata-se de conceito pouco elaborado e muito vago para que se possa afirmar que o receio indicado esteja afastado.

Assim, a crítica repousa na dificuldade de se aferir empiricamente de forma convincente se os juízes norte-americanos efetivamente se comportam como pragmatistas limitados. Nesse sentido tem-se a posição de CROSS[443], que considera problemática a assertiva em função de dois fatores: a forma vaga pela qual do conceito de pragmatismo é utilizado por POSNER – o que permite um conjunto heterogêneo de comportamentos judiciais fosse enquadrado nessa categoria – e a ausência de um conjunto significativo de evidências empíricas que garantam a constatação do autor, ressalvando a existência de diversos estudos que comprovam que o pragmatismo é um fator bastante significativo nas decisões dos juízes norte-americanos.

Todavia, um ponto relevante a ser considerado como contribuição é a descrição do comportamento dos magistrados norte-americanos trazida por um autor que também é magistrado, ou seja, uma perspectiva interna do processo de decisão judicial. Apesar da perspectiva teórica própria do autor tem-se um retrato do pensamento de ao menos uma parcela dos juízes norte-americanos.

---

[442] POSNER, Richard A. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard, 2010, p. 245.
[443] CROSS, Frank B. Book Review: What do Judges Want? **Texas Law Review**, Austin, v. 87, n. 1, p. 193-208, 2008.

A pretensão de uma aplicação normativa da descrição de POSNER ao Direito pátrio demanda uma série de ponderações acerca das diferenças entre as duas jurisdições, em especial a conformação institucional de cada uma, o que não será possível em função das limitações do presente trabalho. Portanto, basta afirmar que como os problemas de produção de Direito Jurisprudencial são semelhantes nos dois países esse é um comportamento possível dos magistrados brasileiros, demonstrando que não seria leviano afirmar que em alguns casos uma parcela dos juízes brasileiros adota comportamento semelhante.

Uma alternativa teórica interessante é o trabalho realizado no âmbito do Direto Comparado, feito por MACCORMICK e SUMMERS, que analisa como os juízes realizam as tarefas de interpretação dos textos legislativos em diversas jurisdições. Para fins deste estudo, interessa em especial a classificação feita quanto aos argumentos utilizados.

O objetivo da obra de MACCORMICK & SUMMERS[444] é identificar similitudes entre as justificações apresentadas por juízes dos nove países estudados (França, Itália, Estados Unidos da América, Reino Unido, Suíça, Finlândia, Polônia, Alemanha, Argentina). As similitudes encontradas foram as seguintes[445]: i) tipos de argumentos utilizados pelos juízes; ii) os materiais incorporados ao conteúdo de tais argumentos; (iii) os principais padrões de justificação envolvidos; (iv) as maneiras para resolver os conflitos entre tipos de argumentos; e (v) o rol de precedentes interpretando estatutos. Essa análise, segundo os autores, permitiria, ao menos de forma rudimentar, a construção de um modelo normativo para a justificação da hermenêutica legal.

Além da tese da universalidade da justificação judicial a partir dos dados utilizados, os autores defendem que as diferenças entre os países podem ser explicadas racionalmente a partir dos seguintes fatores: diferenças no papel do Poder Judiciário em cada país, diferenças na estrutura institucional, diferenças na cultura jurídica, diferenças na estrutura conceitual e diferenças na formação do juiz.

Os autores identificaram 11 (onze) tipos de argumentos. O primeiro é o argumento de significado ordinário (*argument from ordinary meaning*), ou seja, fundado no significado comum ou padrão do termo usado na lei.

---

[444] A obra em questão é a seguinte: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). **Interpreting Statutes:** a comparative study. Ashgate: Dartmouth, 1991.

[445] SUMMERS, Robert S; TARUFFO, Michele. Interpretation and Comparative Analysis. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). **Interpreting Statutes:** a comparative study**.** Ashgate: Dartmouth, 1991, p. 462.

O segundo tipo é o argumento de significado técnico (*argument from technical meaning*), que diz respeito à busca do significado técnico em determinado ramo do conhecimento (legal ou não) da expressão usada pela legislação.

Um terceiro tipo de argumento é o da harmonização contextual (*argument from contextual harmonization*), funda-se na premissa de que cada previsão legal pertence ao contexto maior da lei como um todo, ou seja, a interpretação de cada artigo deve ser feita no contexto global do diploma legal. Esse tipo de argumento, bem como os seguintes, pode indicar, dentre outras questões, se um termo foi usado visando uma significação técnica ou mais cotidiana.

O quarto tipo de argumento identificado é o argumento que faz uso da força do precedente (*argument from precedent*). Portanto, a argumentação baseia-se na interpretação feita pelo Poder Judiciário no passado. Esse tipo de argumento não é exclusivo dos países do *common law*, mas também bastante comum nos países d *civil law*, como o Brasil[446]. Um exemplo aplicável aos contratos empresariais que pode ser citado é a Súmula Vinculante nº 7 do Supremo Tribunal Federal[447], que afirma que o § 3º do art. 192 da Constituição Federal, que limitava a taxa de juros a 12% (doze por cento) dependia da edição de lei complementar para ser aplicado. No âmbito da legislação infraconstitucional pode-se citar a Súmula nº 308 do Superior Tribunal de Justiça[448], que considera ineficaz perante os adquirentes do imóvel a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro.

O quinto tipo de argumento é o que faz uso da analogia entre diplomas legais (*argument from analogy*), que trabalha com ideia de que uma previsão legislativa é significantemente similar a outras disposições legais ela deve ser interpretada da mesma forma, por mais que isso afaste a aplicabilidade do argumento linguístico.

O sexto é o argumento lógico conceitual (*logical-conceptual argument*), que se funda na premissa de que qualquer conceito jurídico reconhecido e

---

[446] A partir da tese mais geral de que não há diferença significativa entre a *common law* e a *civil law* acerca do raciocínio jurídico e da produção jurisprudencial do Direito BUSTAMANTE constrói uma teoria normativa dos precedentes judiciais válida para as duas grandes famílias do Direito. Nesse sentido ver: (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 93-123).

[447] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 7.A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada a edição de lei complementar. In: _____.Súmulas Vinculantes. Brasília, DF, p. 4. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_31_e_32.pdf>. Acesso em 27 dez. 2012.

[448] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 308. A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel. In: _____. Revista do Superior Tribunal de Justiça. Brasília, DF, v. 190 p. 495.

doutrinariamente elaborado que tenha sido utilizado na legislação deve ser interpretado de forma a manter um uso consistente em todo o ordenamento. Assim, se o conceito jurídico, por exemplo, de mora for utilizado em diversos diplomas legais, ele deve ser utilizado em todos eles de forma consistente e não com um significado arbitrário em cada situação.

O sétimo é o argumento de princípios gerais do Direito (*argument from general principles of law*), nesse caso tem-se que caso qualquer princípio do Direito seja aplicável a um assunto tratado por uma diploma legal deve ser favorecer a interpretação que está em conformidade com o princípio geral ou os princípios, dando peso apropriado aos princípios à luz de seu grau de importância.

O oitavo é o argumento histórico (*argument from history*), que se funda na premissa de que a legislação deve ser interpretada de acordo com o entendimento historicamente desenvolvido acerca da finalidade daquele diploma legislativo. Observe-se que não se trata da alegação da intenção original do legislador, mas sim da evolução histórica da finalidade perseguida pela legislação.

O nono é o argumento de propósito (*argument from purpose*), que é aquele que faz uso dos objetivos e finalidades da legislação em questão, fazendo com que a solução a ser adotada seja aquela que melhor concretiza esse objetivo.

O décimo é o argumento de razões substantivas (*argument from substantive reasons*), que se orienta pelo uso de um objetivo político, moral econômico ou qualquer outra consideração social. Nesse caso tem-se a escolha da interpretação prevalente a partir da consideração de um objetivo social que leve a concretização de algum valor fundamental para o ordenamento.

O último tipo de argumento é o de intenção (*argument from intention*). Nesse tipo de argumento, parte-se da identificação da intenção legislativa, interpretando o diploma legal visando assegurar uma solução compatível com a intenção do legislador, seja em função da intenção global da legislação ou de um conjunto específico de disposições legais.

Ainda, SUMMERS & MACCORMICK[449] classificam esses argumentos em quatro grupos: linguístico (argumentos de significado ordinário e de significado técnico), sistêmicos (argumentos de harmonização contextual, de precedente, de analogia legal, lógico-conceitual, de princípios gerais, de história),

[449] MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. Interpretation and Justification. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). **Interpreting Statutes:** a comparative study**.** Ashgate: Dartmouth, 1991, p.512-516.

teleológico/avaliativo (argumentos de propósito e de razões substantivas) e transcategórico (argumento de intenção). Essa classificação identifica no primeiro grupo os argumentos que trabalham com a linguagem utilizada no estatuto. Já no segundo tem-se os argumentos que utilizam o contexto mais amplo do ordenamento jurídico. Por sua vez o terceiro grupo traz os argumentos que são construídos a partir dos valores em jogo. Por fim, o argumento de intenção é classificado como transcategórico, na medida em que pode ser aplicado de modo a desempenhar a função argumentativa de qualquer um dos dez anteriores.

Após a classificação dos argumentos individualmente os autores passam a analisar as interações entre eles, Nessa perspectiva, TARUFFO & SUMMERS[450] definem padrões de argumentação. O primeiro padrão é a justificação por meio de argumento único. Nesse caso a corte fundamenta a sua decisão identificando que apenas um tipo de argumento é suficiente para justificar a sua decisão. Além desse simples, há dois padrões mais complexos que frequentemente aparecem em opiniões públicas. O primeiro será chamado de cumulativo, que decorre de fatores como a dúvida sobre a força justificativa de um único argumento, a importância social do problema ou problemas a serem resolvidos, o desejo de aliviar uma preocupação possível de que a corte possa estar excedendo o papel que lhe é próprio. O padrão cumulativo de justificação usualmente aparece em uma de duas formas básicas. Na primeira, um argumento de significado técnico é, com frequência, reforçado por instâncias de um ou mais dos seguintes argumentos: harmonização-contextual, analogia, coerência com o princípio jurídico precedente ou geral, intenção real e propósito.

Na segunda forma básica do padrão cumulativo, não aparecem argumentos reais ou viáveis da linguagem técnica ou ordinária. O padrão cumulativo é reconhecido em todos os sistemas. O padrão de justificativa restante pode ser chamado de estabelecedor de conflitos (*conflict settling*) e é o mais complexo de todos. Assim, quando dois ou mais argumentos entram em conflito, um pode prevalecer racionalmente em função de que: (1) o outro argumento prova ser, em uma análise mais próxima, inviável até que as condições requeridas para sua existência não sejam apresentadas; (2) o outro argumento (ou argumentos) é privado de toda ou quase toda sua força prima facie pelo argumento prevalecente;

[450]SUMMERS, Robert S; TARUFFO, Michele. Interpretation and Comparative Analysis. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). **Interpreting Statutes:** a comparative study**.** Ashgate: Dartmouth, 1991, p. 461-510.

(3) o outro argumento (ou argumentos) é subordinado a uma regra geral ou a uma máxima de prioridade; ou (4) o outro argumento (ou argumentos) é simplesmente mais importante.

Para fins desta tese são mais relevantes as similitudes encontradas, já que não se trata de um estudo de Direito Comparado.

Nesse contexto, uma primeira observação feita por TARUFFO & SUMMERS[451] é o de que o décimo tipo básico de argumento, que consiste na invocação direta de razões substanciais, isto é, moral, política, econômica ou outras considerações sociais é mais frequente onde (1) os outros tipos de argumentos, especialmente argumentos linguísticos, não estão disponíveis (ou estão limitadamente disponíveis) por causa de ambiguidade ou vagueza; (2) cláusulas gerais ou outras frases avaliativas devem ser preenchidas; (3) conflitos entre argumentos devem ser resolvidos.

Ainda, TARUFFO & SUMMERS[452] observam que se delineia uma tendência à redução da importância da justificação baseada na demonstração dedutiva, sobressaindo-se uma argumentação mais fechada e autoritária para ampliar-se a importância da justificativa discursiva, fundada em uma retórica mais ampla e dialética.

---

[451] Nesse sentido afirmam os autores: "Tal argumentação é mais frequente nos lugares em que (1) os outros tipos de argumento, especialmente os linguísticos, não estão disponíveis (ou apenas limitadamente disponíveis) por causa de ambiguidade, imprecisão ou algo semelhante; (2) cláusulas gerais ou outras frases de avaliação precisam ser preenchidas; ou (3) conflitos entre argumentos devem ser resolvidos. Duas variedades de razões substantivas podem ser distinguidas: as particulares que informam o conteúdo, ou as relevantes para a interpretação imediata, de uma lei; e as gerais indicando a racionalidade, para instituições e processos, tal como valores democráticos, justiça do processo e da supremacia da lei." Tradução livre do original: "Such argumentation is most frequent where (1) the other types of argument, especially linguistic arguments, are not available (or only limitedly available) because of ambiguity, vagueness or the like; (2) general clauses or other evaluative phrases must be filled out; or (3) conflicts between arguments must be resolved. Two varieties of substantive reasons might be distinguished: particular ones informing the content of, or relevant to the immediate interpretation of, a statute; general ones stating the rationales for institutions and process such as democratic values, fair process and the rule of law." (SUMMERS, Robert S; TARUFFO, Michele. Interpretation and Comparative Analysis. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). **Interpreting Statutes:** a comparative study**.** Ashgate: Dartmouth, 1991, p. 470).

[452] Nesse sentido afirmam os autores: "Para concluir esta seção, devemos observar que parece haver uma tendência diferente da demonstração dedutiva e próxima à justificação discursiva; de 'fechadas' a formas 'mais abertas' de argumentação; da autoridade apodíctica para a escolha dialética dentre alternativas reconhecidas. Evidentemente isso está ocorrendo no interior das formas e instituições de cada tradição e cultura jurídica. A mudança está acontecendo por meio de pequenos passos ao invés de alterações abruptas e completas. Contudo, ela nos parece claramente perceptível". Tradução livre do original: "In concluding this section, we would observe that there appears to be some trend away from deductive demonstration to discursive justification; from 'closed' to more 'open' forms of reasoning; from apodictic authority to dialectic choice between acknowledged alternatives. Of course this is occurring within the forms and institutions in each tradition and legal culture. The shift is taking place by small steps instead of sudden and complete changes. Yet we think it plainly perceptible." (SUMMERS, Robert S; TARUFFO, Michele. Interpretation and Comparative Analysis. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed).**Interpreting Statutes:** a comparative study**.** Ashgate: Dartmouth, 1991, p. 494-495).

Ao analisarem o estilo das justificações judiciais, TARUFFO & SUMMERS[453]identificam dois polos. O primeiro extremo, que pode ser encontrado na França e relaciona-se com as características típicas do *civil law* está indicado no Quadro 1 na coluna A. Já um segundo extremo, indicado no Quadro 1 na coluna B é encontrado de forma mais completa nos Estados Unidos da América e identifica-se com os sistemas que adotam o *common law*. As características dos dois polos são enumeradas neste quadro:

A (França)	B (Estados Unidos da América)
(1) Problemas genuínos de interpretação não reconhecidos abertamente	(1) Leituras alternativas do estatuto, abertamente reconhecidas
(2) Apenas uma resposta possível	(2) Mais de uma resposta possível
(3) Grande proporção de linguagem legalista, técnica e burocrática na opinião	(3) Baixa proporção de linguagem legalista e técnica na opinião
(4) Opinião abreviada e sucinta	(4) Opinião extensa e elaborada
(5) Modelo implícito de racionalidade é lógico-dedutivo	(5) Modelo implícito de racionalidade não é dedutível, mas discursivo – opinião aberta sustentada por argumentos
(6) Alta proporção do formal mais do que da razão substantiva	(6) Baixa proporção do formal antes da razão substancial
(7) Papel avaliativo e criativo não reconhecido; processo de decidir visto como essencialmente de averiguação cognitiva e aplicação da lei	(7) Reconhecimento de um papel criativo e avaliativo
(8) Magisterial e autoritário	(8) Argumentativo e dialético

Quadro 1 – Estilos de justificação judicial

Fonte: SUMMERS, Robert S; TARUFFO, Michele. Interpretation and Comparative Analysis. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. **Interpreting Statutes:** a comparative study**.** Billing& Sons Ltda., 1991, p. 501

[453]SUMMERS, Robert S; TARUFFO, Michele. Interpretation and Comparative Analysis. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed).**Interpreting Statutes:** a comparative study**.** Ashgate: Dartmouth, 1991, p. 496-508.

Os dois casos extremos são apenas indicativos. Os próprios autores, ao analisarem no âmbito comparativista o *civil law* e o *common law* concluem que as diferenças tipicamente colocadas no Direito Comparado não se repetem quando da análise da justificação judicial[454]. A grande maioria das jurisdições ocupa um *locus* intermediário, com a coexistência de características da coluna A e da coluna B.

Ainda, como apontam os autores, a França não representa uma realidade típica na Europa, já que Itália, Polônia, Suécia e Finlândia estão mais próximas de um terceiro estilo, em que, apesar do ativismo judicial ser uma realidade, o papel criativo e avaliativo do Poder Judiciário não é abertamente reconhecido ou indicado nas opiniões judiciais.

Os autores classificam os estilos argumentativos apresentados pelas jurisdições estudadas em dois grupos ideais. Um primeiro é o magisterial, em que o Tribunal constrói a sua opinião por meio de razões de autoridade e impessoais, impondo, através do raciocínio dedutivo, a única solução correta da lide. Já o estilo argumentativo e dialógico caracteriza-se pelo com o papel decisivo de razões substantivas e principiológicas apresentadas em uma estrutura complexa (não dedutiva) e extensa de argumentação, trazendo os argumentos contrários e favoráveis a solução adota para aquele caso concreto em discussão. Um exemplo típico de estilo magisterial pode ser encontrado nas decisões da Corte de Cassação Francesa, em que se utiliza o modelo judicial *phrase unique*, no qual a Corte apenas enuncia o silogismo utilizado na decisão, o apresentado como um juízo demonstrativo[455]. Já um exemplo do estilo argumentativo são as decisões da Suprema Corte Norte Americana ou as decisões da *House of Lords* do Reino Unido.

O trabalho de TARUFFO & SUMMERS não analisou o Direito brasileiro. Mas numa análise inicial, poder-se-ia afirmar que, apesar de não haver uma identificação plena com nenhum dos extremos, o Direito Contratual brasileiro deve estar mais próximo dos países continentais europeus, em especial em função da influência cultural do Direito Europeu e da adoção do *civil law*. Entretanto, como em outras jurisdições apontadas pelos autores, observa-se uma tendência de uma maior aproximação com o polo B.

---

[454]SUMMERS, Robert S; TARUFFO, Michele. Interpretation and Comparative Analysis. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed).**Interpreting Statutes:** a comparative study**.** Ashgate: Dartmouth, 1991, p. 500-509.

[455] Para uma análise do contexto e das deficiências argumentativas do modelo judicial francês *phrase unique* ver: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p.16-43.

Essa avaliação depende da identificação de qual órgão jurisdicional estar-se-ia referindo. Por exemplo, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o avanço em direção ao polo B é mais visível, basta observar as decisões recentes tratando de temas mais substantivos como, por exemplo, a que tratou do aborto de anencéfalos[456]. Ainda, numa visão global do Poder Judiciário, tem-se uma aumento da importância de mecanismos típicos do *common law*, como o uso de súmulas vinculantes e de um maior ativismo judicial. Nesse contexto observa-se uma situação semelhante a identificada em países como a Itália, apesar da dominância de argumentos baseados em princípios e razões substantivas, a estrutura magisterial ainda permanece forte nas justificações judiciais[457].

Após, avança-se para uma análise da relação entre os tipos de argumentos, mesmo que rudimentar. Assim, MACCORMICK & SUMMERS[458], a partir da análise de cada um dos países estudados, constituem um modelo geral de interação entre os argumentos. Esse modelo é formado por níveis de argumentação, sendo que o primeiro é o dos argumentos linguísticos. Caso a questão interpretativa legal não se resolva dessa forma, avança-se para o nível de argumentação sistêmica. Por fim, tem-se um terceiro e último nível de argumentos, que compreende os argumentos teleológicos-avaliativos. Os demais grupos de argumentos teriam um papel de definir a necessidade de se avançar de um nível de argumentos para outro. Trata-se de um modelo bastante simplificado, mas que, para os autores, constitui um esquema racional capaz de tratar os argumentos interpretativos como justificativas para uma decisão legal prática.

A última questão a ser trabalhada diz respeito aos fundamentos que garantem que os argumentos interpretativos identificados possam efetivamente funcionar como justificações no ambiente legal. A prioridade argumentativa dos argumentos linguísticos, mesmo levando-se em conta a diversidade de países estudados, funda-se no respeito judicial à legislação vigente e é uma exigência do Estado Democrático

---

[456] Trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) de nº 54/DF, julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 12/04/2012 e relatada pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, em que se declarou por maioria a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, 12.04.2012. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF, Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. Diário da Justiça, Brasília, n. 79, 24. abr. 2012).

[457] Novamente essa avaliação depende do Tribunal em questão, enquanto no Supremo Tribunal Federal o estilo magisterial é pouco presente nos Tribunais de Justiça por exemplo ele mais significativo. Entretanto, para que se pudesse fazer uma afirmação precisa seria necessário realizar um estudo estatístico específico para este tese, o que não foi possível.

[458] MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Interpretation and Justification. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed).**Interpreting Statutes:** a comparative study**.** Ashgate: Dartmouth, 1991, p. 531-532.

de Direito, bem como da separação de poderes. Os autores advertem que a conceituação e a delimitação do que é Estado Democrático de Direito é bastante controversa, mas, em linhas gerais, não pode ser igualada a uma supremacia legislativa irrestrita. Ainda, um fator importante para a questão tratada é a necessidade de que o sistema jurídico seja interpretado a partir do postulado da exigência de um elevado grau de coerência. Ora, a coerência é o valor que fundamenta os argumentos sistêmicos, que correspondem ao segundo nível de argumentação do esquema geral de interação dos autores. Nesse ponto, há uma grande variância entre os sistemas estudados, já que o papel e a força relativa dos tipos de argumentos sistêmicos, das máximas interpretativas e demais diretivas hermenêuticas são bastante diversos em cada uma das jurisdições.

A coerência, nesse contexto, pode ser entendida como um compromisso com um conjunto de valores fundamentais que orienta as regras e princípios jurídicos. Esse comprometimento com valores, ao menos nos países estudados, pode ser descrito como ligado à implantação dos direitos humanos fundamentais, seja numa perspectiva de identificação desses valores no ordenamento, seja a partir de uma construção de direito natural.

Desse modo, temos o valor que fundamenta o poder de justificação dos argumentos teleológicos ou avaliativos, qual seja o comprometimento com um conjunto de valores fundamentais. Nesse ponto, percebe-se a maior variação entre os países, já que o grau em que esses valores são tratados abertamente nas opiniões judiciais e o reconhecimento da sua força justificatória são diversos. No caso mais extremo, que é o sistema norte-americano, admite-se expressamente o desrespeito à norma, ou seja, uma prevalência do argumento teleológico ou avaliativo sobre o linguístico. Em outros casos, como no sistema francês a mera referência nas opiniões judiciais a argumentos teleológicos ou avaliativos é rara.

Após esse exercício de defesa do esquema geral de interação de argumentos, MACCORMICK & SUMMERS[459] passam a utilizá-lo para definir, mesmo que de forma rudimentar, a correção de um esquema argumentativo. Um primeiro vício seria o uso equivocado ou parcial dos argumentos. Nesse caso, as condições de aplicação do argumento estão presentes, mas a sua não aplicação não é objeto de considerações que indiquem razões suficientes para o seu

[459]MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Interpretation and Justification. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed).**Interpreting Statutes:** a comparative study**.** Ashgate: Dartmouth, 1991, p. 539-543.

cancelamento ou afastamento em função de prioridades entre tipos de argumentos ou excessividade no caso concreto. Pode-se ilustrar essa situação tanto pelo cancelamento injustificado do argumento linguístico quanto pelo seu uso excessivo, numa decisão formal e conceitualista que ignora outros tipos de argumento.

Um segundo vício pode ser observado no uso de argumentos de forma complexa. Nessa hipótese, tem-se uma cumulação de argumentos feita erroneamente, afinal uma soma de argumentos ruins não é suficiente para suplantar um argumento perfeitamente aplicável ao caso concreto. Outra possibilidade são as falhas na resolução de conflitos argumentativos, em especial pela omissão na aplicação de prioridades argumentativas ou um sopesamento decidido de forma arbitrária.

Por fim, tem-se as falhas na apresentação, que dizem respeito à necessidade da uma justificação completa, que trata de forma transparente com a complexidade argumentativa trazida pela situação fática. Uma situação que bem representa essa questão é a dificuldade de se admitir, em alguns sistemas legais, a onipresença da atividade hermenêutica e as restrições à menção na justificativa escrita de alguns tipos de argumento. Nesse caso, o princípio democrático demanda que as decisões judiciais sejam tomadas não de forma obscura e opaca, mas sim de forma franca e pública.

Em conclusão, MACCORMIK & SUMMERS[460] afirmam que a solução para esses vícios não parece depender de uma medida legislativa, como uma legislação

[460] Nesse sentido afirmam os autores: "Se estivermos ao menos um pouco certos sobre os vícios de argumentação que esboçamos, não parece que qualquer sistema jurídico contemporâneo goste de uma abordagem completa da interpretação, e que vícios prevalentes nos vários sistemas tenderão a ser mais característicos do sistema em questão, correlato a particularidades institucionais, culturais e outras referidas no capítulo 12. A questão que então fica em aberto é: o que deveria ser feito sobre o estado das coisas? Um curso que pode parecer tentador é aquele da promulgação de legislação prescrevendo métodos de interpretação e argumentação. Isso não seria uma novidade em particular (…). Por outro lado, há pouca evidência de que as instâncias existentes de diretivas interpretativas, promulgadas no direito positivo, tenham tido efeito positivo. Por mais que isso possa ser verdade, agora não é a hora ou o lugar para advogarmos legislações em particular. Em todo lugar o que importa é o entendimento é a atitude. Abertura, justiça e imparcialidade tem sido tomadas como virtudes especiais dos tribunais. Quando combinadas com um ponto de vista altamente reflexivo e reflexivamente balanceado do valor final da ordem jurídica, elas são também características ideais para interpretação operativa da lei. Tradução livre do original: "If we are even broadly right about the vices in argumentation we have here sketched, it does not seem that any contemporary legal system enjoys a fully sound approach to interpretation, and that the vices prevalent in the various systems will tend to be rather characteristic of the system in question, correlating with other institutional, cultural and other peculiarities noted in Chapter 12. The question which thus remains open is: what should be done about this state of affairs? One course which might seem tempting is that of the enactment of statutes prescribing methods of interpretation and argumentation. This would not be a particular novelty (...). On the other hand, there is little evidence that the existing instances of interpretative directives enacted into positive law have had very positive effects. However that may be, this is hardly the time or the place to be advocating particular legislation for particular places. Everywhere it is mainly understanding and attitude that matters. Openness, fairness and impartiality have been said to be special virtues of judicial tribunals. When coupled with a deeply reflective and reflectively balanced view of the ultimate values of the legal order, they are also ideal characteristics for operative interpretation of law." (MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.

geral sobre interpretação e retórica judicial, mas sim de uma atitude institucional do Poder Judiciário em defesa da abertura, justiça e imparcialidade nas decisões judiciais.

A grande contribuição da obra de MACCORMICK & SUMMERS, em especial para esta tese, não está nos resultados obtidos, mesmo que alguns sejam significativos – como a convergência entre o *civil law* e o *common law* – , mas sim na metodologia empregada para o estudo comparado da justificação judicial[461]. Afinal, o aparato classificatório construído será utilizado no próximo capítulo, de modo a esclarecer as diferenças argumentativas entre os modelos clássico e social de contrato.

As três propostas teóricas abordadas até aqui nessa seção têm um ponto em comum: a perspectiva descritiva. Assim, ao invés de visarem a encaixar a realidade em construções abstratas, têm como fonte principal a prática da argumentação judicial.

Enquanto as análises de SUSTEIN e POSNER estão mais restritas à realidade norte-americana, a obra coordenada por MACCORMIK & SUMMERS teve como base a resposta dada por um especialista local a questionamentos constantes de um formulário escrito pelos coordenadores. Infelizmente, não houve uma análise da realidade brasileira, todavia a diversidade de jurisdições estudada traz elementos para que se faça uma análise acerca da aplicação das teorias presentes no debate norte-americano para a realidade pátria.

Ainda, cada uma das propostas traz um aparato classificatório próprio e que será utilizado no capítulo subsequente para uma melhor compreensão dos desafios e das soluções argumentativas necessárias no contexto do modelo social de contrato.

Antes de encerrar essa seção, deve-se mencionar uma proposta de cunho mais teórico, mas que tem uma boa recepção no Direito pátrio[462]. Trata-se da

---

Interpretation and Justification. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). **Interpreting Statutes:** a comparative study**.** Ashgate: Dartmouth, 1991, p. 543-544).

[461] Como bem aponta FARBER em resenha crítica da obra em questão o estudo comparado da justificação judicial ainda não foi totalmente explorado. De acordo com: FARBER, Daniel A. Book Review: The Hermeneutic Tourist: statutory interpretation in comparative perspective. **Cornell Law Review**, Ithaca, v. 81, n.2, p.513-529, 1996.

[462] Como se depreende da observação de MARQUES e MIRAGEM no prefácio à edição brasileira da obra em questão: "Brilhante, profundo, ousado, generoso e humanista, assim é Ricardo Luís Lorenzetti, um dos maiores juristas latino-americanos da atualidade. Cabe-nos a feliz oportunidade de apresentar aos profissionais brasileiros a mais nova – e se nos permite, renovadora – obra deste destacado jurista argentino, já respeitado e admirado no Brasil (....)" (MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. Prefácio a Edição Brasileira. In: LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. São Paulo: RT, 2009, p. 5).

construção de LORENZETTI[463] acerca da teoria da decisão judicial, que tem um foco mais teórico e menos descritivo. Não se fez necessário aqui uma análise do esquema argumentativo trazido pelo autor[464]. Basta mencionar que para LORENZETTI[465] o sistema jurídico atual é dotado de grande complexidade, o que torna necessário um grau significativo de abertura e flexibilidade. Essa constatação impediria a aplicação rígida do esquema argumentativo anteriormente descrito, mas demanda que se imponha alguma ordem, de modo a garantir a coerência ao sistema, já que o legislador não a impõe *a priori*.

Nesse contexto atual, o método dedutivo sofre algumas crises: a primeira seria referente à exacerbação da ambiguidade da linguagem jurídica, a segunda seria referente à proliferação de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, casos em que a identificação do suporte fático é bastante complexa e implica a existência de escolhas valorativas para os intérpretes.

O ganho de importância da teoria da argumentação para LORENZETTI é resultado desse aumento do espaço de escolha na decisão judicial e permite que se advogue uma discricionariedade judicial fraca, já que ela é limitada às alternativas legítimas. Ainda, para LORENZETTI, a atividade judicial é um exercício de prudência, o que torna bastante relevante o raciocínio argumentativo.

---

[463] Trata-se do livro: LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. São Paulo: RT, 2009.

[464] A análise da decisão judicial por LORENZETTI parte de uma proposta de esquematização do raciocínio judicial. A primeira premissa é a de que a grande maioria das disputas judiciais podem ser classificadas como fáceis, sendo as demais classificadas como difíceis. Os casos fáceis seriam aqueles resolvidos mediante o uso do método dedutivo a partir das regras, já os difíceis seriam aqueles que demandam o uso dos princípios para guiar a discricionariedade judicial. Num segundo nível estariam os paradigmas, que permitem a compatibilização do modelo de raciocínio com a ordem social, orientando tanto o método dedutivo quanto a aplicação dos princípios. Por fim, esse esquema apenas traz a ordem pela qual esses esquemas argumentativos seriam aplicados, ou seja, uma prioridade argumentativa, sem se observar uma posição hierarquicamente superior dos argumentos dedutivos. Nesse sentido ver: LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. São Paulo: RT, 2009, p. 159.

[465] Nesse sentido afirma o autor: "O raciocínio judicial tem sido discutido intensamente nos últimos anos e foram expostos métodos que se excluem entre si. *Nossa tese não parte da execução dos métodos, senão da complementação*, porque entendemos que a complexidade é tal que se deve recorrer a eles. No entanto, entendemos que *deve existir uma ordem no raciocínio, e este deve ser sucessivo*: primeiro aplicar a dedução das regras válidas; segundo, controlar este resultado conforme os precedentes, o resto do sistema legal e as consequências; terceiro – e se restarem problemas, estaremos diante de um caso difícil –, deve ser aplicada a solução baseada em princípios; quarto, se houver paradigmas que definam a solução, serão explicados, devendo ser procurada a sua harmonização. Essa tese se contrapõe a quem sustenta que somente são aplicáveis os critérios pessoais ou políticos, já que assumimos uma pretensão de ordem razoável – a de buscar certa estabilidade nas decisões que façam o sistema previsível. (...) Essa tese também se aparta dos excessivamente racionalistas, já que admitimos que a dedução é insuficiente e que há críticos políticos (paradigmas). Mas sustentaremos que os policies não devem ser ocultos, senão expostos para o debate judicial, e que a função do juiz nestes casos é buscar harmonização" (LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial:** fundamentos de direito. São Paulo: RT, 2009, p. 157).

Nesse contexto, LORENZETTI[466] identifica o sistema jurídico atual como cada vez mais aberto e permeável à incorporação de critérios não estritamente jurídicos. As causas desse fenômeno seriam: o enfraquecimento das fronteiras rígidas entre as esferas independentes do público e do privado, a pluralidade das fontes, a proliferação de conceitos jurídicos indeterminados, a abertura do sistema que permite o ingresso de variados critérios de julgamento, a coerência *a posteriori*, o estado de constante mudança.

Assim, a partir na construção de LORENZETTI, observa-se que os desafios surgidos a partir do modelo social de contrato não são necessariamente restritos aos Direito Contratual, podendo ser resultados de alterações estruturais mais amplas no Direito.

Após a análise feita acerca das teorias mais relevantes para explicar o procedimento de decisão judicial no âmbito da argumentação e da retórica deve-se mencionar algumas características institucionais do Poder Judiciário pátrio.

A realidade brasileira atual corresponde a uma nova conformação do espaço do Poder Judiciário na sociedade brasileira. Como bem aponta CAMPILONGO[467], o maior ativismo judicial não é uma questão de escolha deliberada dos juízes, uma vez que a ampliação das funções associadas à intervenção judicial é fruto de opções legislativas e sociais. Essa nova relação entre jurisdição e conflituosidade é produto da própria legalidade, que cria novos direitos e confere novas funções ao Poder Judiciário. Nesse contexto, o Judiciário deixa de ser um local de neutralização de conflitos para ser um espaço de exposição pública e gestão de conflitos.

Para atuar nesse novo papel o Poder Judiciário enfrenta dificuldades, especialmente em função do caráter causal, fragmentário e retrospectivo da decisão

---

[466] Nesse sentido afirma o autor: "Toda uma geração de juristas vive agora em uma 'era de desordem', na qual é produzido um fenômeno de 'materialização do direito'. O sistema é cada vez mais aberto e permeável à incorporação de critérios que provêm de outras áreas, das quais o divórcio não foi inteiramente possível, como a moral, a sociologia, a economia, ou a técnica, que são introduzidas através de princípios, valores, conceitos indeterminados." (LORENZETTI, Ricardo Luís. **Teoria da decisão judicial**: fundamentos de direito. São Paulo: RT, 2009, p. 359).

[467] Nesse sentido afirma o autor: "Não há dúvida de que o subsistema judiciário expandiu seu peso no interior do sistema político. O desenho dessa nova repartição de poderes no interior do Estado ainda está em curso. Mas nada indica que um maior ativismo judicial (que, em essência, apenas responde ao incremento das demandas que têm acesso ao Judiciário) implique ruptura da imparcialidade. Do mesmo modo, não é uma incontida sede de substituição da legalidade pela equidade que atribui ao juiz papéis inéditos de mediador, árbitro, pacificador ou gestor de conflitos, mas, ao contrário, é a própria legalidade que lhe contempla essas funções. Finalmente, não é a vaidade de um protagonismo gratuito que compele a magistratura ao centro das questões políticas: é o alargamento das esferas de ação pública que impõe o crescimento das instituições de controle do poder. Essa modelagem inédita da repartição de poderes envolve uma relação igualmente inovadora entre a jurisdição e a conflituosidade moderna. O Judiciário deixa de ser visto como o lugar de trivialização, banalização ou neutralização dos conflitos por meio de operações programadas e passa a ser encarado como uma importante arena de exposição, afirmação e condensação dos conflitos mediante operações estratégicas." (CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62)

judicial[468]. Afinal, apenas atuam em função de provocação das partes, e somente em situações de conflito mais agudo que não podem ser solucionados pelas partes. Por fim, por mais que os juízes possam pensar nas consequências futuras e sistêmicas das suas decisões, a produção probatória e a fundamentação judicial estão restritas em função dos fatos passados que constituíram o caso concreto.

Todavia, uma análise detalhada da estrutura institucional do Poder Judiciário foge do objeto desta tese.

Assim, basta afirmar que o Poder Judiciário no Brasil, em função do que a sociedade tem dele demandado, não pode adotar um estilo magisterial de argumentação e deve caminhar em direção a uma análise franca e aberta dos argumentos substantivos usados nas suas decisões, em especial naquelas que envolvem de forma necessária esse tipo de situação.

Como será demonstrado, esse tipo de argumento não era necessário no modelo clássico de contrato, o que é objeto da próxima seção.

2.4 **As práticas argumentativas judiciais e o modelo clássico de contrato empresarial**

Após essa análise, pode-se verificar que, tendo como base o modelo clássico de contrato empresarial, as dificuldades argumentativas do Poder Judiciário são bastante mitigadas.

O modelo clássico de contrato é apontado por DANTAS[469] como o produto extremo da lógica jurídica, dotado de racionalidade e universalidade, exacerbadas

[468] Essa é a posição de CAMPILONGO: "Os tribunais são sempre passivos (não tomam a iniciativa da ação judicial), decidem num contexto litigioso (salvo nos sistemas que admitem a simples consulta aos tribunais) e retrospectivo (ainda que a decisão tenha consequências futuras, é sempre um ilícito passado ou iminente que ativa a máquina judicial). Diferentemente, os poderes propriamente políticos são ativos, podem lidar com decisões de soma diferente de zero e atuam de modo essencialmente prospectivo. A decisão judicial, por mais amplos que sejam seus efeitos, é sempre casual, descontínua e fragmentária." (CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 117).

[469] Nesse sentido afirma o autor: "A teoria dos contratos tem sido considerada, tanto nos sistemas derivados do direito romano, como nos derivados da 'common law', uma das partes mais estáveis e perfeitas do direito civil. Dependendo, menos que das outras, dos particularismos de cada época e sociedade, pôde ela alcançar – como o direito das obrigações, em que se integra – a universalidade e a racionalidade, que lhe têm permitido a adaptar-se sem derrogação de princípios ou modificações de sistema, a novas exigências econômicas e diferentes condições de convívio social. A constituição da doutrina dos contratos como produto extremo da lógica jurídica, representa, porém, o termo dessa evolução, através da qual foram sendo eliminadas normas e restrições sem fundamento racional, ao mesmo tempo em que se criavam princípios flexíveis, capazes de vincular as imposições do interesse público, sem quebra do sistema." DANTAS, San Tiago. Evolução Contemporânea do Direito Contratual. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (org). **Obrigações e Contratos**: contratos: princípios e limites. São Paulo: RT, 2011, p. 407 (Coleção Doutrinas Essenciais).

pelo refinamento constante, que permitia o expurgo das normas que destoavam da racionalidade que funda esse modelo de contrato – o império do voluntarismo. A consistência desse sistema mesmo em situações de alteração das condições econômicas tem sido mantida, já que as questões que escapam ao voluntarismo são tratadas como patologias incapazes de derrogar os princípios fundamentais do modelo.

Assim, no modelo social de contrato, a análise das consequências era desnecessária e impedida pela supremacia do consenso e da vontade. Ainda, a análise formal, abstrata e descontextualizada era suficiente. Afinal, como aponta ATIYAH[470], o modelo clássico de contrato possui dois atributos importantes: quanto a sua aplicação judicial, ele é simples e barato; já acerca do tipo de argumentação necessária, ele demanda uma análise descontextualizada, sem a valoração inerente a conceitos abertos como os de razoabilidade, que é custosa e complexa.

Assim, disso pode-se desde já apontar que os custos derivados da falta de competência institucional do Poder Judiciário no julgamento de lides envolvendo contratos empresariais são mitigados no modelo clássico de contrato. Afinal, os raciocínios são mais simples e diretos em função da análise descontextualizada.

O estilo magisterial, em que a estrutura argumentativa é mais direta permitia que o discurso jurídico ficasse restrito aos argumentos jurídicos, sem a necessidade de se avançar, em regra, para discussões acerca dos efeitos no mundo real das disposições contratuais.

Outro fator bastante relevante dizia respeito ao princípio da relatividade, que reforçava a argumentação abstrata e silogística, ao autorizar que o Poder Judiciário desconsiderasse para fins jurídicos os efeitos do contrato perante terceiros. Esse comportamento, entretanto, levava a um afastamento do Direito para com a realidade, tornando as intervenções judiciais nos contratos empresariais desconectadas da realidade econômica e social que cercava as transações.

Nesse contexto as decisões judiciais podiam ser excessivamente formais e, apesar da sofisticação no mundo dos conceitos jurídicos, pouco sofisticadas na análise do contexto empresarial e das práticas comerciais inerentes ao negócio econômico em questão.

---

[470] ATIYAH, P. S. Form and substance in legal reasoning. In: MACCORMICK, Neil (Org.); BIRKS, Peter (Org.). **The legal mind**: Essays for Tomy Honoré. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 39.

Entretanto, a solução mais simples nem sempre é a mais justa. Mesmo, no modelo clássico de contrato pode-se apontar que o Poder Judiciário encontrava algumas dificuldades na análise das lides que tratavam de contratos empresarias de longo prazo. As decisões eram pontuais e ao se ater excessivamente ao argumento formal deixavam de observar efeitos relevantes dos contratos empresariais.

Afinal, mesmo sob a égide do modelo clássico de contrato já havia a insatisfação no âmbito empresarial com uma análise pouco técnica por parte dos magistrados. O que já incentiva a busca de outros mecanismos de solução de controvérsias, como a arbitragem.

Como analisado neste capítulo para algumas teorias da argumentação jurídica a ausência do argumento consequencialistas, ou mesmo do argumento econômico, não era necessariamente patológica, mas sim uma maneira de manter um grau elevado de certeza e objetividade na aplicação do Direito.

O uso de uma argumentação magisterial fundada em argumentos de autoridade tem o efeito pernicioso, apontado por PERLINGIERI[471], de retirar a responsabilidade do interprete pelo resultado final do processo hermenêutico. Ora, a premissa de que a atividade argumentativa é vinculada ao dados normativos ou as cláusulas contratuais não retira o caráter de atividade controlada pela argumentação e responsável pela concretização dos valores constitucionais.

Esse contexto, mesmo se tido como adequado sob o modelo clássico de contrato é incompatível com os desafios trazidos pelo modelo social de contrato, que devem ser enfrentados também no âmbito da argumentação judicial como se verá no próximo capítulo.

---

[471] PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**: introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 81- 82.

3 **REPENSANDO A ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL NO MODELO SOCIAL DE CONTRATO EMPRESARIAL**

Após a análise da teoria da argumentação, bem como da sua aplicação no modelo clássico de contrato, pode-se avançar em direção aos desafios trazidos pelo modelo social de contrato, no que diz respeito à argumentação jurídica e judicial.

Na seção 1 serão identificadas as novas demandas surgidas no bojo do modelo social de contrato. Deve-se observar que no capítulo 1 desta tese discutiu-se o desenvolvimento desse modelo de contrato, bem como no capítulo 2 verificou-se as principais alternativas teóricas no âmbito da teoria da argumentação jurídica, mas tendo como referência o modelo clássico de contrato. Assim, tem-se os elementos necessários para uma compreensão dos impactos da mudança de modelo contratual na prática argumentativa jurídica.

Após, na seção 2, a análise da teoria da argumentação jurídica será retomada, mas desta vez introduzindo-se uma teoria da argumentação jurídica capaz de incorporar o argumento consequencialista, sem permitir que a argumentação perca a capacidade de controle da decisão judicial. A alternativa teórica que será explorada é a teoria da argumentação jurídica de MACCORMICK.

Na seção 3, será retomada a discussão da argumentação judicial, mas desta feita a partir das lentes da teoria da argumentação jurídica definida na seção anterior. Ainda, será feita uma análise das dificuldades do Poder Judiciário brasileiro para a implantação da prática argumentativa descrita na seção anterior. Desse modo, serão identificadas as dificuldades e as deficiências que obstaculizam a efetivação do modelo social de contrato no âmbito judicial.

Na seção seguinte, será analisada a prática argumentativa do Direito Concorrencial, como alternativa à observada nas decisões judiciais que tratam de contratos empresariais de longo prazo. Alguns dos desafios enfrentados pelo Poder Judiciário no julgamento das lides objeto deste estudo se repetem nas disputas concorrenciais. Portanto, desde que observadas as especificidades de cada situação, tem-se um aprendizado potencial a ser feito pelo Poder Judiciário.

Por fim, na seção 5 será feita uma análise crítica final da possibilidade das práticas argumentativas judiciais corresponderem efetivamente às necessidades trazidas pelo modelo social de contrato.

3.1 **As demandas argumentativas do modelo social de contrato empresarial**

No primeiro capítulo desta tese, descreveu-se o modelo social de contrato. Para fins de analisar as demandas argumentativas desse modelo de contrato deve-se reforçar aqui as suas principiais características.

O modelo social de contrato funda-se nos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual, bem como na negação de um voluntarismo absoluto. Ainda, no âmbito dos contratos empresariais de longo prazo, a incidência do princípio constitucional da solidariedade demanda a aplicação do modelo social de contrato e dos seus princípios estruturantes de forma plena, porém adequada à realidade negocial. Assim, um Direito Contratual fundado unicamente no pilar do consenso como era o modelo clássico é substituído por um Direito Contratual com fundações plurais, que interagem e aumentam a complexidade do sistema.

Portanto, esse novo modelo demanda uma análise mais contextualizada da relação contratual levada a juízo. Afinal, quando se tratava do modelo clássico o argumento de autoridade na terminologia de SUMMERS era decisivo e absoluto, sendo que o contexto negocial tinha uma importância secundária.

Essa situação tornava o estilo de argumentação magisterial bastante adequado ao modelo clássico de contrato. Todavia, no modelo social a argumentação precisa ir além das questões formais e buscar um juízo avaliativo da realidade. Nesse contexto, a argumentação magisterial é insuficiente.

Outro ponto a ser observado é a incorporação de questões distributivas, em um ramo do Direito que era avesso a essas considerações. Afinal, ao se tratar o Direito Contratual como um instrumento de política pública, a argumentação adotada passa a incluir argumentos antes típicos de outros ramos do Direito. Essa mudança, como já abordado, implica o abandono do formalismo típico do modelo clássico de contrato.

A absorção dessas questões por vezes é criticada sob a alcunha do paternalismo. Como se trata de tema paralelo ao objeto desta análise, basta aqui uma menção não exaustiva ao tema.

O Direito Contratual atual, através do modelo social de contrato, traz uma variedade de restrições legais nas escolhas dos indivíduos no âmbito da liberdade contratual. A qualificação dessas restrições como paternalistas é controversa, uma vez que se trata de expressão depreciativa. Afinal, os críticos compartilham a premissa de que as pessoas sempre fazem as escolhas que representam o seu melhor interesse, ou se erram nas suas escolhas trata-se de algo inerente ao livre desenvolvimento da sua personalidade. Todavia, as evidências empíricas apontam de forma bastante consistente para a direção oposta[472], reforçando a constatação de que algumas políticas paternalistas são inevitáveis na sociedade atual[473]. Afinal, a formulação da grande maioria das políticas públicas estatais implica a intervenção nas escolhas individuais. Portanto, pode-se afirmar que a questão premente não é uma abolição das restrições paternalistas, mas sim uma análise qualitativa da eficácia dessas restrições.

No âmbito específico do Direito Contratual tem-se a análise de KRONMAN[474], que define como restrições paternalistas aquelas que visam proteger o indivíduo das suas próprias escolhas, retirando dessa categoria as restrições à liberdade contratual que tratam da defesa de terceiros. O autor defende a inevitabilidade e a necessidade das restrições paternalistas no Direito Contratual. Entretanto, como elas são de natureza diversa, não se poderia justificar todas como base em um princípio único. Os fundamentos são diversos. Para o autor existem três

---

[472] Esses estudos em geral têm sido conduzidos no âmbito da chamada economia comportamental, que se utiliza de experimentos de psicologia comportamental para analisar como realmente se dá o processo de decisão humana, em especial as decisões tomadas na seara do mercado. O avanço da economia comportamental deu origem ao que se convencionou chamar análise econômica do direito comportamental. Nessa perspectiva teórica tem sido produzidos diversos estudos acerca do comportamento contatual. Para uma análise global ver: KOROBKIN, Russel. Behavior economics, contract formation, and contract law. In: SUNSTEIN, Cass (Ed). **Behavioral Law &Economics**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p.116-143.

[473] Essa é a posição, dentre outros de THALER & SUNSTEIN: "Uma vez compreendido que algumas decisões organizacionais são inevitáveis, que não se pode evitar o paternalismo como um todo e que as alternativas ao ele (como optar por fazer pessoas doentes, obesas ou genericamente mal) não são em absoluto atraentes, podemos abandonar esse questionamento pouco produtivo sobre ser ou não paternalista e encarar a questão mais construtiva que pondera qual espécie de paternalismo se deve adotar em cada caso" Tradução livre do original: "Once understood that some organizational decisions are inevitable, that a form of paternalism cannot be avoided, and that the alternatives to paternalism (such as choosing options to make people sick, obese, or generally worse off) are unattractive, we can abandon the less interesting question of whether to be paternalistic or not and turn to the more constructive question of how to choose among paternalistic options."(SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian Paternalism. **The American Economic Review**, Pittsburgh, v. 93, n. 2, May 2003, p.175).

[474] KRONMAN, Anthony T. Paternalism and the Law of Contracts. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 92, n. 5,1983, p.763-765.

categorias principais. Um primeiro grupo de restrições teria como justificativa considerações de eficiência econômica e justiça distributiva, por exemplo, as hipóteses de seguro obrigatório por lei. Um segundo grupo trata da proteção à integridade pessoal, sendo aplicável àquelas situações em que as escolhas tomadas contratualmente dificilmente poderiam ser modificadas, um exemplo seria a assinatura de um contrato de escravidão. Um terceiro grupo diz respeito aos defeitos de compreensão e discernimento, tais como as restrições ao contrato firmado por incapaz. Esse paternalismo dá azo a preocupações de justiça distributiva, sendo que para KRONMAN[475], na mesma linha da posição de COLLINS debatida anteriormente, não necessariamente a redistribuição de riqueza por meio de políticas tributárias é mais neutra e menos intrusiva do que uma regulação direta das transações do Direito Contratual. Como o próprio autor afirma, não se trata de desconsiderar o contrato celebrado entre as partes para impor uma política redistributiva, mas sim interpretar as normas sob uma perspectiva redistributiva.

A doutrina nacional discute a questão da justiça distributiva no Direito Contratual mas não costuma usar a expressão paternalismo. As posições em geral estão ligadas ao significado da expressão função social, solidarismo contratual ou mesmo as finalidades constitucionais do Direito Contratual. No âmbito do Direito civil-constitucional a inclusão de objetivos distributivos no Direito Contratual é defendida, uma vez que nesse perspectiva se busca não apenas facilitar o tráfico econômico mas igualmente concretizar os interesses constitucionais de cunho social. Esse posicionamento, por exemplo, pode ser observado no defesa por BARBOZA[476] acerca do papel das questões distributivas no Direito Civil pátrio, de modo a promover a defesa da intervenção estatal visando a proteção do processo de escolha em situações de vulnerabilidade.

Dentre as críticas destaca-se a posição de TIMM[477] que critica o paternalismo presente na doutrina majoritária nacional, analisando a questão por meio da contraposição entre dois modelos de Direito Contratual: o solidarista, que aceita o paternalismo e o do D&E, que rejeita o paternalismo. O modelo solidarista pátrio partiria de um equívoco acerca da noção de contrato, tratando-o artificialmente como

[475]KRONMAN, Anthony T. Contract Law and Distributive Justice. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 89, n. 3, p. 472-511, 1979-1980.
[476] BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a autonomia negocial. In: FACHIN, Luiz Edson; TEPEDINO, Gustavo. (coord). **O Direito e o Tempo**: embates jurídicos e utopias contemporâneas. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.407-423.
[477] TIMM, Luciano Benetti. Função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 876, p. 11-43, 2008.

uma construção jurídica antes dominada pela individualidade burguesa que agora deve ser coletivizada. Ao perseguir esse objetivo o modelo solidarista não perceberia que favorecer a parte mais fraca em um determinado caso concreto acaba por prejudicar a sociedade como um todo. Essa posição seria equivalente no debate jurídico norte-americano não ao paternalismo na linha de KRONMAN acima delineada mas sim a posição dos *Critical Legal Studies*. Por sua vez, o modelo o do D&E ao tratar a relação contratual como uma relação social que ocorre no espaço do mercado, que organiza de forma eficiente as transações econômicas, percebe que o papel do Direito Contratual seria dar suporte a essas transações, retirando custos de transação e agindo apenas nas hipótese de falha de mercado. Ainda, deve-se observar que o autor expressamente restringe a sua discussão ao âmbito da dogmática, afastando as considerações legislativas.

A proposta aqui defendida não se encaixa perfeitamente em nenhum dos dois modelos traçados. Afinal, para TIMM a doutrina solidarista nacional seria incapaz de incorporar o modelo de KRONMAN em função da resistência as considerações econômicas acerca de construção de alternativas de governança eficientes. Todavia, a proposta aqui defendida é a da inclusão expressa de argumentos de cunho econômico no âmbito do Direito Empresarial, bem como de uma análise cuidadosa das consequências jurídicas e extrajurídicas das decisões judiciais. Ainda, no Direito pátrio não há como, em função dos ditames constitucionais, afastar os juízos distributivos do Direito Contratual. Ademais, a limitação do papel da intervenção judicial por meio do conceito de falhas de mercado é inadequada mesmo dentro da linha libertária defendida por TIMM. Afinal, a atuação judicial visando corrigir comportamentos oportunistas e assimetrias informacionais pode facilmente ir além da mera busca de maximização do bem-estar social.

No caso dos contratos empresariais isso pode ser observado na questão da assimetria informacional, considerada como falha de mercado mais que pode muito bem fundamentar a atuação judicial em função da boa-fé objetiva. Afinal, a necessidade de que os contraentes – por exemplo franqueador e franqueado – tenham o mesmo nível de informações acerca da relação contratual é compatível, apesar de não suficiente com o princípio da boa-fé objetiva. A questão, em realidade, dificilmente poderá ser resolvida em termos abstratos, faz-se necessário uma análise do referencial normativo em determinado caso concreto, em especial dos princípios em jogo para que se possa delimitar o grau ideal de atuação estatal.

Desse modo, na medida em que a ordem jurídica pátria adota o modelo social de contrato, as questões distributivas adentram o Direito Contratual, fazendo com que as restrições classificadas como paternalistas pelos seus críticos sejam inevitáveis. A questão a ser observada realmente é se essas medidas têm sido desenhadas de forma adequada e se elas têm atingido seus objetivos, já que a questão da legitimidade da sua existência já se encontra posta no Direito contratual brasileiro. Afinal, pode-se afirmar que o modelo social de contrato admite um determinado grau de paternalismo, o que parece inevitável.

Nesse sentido como bem observa AZEVEDO[478] o novo desafio do Poder Judiciário no âmbito do Direito Contratual é harmonizar os princípios da liberdade contratual e da solidariedade social, não somente em relação as partes, mas sim no contexto da sociedade como um todo. Ora, essa é uma demanda que o Poder Judiciário não enfrentava quando da prevalência do modelo clássico de contrato.

Desse modo, esse é um desafio típico do modelo social de contrato, uma vez que no modelo clássico a análise dos efeitos do contrato para a sociedade era irrelevante.

Ademais, a aplicação do princípio da solidariedade aos contratos empresariais é uma exigência constitucional. Como já abordado anteriormente a estratégia de que os contratos empresariais constituem um apartado, criando um foco de resistência do modelo clássico de contrato, não é válida no ordenamento pátrio. A crítica acerca da incapacidade de tratamento adequado dessas questões pelo Poder Judiciário foi respondida durante esta tese, de modo que fosse construída uma estrutura argumentativa apta ao mesmo tempo em que está aberta aos argumentos extrajurídicos e consequencialistas consiga garantir um grau de incerteza aceitável.

O sucesso efetivo dessa estrutura somente será alcançado pelo Poder Judiciário na medida em que ele tenha condições de avaliar as consequências das suas decisões. Assim, deverá o juiz produzir uma decisão que possa ser

[478] Nesse sentido afirma o autor: “O contrato não pode ser considerado como um ato que somente diz respeito às partes; do contrário, voltaríamos a um capitalismo selvagem, em que a vitória é dada justamente ao menos escrupuloso. Reduzido o Estado, é preciso, agora, saber harmonizar a *liberdade individual* e a *solidariedade social*. É grande, nessa função, o papel do Poder Judiciário; por isso, devem ser atuados, com a habilidade dos prudentes, os novos princípios do direito contratual – o da boa-fé e o da economia contratual, entre as partes, e o da função social, em relação à coletividade e aos terceiros.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira. (parecer) Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p.146).

racionalmente controlada e que seja capaz de mensurar os ganhos ou perdas para um conjunto de indivíduos que não integram a relação contratual, como os consumidores, por exemplo.

Essa não é uma análise que encontra respaldo nas práticas argumentativas típicas do Direito pátrio quando prevalente modelo clássico de contrato. Afinal, o raciocínio analógico e o principiológico não são suficientes para que essa operação seja realizada. Faz-se necessária a inclusão de um componente consequencialista, bem como a criação de critérios de correção para a sua aplicação nas decisões judiciais.

Ainda, a utilização sistemática de cláusulas gerais e conceitos abertos, bem como de juízos de ponderação imersos em uma análise funcional reforça a constatação de que o uso de argumentos consequencialistas não é uma questão de escolha, mas sim uma necessidade no modelo social de contrato.

Afinal, a avaliação de uma conduta contratual sob o ponto de vista da sua adequação à função social ou à boa-fé demanda do Poder Judiciário uma análise contextualizada tanto da conduta adotada pelas partes quanto da conduta padrão naquela situação. Trata-se de um juízo avaliativo que irá demandar alguma análise das consequências da conduta das partes.

Esse uso de novos tipos argumentativos torna a atividade judicial bastante complexa. Ainda, essa situação é exacerbada pelo contexto específico dos contratos empresariais de longo prazo, que ao demandarem uma análise contextualizada exigem que os juízos avaliatórios inerentes aos argumentos consequencialistas sejam feitos tendo como pano de fundo não só o contexto inicial da contratação, mas também a sua evolução ao longo do contrato.

Para ilustrar suponha que se tem a discussão judicial de um contrato empresarial de fornecimento de soluções em softwares de segurança, sendo que se tratar de um software específico para o ambiente virtual da empresa fornecida e dotada de alto grau de inovação tecnológica que foi celebrado por 25 anos, mas acabou rescindido unilateralmente pela compradora após 22 anos de vigência alegando-se um descumprimento da obrigação da fornecedora de envidar os melhores esforços e manter um nível adequado de investimentos para a constante atualização tecnológica do produto.

Nesse caso a análise judicial demandaria, ao menos, uma compreensão da alocação inicial de riscos feita pelas partes, posteriormente como essa alocação se

manteve, bem como as mudanças no mercado em questão, além de uma análise técnica acerca do grau de atualização do produto, da definição econômica do nível de investimentos adequado à manutenção do grau inicial de inovação no produto e, por fim, do grau de cooperação real entre os técnicos dos contratantes para comparar com o que se esperava usualmente de cada um num esforço empresarial conjunto nesse mercado. Ora, trata-se de um nível de complexidade significativamente inferior a análise da contratação de uma empresa para o desenvolvimento pontual de um software a ser entregue em um prazo de meses ou mesmo a compra de um software antivírus numa loja especializada.

A realidade anterior era diversa, uma vez que a análise do contexto inicial da contratação, momento no qual a vontade das partes era exteriorizada, era suficiente. Afinal, era nesse ponto que era feita a análise da higidez dessa manifestação de vontade. Como se trata de uma análise abstrata, somente em hipóteses excepcionais tinha-se uma preocupação com a alteração do contexto econômico e social da contratação.

Já sob a égide do modelo social de contrato tem-se a necessidade de investigação pelo Poder Judiciário do contexto inicial da contratação, bem como da sua evolução durante a execução do contrato.

Essa questão não é resolvida exclusivamente com uma maior produção probatória. Necessita-se de um conjunto de conceitos e instrumentais teóricos para classificar e apreender os aspectos fáticos relevantes sob o ponto de vista jurídico. Por exemplo, uma decisão judicial acerca dos impactos de um choque econômico bastante adverso, como a maxidesvalorização cambial do Real em 1999, depende de uma análise acerca quais riscos foram assumidos pelas partes, de como esse evento afeta alocação inicial de riscos e, se necessário, da melhor forma para a adaptação da relação contratual a esse novo contexto. Ainda, no caso de impactos relevantes em agentes diversos dos contratantes, deve-se mensurar os efeitos para a sociedade em geral ou em um determinado grupo em especial, completando-se uma análise funcional da conduta contratual.

Todas as novas necessidades argumentativas demandam uma maior apreensão de informações pelo Poder Judiciário acerca das intenções e objetivos das partes quando da realização de determinada contratação. Todavia, a estrutura institucional do Poder Judiciário não foi construída visando produzir um fluxo eficaz e adequado de informações. Ao contrário, as construções jurídicas, ilustradas pelo

adágio “não está nos autos, não está no mundo”, sempre objetivaram operacionalizar a decisão judicial mesmo num cenário de escassez informacional. Essa preocupação é relevante, uma vez que as condições que circundam as decisões judiciais devem permitir que essa decisão seja tomada com um grau significativo de redução da complexidade do mundo real, sob pena de inviabilizar a prestação jurisdicional num prazo razoável. Todavia, ao assumir novas funções o Poder Judiciário enfrenta um aumento nas exigências para que a decisão proferida seja eficaz. Esse movimento dever ser acompanhado de uma mudança institucional capaz de reforçar os mecanismos de transmissão de informações da realidade empírica para a jurídica, mantendo um grau de complexidade reduzido o suficiente para que a decisão seja proferida em um tempo adequado e com os recursos disponíveis.

No campo da argumentação, faz-se necessário o abandono do modelo magisterial e formalista que acompanhava o modelo clássico de contrato para que se desenvolva um estilo argumentativo e substantivo, que incorpore novos tipos argumentativos. Nesse estilo de argumentação o papel dos argumentos não estritamente jurídicos ganha ainda mais relevância, o que engloba o argumento consequencialistas.

Nesse ponto deve-se pontuar dois aspectos: um metodológico e outro empírico. No âmbito metodológico deve-se reafirmar a divisão para fins de estudo entre o contexto da descoberta e o da justificação. Assim, a proposta de que os juízes fazem uso, em determinados casos, inclusive naqueles que tratam dos contratos empresariais de longo prazo, de argumentos consequencialistas e que se faz necessário trazê-los para a justificação, para que se obtenha um nível maior de transparência não é equivalente a uma tentativa de igualar esses dois contextos. Assim, mesmo que todos os argumentos consequencialistas sejam incorporados na argumentação não se acredita que isso irá permitir uma vinculação plena entre a descoberta e a justificação. O que se pretende, em realidade, é incorporar um tipo argumentativo cada vez mais relevante para a argumentação jurídica sem nenhuma ilusão de que todo o processo mental de decisão judicial será transcrito para a fundamentação da decisão judicial.

A segunda questão é a assertiva de que não obstante a defesa de que os argumentos consequencialistas tiveram um aumento significativo de importância no modelo social de contrato eles não são um a novidade no Direito pátrio. Não se tem

no Brasil notícia de um estudo estatístico capaz de definir com precisão qual o papel do raciocínio por consequências no Poder Judiciário. Afinal, a perspectiva do estudo quantitativo do Poder Judiciário no Brasil ainda é recente, mas pode-se destacar o estudo conduzidos por SADEK[479], que baseou-se em um questionário enviado em 2005 a todos os magistrados na ativa e aposentados cadastrados na AMB (Associação dos Magistrados do Brasil), sendo que foram obtidas 3.258 respostas. O estudo que trouxe dados acerca da orientação preponderante das decisões judiciais. Entre os magistrados na ativa 87,1% afirmaram que se orientavam por parâmetro legais, 83,8% pelas consequências sociais das suas decisões e 40,5% pelas consequências econômicas. Ao analisar os dados em função do tempo de magistratura (incluindo os aposentados), tem-se que com magistrados de até 5 anos de magistratura os números são: 88,6% utilizam parâmetros legais, 90,2% consequências sociais e 48,1% consequências econômicas. Já nos magistrados com 21 anos ou mais enquanto 85% são guiados por parâmetros legais, 64,9% por consequências sócias e 27,2% por consequências econômicas. Ora, afora eventuais discussões terminológica acerca do significado da expressão consequências sociais, tem-se que no Brasil o uso do argumento das consequências sociais das decisões difere apenas em cerca de 3,3% do uso dos argumentos legais. Como se trata de uma análise dos diversos ramos do Direito seria razoável imaginar que nas questões envolvendo contratos empresarias o papel das consequências econômicas seja mais relevante. Por fim, como se observa que os juízes mais novos utilizam mais as consequências econômicas pode-se identificar uma tendência de aumento do uso dessas razões, como a aposentadoria dos juízes mais antigos. Ainda, na perspectiva quantitativa tem-se alguns estudos mais pontuais, tratando especificamente de contratos, que indicam a busca de objetivos sociais[480]. Por fim, na doutrina jurídica, mesmo que a partir de uma perspectiva diversa, a questão já foi objeto de estudos importantes, como os de PORTANOVA[481]. Ainda, no campo doutrinário, a

[479] SADEK, Maria Tereza. **Magistrados**: uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 11-98.

[480] No âmbito de análise de cunho estático YEUNG & FERRANTE analisam um conjunto de julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo identificando uma tendência ao favorecimentos dos devedores não explicada exclusivamente por fatores jurídicos. YEUNG, Luciana Luk-Tai; FERRANTE, Marcelo Paiva Gomes. Tendências de Decisões do STJ sobre Quebras de Contratos Privados. **Economic Analysis of Law Review**, Brasilia, v. 3, n. 1, p. 148-169, jan-jun 2012. Para um estudo econométrico mais amplo acerca do Poder Judiciário no Brasil ver: YEUNG, Luciana Luk-Tai.**Além do senso comum e das evidências anedóticas: uma análise econômica do Judiciário brasileiro**. Tese (Doutorado em Economia) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2010, p. 130-163.

[481] O autor critica a manutenção de uma postura tradicional (o que não é equivalente ou se resume mas inclui um estilo magisterial de decisão) do Poder Judiciário, que acabar por esconder as opções substantivas – em

construção clássica acerca da hermenêutica de MAXIMILIANO[482] aponta no mesmo sentido.

Portanto, mesmo sem se ter desenvolvido um estudo quantitativo próprio para esta tese pode-se afirmar com convicção que as consequências econômicas já eram relevantes nas decisões que tratam de contratos empresariais no âmbito do modelo clássico de contrato e tem aumentando de relevância no contexto atual. Caberia um futuro estudo estatístico para determinar números precisos.

No âmbito dos Tribunais Superiores tem-se exemplos do uso de argumentos econômicos em casos de Direito Contratual. Uma boa ilustração encontra-se no voto proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, relatado pela Min. Nancy Andrighi acerca dos chamados contratos de soja verde[483]. A questão versava sobre a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de venda de soja futura. A lógica desta transação é a de que o produtor ao determinar um preço hoje para a safra futura tem um ganho na medida em que sabe de antemão o preço de venda e deixa de ficar sujeito as variações dos mercados quando da venda dos grãos. Todavia, se o preço de mercado no dia da venda for inferior ao preço acordado contratualmente o produtor deixa de vender a safra por um preço superior. O voto utilizou-se expressamente de um argumento econômico, como se observa do seguinte trecho:

> A função social não se apresenta como objetivo do contrato, mas sim como limite da liberdade dos contratantes em promover a circulação de riquezas.
> Aplicando-se tais considerações à espécie, temos que, no ato da contratação, o agricultor é motivado pela expectativa de alta produtividade do setor, o que, sem tese, conduz à queda dos preços. Em contrapartida, ele sabe da possibilidade de alta na cotação do Dólar, circunstância que, vale repisar, é absolutamente previsível neste ramo e leva à alta do valor da saca. Em suma, trata-se de um contrato suja finalidade econômica é minimizar o risco de prejuízo das partes, tendo como contrapeso um estreitamento das margens de lucro. Diante disso, ao assegurar a venda e sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tantos os decorrentes dos próprios termos do contrato (livre flutuação do Dólar, transporte, seguro, qualidade dos grãos, pragas etc.).
> Dessa forma, não há como admitir que, tendo ignorado ou calculado mal tais variáveis, ou, pior, estando arrependida com o preço acordado no ato da contratação, a parte pretenda, sob o manto da função social do contrato, pleitear a resolução deste.

---

especial ideológicas – do julgador sob uma falsa veste de neutralidade. Nesse sentido: PORTANOVA, Rui. **As Motivações Ideológicas da Sentença**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 70-76.

[482] Ao tratar da hermenêutica jurídica em geral MAXIMILIANO afirma: "Preocupa-se a Hermenêutica, sobretudo depois que entraram em função de exegese os dados da Sociologia, com o *resultado* provável de cada interpretação. Toma-o em alto apreço; orienta-se por ele; varia tendo-o em mira, quando o texto admite mais de um modo de o entender e aplicar." (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 163).

[483] Para uma análise da decisão sob a luz dos princípios do Direito Contratual, concluindo pelo acerto da posição adotada pelo STJ ver: ZAMPAR JÚNIOR, José Américo; BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. Contratos de Soja Verde: estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça à luz dos Princípios Contratuais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 12, vol. 48, 2011, p. 219-245.

A introdução do argumento econômico no julgado em questão, apesar da concepção inadequada de função social, que não pode ser reduzida exclusivamente a função econômica do contrato, foi feita de forma adequada, visando compreender o ambiente negocial em que a relação contratual encontrava-se inserida.

Entretanto, essa menção expressa ainda não é a padrão argumentativo prevalente para a totalidade dos tribunais e magistrados brasileiros. O que conforme indicado anteriormente, mesmo com a ausência de evidências estatísticas robustas, não quer dizer que os demais magistrados nos tribunais de primeira e segunda instância não levem em conta argumentos consequencialistas, em especial, econômicos, quando julgam questões relacionadas a contratos empresariais.

Após esse rápido retrato das dificuldades surgidas a partir do avanço do modelo social de contrato, deve-se avaliar como construir uma teoria da argumentação capaz de responder a elas. Um dos pontos centrais desse novo modelo é um tratamento mais adequado das consequências, que é o que se objetiva na próxima seção.

3.2 **As teorias da argumentação jurídica e o argumento consequencialista**

A análise anterior acerca das demandas argumentativas do modelo social de contrato identificou os principais desafios derivados desse modelo, destacando-se a necessidade da incorporação dos argumentos consequencialistas na argumentação jurídica.

Ademais, trata-se de necessidade que segundo diversos autores diz respeito à teoria da argumentação jurídica em geral. Por exemplo, LUHMANN[484] afirma que no momento atual não apenas se deve reconhecer a existência mas igualmente a

[484]Nesse sentido afirma o autor: “A orientação consequencialista é o princípio mais frequente- de fato, é quase o único- segundo o qual decisões são justificadas. (...) Mas, de um ponto de vista lógico, essa parece ser uma justificação legal um tanto paradoxal, e, de um ponto de vista sociológico, ela é um sintoma que espera-se do Direito: que ele assuma para si e processe riscos que a norma na sua forma legal é incapaz de abordar. Essa conversão para uma orientação consequencialista, com sua obrigação problemática de trazer o futuro ao presente, tende a afetar quase todas as áreas do direito.” Tradução livre do original: “An orientation towards consequences is today the most frequent – indeed almost the only – principle on which decisions are justified. (…) But from a logical point of view it amounts to be a paradoxical justification of law, and from a sociological point of view it is symptom that law is expect to assume and process risk, which the form of the legal norm it at a loss to cope with. This conversion to consequence orientation, with its problematic obligation to bring the future to the present, affects more or less all sectors of law.” (LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory of law. New Brunswick: Adeline Transactions, 2005, p. 59-60).

preponderância, mesmo que com graus diversos em cada ramo do Direito, do argumento consequencialista sobre o dedutivo.

Nesse ponto, pode-se fazer dois questionamentos: É possível incorporar em um modelo de argumentação jurídica argumentos consequencialistas? Incorporados esses argumentos consequencialistas quais seriam as implicações para racionalidade da argumentação jurídica e para a sua função de controle da decisão judicial? Esta tese responde de forma afirmativa a essas perguntas, defendendo a possibilidade de uma teoria da argumentação jurídica ser capaz de incorporar esse tipo argumentativo, mantendo um nível adequado de controle da decisão judicial. Para tanto esta tese se funda na teoria da argumentação jurídica de MACCORMICK, apesar de não a subscrever integralmente.

A proposta de MACCORMICK não é a única proposta apresentada no seio da argumentação jurídica capaz de incorporar os argumentos consequencialistas. Por exemplo, tem-se a perspectiva pragma-dialética desenvolvida por FETERIS[485], que como a construção de MACCORMICK não é isenta de críticas[486] Todavia, não se verifica em nenhuma das principais teorias uma ruptura capaz de produzir um avanço significativo, em especial nos âmbitos normativo e descritivo. Ademais, a teoria de MACCORMICK é uma teoria do Direito em um sentido mais ampla e engloba diversos aspectos que não são tratados pelas teorias mais pontuais existentes. Desse modo, passa-se à sua análise.

No pensamento de MACCORMICK[487], pode-se identificar duas fases, mesmo que não radicalmente distintas. A primeira fase está retratada no livro *Legal*

---

[485] A proposta de FETERIS é uma tentativa de compatibilizar elementos pragmáticos e dialéticos. Assim quando um juiz deve decidir entre duas ou mais versões rivais de uma norma ele deve analisar as consequências jurídicas da adoção de cada norma e julgar os efeitos empíricos que cada uma traz determinando qual traz os efeitos mais desejáveis. A avaliação de qual é o efeito mais desejáveis depende da sua compatibilidade com os objetivos prescritos pela ordem jurídica. Nesse sentido ver: FETERIS, Eveline. The Rational Reconstruction of argumentation Referring to consequences and purposes in the application of the legal rules: A pragma-dialectical perspective. **Argumentation**, Amsterdam, v. 19, n. 4, 2005, p. 459-470.

[486] A proposta de FETERIS é criticada por CARBONELL nos seguintes termos: "Finalmente, o modelo de Feteris tem a poder de tornar visível os diversos passos argumentativos para se obter uma decisão bem fundamentada e salientar a importância de questões críticas, ainda que falhe em proporcionar critérios para avaliar consequências e suporte para estabelecer um link estável entre argumentos referentes a consequências e os fins do sistema legal, que é duvidável pelo menos no tocante às consequências extralegais" Tradução livre do original:"Finally, Feteris' model has the strength of making visible the several argumentative steps to obtain a well-supported decision and of singling out the importance of the critical questions, though it fails to give criteria for evaluating consequences and purports to establish a strong link between arguments referring consequences and goals of the legal system, which is doubtful at least with respect to extra-legal consequences." (CARBONELL, Flavia. Reasoning By Consequences: Applying different argumentation structures to the analyses of consequentialist reasoning in judicial decision. **Cogency**, Santiago, v. 3, n. 2, 2011, p. 102).

[487] De acordo com o próprio autor: "This book offers a theory of legal argumentation. It revises the positions presented in my *Legal Reasoning and Legal Theory* of 1978, taking account of significant critiques of that work and responding to work by others scholars. The trajectory of my thought has been away from some elements of the legal positivism expounded by H. L. A. Hart and the value-skepticism derived from David Hume that formed

Reasoning and Legal Theory lançado em 1978. Nesse período a influência do positivismo de HART era bastante significativa[488], o que gerou uma teoria da argumentação um pouco cética quanto a valores.

Posteriormente, MACCORMICK lançou uma série de livros intitulada: *Law, State, and Practical Reason*, composta de quatro obras: *Questioning Sovereignty* de 1999, *Rhetoric and The Rule of Law: a theory of legal reasoning* lançado em 2005, *Institutions of Law* de 2007; *Practical Reason in Law and Morality* de 2008. Nesse conjunto percebe-se uma alteração na obra do autor que passou a rejeitar algumas das suas premissas iniciais e incorporou na sua teoria da argumentação uma perspectiva valorativa inexistente anteriormente.

A divisão do pensamento de MACCORMICK nestas duas fases também foi adotada em outros estudos, como por exemplo o de BERTEA[489]. O autor identifica uma primeira fase do pensamento de MACCORMICK muito ligada ao positivismo jurídico de HART (o que o autor denomina de tradicionalismo) e um posterior avanço à interpretação principiológica de DWORKIN (o que o autor denomina de alternativismo). Para BERTEA, tem-se uma verdadeira transição entra essas duas fases. A aproximação posterior com DWORKIN é fundada no entendimento de MACCORMICK sobre o conceito de Direito. Isso porque para MACCORMICK não há uma compreensão clara do Direito longe da teoria da argumentação, bem como não há como analisar a teoria da argumentação judicial sem adentrar no conceito de Direito. Ou seja, a análise do processo de justificação dos casos práticos é uma

---

the backcloth to the argument in *Legal Reasoning and Legal Theory*. The basic forms of legal arguments still appear to me to have been well described in the 1978 book. Now, however, it seems to me that the whole enterprise of explicating and expounding criteria and forms of good legal reasoning has to be in the context of fundamental values that we impute to legal order. Reasoning about the application of law in the light of such values is persuasive, not demonstrative, and in that sense the present book is a contribution to the 'new rhetoric' pioneered by late friend and respected senior colleague Chaim Perelman, along with Lucie Olbrechts-Tyteca." (MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and The Rule of Law**: a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 1995, p.1-2). Na edição brasileira: "Este livro oferece uma teoria da argumentação jurídica. Ele revisa as posições apresentadas no meu *Legal Reasoning and Legal Theory* de 1978, levando em consideração críticas significativas feitas àquele trabalho e, também, respondendo ao trabalho de outros estudiosos. A trajetória do meu pensamento tem estado distante de alguns dos elementos que formaram o pano de fundo de meu *Legal Reasoning and Legal Theory*, sobretudo daqueles colhidos do positivismo jurídico apesentado por H. L. Hart e do ceticismo moral derivado de David Hume. As formas básicas de argumentos jurídicos continuam sendo parecendo-me terem sido bem descritas no livro de 1978. Agora, contudo, parece-me que toda a empreitada de sistematizar critérios e formas de boa argumentação jurídica tenha que ser bem colocada no contexto dos valores fundamentais que nós imputamos à ordem jurídica. A argumentação em relação à aplicação do Direito à luz desses valores é persuasiva, não demonstrativa, e nesse sentido o presente livro é uma contribuição a 'nova retórica' tratada pioneiramente por meu falecido amigo e respeitado colega Chaim Perelman, junto com Lucie Oldbrechts-Tyteca." (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.1-2).

[488] MACCORMICK foi aluno de HART na Universidade de Oxford e iniciou a sua carreira acadêmica como um seguidor declarado de HART. Nesse sentido ver a introdução a segunda edição da biografia intelectual de Hart escrita por ele: MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2nd. ed. Stanford: Stanford University Press, 2008, p. 1-17.

[489] BERTEA, Stefano. Law and legal reasoning. **Northern Ireland Legal Quarterly**, Belfast, v. 59, n. 1, p. 4-19, 2008.

dinâmica em movimento para MACCORMICK, em que a ontologia do Direito acaba sendo também descoberta, a partir de um meio-termo entre HART e DWORKIN.

Deve-se observar, entretanto, que o pensamento de MACCORMICK nunca foi plenamente fiel ao pensamento de HART, em especial a questão da centralidade do processo de justificação das decisões judiciais, na medida em que essas decisões não são construídas por um observador neutro externo, mas sim devem ser construídas e justificadas do ponto de vista interno[490]. Ademais, na segunda fase do seu pensamento, MACCORMICK assume uma própria postura argumentativa, dialética e construtiva na aplicação do Direito.

Como já mencionado anteriormente, a construção de MACCORMICK parte da possibilidade e da importância do estudo autônomo do processo de justificação, sem uma vinculação necessária com o processo de descoberta.

Nessa primeira fase, MACCORMICK[491] constrói o seu modelo de argumentação jurídica a partir de uma premissa central, a de que existe um papel relevante para o raciocínio dedutivo no Direito, mas não se trata da única forma de argumentação jurídica. Para que esse papel bastante significativo do argumento dedutivo seja compatibilizado com os demais tipos de argumento, MACCORMICK[492]

---

[490] Nesse sentido é a posição de BUSTAMANTE, que identifica diferenças relevantes entre o pensamento de MACCORMICK e o positivismo hartiano desde a primeira fase da sua produção, de acordo com: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. [Comment on Petroski] On Maccormick's Post-Positivism. **German Law Journal**, Toronto, v. 12, p.709-713, 2011. Esse artigo é uma resposta ao artigo de PETROSKI que qualificação tanto a primeira quanto a segunda fase do pensamento de MACCORMICK como positivista, bem como advoga uma certa inevitabilidade do pensamento positivista na teoria jurídica moderna: PETROSKI, Karen. Is Post-Positivism Possible?. **German Law Journal**, Toronto, v. 12, p. 663-692, 2011.

[491] Nesse sentido afirma o autor: "Despite recurrent denials by learned persons that law allows scope for deductive reasoning, or even for logic at all, this book stands four-square for the idea that a form of deductive reasoning is central to legal reasoning. That is, of course, far different from saying that legal reasoning is wholly or only deductive, or exhaustively explicable as a kind of deduction." (MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. IX).Na edição brasileira: "Apesar de constantes negativas por parte dos eruditos quanto à possibilidade de o direito conceder espaço ao raciocínio dedutivo, ou até mesmo à lógica, este livro defende com firmeza a noção de que uma forma de raciocínio dedutivo é essencial para a argumentação jurídica. Naturalmente isso é muito diferente da afirmação de que a argumentação jurídica é total ou exclusivamente dedutiva, ou exaustivamente explicável como tipo de dedução." MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria da Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. IX)

[492] Nesse sentido afirma o autor: "In short: rules can be ambiguous in given contexts, and can be applied one way or the other only after the ambiguity is resolved. But resolving the ambiguity in effect involves choosing between rival versions of the rule (if p" then q, or if p" then q); once that choice is made, a simple deductive justification of a particular decision follows. But a complete justification of that decision must hinge then on how the choice between the competing versions of the rule is justified: evidently a deductive justification as analyzed in Chapter II is impossible. Our problem then is how such a choice is justified-and that problem, for obvious enough reasons I shall call the 'problem of interpretation'." (MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1973, p. 67-68).Na edição brasileira: "Resumindo: as normas podem ser ambíguas em determinados contextos e podem ser aplicadas de um odo ou outro somente depois que a ambiguidade for resolvida. No entanto, resolver a ambiguidade de fato envolve escolher entre duas versões rivais da norma (*se p', então q* ou *se p'', então q*). Uma vez feita essa escolha, segue-se uma simples justificação por dedução de uma decisão específica. Contudo, uma completa justificação dessa decisão deve girar em torno de como for justificada a escolha entre as versões concorrentes da norma." (MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria da Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 86)

observa que esse raciocínio sempre se encontra envolto por valores e princípios. Entretanto, essa dimensão valorativa é eventual.

Essa premissa é operacionalizada através dos conceitos de justificação de primeira e segunda ordem. A justificativa de primeira ordem diz respeito ao que MACCORMICK[493] chama de juízo dedutivo. Contudo, esse juízo ocorre após a definição da versão da norma adequada à narrativa jurídica dos fatos. Feita essa operação inicial basta subsumir os fatos à norma e produzir o resultado específico para o caso em questão. Essa é justificação por dedução. O juízo dedutivo é um retrato parcial e incompleto da argumentação jurídica, uma vez que só faz sentido se complementado por uma justificativa de segunda ordem, que demonstre a razão pela qual as versões rivais da norma foram rejeitadas e a razão pela qual a narrativa jurídica dos fatos foi construída daquela forma. A grande qualidade da justificativa dedutiva na justificação de primeira ordem para MACCORMICK[494] é garantir o respeito pelos juízes à noção de justiça formal, vista como a aplicação universal das proposições jurídicas, em outras palavras, o tratamento igual para os casos similares.

Já a justificativa de segunda ordem, segundo MACCORMICK[495], trata da escolha das premissas da justificação, ou seja, das versões rivais da norma. Essa escolha é feita dentro do contexto institucional do sistema jurídico vigente na sociedade.

Podemos ilustrar os conceitos de justificativas de primeira e segunda ordem a partir de um exemplo. Suponha que dois empresários tenham celebrado um contrato de franquia em que não havia proibição de concorrência pós-contratual, ou seja, findo o contrato o franqueado não estava proibido de exercer a mesma atividade que

---

[493] MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 101

[494] Nesse sentido afirma o autor: “The thesis here argued is therefore a clear and straightforward one. It is that the notion of formal justice requires that the justification of decisions in individual cases be Always on the basis of universal proportions to which the judge is prepared to adhere as a basis of determining other like cases and deciding them in the like manner to the present one.” (MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 99). Na edição brasileira: A tese aqui defendida é portanto clara e direta. É a de que a noção de justiça formal exige que a justificação de decisões em casos individuais seja sempre fundamentada em proposições universais que o juiz esteja disposto a adotar como base para determinar outros casos semelhantes e decidi-los de modo semelhante ao caso atual.” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria da Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.126).

[495] Nesse sentido afirma o autor: “Second-order justification must therefore involve justifying choices; choices between rival possible rulings. And these are choices to be made within the specific context of a functioning legal system; that context imposes some obvious constraints on the process.” (MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 101). Na edição brasileira: “A justificação de segunda ordem deve, portanto, envolver a justificação de escolhas: escolhas entre possíveis deliberações rivais. E essas são escolhas a fazer dentro do contexto específico de um sistema jurídico operante. Esse contexto impõe algumas limitações óbvias ao processo.” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria da Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.129).

o franqueador e, portanto, fazer concorrência a ele. Agora, pense que o franqueado rescinde o contrato hoje e amanhã passa a oferecer o mesmo produto no mesmo local em que funcionava a franquia, apropriando-se da clientela do franqueador. Poder-se-ia questionar se a conduta configura ou não uma ofensa a boa-fé objetiva. A justificativa de segunda ordem procura estabelecer as premissas do processo dedutivo, ou seja, numa relação contratual de franquia a obrigação de respeito à boa-fé objetiva inclui ou não a ausência de concorrência. Ainda, a questão da avaliação da conduta do franqueado como efetivamente de má-fé também faz parte da justificativa de segunda ordem. Caberia a justificativa de primeira ordem apenas inferir que dado que o dever de boa-fé inerente aos contratos em geral é aplicável ao contrato de franquia e dado que a conduta do franqueado é juridicamente qualificada como de má-fé o franqueado descumpriu o seu dever de boa-fé.

Como bem observa ATIENZA[496], trata-se dos conceitos de justificação interna e externa, sendo que a justificação externa é condição necessária porém não suficiente para a interna.

Enquanto a justificativa de primeira ordem envolve somente o argumento dedutivo, a justificativa de segunda ordem, segundo MACCORMICK[497], envolve três tipos de argumentos: o consequencialista, o de coerência e o de coesão. O argumento consequencialista é intrinsecamente avaliatório, ou seja, implica a avaliação das consequências da adoção das versões rivais da norma. Por sua vez, os argumentos de coerência e coesão tratam de um juízo sistêmico acerca de qual versão da norma atende melhor os valores do ordenamento jurídico como um todo.

Uma primeira observação de MACCORMICK[498] diz respeito à ausência de equivalência entre as argumentações consequencialistas e utilitaristas. Afinal, a

[496]Nesse sentido afirma ATIENZA: “Resumindo, e embora MacCormick não empregue essa terminologia, tudo o que foi dito significa que uma decisão jurídica, precisa, pelo menos, estar justificadamente internamente, e que a justificação interna é independente da externa, no sentido de que a primeira é condição necessária, mas não suficiente, para a segunda.” (ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002, p. 177).

[497] Nesse sentido afirma o autor: “So much by way of introductory outline: second-order justification involves two elements, consequentialist argument and argument testing proposed rulings for consistency and coherence with the existing legal system. Because consequentialist argument is intrinsically evaluative, and because coherence as explained above involves reflection on the values of the system, the two interact and overlap as will appear; but they are not identical.” (MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 107).Na edição brasileira: “Isso basta como esboço introdutório: a justificação de segunda ordem envolve dois elementos, a argumentação consequencialista e a argumentação que testa deliberações propostas para verificar a coesão e a coerência com o sistema jurídico existente. Como a argumentação consequencialista é intrinsecamente avaliatória; e como a coerência, conforme aplicado anteriormente, envolve reflexão sobre os valores do sistema, as duas interagem e se sobrepõem como acabará ficando evidente; mas elas não são idênticas.” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria da Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 137).

[498] MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 115.

argumentação consequencialista não necessariamente envolve apenas um critério, por exemplo, a utilidade, mas pode implicar na análise das consequências com relação à uma diversidade de valores ou mesmo a valores complexos como justiça.

Efetivamente, a identificação imediata entre consequencialismo e utilitarismo repousa em um equívoco, mesmo em termos filosóficos[499]. Afinal, o utilitarismo é apenas uma das variedades possíveis do consequencialismo[500], mais precisamente é a vertente do consequencialismo que afirma que as consequências sobre a maximização do bem-estar econômico são o critério determinante para definir se determinada conduta é moralmente adequada. Entretanto, pode-se ser consequencialista sem ser utilitarista, bastando que se utilize outro valor, que não a maximização do bem-estar, para mensurar as consequências utilizadas como critério de definição da aceitabilidade de determinada conduta.

Ademais, tem-se certa inevitabilidade dos argumentos consequencialistas no Direito[501]. Afinal, um sistema extremamente rígido de regras, que seja inteiramente indiferente às consequências da aplicação delas, possui uma falha crucial, qual seja, a impossibilidade de adaptação e apreensão dos ganhos obtidos pela experiência. Isso ocorre porque as regras valem da mesma forma em qualquer situação e em qualquer tempo, não importando se as consequências da sua aplicação atendem aos valores ou princípios que as fundam. Ora, os juízos interpretativos que visam definir se a aplicação da regra no caso concreto atende determinado valor ou objetivo maior são necessariamente consequencialistas para MACCORMICK.

---

[499] Nesse sentido é a posição de HAUSMAN & MCPHERSON: "O Consequencialismo é a doutrina segundo a qual se julga algo moralmente pelas suas consequências. Ele especifica uma estrutura ética particular. Primeiramente, é preciso decidir o que se é intrinsicamente valioso. Questões de valor intrínseco não necessariamente as questões morais mais importantes, mas elas devem ser respondidas em primeiro lugar porque todo o resto depende das suas respostas. O próximo passo é julgar as ações, políticas e instituições nos termos das suas respectivas contribuições- ou seja, o valor que lhes é próprio e o valor das suas respectivas consequências. (…) E particular, um consequencialista toma uma ação, política ou instituição como moralmente correta ou permissível se a sua contribuição não for pior que a de qualquer outra alternativa. (…) Então, o consequencionalista diz que se deve fazer o possível para potencializar o que for bom. Um utilitarista é consequencionalista que diz que o bom é o bem-estar." Tradução livre do original: "Consequentialism is the doctrine that one should judge thing morally by their consequences. It specifies a particular *structure* for ethics. First one needs to decide what is intrinsically valuable. Questions of intrinsic value are not necessarily the most *important* moral questions, but they must be answered first because everything else depends on their answers. Then one assesses actions, policies, and institutions in terms of their 'contribution' – that is, their own value and the value of their consequences. (…) In particular, a consequentialist takes an action, policy, or institution to be morally right or permissible if the contribution is no worse then the contribution of any alternative. (…) So the consequentialist says that one should do whatever maximizes the good. A utilitarian is a consequentialist who says that what is good is welfare." (HAUSMAN, Daniel M.; MCPHERSON, Michael S. **Economic analysis and moral philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996, p. 101-115).

[500] Tem-se uma grande diversidade de teorias consequencialistas no âmbito da filosofia moral. Para uma análise das diferentes vertentes ver: MULGAN, Tim. **The Demands of Consequentialism**. Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 25-49.

[501] MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 135

Ainda, MACCORMICK[502] aponta que o elemento avaliatório dos argumentos consequencialistas tem uma função de complementação da razão prática, uma vez que quando a coerência encontra limites intransponíveis cabe ao juízo avaliatório inerente ao argumento consequencialista a análise da realidade fática por meio da extrapolação da realidade normativa. Assim, quando há um problema de interpretação, classificação ou pertinência, a escolha da melhor versão da norma é definida pelas consequências da sua adoção com relação ao valor ou princípio constitucionalmente indicado como objetivo último da regra.

Por conseguinte, o argumento consequencialista para MACCORMICK[503] serve como um mecanismo de abertura da argumentação jurídica, sendo que os critérios de avaliação das consequências são necessariamente valorativos, devendo refletir a concepção prevalente na sociedade acerca dos valores fundamentais do ordenamento. Não se trata, em momento algum, de uma visão utilitarista, uma vez que em cada situação a definição de critério de avaliação das consequências que serão analisadas depende de uma busca dos valores do ordenamento e não da utilização do critério da maximização do bem-estar econômico.

Nesse primeiro momento, MACCORMICK não analisa de forma mais detalhada quais consequências devem ser levadas em conta na argumentação jurídica. Mas o autor[504] assinala que as consequências devem ser as gerais, derivadas da universalização da deliberação adotada e não as específicas para a situação em questão.

Portanto, observa-se que os argumentos consequencialistas no modelo de MACCORMICK, são essenciais para uma teoria da argumentação jurídica adequada.

Já os argumentos de coerência para MACCORMICK[505] dizem respeito à coerência da decisão com os valores do ordenamento jurídico. É um juízo de construção de sentido das normas individuais em função dos valores do ordenamento, entendidos como os valores que justificam ou explicam esse ordenamento.

---

[502] MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978, p.270-271.
[503] MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 138-139.
[504] MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 149-150.
[505] MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 152.

Para que se entenda o papel dos argumentos de consistência deve-se observar que MACCORMICK[506] define princípios como os fins ou objetivos perseguidos pelas normas individualmente ou em grupo. Portanto, para o autor os princípios são expressão de um conjunto de objetivos sociais a serem perseguidos pelas regras. Observa-se que essa definição evidencia a necessidade de que se avalie se determinada versão da norma é capaz de produzir consequências positivas para os objetivos traçados no ordenamento.

No âmbito da coerência tem-se o recurso do argumento por analogia, que na construção de MACCORMICK[507] tem a função de garantir a coerência da argumentação jurídica na medida em que faz com que se utilize ou mesmo valor ou princípio em casos similares. Portanto, para MACCORMICK, não há uma diferença nítida entre o argumento de princípio e o de analogia.

Nesse ponto, MACCORMICK[508] aborda a possibilidade de uma decisão inovadora que atenda tanto à coerência quanto aos argumentos consequencialistas. A resposta do autor é positiva, desde que sejam somadas boas razões consequencialistas que acabam por determinar o peso relativo de cada princípio. O surgimento de um novo princípio faz com que a cada nova aplicação ele possa ganhar ou perder confiança em termos consequencialistas e de peso relativo dentro do ordenamento.

Portanto, para MACCORMICK, observa-se que o requisito da coerência funciona como um limite aos juízos consequencialistas. Afinal, o juízo avaliatório em

---

[506] A posição de MACCORMICK pode ser observada na seguinte afirmação: “Let me restate what I believe we mean when speak of 'principles of law' as distinct from rules of law. My opinion is that legal rules (let me for this purpose call them 'mandactory legal rules'), singly, or much more commonly, in related groups may be conceived of as tending to secure, or being aimed at securing, some end conceived as valuable, or some general mode of conduct conceived to be desirable: to express the policy of achieving that end, or the desirability of that general mode of conduct, in a general normative statement, is, then, to state 'the principle of the law' underlying the rule or rules in question.” (MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 156).Na edição brasileira: “Permitam-me reafirmar o que acredito que queremos dizer quando falamos de ‘princípio de direito’ em contraste com as normas de direito. A meu ver pode-se conceber que normas jurídicas (permitam-me para este efeito chama-las de ‘normas jurídicas compulsórias’), individualmente ou, com frequência muito maior em grupos afins, tendem a garantir ou têm o objetivo de garantir, algum fim que se considera valioso, ou algum modo de conduta que se repute desejável. Expressar a linha de ação para atingir esse objetivo ou a conveniência desse modo de conduta geral, num enunciado geral é, portanto, enunciar ‘o princípio da lei’ subjacente à norma ou normas em questão.” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria da Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 202).

[507] MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 216.

[508] Nesse sentido afirma o autor: “We may borrow Dworkin`s metaphor, and say that at each stage, the balance being weighted against innovation, there must be good consequentialist reasons added to the weight of the principle to bring down the balance in favor of an innovative decision; and it may be that the accumulation of judicial experience goes against extended reliance on the principle.” (MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 160).Na edição brasileira: “Podemos tomar emprestada a metáfora de Dworkin e dizer que, a cada etapa, havendo um peso contrário à inovação, é preciso que haja boas razões consequencialistas acrescidas ao peso do princípio para fazer com que a balança seja favorável a uma balança inovadora.” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria da Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 208).

questão tanto deve refletir critérios compatíveis com os valores do ordenamento como deve ser aplicado a todos os casos similares. Por conseguinte, as consequências aceitáveis são aquelas que concretizam os valores do ordenamento.

Posteriormente, MACCORMICK[509] aborda o requisito da consistência, definido como a necessidade de compatibilidade entre a decisão e as normas estabelecidas. O próprio MACCORMICK[510] identifica a problemática envolvida na sua conceituação, uma vez que a definição concreta da norma é feita na decisão que a tem como limite. Todavia, mesmo que a decisão possa alterar o entendimento acerca das normas e precedentes não se pode daí concluir que qualquer decisão é compatível com as normas jurídicas estabelecidas em um determinado ordenamento. Afinal, existem versões da norma que não são aceitáveis.

A discussão da consistência para MACCORMICK tem como pano de fundo a divisão entre casos difíceis e exemplares sendo que os últimos seriam aqueles que dispensariam a justificativa de segunda ordem, bastando o argumento dedutivo. Já os difíceis seriam aqueles que envolvem problemas tanto na premissa normativa ou na premissa fática, que acabam por limitar o papel do raciocínio dedutivo. Na primeira hipótese tem-se os problemas de interpretação e pertinência, já na segunda os de comprovação e classificação. O problema de interpretação diz respeito à possibilidade de que um texto legal seja interpretado de mais de uma forma, assim ela pode gerar duas versões rivais da norma, o que obriga o juiz a optar por uma delas. Já no caso de um problema de pertinência quando a questão não é a interpretação da norma mas sim a sua aplicabilidade no caso concreto, ou seja, se a norma abarca os fatos do caso. Por sua vez, o problema de comprovação deriva da eventual dificuldade em se comprovar juridicamente um acontecimento passado. Por fim, o problema de classificação ocorre quando determinados acontecimentos fáticos encontram-se provados, mas existe dúvida acerca da sua qualificação jurídica. Trata-se de problema bastante comum nos casos de conceitos indeterminados e cláusulas gerais por exemplo.

---

[509] Nesse sentido afirma MACCORMICK: “Not merely must a decision be justified by good arguments from consequences and/or from principle or analogy. It must be shown to be not inconsistent with established rules. But whether a given proposed ruling is or is not inconsistent with an established rule may plainly depend upon the interpretation which is put on the established rule.”(MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 196).Na edição brasileira: “Não se trata apenas de que uma decisão deva ser justificada por bons argumentos a partir de consequências e/ou a partir de princípios ou analogias. É também preciso demonstrar que ela não é incompatível com normas estabelecidas.” (MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria da Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 256).

[510] MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 196-197.

Todavia, MACCORMICK[511] pondera que essa divisão, apesar de ser clara no campo teórico, é bastante obscura na análise dos casos práticos. Afinal, os casos exemplares demandariam ou a certeza quanto à interpretação da norma e a classificação dos fatos ou a ausência de uma argumentação rival válida. Na quase totalidade dos casos, não há uma única interpretação ou classificação possível, mas uma linha de argumentação aceita como a melhor no meio jurídico, seja pela rejeição das rivais, ou seja, incapacidade momentânea da construção de uma rival capaz de problematizar a prevalente.

Observe-se que na construção do autor a norma é sempre sujeita a um juízo hermenêutico. O que existe nos casos exemplares é a ampla aceitação da versão adequada da norma em concreto. Ainda, para MACCORMICK[512] os problemas de interpretação são resolvidos por meio do uso e argumentos consequencialistas associados a argumentos de princípios, de forma a definir qual interpretação está mais adequada aos valores do ordenamento. Assim, casos exemplares não são casos que ao dispensarem o juízo interpretativo tem respostas fáceis, mas sim casos em que a composição de argumentos consequencialistas e de princípio indica com um grande nível de consenso a versão aplicável da norma.

Essa é a estrutura conceitual inicialmente desenvolvida por MACCORMICK. A segunda fase do seu pensamento encontra-se no seu quarteto de livros "Direito, Estado e Razão Prática". Uma primeira diferença é a definição do Direito como uma ordem normativa institucional. Quando do *Legal Reasoning and Legal Theory* apesar de identificar a necessidade de que uma teoria da argumentação seja parte de uma teoria do Direito o autor não havia desenvolvido uma concepção própria. O que veio a fazer com a sua Teoria Institucional do Direito (TID).

O objetivo de MACCORMICK[513] ao construir a Teoria Institucional do Direito (TID) foi o de descrever de forma realista o fenômeno da normatização da

---

[511] MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 199-200.

[512] Nesse sentido afirma o autor: "When the problems of interpretation arise, they can be resolved only by recourse to consequentialist arguments and/or arguments of principle, both of which evolve an appeal to values conceived as being basic to law. These are matters which can be and are controversial, hence the fact that hard cases do not admit of easy answers. (MACCORMICK, Neil. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 211).Na edição brasileira: "Quando surgem problemas de interpretação, eles somente podem ser resolvidos através de recurso a argumentos consequencialistas e/ou argumentos de princípio, que envolvem tanto uns como os outros uma apelo a valores concebidos como essenciais ao direito. Tratam-se de questões que podem ser e são controvertidas, daí decorrendo o fato de casos exemplares não comportarem respostas fáceis." (MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica e Teoria da Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 276).

[513] MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. **An Institutional Theory of Law**: new approaches to legal positivism. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1986, p.6).

sociedade, evitando tanto o idealismo excessivo de algumas correntes filosóficas quanto um realismo exacerbado resultado de um reducionismo exagerado.

Para a TID de MACCORMICK[514] o Direito pode ser definido como uma ordem institucional normativa. Uma ordem normativa é um conjunto de normas comuns de conduta que são seguidas e obedecidas pelos indivíduos, indicando-lhes o que é certo e errado e o qual a conduta adequada em determinada situação[515]. O Direito é uma ordem normativa institucional, na medida em que as regras jurídicas são criadas e aplicadas de forma ordenada, havendo tanto os agentes que criam normas, quanto os que as recebem e as implementam.

No contexto da TID, MACCORMICK[516] conceitua fatos jurídicos como fatos institucionais, definidos, com base no pensamento de SEARLE[517], como os fatos que são dependentes da interpretação de coisas, eventos ou ações humanas em função de uma ordem normativa, desde que restrinjam efetivamente o comportamento das pessoas. Assim, na medida em que existe uma ordem normativa em funcionamento na sociedade, ela produzirá consequências normativas

---

[514] MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law**: an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007 p.11.

[515]Nesse sentido afirma MACCORMICK: "É importante entender o que significa normativo – são os meios que temos para diferenciar certo e errado em nossos atos, são concepções comuns do que devemos fazer em diversas situações. A resposta das pessoas a essas concepções de certo e errado podem se equivaler reciprocamente, de maneira que haja certa ordem em seu comportamento. Para focar nesse fato e entendê-lo, é necessário entender o conceito de ordem normativa." Tradução livre do original: "It is important to understand the idea of the normative – the idea is of our having ways to differentiate right from wrong in what we do, of having common or overlapping conceptions of what we ought to do in various recurring situations. People's responses to such conceptions of right and wrong can match each other in a reciprocal way even in quite informal settings, so that there is a kind of order in their behavior. To focus on that, and to grasp it, is to grasp the basic idea of a normative order." (MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law:** an essay in legal theory**.** Oxford: Oxford University Press, 2007 p.20).

[516] MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law:** an essay in legal theory**.**Oxford: Oxford University Press, 2007 p.11.

[517] Segundo SEARLE pode-se definir fatos institucionais como: "Alguns fatos existem independentemente de qualquer instituição humana. Eu os chamo de fatos brutos. Outros fatos, entretanto, requerem instituições humanas até para existirem. Um exemplo de fato bruto é a Terra estar localizada a 93 milhões de milhas do sol, e um exemplo de fato institucional é Barack Obama ser presidente dos Estados Unidos. Fatos institucionais são tipicamente objetivos, mas, por mais estranho que pareça, são os únicos fatos resultado de acordo ou aceitação humanas. Tais fatos requerem instituições para existir. Tipicamente, fatos institucionais são aqueles que só existem por meio de instituições humanas. Mas o que exatamente é uma instituição humana? Nós já fornecemos uma resposta implícita a essa pergunta, agora quero torná-la explícita. Uma instituição é um sistema de regras constitutivas, e esse sistema automaticamente cria a possibilidade de existirem fatos institucionais. Portanto, o fato de Obama ser presidente ou o fato de eu ter carteira de motorista ou o fato de uma partida de xadrez ser ganha por alguém e perdida por outro são todos fatos institucionais porque existem dentro de um sistema de regras constitutivas." Tradução livre do original: "Some facts exist independently of any human institution. I call these brute facts. But some facts require human institutions in order to exist at all. An example of brute fact is that the Earth is 93 million miles from the sun, and an example of an institutional fact is that Barack Obama is president of the United States. Institutional facts are typically objective facts, but oddly enough, they are only facts by human agreement or acceptance. Such facts require institutions for their existence. Typically institutional facts are facts that only exist within human institutions. And what exactly is a human institution? We have already seen an implicit answer to that, and now I want to make it explicitly. An institution is a system of constitutive rules, and such system automatically creates the possibility of institutional facts. Thus the fact that Obama is president or the fact that I am a licensed driver or the fact that a chess match was won by a certain person and lost by a certain other person are all institutional facts because they exist within system of constitutive rules." (SEARLE, John. R. **Making the Social World:** the structure of human civilization. Oxford: Oxford University Press, 2010, p.10-11)

para os fatos físicos que podem ser tidos como fatos operativos no contexto daquela ordem normativa, que irá gerar consequências normativas[518].

A TID avança sobre outros aspectos, mas para fins desta tese esta discussão introdutória é suficiente. A teoria da argumentação ocupa uma posição central na TID, bem como a necessidade de que ela atenda a pretensão de universalidade, de modo a compatibilizar adequadamente a falta de uma certeza absoluta que existiria numa demonstração lógica com o princípio da isonomia que fundamenta o Estado Democrático de Direito.

O meio adotado pelo autor para essa compatibilização é a aceitação do caráter excepcionável (*defeasible*) do Direito[519], afastando-se a possibilidade de certeza plena e abraçando-se um grau de incerteza aceitável a ser obtido através da teoria da argumentação[520].

Portanto, deve-se evitar o tratamento da interpretação como algo destrutivo ou negativo, já que o interpretativismo é um componente necessário do Direito. Todavia, isso não significa o abandono da importância da previsibilidade do direito, mas sim a adoção de uma visão realista sobre o assunto. A certeza e a previsibilidade devem ser buscadas, desde que não signifiquem uma descaracterização da atividade argumentativa necessária à interpretação da norma.

Posteriormente, MACCORMICK retoma a discussão da justificação de primeira ordem por meio de um raciocínio dedutivo. Para o autor[521], a existência de

---

[518]De acordo com: "Uma característica consequencial da instituição formalizada vale a pena mencionar. A formação de uma fila não é simplesmente a resposta espontânea de certas pessoas a um problema de coordenação, mas é organizada no contexto de pegar taxis do aeroporto ou do correio ou do balcão que vende bilhetes de trem ou do caixa de supermercado, evitar ou furar a fila torna-se muito mais complicado, às vezes impossível. […] Nesse sentido, fatos institucionais se tornam realidades duras, fatos que nos obrigam, não são normas que apenas guiam nossas atitudes." Tradução livre do original: "A consequential feature of the formalized institution is worth mentioning. Where the formation of a line or queue is not simply a larger spontaneous response by particular people to a problem of co-ordination, but is organized in the context of the airport taxis or the post office or the railway ticket counter or the supermarket checkout, avoiding the queue or jumping it becomes very much harder, almost impossible. (…) In this way, institutional facts become hard realities, facts that constrain us, not merely norms that guide our autonomous judgment." (MACCORMICK, Neil. **Institutions of Law:** an essay in legal theory**.** Oxford: Oxford University Press, 2007 p.32-33).

[519] A tradução expressão *defeseable* para o português as vezes é feita por meio da expressão derrotável. Nesse caso optou-se pela expressão excepcionável, todavia, não se verifica diferença substancial significativa entre elas, o que as torna intercambiáveis nesse contexto.

[520] MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and The Rule of Law:** a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2009, p.13.

[521]Nesse sentido afirma MACCORMICK: "Why then insist on syllogism at all? The answer should be obvious: it is what provides the framework in which the other arguments make sense as legal arguments. (…) To summarize, if the legal syllogism is taken as exhibiting the framework of all legal reasoning that involves applying law, there is a limited number of ways in which problems can arise that require in-principle non-deductive, that is, rhetorical or persuasive reasoning to resolve them." MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and The Rule of Law:** a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2009, p.42-43). Na edição brasileira: "Porque então insistir no silogismo afinal de contas? A resposta deveria ser óbvia: porque é ele que fornece a moldura dentro da qual os outros argumentos fazem sentido enquanto argumentos jurídicos. (…) Para resumir, se o silogismo jurídico é visto de sorte a fornecer a moldura para toda a argumentação jurídica que está implicada na aplicação do Direito,

princípios, direitos fundamentais e o caráter argumentativo do Direito não tornam desnecessário esse raciocínio silogístico. Afinal, a função do silogismo seria delinear as fronteiras de atuação dos demais argumentos.

Após, MACCORMICK[522] revisita a diferenciação entre casos exemplares e complexos, alterando a terminologia adotada para casos claros e problemáticos. Além da alteração terminológica tem-se uma mudança de abordagem. Os casos problemáticos seriam aqueles em que existe uma grande dificuldade de definição de qual argumento deve prevalecer e os casos claros seriam aqueles em que a prevalência de determinado argumento é direta e isenta de maiores problematizações. Comparando-se com a definição anterior, percebe-se que se trata de uma análise mais pragmática, uma vez que a classificação do caso é feita independentemente da diferenciação entre justificativa de primeira e segunda ordem e uma determinada questão é tida como clara até que alguém seja capaz de problematizar a questão com argumentos de força bastante similar aos já utilizados. Reforça-se a premissa da excepcionalidade, o que tem como consequência a impossibilidade de se afirmar que uma questão jurídica será clara ou problemática em abstrato.

Ainda, MACCORMICK[523] reforça a necessidade de universalização das razões justificatórias. Afinal, tanto no âmbito da razão prática em geral, quando no âmbito específico da argumentação jurídica não há como se falar em razões capazes de justificar determinada decisão, sem que essas razões possam ser universalizadas como uma regra geral de conduta. Observa-se, assim, um esforço intelectual para que a maior penetração dos valores na argumentação jurídica não seja acompanhada de um desrespeito à justiça formal.

---

então os problemas que podem surgir nesse processo, que requerem para sua solução o uso de argumentação em princípio não dedutiva (ou seja, retórica ou persuasiva), se apresentarão em um número limitado de formas." (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.57).

[522] MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and The Rule of Law:** a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2009, p.50-51.

[523] Nesse sentido afirma o autor: "There is, I submit, no justification without universalization; motivation needs no universalization; but explanation requires generalization. For particular facts – or particular motives – to be *justifying reasons* they have to be subsumable under a relevant principle of action universally stated, even if the universal is acknowledged to be defeasible. This applies to practical reasoning quite generally, and to legal reasoning as one department of practical reasoning." (MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and The Rule of Law**: a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2009, p.99). Na edição brasileira: "Afirmo que não há nenhuma justificação sem universalização; a motivação não precisa de universalização; a explicação requer generalização. Para que fatos particulares – ou motivos particulares – possam ser razões justificadoras, eles têm que ser subsumíveis a um princípio relevante de ação universalmente afirmado, mesmo que a proposição universal respectiva seja reconhecidamente excepcionável (*defeasible).* Isso se aplica à argumentação prática de forma bastante geral, e a argumentação jurídica é um campo da argumentação prática." (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.131).

Posteriormente, MACCORMICK revê a sua descrição dos argumentos jurídicos adotados na justificação de segunda ordem, o três C's (consequências, coesão e coerência).

Ao tratar do argumento consequencialista MACCORMICK[524] avança na sua construção por meio de uma definição mais precisa de qual a extensão das consequências da decisão que deve ser considerada no âmbito da justificação. O autor pondera que a utilização das consequências sociais de longo prazo é bastante problemática, uma vez que não se pode determinar de forma precisa os efeitos no comportamento geral das pessoas de determinada decisão. Essa problemática é exacerbada pela falta de capacidade institucional do Poder Judiciário para produzir esse tipo de análise, além da ausência de uma métrica consensualmente definida para avaliar as consequências mais ou menos prováveis de uma decisão judicial. Esse cenário seria excepcionado em algumas áreas específicas, em que o uso de critérios aproximados de análise das consequências amplas das decisões já é consensual ou atingiu um grau juridicamente aceitável de validade, como o Direito da Concorrência. Todavia, afora dessas situações, as únicas consequências que devem ser levadas em conta são jurídicas, ou seja, decorrentes da universalização das premissas para todos os casos similares.

---

[524]Nesse sentido afirma o autor: "What is difficult about this concerns the extensiveness of the consequences that judges should consider, and the basis on which they should evaluate them. The social consequences, especially the long-term social consequences, of adopting one legal rule rather than another are notoriously difficult to calculate. Confidence about the accuracy of 'impact assessments' in relation to proposed new legislation can easily be misplaced, given the normal operation of the law of unintended consequences. (That is, the sociological generalization according to which projects aimed to bring about some desired and desirable state of affairs often fail because of unforeseen side effects of the project, partly determined by people`s actions in response to it. The side effects can cancel out the intended ones.) Judges and lawyers, moreover, are very badly placed for that kind of assessment, by comparison with the executive branch of government, and the legislature itself. (...) A further difficulty concerns evaluation itself. Even if you have established likely consequences of one decision rather than another, how do you evaluate these? Is there a single metric of evaluation available, such as that proposed by supporters of the 'economic analysis of law', or does this amount only to an arbitrary technique for subjecting incommensurable value to a single scale of measurement?" (MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and The Rule of Law:** a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2009, p.103-104). Na edição brasileira "O que é difícil em relação a essa postura consiste na extensão das consequências que os juízes devem considerar, e nas bases nas quais eles devem avaliá-las. As consequências sociais, especialmente aquelas de longo prazo, que surgem ao se adotar uma regra jurídica ao invés de outra são notoriamente difíceis de calcular. Depositar confiança na precisão das 'avaliações de impacto' relativas a novas propostas legislativas pode ser um erro fácil de cometer, dadas as consequências às vezes não desejadas que podem surgir da operação normal do Direito (ou seja, dada a máxima sociológica segundo a qual projetos destinados a gerar certos estados de coisas falham frequentemente em virtude de efeitos colaterais não previstos no projeto, os quais são parcialmente determinados pelas ações que as pessoas toma em resposta a ele; esses efeitos colaterais podem neutralizar os efeitos desejados). Juízes e juristas, ademais, são muito mal aparelhados para esse tipo de avaliação, em comparação com o braço executivo do governo, ou mesmo com o legislador. (...) Uma dificuldade adicional diz respeito à própria avaliação. Mesmo que você tenha estabelecido as consequências prováveis de tomar uma decisão ao invés de outra, como pode avaliá-las? Há um único critério de avaliação possível, tal como defendem os partidários da 'análise econômica do direito' ou isso conduz apenas a uma técnica arbitrária para sujeitar valores incomensuráveis a uma única escala de julgamento?" (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.138-139).

Uma segunda questão, dentro da problemática do argumento consequencialista é a dos bens ou valores usados como referência. Essa questão, entretanto, somente pode ser definida em concreto. Afinal, o conjunto de valores fundamentais do ordenamento não traz uma ordem de preferência em abstrato. Por tanto, para que se definam as consequências adequadas à argumentação jurídica faz-se necessária uma argumentação de princípios. Por fim, MACCORMICK[525] ao mencionar a terminologia de SUMMERS analisada no capítulo 2 desta tese defende o uso dos argumentos de correção dentro do raciocínio consequencialista, evitando-se os argumentos de objetivos, uma vez que diriam respeito a consequências sociais e não jurídicas.

Acerca do argumento da consistência, MACCORMICK reforça o seu papel de limitador do argumento consequencialista, permanecendo inalterada a sua estrutura. Ao revisitar a questão da coerência, MACCORMICK[526] estabelece uma distinção entre coerência normativa e narrativa. A primeira aproxima-se do conceito mais comum de coerência, no sentido de que a justificação de uma decisão particular seja coerente com a totalidade da ordem normativa. Por sua vez, a coerência narrativa diz respeito à relação entre os fatos e as inferências normativas realizadas a fim de se construir uma narrativa jurídica. Apesar da relevância dessa questão ela não é essencial para as conclusões desta tese, todavia deve-se mencionar que a questão das relações entre narratividade, dedutivismo e correspondência feita por MACCORMICK sofre críticas vindas da semiótica, em especial de JACKSON[527].

Para MACCORMICK[528] a coerência traça um limite bastante efetivo à justificação judicial. Mas essa limitação, já que ela é verificada após a definição da versão prevalente da norma, é escolhida a partir de argumentos principiológicos e consequencialistas.

---

[525] MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and The Rule of Law:** a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 114-120.

[526] MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and The Rule of Law:** a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2009, p.189.

[527] O debate pode ser retratado pela crítica de MACCORMICK a posições de JACKSON, feita em: MACCORMICK, Neil. Notes on narrativity and the normative Sylogism. **International Journal for the Semiotics of the Law**, New York, v. 4, n. 2, p. 163-174, 1991. E uma resposta posterior de JACKSON:JACKSON, Bernard. Semiotic Skepticism A response to Neil Maccormick. **International Journal for the Semiotics of the Law**, New York, v. 4, n. 2, p. 175-190, 1991.

[528] Nesse sentido afirma o autor: "A consistência traça um limite rígido à possibilidade de fundamentação (*justifiability*) – mas novamente, ela opera após o texto legal já ter sido interpretado. Não se deve agir de forma inconsistente com o texto, de acordo com a melhor interpretação disponível dele. Qual seria a melhor interpretação é uma pergunta que nos remete a questões de consequencialismo e a argumentos sobre princípios jurídicos ou sobre analogia jurídica, expressivos do requisito coerência" (MACCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org). **Direito e Interpretação**: racionalidade e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p.41).

A definição de princípio adotada por MACCORMICK implica na avaliação do próprio autor em uma grande sobreposição entre argumentos fundados em valores e princípios. Para MACCORMICK[529] os valores têm em seu bojo alguns princípios intrínsecos e não instrumentais, esses princípios nada mais são do que a transposição dos valores para o contexto de uma ordem jurídica institucional.

Um ponto a se observar é que apesar de MACCORMICK concordar com DWORKIN acerca da importância dos princípios, bem como da necessidade de uma justificação que envolva uma reconstrução racional do ordenamento a maneira pela qual essa reconstrução se dá é diversa. Afinal, para MACCORMICK[530] a divisão entre princípios e política feita por DWORKIN é arbitrária, uma que vez que a identificação de valores no ordenamento permite que se defenda determinada política com base nelas, não havendo necessariamente uma relação de causalidade em que os direitos precedem as políticas, podendo haver primeiro a identificação de valores, que permitem a defesa de determinada política e que se instrumentaliza com base em determinados direitos. Dada a importância desse debate ele será aprofundado posteriormente, ainda nessa seção.

Além das limitações impostas pela teoria da argumentação a proposta MACCORMICK[531] vê nos procedimentos institucionais exigidos pelo Direito a única estratégia adicional possível para reduzir tanto quanto possível a incerteza da decisão jurídica. Afinal, no âmbito dos valores jurídicos, mesmo dentro de um procedimento argumentativo é inevitável, uma vez que em sociedades plurais duas

---

[529] MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and The Rule of Law**: a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 1978, p.192.

[530]Nesse sentido afirma MACCORMICK:: “That recognition puts me in something like the same camp as Ronald Dworkin after all, but not to the point of accepting his stipulative distinction of policy and principle. Are not the values of the law capable of being considered a kind of standing policy? That judges pursue them under the constraint of universalizability entails indeed that their decisions must always be decisions of principle. But this does not mean that such decisions require pre-identification of rights as a route to finding principles. I should rather say that legal rights are consequential upon than presupposed by the decisions of principle we make in law. That some of the deepest values of the law are now enshrined in documents like the Charter of Fundamental Rights of the European Union does not undercut this point.” MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and The Rule of Law:** a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 1978, p.120). Na edição brasileira “Reconhecer isso me coloca mais ou menos no mesmo campo que Ronald Dworkin, mas não a ponto de aceitar sua distinção estipulativa entre políticas públicas e princípios. Não há valores no Direito capazes de serem considerados do tipo que sustenta uma política? O fato de os juízes perseguirem esses valores sob o signo da universabilidade faz, de fato, com que suas decisões tenham que ser sempre de princípio. Mas isso não significa que essas decisões exijam a pré-identificação de direitos como uma rota para encontrar os princípios. Eu afirmaria, em vez disso, que os direitos são consequências em relação às decisões de princípios que fazemos no campo jurídico, e não que são pressupostos por elas. O fato de alguns dos mais profundos valores do Direito terem sido alçados a documentos como a Carta de Direitos da União Européia não elide esse ponto.” (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.160).

[531]MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and The Rule of Law:** a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 1978, p.262.

pessoas razoáveis, mesmo após refletirem racionalmente sobre os argumentos, podem ter desacordos razoáveis.

MACCORMICK compartilha da tese do caso especial de ALEXY – a argumentação jurídica é um caso especial da argumentação prática. Assim, para o autor[532] não há qualquer dúvida de que a argumentação jurídica, mesmo com a utilização do raciocínio silogístico no âmbito da justificação interna, deve ser tratada dentro da retórica e não da lógica, ou seja trata-se de uma retórica persuasiva e não demonstrativa. Afinal, num plano concreto todos os casos jurídicos tem problemas potenciais de interpretação, pertinência, comprovação e qualificação[533].

Já a tese da única resposta correta de DWORKIN é afastada por MACCORMICK, que não acredita na possibilidade de que a argumentação jurídica seja capaz de produzi-la em todos os casos. MACCORMICK[534] identifica uma pretensão implícita de correção. Afinal, mesmo definindo-se critérios objetivos de correção a teoria da argumentação não pode se garantir, segundo MACCORMICK, que o resultado será sempre um único argumento válido. Entretanto, não haveria problema em se imaginar num plano teórico que a pretensão de correção visa atingir esse objetivo, mas em termos reais trata-se de um ideal que se sabe inatingível.

Um ponto de contato relevante com o objeto desta tese é a discussão acerca dos conceitos indeterminados, ubíquos no modelo social de contrato. MACCORMICK[535]aborda essa questão por meio do conceito de razoabilidade.

---

[532]Nesse sentido afirma MACCORMICK: “Rational legal argument, according to the view advanced here, is not demonstrative argument. Except in very straightforward and essentially undisputed situations, it does not amount to logical demonstration of the correctness of the result reached in the light of uncontested legal and factual premises. It is rationally persuasive, rather than rationally demonstrative. Its study is one department of rhetoric” MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and The Rule of Law:** a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 2009, p.279-180). Na edição brasileira: “Argumentação jurídica racional, de acordo com a visão apresentada aqui, não é argumentação demonstrativa. Exceto em situações franca e essencialmente incontestadas, a argumentação racional não equivale a uma demonstração lógica da correção do resultado alcançado à luz de premissas jurídicas factuais e incontroversas. Ela é racionalmente persuasiva, e não racionalmente demonstrativa. O se estudo corresponde a um departamento da retórica.” (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 361).

[533] Nesse sentido afirma MACCORMICK: “O direito em ação é sempre um *locus* de argumentação e interpretação. Por mais claros que possam parecer, numa visão estática, os materiais jurídicos, na dinâmica da aplicação do direito e da contestação jurídica de acusações e alegações, há sempre uma argumentação contínua.” (MACCORMICK, Neil. Direito, interpretação e razoabilidade. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org). **Direito e Interpretação:** racionalidade e instituições**.** São Paulo: Saraiva, 2011, p.38).

[534]MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and The Rule of Law:** a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 1978, p.277-278.

[535] Nesse sentido afirma o autor: “The topics to which reasonableness connects are variable, and the factors relevant to judgment vary according to the topic. (...) What are properly to be treated as the factors and values relevant to a given topic? That is a question of the correct interpretation of the law as it bears upon the topic. It is quite common that statutes prescribing a standard of reasonableness explicitly indicate relevant factors.”(MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and The Rule of Law:** a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 1978, p.173-174). Na edição brasileira: “Os temas aos quais a razoabilidade se conecta variam, e os fatores relevante para o julgamento variam de acordo com o tema. (...) O que há de ser apropriadamente

Trata-se de um problema de qualificação (portanto que ocorre na justificação de segunda ordem), sendo que a definição de quais fatores são mais relevantes para a qualificação de um determinado comportamento é sempre em algum grau contextual.

Assim, a definição se determinado comportamento atende aos requisitos da boa-fé ou de qualquer conceito indeterminado que demande uma análise de razoabilidade é para MACCORMICK[536], uma discussão valorativa e não somente fática. Afinal, a construção da narrativa jurídica depende de quais categorias e fatores são utilizados como lentes para enxergar a realidade.

Em uma análise global, percebe-se que a teoria de MACCORMICK procura fazer a compatibilização entre uma argumentação substantiva e um controle da decisão judicial por meio da sua correção, evitando-se tanto a exclusão de argumentos relevantes quanto o desrespeito à justiça formal. Ora, trata-se do mesmo esforço empreendido neste trabalho, só neste caso aplicado à problemática dos contratos empresariais de longo prazo.

Agora, faz-se necessária uma apresentação das principais críticas feitas à teoria de MACCORMICK. Inicialmente, observam-se algumas similaridades e divergências com o Direito como integridade de DWORKIN. A divergência mais importante entre os autores é a premissa defendida por DWORKIN de que o Poder Judiciário não deve tratar de argumentos de política, mas somente dos de princípio. Essa questão foi mencionada anteriormente, cabendo agora um aprofundamento.

A diferenciação entre argumentos de princípio e política sofre diversas críticas. Além do próprio MACCORMICK, destaca-se GREENAWALT[537], que trata essa distinção como puramente arbitrária.

---

tratado como fatores e valores relevantes para um dado tema? Essa é uma questão sobre interpretação correta do Direito na medida em que se relaciona com determinado tema. É comum que leis prescrevendo um parâmetro de razoabilidade indiquem os fatores relevantes explicitamente." (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.227-228).

[536] A posição de MACCORMICK pode ser observada na seguinte afirmação: "To conclude in a given case that a person has acted or decided reasonably or unreasonably is surely to make a value judgment rather than a judgment of fact." (MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and The Rule of Law: a theory of legal reasoning**. Oxford: Oxford University Press, 1978, p.179). Na edição brasileira: "Concluir num dado caso que uma pessoa agiu de modo razoável ou irrazoável certamente corresponde a um juízo de valor e não a um juízo de fato." (MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.234).

[537] Nesse sentido afirma o autor: "A primeira parte deste artigo é uma crítica da ideia de Dworkin que diz que juízes não devem se basear em argumentos de política. Apesar da complexidade e da sutileza com que Dworkin apresenta sua tese, ela tem por fundamento uma teoria política inicial e continuamente simplista, sustentada por argumentos falaciosos, que descrevem de maneira imprecisa como os juízes decidem e deveriam decidir seus casos." Tradução livre do original: "The first part of this article is a critique of Dworkin's contention that judges should not rely on policy arguments. Despite the complexity and subtlety whit which Dworkin develops his thesis, it rests heavily on a political theory that is startlingly and misleading simplistic, it is supported by fallacious

Para GREENAWALT, as principais deficiências do argumento de DWORKIN são as seguintes: primeiro, os dois argumentos de DWORKIN para defender a integridade – a democracia e a ausência de retroatividade – e, portanto, a vedação à análise judicial dos argumentos de política, são insuficientes. Quanto à democracia, a integridade política idealizada por DWORKIN não existe na prática, o que retira a possibilidade do juiz sustentar suas decisões num conjunto de princípios bem articulados e o obriga, em diversas situações, a construir uma solução que atenda a integridade a partir do conjunto de princípios construído *ex post*. Isso é mais evidente no *common law*, mas também é válido para o *civil law* atual. Acerca da retroatividade, tem-se que nos casos difíceis os direitos são incertos e as partes não esperam uma solução precisamente identificada, portanto a escolha baseada em considerações acerca do bem-estar geral da sociedade não é necessariamente pior que a fundada em princípio argumentável. Por fim, a necessidade de uma solução coerente e articulada com a moralidade política e que trate de forma equivalente as situações similares pode ser alcançada seja a solução escolhida a partir de critérios de política, seja a partir de critérios de princípio.

Assim, GREENAWALT observa a impossibilidade de uma defesa consistente por parte de DWORKIN, sobre a necessidade de substituição de um argumento de política por outro de princípio com o mesmo conteúdo[538]. Afinal, não há uma linha demarcatória clara entre eles. Em diversos casos o mesmo valor é tanto representado por um princípio como por uma política, assim a referência a um ou outro é indiferente. Ademais, no ordenamento atual diversos direitos fundamentais demandam uma prestação estatal positiva e que necessariamente será implementada de forma gradual. Apesar do próprio DWORKIN afirmar que não se trata de um divisão estanque[539], não há como deixar de considerar arbitrária a distinção entre um argumento que trata, por exemplo, da redução das desigualdades regionais como de princípio ou de política. Ademais a divisão em questão visa

---

arguments, and it inaccurately describes how judges do and should decide many cases" (GREENAWALT, Kent. Policy, rights and judicial decision. **Georgia Law Review**, Athens, v. 11, 1976-1977, p. 992).

[538] Nesse sentido afirma o autor: "Distinções estanque entre princípios e políticas como base de decisões jurídicas não são garantidas. Em algumas instâncias, eles necessariamente se fundem e, em várias outros casos, juízes têm de assumir que a busca pelo bem-estar comum seja um aspecto de unânime importância para a avaliação de reivindicações de direito contestadas " Tradução livre do original: "Any sharp distinction between principles and policies as bases for judicial decision is not warranted. In some instances they incontrovertibly merge, and in many more instances judges may assume that pursuit of the general welfare is an accepted aspect of evaluation of contested claims of rights." (GREENAWALT, Kent. Policy, rights and judicial decision. **Georgia Law Review**, Athens, v. 11, 1976-1977, p. 1053).

[539] Sobre a possibilidade de colapso da distinção em algumas situações ver: DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986, p. 221 - 224.

proteger o Direito como integridade contra o raciocínio de caráter consequencialista, que permitiria o sacrifício de um direito individual em ações fundadas em objetivos sociais coletivos[540]. Essa preocupação é voltada para uma concepção de Direito individual, mas perde sua funcionalidade num ordenamento cada vez mais repleto de direitos sociais e coletivos e com direitos individuais cada vez mais abertos a ponderações consequencialistas.

Para ilustrar o raciocínio pode-se exemplificar a partir de uma discussão jurídica acerca da instituição de quotas para negros para o ingresso nas universidades públicas recentemente ocorrida no STF. A análise judicial poderia se ater exclusivamente a argumentos de princípio, argumentando-se acerca do princípio da igualdade que substituiria os argumentos sobre a política de quotas ou de discriminação positiva[541]. Mas não haveria nenhum ganho na visão de GREENAWALT nessa substituição. A vedação da discussão acerca dos efeitos sociais e econômicos positivos da política de quotas não produz qualquer limitação efetiva no que seriam argumentos jurídicos. Ora, na condução do processo pelo STF, em que se primou pela condução de audiências públicas para ouvir a sociedade e os especialistas no assunto, foram discutidas questões acerca da efetividade da necessidade de uma política de quotas. A rotulagem desses argumentos como argumentos de princípio, ao favorecer a publicidade e a motivação da decisão tem um efeito benéfico na concretização do Estado Democrático de Direito, não produzindo por si uma invasão pelo Poder Judiciário das competências do Poder Legislativo.

Existe uma questão conexa a esta que diz respeito à necessidade do argumento de política ser interno ao Direito, ou seja, estar de alguma forma

---

[540] A defesa da distinção nesses termos é feita pelo próprio DWORKIN em: DWORKIN, Ronald. Seven Critics. **Georgia Law Review**, Athens, vol. 11, 1977, p.1201-1267. Ao analisar a questão de forma semelhante BAYLES & ALEXANDER enfatizam que a premissa de que todos os argumentos de política são de consequencialistas e nenhum argumento de princípio tem esse componente não corresponde a realidade do ordenamento jurídico. Para uma analise mais detalhada ver: BAYLES, Michael D.; ALEXANDER, Lawrence. Hercules or Proteus? The Many Theses of Ronald Dworkin. In: ROBISON, Wade L. **The Legal Essays of Michael Bayles**. The Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 85-116.

[541] Trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 186/DF julgada pelo Plenário do STF em 26/04/2012. Como exemplo do raciocínio substantivo, como menção a questões afetas as políticas pública pode-se observar o seguinte trecho do voto dor Min. Ricardo Lewandowski: “Essa metodologia de seleção diferenciada pode perfeitamente levar em consideração critérios étnico-raciais ou socioeconômicos, de modo a assegurar que a comunidade acadêmica e a própria sociedade sejam beneficiadas pelo pluralismo de ideias, de resto, um dos fundamentos do Estado brasileiro, conforme dispõe o art. 1º, V, da Constituição.”; “Além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação à outra, (...).” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 26 abr. 2012. Diário da Justiça, Brasília, n. 86, 04 maio 2012).

expresso nos materiais jurídicos. A posição de MACCORMICK já mencionada anteriormente é pela necessidade de que se trate de um objetivo coletivo interno ao Direito. Todavia, essa posição não impede que se trate de um argumento de política, uma vez que, por exemplo, a busca do pleno emprego ou o desenvolvimento social e econômico estão expressamente mencionados na Constituição Federal, mas podem ser utilizados na argumentação judicial como argumentos de política.

Na realidade brasileira, essa questão é menos relevante, na medida em que a Constituição é extensa e traz diversos objetivos coletivos. Portanto, diversas questões que podem ser classificadas como argumentos de política estão indicadas nos textos legais e são internas ao Direito. Desse modo, a exclusão dos argumentos de política desvinculados dos textos legais não é tão restritiva quanto em ordenamentos jurídicos em que a Carta Constitucional é bastante sucinta, como o norte-americano e o inglês. Ademais, não se trata aqui de uma visão excessivamente legalista, que exige uma menção precisa e explícita, basta que se identifique por exemplo que aquele objetivo corresponde a tábua dos valores constitucionais.

Ainda, como apontado anteriormente quando da análise do pensamento de PERELMAN a argumentação jurídica está sujeita a três auditórios simultâneos: os advogados, as partes e a opinião pública. Na sociedade atual, na qual o ativismo judicial tem aumentado a exposição das decisões judiciais as questões centrais da sociedade não seria adequado excluir argumentos que possam ser enquadrados como questões de política. Afinal, como bem aponta HUGHES[542] a política em regra

[542]Nesse sentido afirma o autor: A relação entre os conceitos de “direito” e de “politica” não é uma preocupação muito abordada ou relevante dos filósofos do direito, mas é assunto de inúmeros debates e agitações públicas. Nenhuma pretensão pode ser feita de que tudo o que for dito nesse artigo dará soluções a esses debates, mas talvez ao menos um guia para essas soluções possa ser enunciado. O pré-requisito indispensável é a percepção de que os territórios do “direito” e da “política” não são contíguos ou estão sujeitos a inter-violações e inspeções de fronteira. Política é quase sempre até certo ponto articulável com o direito. Por vezes até falará com voz clara sobre diversos temas jurídicos; por vezes será ofuscada e silenciada e deverá ser clarificada e ampliada através de um processo de buscas que nos levem a camadas menos povoadas por materiais formais legais, um domínio de discurso onde prescrições autoritárias tenham se postulado num plano de fundo. Decisões deverão ser tomadas em vários momentos ao longo do trajeto de clarificação. Essas serão escolhas que merecem ser examinadas por critérios miscigenados aos padrões do de decisões do dia-a-dia não vinculadas à esfera jurídica e à tradição técnica e intelectual dos profissionais da área. Tradução livre do original: “The relationship between the concepts of law and policy is not an arid or recherché concern of the legal philosopher, but a matter of vigorous public debate and unease. No pretension can be made that anything said in this article provides a resolution of the debate, but perhaps a signpost to the solution has been raised. The indispensable prerequisite is a realization that ‘law’ and ‘policy’ are not contiguous territories suitable for border raids and frontier violations. Policy is almost always to some extent articulated in law. Sometimes it speaks with a very clear voice in the most formal of legal materials; sometimes it is muted or muffled and has to be amplified and clarified through a process of pursuit that lead us out through layers of less forma legal material into a realm of discourse where authoritative prescriptions have receded into the background. Choices will have to be made ant many points along the path to clarification, and they are choices which deserve to be examined by criteria which are a blend of the standards used in everyday, non-legal decision making and the special, technical and intellectual traditions of the legal

está articulada de alguma forma no Direito, portanto, a proposta de DWORKIN acaba por dificultar a transparência da justificação judicial, na medida em alguns casos essas questões serão centrais para a decisão judicial.

Assim, conclui-se que a distinção proposta é efetivamente incapaz de produzir um limite para quais argumentos devem ou não ser utilizados na argumentação jurídica. Ademais, deve-se observar que esse colapso não contamina necessariamente as demais propostas do Direito como integridade.

Outro ponto a ser explorado é a concordância de MACCORMICK quanto à necessidade de uma reconstrução racional do ordenamento no momento da decisão judicial, mas evitando-se o ultrarracionalismo exigido pelo Direito como integridade. Enquanto para DWORKIN a coerência global é sempre possível e desejável, como já abordado anteriormente MACCORMICK entende que a coerência local é suficiente, o que evita que a reconstrução racional dos materiais jurídicos seja sempre a mais ampla possível. Apesar da eventual superioridade da coerência global, em especial na sociedade moderna, ela demanda um esforço efetivamente sobre-humano. Ademais, como bem aponta MICHELMAN[543], no Direito como integridade falta alteridade, de atos comunicativos, de diálogo. A realidade é apreendida por Hércules somente a partir da sua subjetividade. Não há qualquer tentativa de convencimento de outro ser humano. Ora, a decisão judicial demanda consenso e convencimento.

No campo do Direito Contratual as visões próximas aos *Critical Legal Studies* atacam a necessidade de uma reconstrução racional capaz de produzir coerência global de DWORKIN, uma vez que a melhor reconstrução do Direito a partir da moralidade política demanda uma escolha ideológica. Assim, nessa perspectiva essa reconstrução apenas seria possível numa visão idealizada do Direito Contratual, no mundo real o magistrado acabaria optar – em função de convicções ideológicas – por exemplo, entre o modelo clássico e o social de contrato, sendo que as duas bifurcações permitiriam a produção de soluções igualmente capazes de

---

profession. (HUGHES, Graham. Rules, Policy and Decision Making. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 77, n. 3, 1968, p. 439).

[543] Nesse sentido afirma o autor: "O que está faltando é diálogo. Hércules, o juiz mítico de Dworkin, é um solitário. Ele é demasiadamente heroico. Suas construções narrativas são monólogos. Ele não conversa com ninguém, exceto através de livros. Ele não tem embates. Ele não encontra nenhuma alteridade. Nada o sacode. Nenhum interlocutor viola o inevitável isolamento da sua experiência e visão." Tradução livre do original: "What is lacking is dialogue. Hercules, Dworkin's mythic judge, is a loner. He is much too heroic. His narrative constructions are monologues. He converses with no one, except through books. He has no encounters. He meets no otherness. Nothing shakes him up. No interlocutor violates the inevitable insularity of his experience and outlook." (MICHELMAN, Frank I .The Supreme Court, 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 100, n. 1, 1986, p. 70).

respeitar os condicionantes do Direito como integridade.[544] A solução nessa perspectiva estaria no abandono da pretensão reconstrução ampla e abstrata e numa análise contextualizada do caso concreto. Uma construção que se satisfaz com a coerência local e que demanda um grau menor de abstração, como a de MACCORMICK, reduz a força dessa contestação. Deve-se observar que no inicio deste capítulo afastou-se a alegação dos autores do *Critical Legal Studies* que não veem na argumentação jurídica um instrumento apto a produção de um grau de segurança aceitável no Direito. Todavia, o Direito como integridade está mais exposto a críticas dessa linha, na medida em que se exige mais do processo de justificação do que na proposta de MACCORMICK.

Por fim, observa-se que o caráter excepcionável do Direito é pouco presente no Direito com integridade em comparação com a proposta de MACCORMICK. Afinal, ao abraçar a tese da única resposta correta em todos os casos, bem como exigir um racionalismo excessivo DWORKIN mitiga a importância da possibilidade de versões rivais da norma.

Já quanto à teoria de ALEXY os pontos de contato são maiores como apontado por ATIENZA[545], o que não afasta a existência de algumas diferenças significativas. Como apontado por FETERIS[546] ambas as teorias da argumentação podem ser classificadas como abordagens dialógicas da argumentação jurídica, uma vez que em ambas a racionalidade da argumentação é resultado da observância de

[544] Nesse sentido afirmam os autores: "A teoria de Ronald Dworkin de direito como interpretação rejeita os argumentos de indeterminação dos céticos. Para Dworkin, mesmo quando alguém reconhece a veracidade da máxima de que para toda regra ou princípio existe uma contrarregra ou contra-princípio, a racionalidade ou ordem interna do direito determina quando a regra ou contrarregra e quando o contraprincípio pode ser corretamente aplicado. (…) O 'Hércules' de Dworkin, seu ideal de justice ou juiz, busca guiar-se através de princípios para resolver conflitos de regras ou para envolver as regras quando encontra lacunas. Se essa análise não chegar a uma resposta, ele ascende a um nível mais elevado de abstração – os metaprincípios do direito contratual. Estes metaprincípios são usados para ajustar e justificar a aplicação de uma regra em harmonia com todo o corpo do direito contratual. Os metaprincípios variam conformem as diferentes era ou teorias do direito contratual." Tradução livre do original: "Ronald Dworkin's law-as-interpretation theory reject's the indeterminacy arguments of rule skeptics. For Dworkin, even if one acknowledges the veracity of the maxim that for every rule or principle there is a counterrule or counterprinciple, law's internal rationality or order dictates when the rule or counterrule and when the counterprinciple can be appropriately applied. (...) Dworkin's 'Hercules', his ideal judge or justice, seeks the guidance of the principles behind the conflicting rules or surrounding rules in the case of gaps. If this analysis fails to produce an answer, he ascends to a higher level of abstraction – contract law's metaprinciples. These metaprinciples are used to fit and justify a rule application in harmony with the hole body of contract law. The metaprinciples vary according to different eras or theories of contract law." (DIMATTEO, Larry A.; *et al*. **Visions of Contract Theory**: Rationality, Bargaining and Interpretation. North Carolina: Carolina Academic Press, 2007, p. 176-177).

[545] Nesse sentido afirma o autor: "Como já se indicou várias vezes, e agora haverá ocasião de se comprovar que a teoria da argumentação jurídica, formulada por Alexy (...), coincide substancialmente com a de MacCormick. Ambos percorreram, cabe dizer o mesmo caminho, mas em sentidos opostos." (ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. São Paulo: Landy, p.233).

[546] Essa é a posição de FETERIS que inclui tanto ALEXY quanto MACCORMICK na lista dos principais autores dessa linha de pensamento. Nesse sentido ver: FETERIS, Eveline. The Study of Legal Argumentation in Argumentation Theory and Legal Theory: approaches and developments. **Cogency**, Santiago, v. 3, n. 2, p. 11-33, Summer 2011).

certos parâmetros formais e materiais de adequação. Entretanto, a proposta da ALEXY, já analisada no capítulo 2 não abarca os argumentos consequencialistas e tem um foco bastante analítico, comparado ao foco mais normativo e descritivo de MACCORMICK.

Dentro das críticas específicas ao pensamento de MACCORMICK tem-se uma crítica compartilhada por diversos autores que aponta um exagero no papel conferido ao raciocínio dedutivo em sua teoria, o que demonstraria a dificuldade do autor em se afastar do positivismo de HART. Nessa linha de pensamento o interpretativismo da teoria de MACCORMICK seria incompatível com o raciocínio meramente dedutivo. Essa crítica é valida para as duas fases do pensamento de MACCORMICK, uma vez que ele nunca negou a importância desse raciocínio para a sua teoria da argumentação.

Para ilustrar essa posição pode-se analisar a crítica de WELLMAN acerca dessa tese dedutivista presente em MACCORMICK. Nesse caso a crítica dirige-se ao uso da inferência dedutiva na justificação judicial. Para WELLMAN[547] o raciocínio dedutivo é inadequado ao Direito, sendo responsável por problemas conceituais e normativos, que são inerentes à forma lógica determinada pela premissa maior, premissa menor e conclusão. Afinal, como a conclusão nada mais é do que a reafirmação das premissas, a inferência dedutiva é indiferente a qualquer outra critério que a validade das premissas. Assim, na argumentação jurídica o raciocínio dedutivo leva a possibilidade de que se apresentem duas conclusões válidas mas conflitantes. Como a decisão entre elas depende de uma justificação que vai além das premissas, não haveria critério de justificação possível para definir a prevalente.

No caso específico de MACCORMICK deve-se observar que a sua teoria da argumentação comporta um espaço de argumentação não dedutivo que é a

[547] Nesse sentido afirma o autor: “Apesar dos aparentes benefícios da dedução, é minha crença que qualquer teoria dedutiva que sirva de justificação jurídica sofre de inúmeras ‘doenças’ normativas. Essas enfermidades são resultantes do comprometimento dessa teoria dedutiva com a preservação da verdade para fins de validade e da sua suposição de que os ditames de uma discussão jurídica têm uma forma lógica definida. Construir decisões jurídicas a fim de que se possa deduzi-las como atributos válidos do papel judicial em que vários traços que conflitam com expectativas importantes e já firmadas para se julgar casos de discussão jurídica ou ainda requer indiscutíveis e agressivas suposições a respeito da natureza do direito e do sistema jurídico.” Tradução livre do original: “Despite the apparent virtues of deduction it is my contention that any deductive theory of judicial justification suffers from a number of conceptual and normative maladies. These infirmities result from the deductive theory’s commitment to the truth-preserving criterion of validity and its supposition that the statements of a judicial argument have a certain logical form. Construing judicial decisions so that the decisions could properly be said to be deductively valid attributes to the judicial role various features which conflict with important and well-settled expectations of judging and judicial argument, or else requires untenably aggressive assumptions about the nature of law and the legal system.” (WELLMAN, Vincent A. Practical reasoning and judicial justification: toward an adequate theory. **University of Colorado Law Review**, Boulder, v. 51, n. 1, Fall 1985, p. 12).

justificação externa, isolando o raciocínio dedutivo no âmbito da justificação interna. Para WELLMAN[548] essa segunda dimensão não é suficiente para evitar os vícios inerentes à argumentação dedutiva. Afinal, as inconsistências que são observadas na justificativa externa são resultado da necessidade nesse tipo de teoria de transformar os enunciados jurídicos em proposições que possam ser verdadeiras ou falsas. Aqui deve-se observar que a perspectiva civil-constitucional se caracteriza por uma crítica frontal ao silogismo e a subsunção, o que reforça a crítica em questão.

A defesa feita por MACCORMICK[549] é no sentido de que o raciocínio dedutivo se aplica apenas a cada caso concreto, assim não está a afirmar que o ordenamento é um conjunto de axiomas formais capazes de permitir deduções lógicas. Apenas que, após a identificação da versão prevalente da norma para aquele caso concreto, resolvidos os problemas de interpretação, pertinência e classificação é que se pode aplicar o raciocínio dedutivo. Ademais, qualquer afirmação jurídica pode ser questionada, dada seu caráter excepcionável, não há nenhuma proposição verdadeira sempre.

Assim, nesse ponto a defesa de MACCORMICK é convincente, na medida em que a justificação das premissas é feita inteiramente no âmbito da justificativa de segunda ordem, sem estar sujeita a nenhuma condicionante lógico-formal. Em realidade, o raciocínio dedutivo ocupa um papel relevante, como um instrumento a serviço da pretensão de universalidade do Direito, mas esvaziado, na medida em que uma eventual decisão patológica, na maioria dos casos, seria defeituosa na justificativa de segunda ordem.

Nesse ponto, deve-se observar que essa transposição é defendida por outros autores como o próprio ALEXY, uma vez que as regras de transição por ele

[548] Nesse sentido afirma o autor: “No máximo, um defensor da teoria dedutiva poderia argumentar que juízes e advogados trabalhar para livrar o sistema jurídico das suas inconsistências. MacCormick, por exemplo, postula que a consistência do sistema legal seja uma das normas de justificação de segunda ordem. Mas, como é difícil enxergar como um adepto poderia demonstrar que consistência seja de fato norma inequívoca do sistema jurídico e, assim, inconsistências seriam inevitavelmente retiradas do sistema jurídico. Mesmo que ele pudesse desenvolver uma norma de consistência, essa norma não o preveniria da existência das *atuais* inconsistências do sistema, que indicam justamente a insegurança da teoria dedutiva”. Tradução livre do original: “At a most, a deductive proponent could argue that judges and lawyers work to rid the legal system of its inconsistencies. MacCormick, for one, posits consistency of the legal system as one of the norms of second-order justification. But, it is hard to see how the proponent could demonstrate that consistency is an unequivocal norm of the legal system, and hence, that inconsistency would inevitably be weeded out of the legal system. Even if he could advance a norm of consistency, that norm does not preclude the existence of *current* inconsistencies in the system, and those existing inconsistencies indicate deduction’s current unreliability.” (WELLMAN, Vincent A. Practical reasoning and judicial justification: toward an adequate theory. **University of Colorado Law Review**, Boulder, v. 51, n. 1, Fall 1985, p. 14).

[549] MACCORMICK, Neil. **Rhetoric and The Rule of Law:** a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 52-53.

enunciadas permitem tanto da mudança de discurso, bem como na análise das formas de justificação interna ou de primeira ordem utiliza-se a estrutura do raciocínio dedutivo.[550]

Uma análise mais cuidadosa da compatibilidade da proposta de MACCORMICK com a perspectiva civil-constitucional será feita na última seção deste capítulo.

O tratamento dado às consequências no bojo do raciocínio jurídico por MACCORMICK sofre críticas de CARBONELL[551], ao afirmar que os critérios utilizados são insuficientemente determinados, já que são baseados em parâmetros a serem definidos durante o processo argumentativo e não prévios a ele.

Uma consideração crítica diz respeito a consequências extrajurídicas, apesar da classificação ter bastante relevância a teoria de MACCORMICK ele não foi capaz de produzir critérios para a sua inclusão na argumentação, o que levou ao posicionamento do autor para que se evite o seu uso. Este é um complemento da TID que deve ser feito, uma vez que se entende que as consequências extrajurídicas devem ser insertas na argumentação jurídica. Como bem observa CARBONELL[552], em uma análise geral do tratamento das consequências na argumentação jurídica, esse é o ponto fraco da construção de MACCORMICK. Afinal, não basta vencer a reticência quanto a inclusão das conclusões extrajurídicas, deve-se igualmente produzir critérios para que essa incorporação

---

[550] Nesse sentido tem-se as regras de transição 6.1, 6.2 e 6.3, que permitem transições a qualquer tempo para o discurso teórico (empírico), para o discurso linguístico analítico e para o discurso teórico do discurso. Acerca da estrutura analítica ver as notas 356 e 357.

[551] Nesse sentido afirma a autora: "Seguindo a sugestão de MacCormick, a avaliação de consequências deve ser feita através de critérios como a justiça substantiva, conveniência pública e senso comum. No entanto, esses critérios estão ainda insuficientemente definidos ou, em outra palavras, são apenas discretas diretrizes para o sopesamento de consequências positivas e negativas das decisões alternativas, já que se baseiam em conceitos debatidos que precisam também ser definidos ou delimitados antes de serem usados como parâmetro da correção e perfeição dos argumentos consequencialistas" Tradução livre do original: "Following MacCormick's proposal, the evaluation of consequences should be done through criteria such as substantive justice, public convenience and common sense. However, these criteria are insufficiently defined or, in other words, are soft directives for balancing positive and negative consequences of the alternative decisions, since they are based on contested concepts that need, in turn, to be defined or delimited before being used as a parameter for the soundness or correctness of consequentialist arguments." (CARBONELL, Flavia. Reasoning by Consequences: applying different argumentation structures to the analysis of consequentialist reasoning in judicial decision. **Cogency**, Santiago, v. 3, n. 2, Summer 2011, p. 99).

[552] Nesse sentido afirma CARNONELL: "Em resumo, a força da teoria de MacCormick repousa na distinção entre os tipos de consequências e na preocupação com seus problemas e avaliação; o ponto fraco se refere essencialmente à vagueza dos critérios que avaliam as consequências e à ausência de elementos específicos para avaliar consequências extrajurídicas." Tradução livre do original: "To sum them up, the strength of MacCormick's theory lies in distinguishing types of consequences and being concerned with its problems and evaluation; the weak point refers mainly to the vagueness of the criteria for assessing consequences and the absence of specific elements for evaluating the argument from extra-legal consequences." (CARBONELL, Flavia. Reasoning by Consequences: applying different argumentation structures to the analysis of consequentialist reasoning in judicial decision. **Cogency**, Santiago, v. 3, n. 2, Summer 2011, p. 102).

ocorra de forma segura. Uma proposta para um aperfeiçoamento desse ponto será abordada na próxima seção.

Desse modo, conclui-se parcialmente que a argumentação judicial em MACCORMICK é decisiva para o seu próprio entendimento ontológico do Direito. Conforme explicado acima, MACCORMICK inicialmente aproximou-se do pensamento de HART, na medida em que reconheceu a importância da racionalidade dedutiva. Entretanto, a grande sofisticação do pensamento de MACCORMICK foi capaz de gradualmente elevar sua teoria para a influência dos elementos externos trazidos pelo Direito, inclusive através do argumento consequencialista. Posteriormente, como a construção da TID e como influências do pensamento principiológico de DWORKIN, graças ao relevo que o autor deu à argumentação jurídica como mecanismo para manutenção da racionalidade do Direito houve uma perda bastante significativa da importância relativa do juízo dedutivo. Assim, não se pode classificar a TID como uma teoria neutra ou presa a uma visão formal e pura do Direito.

Assim, após a análise da principal teoria da argumentação jurídica que incorpora o argumento consequencialista passa-se à transposição desse modelo teórico para o Direito contratual. Para tanto, deve-se observar a situação atual das práticas argumentativas.

3.3 **A argumentação judicial no modelo social de contrato: a prática argumentativa atual e as dificuldades**

A aplicação pelo Poder Judiciário de uma teoria da argumentação jurídica conforme o delineamento feito na seção anterior enfrenta diversos desafios. Objetiva-se nesta seção analisar quais seriam as principais dificuldades tendo-se como referência o Direito contratual brasileiro.

O Poder Judiciário pátrio por diversas vezes tem adotado a justificação magisterial na classificação trazida no capítulo anterior, em que o formalismo da argumentação o judicial é visível. Por fim, análises de aspectos econômicos e avaliações de custo e beneficio geral para a sociedade, apesar de terem crescido

recentemente, são pouco comuns. Desse modo, a mudança de padrão argumentativo pode ser bastante problemática.

Um primeiro ponto relevante com o abandono do raciocínio magisterial é a incorporação das razões consequencialistas. Nesse sentido, como já se indicou a importância das consequências nas decisões judiciais a inclusão da argumentação consequencialista é também uma questão de aumento da transparência da argumentação jurídica[553].

Entretanto, deve-se ponderar que não se trata de uma panacéia capaz de resolver por si só todos os desafios produzidos pela complexidade do modelo social de contrato. Dentre as críticas aos excessos que podem advir da incorporação da argumentação consequencialista tem-se a posição de SCHUARTZ. Inicialmente o autor[554] define consequencialismo jurídico de forma ampla, como qualquer abordagem que torne necessária, total ou parcialmente, a análise das consequências de determinada decisão jurídica para fins de aferir a sua adequação. Trata-se de definição similar a utilizada pelo próprio MACCORMICK

A análise feita por SCHUARTZ[555] identifica que no argumento consequencialista tem-se dois componentes: o descritivo e o normativo. O componente normativo, que corresponde à valoração positiva ou negativa das consequências enfrenta problemas quanto a sua universalização, dado o seu caráter

---

[553] Nesse sentido afirma CSERNE: "Como tenho defendido, o papel ideal da argumentação baseada no consequencialismo para decisões jurídicas não pode ser determinado apenas genericamente. Pelo contrário, depende de variadas características do sistema e do domínio jurídico do país. Juntamente com o arbítrio, estão a legitimidade e a especialidade. Culturas jurídicas, sistemas legais nacionais e até mesmo áreas legais distintas diferem crucialmente nessas dimensões. Onde quer que uma cultura jurídica qualquer encontre seu equilíbrio, uma coisa deverá ser sempre desejada: transparência. Transparência implica que argumentos baseados em consequência sejam, não sustentados por evidências, mas pela sua intuitividade (especulatividade) que deve ser percebida". Tradução livre do original: "As I have argued, the proper role of consequence-based reasoning in legal decision-making cannot be determined generally. Rather, it depends on a number of country and domain specific characteristics of legal decision-making. Linked to discretion, legitimacy and expertise. Legal cultures, national legal systems, even legal areas differ crucially along this dimensions. Wherever a particular legal culture finds the legal balance, one thing seems to be desirable in any context: transparency. Transparency requires that consequence-based arguments are not camouflaged as deduction. When a consequence based argument is not supported by evidence, its intuitiveness (speculativeness) should be acknowledged." (CSERNE, Péter. Policy Arguments before Courts: identifying and evaluating consequence-based judicial reasoning. **Humanitas Journal of European Studies**, Sosnowiec, v. 3, 2009, p. 30).

[554] SCHUARTZ, Luís Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org). **Direito e Interpretação:** racionalidade e instituições**.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383-384.

[555] Nesse sentido afirma o autor: "O alcance universal da pretensão de validade que necessariamente acompanha todo juízo consequencialista restringe-se, no entanto, à sua dimensão descritiva. Do componente normativa do juízo, consistente na ordenação do conjunto e consequências de acordo com critérios valorativos, poder-se-á cobrar, no máximo, a consistência interna desses critérios e, dependendo das circunstâncias, a sua compatibilização externa com normas e práticas aceitas como devidas pelos integrantes de uma comunidade jurídica particular. O espaço social para resolução ou acomodação posterior das divergências, nesse caso, não é mais a ciência, mas a política." (SCHUARTZ, Luís Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org). **Direito e Interpretação:** racionalidade e instituições**.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 385).

casuísta, o que não impede que se verifique a coerência entre os critérios usados e a ordem jurídica. Por sua vez, a dimensão descritiva diz respeito à construção de uma narrativa jurídica a partir dos fatos empíricos. Por exemplo, suponha que as instituições financeiras celebrem um contrato para captação conjunta e compartilhamento de informações dos tomadores de empréstimos, bem como procedimentos de segurança para o referido sistema de informações e a avença seja questionada pelo órgão de proteção ao consumidor. Nessa hipótese, a premissa normativa, que vai valorar as consequências positivas e negativas, por exemplo, a importância da redução de custos das instituições financeiras e do maior risco de roubo das informações em função de alegadas fragilidades do sistema. Essa valoração deve ser coerente com os valores do ordenamento jurídico, mas ela tem sua aplicabilidade restrita praticamente ao caso concreto. Afinal, não se pode afirmar que em qualquer hipótese em que as instituições financeiras integrarem informações e reduzirem os seus níveis de segurança isso será uma consequência negativa. Afinal, poder-se-ia pensar em outra situação, em que apesar de uma aumento pequeno na segurança, as informações compartilhadas fossem de interesse público, como por exemplo os impactos ambientais das atividades financeiras.

Apesar das ponderações acerca dos riscos SCHUARTZ[556] não acredita na viabilidade da exclusão do argumento consequencialista, mas aponta a necessidade de definição de critérios de adequação para a parcela consequencialista da justificação. Afinal, a posição ocupada pelo Poder Judiciário na sociedade brasileira atual torna inevitável a utilização desse tipo de argumento.

Agora deve-se avançar um pouco no conteúdo das argumentações consequencialistas no problema em análise. As definições até aqui trazidas são bastante amplas, englobando qualquer argumento finalístico. Para fins de ilustrar a discussão serão trabalhados os argumentos econômicos, bastante usados no Direito Empresarial. O que, conforme já desenvolvido anteriormente, não significa uma visão economicista no sentido do D&E na linha posneriana. Existem argumentos finalistas relevantes de outras naturezas, todavia, pela importância e polêmica escolheu-se o argumento de natureza econômica.

[556]SCHUARTZ, Luís Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (Org). **Direito e Interpretação**: racionalidade e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 396).

Essa questão pode ser abordada partir da inclusão das razões econômicas nos âmbito das razões substantivas. Para SUMMERS & KELLEY[557] a AED não se utiliza apenas de razões de objetivo ou institucionais de natureza econômica, como aqui se propõe, mas defende o uso de razões economicistas autônomas, que aplicam o raciocínio econômico não apenas para definir quais os meios mais eficazes para a concreção de determinado objetivo, mas definem tanto os fins quanto os meios através da teoria econômica, em especial a partir da chamada economia do bem-estar-social[558]. Essas razões econômicas autônomas seriam de dois tipos: razões Pareto-superior e Kaldor-superior. Na seção 1 do Capítulo 1 desta tese definiu-se o significado do conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, que é o que está por detrás dessas duas razões[559].

[557]Nesse sentido afirmam os autores: "Ao longo das últimas décadas, cada vez mais acadêmicos defendem que juízes explicitamente introduzam a análise econômica em decisões de casos da *common law*. (…) Além disso, muitos alegam que não só a análise econômica é relevante para determinar o meio mais rentável para se atingir determinado fim, como também gera duas variáveis importantes de razões autônomas substantivas que juízes podem invocar. Essas razões são autônomas no medida em que propositalmente aplicam a teoria econômica- inclusive a welfare economics- a fins e prescrições sobre determinados meios. Nos termos da nossa divisão de razões em razões finais e razões corretas, o que aqui denominamos "razões econômicas" consiste de duas classes distintas de razões finais. A primeira dessas subclasses chamaremos de "Pareto-superior", e a segundam "Kaldo-superior'" Tradução livre do original: "Over the past two decades, an increasing number of academics have advocated that judges *explicitly* introduce economic analysis into the decision of common law cases. (…) Moreover, many contend not only that economic analysis is relevant to determining the most 'cost effective' *means* to given goals but that also generates two important varieties of autonomous substantive reasons that judges may invoke. Such reasons are autonomous in the sense they purportedly draw up economic theory – including welfare economics – *for goals as well as for prescriptions about means*. In terms of our foregoing division of reasons into goal reasons and rightness reasons, what we will here call 'economists' reasons' consist of two distinct subclasses of goal reasons. The first of these subclasses we will call 'Pareto-superior' reasons. The second we will call 'Kaldor-superior' reasons." SUMMERS, Robert S.; KELLEY, Leigh B. 'Economists' Reasons' for Common Law Decisions – a preliminary inquiry. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 1, n. 2, 1981, p. 214-215.

[558]A Economia do Bem-Estar social faz uma avaliação normativa do desempenho dos mercados e das decisões de política econômica a partir dos conceitos de eficiência de Pareto e Kaldor-Hicks no âmbito dos modelos de equilíbrio geral ou parcial e funda-se em dois teoremas, o primeiro afirma que equilíbrios de mercado competitivo são sempre Pareto eficientes e o segundo que sob certas condições (todo os agentes tem preferências convexas, contínuas e monotônicas) sempre haverá algum vetor de preços para qual o equilíbrio de Pareto é um equilíbrio competitivo). Para uma análise introdutória ver: PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 6. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, p. 497-525. Para uma análise mais aprofundada ver: MAS-COLELL, Andreu; WHINSTON, Michael D.; GREEN, Jerry R. **Microeconomic Theory**. New York: Oxford University Press, 1995, p. 545-572.

[559] Para uma definição do conceito de eficiência de Kaldor-Hicks que indica quando uma situação é superior a outra em termos de Kaldor-Hicks e portanto encerra a razão Kaldor-superior mencionada ver a nota 91 na página 45. O conceito de eficiência de Pareto que indica quando uma situação é Pareto superior e geraria o argumento economicista do tipo Pareto-superior é bastante próximo ao de Kaldor. Uma situação A é Pareto superior a uma situação B sempre que em A pelo menos um indivíduo esteja uma situação melhor – mensurada em termos de maior utilidade ou riqueza – do que em B, sem que nenhum indivíduo esteja em situação pior na situação B, ou seja, sempre que for possível melhorar a situação de alguém sem piorar a situação dos demais tem-se uma melhora de Pareto a ser atingida. Para uma análise didática ver: DOMINGUES, Victor Hugo. Ótimo de Pareto. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord). **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte, Fórum, 2011, p. 39-47. Para uma análise crítica no âmbito da economia do bem-estar ver: FAGUNDES, Jorge. **Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência**: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste. São Paulo: Singular, 2003, p. 19-66.

Os autores, então começam a investigar qual seria a força justificatória dos argumentos economicistas. Para essa avaliação SUMMERS & KELLEY[560] identificam quatro pontos importantes para que os argumentos de objetivo em geral sejam capazes de justificar adequadamente uma decisão: i) a narrativa jurídica dos fatos deve ser consistente (sem problemas significativos de comprovação), ii) os efeitos prováveis da decisão podem ser estimados de forma confiável pelo magistrado ou tribunal, sendo que o resultado obtido é o de o efeito desejado é altamente provável, iii) o acréscimo no objetivo social em questão é significativo e iv) o objetivo social em questão serve um valor social prioritário. Para os autores não há nenhum valor importante associado as razões economicistas, ao menos de forma abstrata. A questão filosófica acerca das virtudes intrínsecas a maximização do bem-estar social é por demais complexa para ser aprofundada aqui, entretanto, pode-se afirmar que ela não é consensual. Por exemplo, a construção de MACCORMICK aponta de forma diversa, já que a sua concepção de razão prática não tem uma base utilitarista[561]. Ademais, diversos aspectos metodológicos da economia do bem-estar tornam as suas previsões altamente especulativas e pouco confiáveis em alguns casos.

Ainda, mesmo se vencidos esses obstáculos deve-se observar que essas razões seriam pouco inteligíveis nos auditórios da decisão judicial, sejam as partes, sejam os advogados ou a opinião pública, o que não a desqualifica as razões economicistas, mas retira uma parcela do seu poder de persuasão. Por fim, SUMMERS & KELLEY[562] apontam alguns defeitos nas razões econômicas autônomas como geradoras de regras gerais aplicáveis a casos semelhantes, uma vez que a sua utilização num caso enfrentaria tanto problemas metodológicos de comparação interpessoal quanto uma demanda muito difícil de ser atendida por dados e séries estatísticas.

---

[560] SUMMERS, Robert S.; KELLEY, Leigh B. 'Economists' Reasons' for Common Law Decisions – a preliminary inquiry. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 1, n. 2, 1981, p. 242.

[561] Para MACORMICK a virtude moral básica não é fazer sempre o melhor para maximizar a riqueza ou a utilidade, mas é o uso da liberdade moral de forma consciente visando realizar de forma razoável algum elemento do bem. A definição de uma escala valorativa acerca das ações capaz de indicar o que deve ser feito não ;e compatível com a definição de liberdade moral e autonomia que fundamentam a construção do raciocínio do autor. Nesse sentido ver: MACCORMICK, Neil. **Practical Reason in Law and Morality**. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 155-170.

[562] SUMMERS, Robert S.; KELLEY, Leigh B. 'Economists' Reasons' for Common Law Decisions – a preliminary inquiry. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 1, n. 2, 1981, p. 249-215.

Aqui está a se defender o uso de razões econômicas não autônomas, em especial como razões institucionais, e não o uso de razões economicistas autônomas como advogam os defensores da AED.

Após esse esclarecimento teórico pode-se abordar um segundo ponto. As razões econômicas, sejam como razões de objetivo ou institucionais, em geral fazem parte do discurso empírico e são incorporados ao discurso jurídico como argumentos científicos. Portanto, o movimento de aumento do uso de razões substancias implica também num aumento de argumentos científicos, ou seja, de argumentos oriundos de outras ciências, na decisão jurídica.

Aqui deve-se fazer um esclarecimento, o que se está a investigar é a inclusão do argumento científico na justificação judicial e não a mera produção de um laudo pericial. O que se demanda no cenário delineado anteriormente é que a opinião técnica – no caso econômica – seja incluída na justificação judicial, de modo à permitir que ela não fique imune a pretensão de correção trazidas pelas teorias da argumentação. Afinal, suponha que um argumento científico oriundo da teoria econômica seja a razão central para a decisão da lide, não haveria sentido em retirá-lo dos mesmos controles que incidem sobre os argumentos jurídicos. Para tanto, além da produção de um laudo pericial deve-se trazer as premissas e a metodologia adotada, bem como o grau de confiabilidade e as limitações do instrumental técnico para dentro do processo de justificação da decisão.

Nesse sentido, GODDEN & WALTON[563] apontam o dilema enfrentado pelo Direito em função da crescente especialização do conhecimento através dos avanços científicos. Ao mesmo tempo em que não se aceita que uma decisão seja contrária as evidências científicas ou mesmo seja baseada em proposições científicas equivocadas não se consegue resolver de forma satisfatória os diversos problemas associados à incorporação do conhecimento científico no processo judicial. Para fins desta tese basta afirmar que o conhecimento científico é tão excepcionável quanto as decisões judiciais, especialmente em função de novas evidencias, capazes ou não de garantir o surgimento de uma nova teoria. A resolução desse dilema é urgente, na medida em que o avanço dos argumentos empíricos de cunho científico na argumentação jurídica é significativa e tem

[563] GODDEN, David M.; WALTON, Douglas. Argument from Expert Opinion as Legal Evidence: critical questions and admissibility criteria of expert testimony in the American legal system. **Ratio Juris**, Oxford, v. 19, n. 3, 2006, p. 262-286.

acontecido rapidamente, levando alguns autores, como SCHAUER & WISE[564] a descrever fenômeno como uma deslegalização do Direito (*delegalization of law*), que na terminologia da teoria dos sistemas de LUHMANN traduz-se numa des-diferenciação do Direito. Essa conclusão foi resultado de uma pesquisa empírica, que identificou um aumento crescente da participações das citações de fontes não jurídicas nas decisões judiciais da Suprema Corte Norte-Americana e na Suprema Corte de Nova Jersey.

Esse ponto é objeto de amplo debate no âmbito do processo civil, em especial a partir da questão da apreciação das provas pelo magistrado. Não cabe aqui, dadas as limitações do presente estudo, uma análise aprofundada da questão. Todavia, uma menção é relevante. A problemática é abordada por TARUFFO[565] em trabalho em que o autor, após demonstrar a ubiquidade das experiências sociais e do senso comum no processo decisório judicial, identifica um processo de avanço do conhecimento científico sobre questões sociais que eram tratadas como senso comum. Nessa perspectiva ter-se-ia na terminologia do autor uma cientifização do raciocínio probatório, que pode ser exemplificado pelo uso de modelos probabilísticos na valoração das provas e pelo uso das provas científicas como centrais para decisão das lides judiciais. Essa movimento, entretanto, é feito como instabilidade e desafios, na medida em que os critérios de falso/verdadeiro da ciência não correspondem aos critérios de correção adotados no Direito e na argumentação jurídica.

A reação mais adequada, como aponta SCHUARTZ[566], não está nem numa aversão plena da argumentação jurídica aos argumentos científicos e, tampouco, na abertura ampla e irrestrita a esses argumentos. A solução está, em realidade, na criação de regras argumentativas de correção para a incorporação das argumentações científicas na argumentação jurídica.

A atualidade do problema pode ser observada no aumento de citação de sites de internet na justificação das decisões judiciais. Na expressão de MOREIRA[567] tem-

---

[564] SCHAUER, Frederick; WISE, Virginia J. Non legal Information and the Delegalization of Law. **The Journal of Legal Studies**, v. 29, p. 495-515, 2000.

[565] TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. In: **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, vol. 2, nº 2, 2001 p.171-204.

[566] SCHUARTZ, Luis Fernando. Interdisciplinaridade a adjudicação: caminhos e descaminhos na ciência do Direito. **Revista Brasileira de Filosofia,** São Paulo, v. 232, ano 58, p.133-171, 2009.

[567] Nesse sentido afirma o autor: "A toda evidência, não é de se rejeitar a acolhidas dessas fontes de pesquisa pelo mundo do Direito – mesmo porque seria infértil a recusa: por um lado, hoje, boa parte dos processos é também virtual; por outro, Google e Wikipédia fazem parte da nossa cultura cotidiana (este artigo valeu-se de ambos para ser escrito). Tais fontes – assim como muitas outras – já foram definitivamente incorporadas à rotina

se uma wiki-justice e uma google-motivação. A preocupação do autor é similar a desse estudo, se a incorporação dessas fontes parece inevitável, deve-se construir critérios para o seu uso adequado na argumentação jurídica.

A validade jurídica das inferências científicas é sujeita a questionamentos. Afinal, as teorias científicas têm versões rivais e o nível de exigência para a prova da sua validade é bastante diverso em cada um dos diferentes ramos do conhecimento. Por outro lado, a sua correção no contexto de um processo judicial está sujeita a um juízo único para qualquer hipótese científica.

Desse modo, evidencia-se a função do Poder Judiciário como guardião (*gatekeeper*) da correção da argumentação, como aponta SCHUARTZ[568]. Esse dever do juiz implica a avaliação por ele da observância dos requisitos de correção pelo argumento científico, incorporando as restrições institucionais presentes no ordenamento jurídico. Assim, mesmo que o argumento científico esteja presente num laudo pericial não pode mais o magistrado receber passiva e acriticamente os resultados obtidos.

Assim, a proposta aqui defendida é que as alternativas metodológicas para a construção do argumento científico – seja esse argumento oriundo de um laudo pericial ou não – , ao seguirem premissas diversas e portanto serem adequadas a resultados diferentes sejam expostas na justificação e discutidas publicamente, senão no caso concreto, ao menos no âmbito da esfera pública. Um exemplo, a ser aprofundado na próxima seção, diz respeito as maneiras de determinar os resultados líquidos em um processo de concentração empresarial[569]. Cada um dos

---

dos juízes, advogados e partes do processo. Até aqui a capitulação é inevitável. Porém, o verdadeiro problema está em outro aspecto dessa convivência: até onde se pode ir? O verbete da enciclopédia virtual – ou a informação obtida via Google ou Facebook – pode legitimar o livre convencimento de um magistrado, apesar de não estar nos autos ou ser diferente daquilo que conta por escrito? (...) Tais perguntas – e muitas outras – precisam ser postas a lume, sob pena da máxima latina ser subvertida para a *quod non est in Google non est in mundo*." (MOREIRA, Egon Bockman. E-proc, Wiki-justice e motivação-Google: até onde se pode ir?. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 08 fev. 2013. Justiça & Direito, p.12).

[568] Nesse sentido afirma o autor: "Abertura para a Ciência não significa, entretanto, determinação pela Ciência. O Direito não deveria tolerar, entre as premissas das inferências que suportam as decisões, hipóteses amplamente refutadas pela Ciência, mas a estabilidade das estruturas jurídicas requer certa indiferença ante os potenciais de problematização ativados rotineiramente pelos cientistas no exercício das suas obrigações funcionais. Daí a importância do papel do julgador como *gatekeepe*r, que monitora o acesso de conteúdos proposicionais aos processos de adjudicação, atento às oportunidades reveladas e restrições impostas pelo funcionamento do sistema jurídico" (SCHUARTZ, Luis Fernando. Interdisciplinaridade a adjudicação: caminhos e descaminhos na ciência do Direito. **Revista Brasileira de Filosofia,** São Paulo, v. 232, ano 58, 2009, p. 149).

[569]Por exemplo, CARPENA defende que se adote o padrão da soberania do consumidor (*consumer sovereignty standard*), que dá um peso maior aos prejuízos gerados na redução do nível de concorrência e, portanto, a liberdade de escolha do consumidor do que outros critérios, como a mensuração do total dos excedentes pelo modelo de Williansom (*price standard*) , que dá um peso maior aos prováveis ganhos de eficiência e reduções de preços. O que se defende é que essa escolha deva constar da justificação e ser sujeita ao controle argumentativo. Para uma análise da posição da autora ver: CARPENA, Heloisa. **O Direito do Consumidor na Concorrência**. Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 174-148.

padrões possíveis é resultado de uma proposta diversa no âmbito da teoria econômica e cada padrão é mais adequado a mensuração de determinado efeito. Portanto, a escolha feita é resultado de um processo valorativo.

A utilização integral e direta de critérios científicos por si só não representa uma solução para o problema do controle dos argumentos consequencialistas, como aponta SCHUARTZ[570], na medida em que a argumentação judicial é incompatível com critérios de racionalidade posterior à tomada de decisão. Já no âmbito da ciência uma teoria prevalente em dado momento pode ser suplantada por novos experimentos empíricos que comprovem a sua inadequação. Assim, para o autor[571], deve-se adicionalmente reestruturar a descrição da norma jurídica de modo a que a norma de Direito positivo passa a ter na sua estrutura a ressalva de que a identificação e avaliação dos fatos deve estar restrita aos fatos pretéritos à conduta analisada.

Numa perspectiva mais realista, deve-se observar que enquanto as teorias científicas podem ser fundadas em uma quantidade considerável de dados e experiências empíricas, além do uso de métodos quantitativos avançados, a decisão jurídica é contingente e tomada em contexto de pouca ou nenhuma informação acerca das relações de causa e efeito entre a norma e a realidade. Como bem aponta SCHUARTZ[572], a situação pode ser controlada de forma bastante satisfatória se os tomadores de decisão estivessem agindo num contexto de superioridade

---

[570]SCHUARTZ, Luís Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org). **Direito e Interpretação**: racionalidade e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 391).

[571] Nesse sentido afirma o autor: "A delicada operação de reconciliação entre dogmática jurídica e consequencialismo jurídico requer, a ampla condicionalização das normas de direito positivo que se apresenta na forma de prescrições da realização de objetivos, i.e. sua reestruturação enquanto normas do tipo "Se **X** então dever-ser Y", seguida pela redescrição da condição **X** de modo que a verificação da sua ocorrência pelo julgador nos casos concretos dependa, predominantemente, da investigação de fatos pretéritos à conduta "sub judice". (SCHUARTZ, Luís Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. In: MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada (org). **Direito e Interpretação**: racionalidade e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 404).

[572]Nesse sentido afirma o autor: "Especialmente nos procedimentos institucionalizados de aplicação do direito, as citações de resultados cada vez mais sofisticados de teoria econômica e o uso de métodos quantitativos complexos e ultra-sensíveis a hipóteses não triviais contrastam com a pouca quantidade e a questionável qualidade dos dados empíricos disponíveis para garantir sua aplicabilidade aos casos concretos. É certo que não há nada a opor a esse quadro se nos colocamos na posição de agentes privados estrategicamente orientados na persuasão de sujeitos dotados de poder de decisão. O problema por trás desse descompasso não é algo que tenha que ser analisado nos termos de um conflito entre ética profissional e os imperativos do agir estratégico, mas que deveria ser procurado em outra direção, pois consiste, em boa medida, em um efeito de escamoteamento de deficiências aparentemente estruturais da administração pública no que toca à redução das assimetrias de informação que caracterizam seu estado de conhecimento comparativamente ao estado de conhecimento das partes (i. e., requerentes, representantes e representadas) nos processos de análise de atos de concentração econômica e investigação de condutas anticompetitivas." (SCHUARTZ, Luís Fernando. Quando o Bom é o Melhor Amigo do ótimo: a autonomia do direito perante a economia e a política da concorrência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 245, maio/junho/julho/agosto 2007, p. 96-97).

informacional e num contexto institucional que provesse um apoio adequado. O que não é, infelizmente, a realidade da Administração Pública Nacional.

Assim, o uso dos argumentos científicos traz da comprovação posterior da falsidade da construção teórica utilizada. Todavia, não se pode de forma justa criticar um magistrado que utilizou a época da decisão uma assertiva científica tida como válida e que posteriormente teve sua falsidade comprovada. Nesse caso se o magistrado decidir acerca do cumprimento de um contrato ele deverá se valer do conhecimento científico prevalente à época da decisão, não podendo exigir atitude diversa. Por exemplo, suponha que um estudo comprove que uma nova legislação que ao visar proteger o meio-ambiente torna determinada cláusula ilícita na verdade incentivou comportamentos mais danosos ao meio-ambiente. Não se pode exigir que a decisões judiciais proferidas levem em conta efeitos que apenas foram conhecidos décadas após. O que se pode demandar é que a decisão judicial leve em conta efeitos que sejam altamente prováveis em função do estágio de conhecimento científico a época em que as decisões são proferidos.

Em função das limitações deste estudo não será possível aprofundar essa questão no âmbito dos impactos do tratamento dado pelas normas processuais para as provas periciais. Todavia, basta aqui reafirmar que esses argumentos devem ser incluídos na estrutura argumentativa da justificação da decisão judicial.

Para ilustrar a questão pode-se observar alguns exemplos jurisprudenciais. Um primeiro caso demonstrativo disso foi o Recurso Especial n 504.750 AM[573], realizado em um contrato de prestação de serviço de repetição de sinais de televisores via satélite, realizada entre uma empresa de telecomunicações (transmissão de sinais) e determinado canal da TV-restrita (Televisão local do Amazonas). No caso, a recorrente (empresa responsável pelo canal de televisão, e portanto, pela transmissão final ao público-alvo) alegou que foi abusivo o ato da recorrida (empresa transmissora de sinal) ter comunicado que a partir de

[573] Direito Civil. Contrato de prestação de serviços. Transmissão de sinais de televisão. Substituição da tecnologia analógica pela digital. Alteração na substância do serviço que autoriza o aumento do preço. Existência de prova inequívoca a autorizar o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela pretendida. Aplicação da Súmula n.º 7 deste Tribunal. I – É necessário o reexame de prova para se acolher a alegação da recorrente no sentido de que houve apenas a modificação do nome do serviço prestado pela recorrida sem que houvesse alteração em sua substância. Tendo o Tribunal de origem, com base em elementos de prova, verificado que houve mesmo a substituição do serviço de transmissão de sinais de televisão – de analógico para digital – justificando o aumento do preço, obsta o conhecimento do recurso especial a Súmula n.º 7 desta Corte. II – Recurso especial não conhecido.(BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 504.750/AM, Terceira Turma, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, 14 de dezembro de 2004. Diário de Justiça, Brasília, 14 mar. 2005, p. 321).

determinado período interromperia a transmissão do sinal por razões de custos, sob a justificativa de que lhe ofereceria um melhor e inovador serviço de transmissão "RTV Digital Plus", tudo por um valor mais elevado.

Segundo o canal de transmissão, a atitude da empresa fornecedora de sinal era abusiva, pois o serviço oferecido em nada diferia do anterior (de transmissão analógica), bem como elevava o preço excessivamente e sem mútuo acordo, além de ter introduzido a empresa em uma dependência de negociação com a fornecedora de sinal, pois o investimento inicial que suportou com a fornecedora foi bastante elevado, situando-se em dependência desta.

A recorrida e fornecedora do sinal, ao seu turno, afirmava que havia expressa disposição autorizando tal elevação do preço do objeto no contrato, bem como que o canal de televisão foi devidamente notificado com antecedência, inclusive usufruindo do melhor serviço oferecido pela transmissão, agora digital.

Ora, na decisão proferida pelo tribunal, o sopesamento dos argumentos resultou no não provimento do recurso, tanto pelo argumento de que mero reexame de provas não enseja Recurso Especial, quanto pela ratificação do raciocínio jurídico do Tribunal *a quo,* de que, de fato, existe latente variação tecnológica entre ambos os sistemas, o que é comprovado por todos os sistemas de engenharia e rede de comunicações - como ensejador de uma imagem de maior qualidade e velocidade de sinal -, e que em razão disso, fundamentalmente, houve alteração substancial do contrato, não podendo o canal de televisão beneficiar-se deste serviço sem o reajuste do preço[574], inclusive no panorama de uma implícita previsão contratual a tal reajuste.

Esse é um caso em que os argumentos empíricos, tanto os de cunho científico no âmbito das telecomunicações acerca do grau de aperfeiçoamento tecnológico quanto econômico-financeiro, em função da mensuração dos impactos do avanço tecnologia nos custos e lucros esperados desempenhou papel relevante.

---

[574] Conforme voto do Min. Relator: "Porém, do acórdão recorrido consta que o "serviço TVSAT Regional operava em sistema analógico. O RTV Digital Plus, embora compatível com aquele, opera em sistema digital. Conforme anunciou o juiz tratam-se de serviços distintos" e, inclusive, da influência de razões políticas para a adesão ao sistema, gerando a necessidade de adequação à tecnologia, o que foi argumentado em sede de agravo: "[...] cumprindo destacar que a agravada presumivelmente incorreu em investimentos para oferecer transmissão no sistema digital, o que autoriza concluir pela justificativa de aumento de preço. Aliás, na correspondência encaminhada à agravante, fl. 45, anuncia-se que a extinção do TVSAT Regional decorrera de **evolução tecnológica,** ou seja, vislumbra-se que houve alteração substancial do serviço. É frágil a tese de simples mudança no nome do serviço. Acrescento que a agravada ofereceu ainda uma alegação bastante razoável: o preço do TVSAT Regional espelhava o modelo anterior do mercado de telecomunicações, anterior à privatização, fortemente influenciado por decisões de índole política e não econômica."

Existem, ainda situações mais dramáticas, em que tem-se duas teorias rivais bem estabelecidas buscando a prevalência no campo científico. Por exemplo, no caso de uma discussão acerca do potencial de causação de danos aos consumidores ou ao meio ambiente em função do desenvolvimento de um novo produto. Se a lide funda-se nessa questão, a maior aceitação da teoria dominante, apenas e tão somente por ser ela ser aquela aceita pela maioria, não se justifica em termos jurídicos[575].

Essa situação pode ser observada, por exemplo, na discussão dos riscos do desenvolvimento no caso de fornecimento de produtos inovadores ou no princípio da precaução do Direito Ambiental. Um julgado que ilustra essa situação é a disputa entre a empresa FERSOL, de agrotóxicos, e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVISA. A agência, em processo de reavaliação toxicológica, proibiu a comercialização de produtos que contivessem o composto METAMIDOFÓS, distribuídos pela FERSOL. Essa medida foi fundamentada no princípio da precaução, em defesa do meio-ambiente e da população afetada. A FERSOL ajuizou ação ordinária contra a ANVISA visando a derrubar a proibição, alegando que os métodos avaliativos do procedimento de reavaliação toxicológica eram obsoletos[576], entretanto não obteve sucesso. Assim, observa-se que na transição do

[575]Nesse sentido afirma o autor: "O maior grau de aceitação entre acadêmicos não implica (ou deveria implicar) 'direito' à dominância na comunicação científica. Esta se conquista e estabiliza apenas no dia-a-dia dos testes, justificações e refutações baseados, sobretudo, em observações e experimentos metodicamente conduzidos. No Direito, a cópia deste padrão de evolução, embora concebível, é disfuncional e esbarra em significativas dificuldades normativas e operacionais" (SCHUARTZ, Luís Fernando. Interdisciplinaridade a adjudicação: caminhos e descaminhos na ciência do Direito. **Revista Brasileira de Filosofia,** São Paulo, v. 232, ano 58, 2009, p. 148).

[576]A ementa é a seguinte: "CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. ANVISA. REAVALIAÇÃO DO REGISTRO DE PRODUTO AGROTÓXICO (INGREDIENTE ATIVO METAMIDOFÓS). PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. PODER DE POLÍCIA DA AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. LEGALIDADE.I - Se a Constituição da Republica Federativa do Brasil, no âmbito normativo da tutela cautelar do Meio Ambiente, impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de "controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente" (CF, art. 225, § 1º, V), enquanto a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, ao dispor sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, tem, como objetivo principal, a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida (art. 2º, caput), há de se entender porque as atividades relativas à produção e comercialização de produtos agrotóxicos, como na espécie dos autos, não poderão deixar de submeter-se ao atuar legítimo do Poder de Polícia da ANVISA. Constituição da Republica Federativa do BrasilCF225§ 1ºV6.938II - Em casos que tais, a presença de indícios dos efeitos maléficos que o referido produto possa causar ao consumidor autoriza a adoção das medidas necessárias, visando a inibição de riscos à sua saúde e qualidade de vida, em homenagem ao princípio da precaução, que, na defesa do interesse sanitário-difuso, haverá sempre de se sobrepor a qualquer outro, mormente quando de cunho eminentemente material, como no caso dos autos, privilegiando-se, assim, a garantia do direito à saúde e à vida, a que todos fazem jus, nos termos de nossa Constituição Federal. Constituição Federal III - Agravo de instrumento provido. (BRASIL. Tribunal Regional Federal. Apelação 0042663-13.2011.4.01.0000, Quinta Turma, Relator Desembargador Federal Souza Prudente,15 de agosto de 2012.Diário de Justiça, Brasília, 22 ago. 2012, p.1219). No referido julgado, há argumentos em menção aos argumentos empíricos de cunho científico, como se depreende do seguinte trecho do voto: "b) o impedimento de fabricação e comercialização de tais produtos se deu com base em estudos científicos antigos ou não atualizados e passíveis de criticas e que a ANVISA teria promovido a reavaliação do metamidófos em 2002 com base nos mesmos estudos, tendo, na oportunidade, sido referendados os produtos a base desse ingrediente,

discurso empírico para o jurídico nas lides sujeitas ao princípio da precaução a correção de pretensão exige um alto grau de segurança, que pode ser diverso dos padrões científicos e do critério de aceitação da teoria dominante. Por exemplo, se essa mesma questão fosse tratada no âmbito de um lide empresarial, acerca do cumprimento de um contrato para desenvolvimento de uma nova substância e a questão envolvesse risco para a sociedade, mas sim da observância ou não de determinadas propriedades da substância que permitissem uma melhor performance de um produto, a pretensão de correção da argumentação jurídica tenderia a aceitar mais facilmente os resultados das pesquisas mais recentes.

Essa dificuldade será enfrentada, mesmo que em menor magnitude, no âmbito do Direito Contratual a partir do modelo social de contrato. Afinal, a definição, por exemplo, da razoabilidade de uma estratégia empresarial depende da tentativa de explicação desse comportamento através de modelos de teoria econômica.

Um segunda dificuldade diz respeito à compreensão do ambiente negocial vivido pelo empresário, o que torna a análise contextualizada da conduta dos contratantes bastante problemática.

Um primeiro exemplo pode ser encontrado na jurisprudência acerca dos contratos de distribuição. O TJ/PR[577]ao julgar um contrato empresarial de distribuição de bebidas sob a perspectiva do art. 720[578] do Código Civil enfrentou a

---

estabelecendo apenas providências adicionais para tornar segura sua utilização; Dada a nocividade do metamidofos, demonstrada especialmente em estudos científicos independentes realizados em vários países, concluiu-se que o ingrediente ativo em questão possui características neurotóxicas e imunotóxicas, além de provocar toxidade sobre o sistema endócrino, o sistema reprodutor e o desenvolvimento embriofetal, comprovando-se que o metamidófos se enquadra entre as hipóteses proibitivas de registro, estabelecidas no art. 3º, § 6º e alíneas, da Lei nº 7.802/89."

[577] A ementa é a seguinte: "EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS POR ROMPIMENTO IMOTIVADO DE CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO DE BEBIDAS. IMPROCEDÊNCIA. 1. No caso, há previsão expressa acerca da possibilidade de rescisão do contrato a qualquer tempo, e por iniciativa unilateral de qualquer parte. 2. Por outro lado, não restou demonstrado pela apelante (CPC, art. 333, inc. I) qualquer dano quer de ordem material, quer de ordem moral, passível de ressarcimento, não se podendo presumi-los no caso com base somente em alegada onerosidade ou injustiça de contrato que, por sinal, perdurou por cerca de dez anos sem qualquer iniciativa de revisão ou rescisão, acaso efetivamente desvantajoso, como se afirma. 3. Os contratos não são eternos. Ainda que vigendo por prazo indeterminado, podem ser denunciados sem motivo por um dos contratantes. O que não se admite, e no caso não se demonstrou ter ocorrido, é o rompimento abrupto e injusto, em que se surpreenda o distribuidor sem lhe dar tempo para (a) reaver-se do que investiu e (b) escolher o melhor caminho a seguir, quer com a continuidade do empreendimento direcionado a outra atividade ou a manutenção com outro fornecedor. 4. Impossível também falar-se em indenização por fundo de comércio incorpóreo ante a condição de intermediadora da apelante (distribuidora). Isso só seria possível se provado que as vendas só foram possíveis, ou aumentaram numa determinada região, não pela excelência do produto ou sua popularidade preexistente, e sim, exclusivamente, pelo investimento e trabalho do distribuidor, prova que também inexistiu no caso. RECURSO NÃO PROVIDO.(PARANÁ. Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 571952-4, Décima Câmara Cível, Relator Desembargador Valter Ressel,18 de novembro de 2009. Diário de Justiça, Curitiba, 22 abr. 2010, p. 290)."

[578] O referido artigo tem a seguinte redação: "Art. 720. Se o contrato for por tempo indeterminado, qualquer das partes poderá resolvê-lo, mediante aviso prévio de noventa dias, desde que transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto do investimento exigido do agente. Parágrafo único. No caso de divergência entre as partes, o

questão da alegada abusividade da denúncia do contrato empresarial em questão. Para caracterizar a abusividade a denúncia deve ser feita sem que seja possível a recuperação dos investimentos e com um prazo de aviso prévio inferior ao necessário para que o distribuidor possa redirecionar os seus negócios. Ainda, houve a questão da indenização pelo fundo de comércio. No julgado observa-se que o magistrado exige que o distribuidor faça prova de que as vendas tenham sido feitas apenas e tão somente em função dos seus próprios esforços. Ora, a confiabilidade da prova em questão depende de dois fatores: o padrão de prova aceitável no Direito e o padrão de possível de ser alcançado no âmbito da teoria econômica. Afinal, a relação de causalidade a ser estabelecida entre os fatos estaria necessariamente dentro de um determinado grau de segurança a ser obtido por determinado modelo econométrico. Portanto, poder-se-ia questionar caso esse modelo tivesse sido construído e apresentado por uma das partes ou mesmo por um perito como o magistrado iria avaliar na sua decisão a validade jurídica de determinado exercício econométrico, ou ainda, em situação um pouco mais complexa, como seria a escolha entre dois estudos econométricos com conclusões opostas. Mais precisamente: a especificação do modelo econométrico demanda a formulação de hipóteses acerca das razões prováveis para o aumento de vendas naquela região além da atuação do distribuidor, a questão é que se essa escolha for feita de forma incorreta, o resultado está maculado[579].

Outro exemplo é a análise do contrato de franquia feita pelo TJ/RS[580] em que foi analisada a questão do equilíbrio contratual nos contratos empresariais. Nesse

---

juiz decidirá da razoabilidade do prazo e do valor devido."(BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11jan. 2002).

[579] A especificação de um modelo econométrico diz respeito a escolha das variáveis dependentes, ou seja, que serão explicadas pelo modelo e das variáveis independentes, que são aqueles que explicam o comportamento das dependentes. O erro de especificação está entre os principais problemas a serem enfrentados pelo formulador de um modelo econômico ou econométrico. Afinal, essa escolha é uma questão teórica que não é resolvida autonomamente pelos modelos matemáticos e estatísticos.

[580]Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA COLIGADO A CONTRATO DE FRANQUIA. AGRAVO RETIDO. NÃO REITERADO. Não comporta conhecimento agravo retido que não foi reiterado por ocasião das razões de apelação. Inteligência do art. 523, § 1º, do CPC. Agravo retido não conhecido. RESOLUÇÃO CONTRATUAL. DANOS MATERIAIS DEVIDOS. As cláusulas analisadas no contrato de compra e venda se afastaram do objetivo da franquia inicialmente contratada, representando flagrante desequilíbrio econômico entre os contratantes, em desacordo com a boa-fé objetiva, bem como de seus deveres anexos de cooperação e lealdade que têm que nortear a relação contratual. O aumento do custo fixo das franqueadas com o aluguel de outros locais para armazenar o estoque acumulado devido às imposições de compras de produtos em quantidades muito superiores às necessidades do mercado; às constantes alterações da linha de produção sem aviso prévio à franqueada; sem contar as mudanças de preços causando prejuízos à contratante - sistemática adotada pela franqueadora - acabou sufocando completamente as parceiras comerciais. Logo, no caso em análise, deve ser mitigado o princípio da pacta sunt servanda diante da existência de contrato unilateralmente imposto às franqueadas, partes economicamente mais frágeis na relação, que assegurou vantagem excessiva para a franqueadora, impondo-se o reequilíbrio contratual em nome do princípio da equidade e da função social do contrato. DANOS MORAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO DO DEVER DE

caso observou-se que a atuação abusiva do franqueador, ao impor de forma desarrazoada cláusulas contratuais que eram lícitas (aquisição de estoque mínimo e fixação de preços pelo franqueador) no contexto econômico inicial da contratação. Posteriormente, com a configuração de que a quantidade de produtos em estoque mínimo era superior as necessidades de pronta entrega no mercado em questão, observou-se que a cláusula deixou de cumprir a sua função e passou a permitir a mera desova e repasse de custos do franqueador para o franqueado. Ademais o Tribunal considerou que a mudança constante e o nível de preços adotados prejudicou o franqueado. Essa constatação é econômica, na medida em que a depender da estratégia de mercado do franqueador a mudança de preços pode gerar um ganho para o produtor. Para a devida justificação dessa assertiva deve-se necessariamente construir um argumento econômico.

A questão da distribuição é bastante importante na medida em que a forma de distribuição do produto integra a estratégia da empresa, podendo ser responsável pelo sucesso ou fracasso de determinado empreendimento econômico. Todavia, o modelo social de contrato pode justificar uma intervenção nessa decisão pelo Poder Judiciário no âmbito do próprio Direito Contratual, além da intervenção pelo CADE no âmbito concorrencial. Essas atuações podem produzir decisões divergentes. Para ilustrar tem-se um exemplo bastante relevante no Direito pátrio.

O caso diz respeito à exigência de prestação de serviços médico com exclusividade nos contratos da UNIMED. O CADE em diversos processos determinou a anticompetitividade da cláusula de exclusividade nos contratos de prestação de serviços dos médicos, em especial em municípios em que a UNIMED detinha uma grade parcela do mercado e a maior parte dos médicos do município é cooperado, aplicando multa[581]. Por exemplo, dentre os casos mais relevantes tem-se a condenação da UNIMED de Votuporanga por infração contra a livre concorrência imposta em 2007, com a condenação de pagamento de multa no valor

---

INDENIZAR. Embora incontroverso o cabimento de indenização por danos extrapatrimoniais à pessoa jurídica, entendimento este consolidado pela Súmula nº 227 do STJ, é necessário que haja ofensa a sua honra objetiva e a devida comprovação dos danos morais suportados. Na espécie, não restou comprovada ofensa à honra objetiva e à reputação da pessoa jurídica autora. Caso concreto em que não se mostram presentes os requisitos do dever de indenizar. Falta de provas dos alegados danos morais. AGRAVOS RETIDOS NÃO CONHECIDOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70047160510, Nona Câmara Cível, Relator Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary, 25 de abril de 2012. Diário de Justiça, Porto Alegre, n. 4820, 27 abr. 2012).

[581] Pode-se citar, dentre outros, os Processos Administrativos nº 08000.014608/1995-86 (Unimed Ponta Grossa/PR), 08012.005071/2002-41 (Unimed Campinas e outras), 08012.006769/2003-65 (UnImed Vale do Caí). Em todos eles houve a condenação pela exigência de exclusividade.

de R$ 63.846,00 (Sessenta e três mil oitocentos e quarenta e seis reais)[582]. O raciocínio concorrencial, em síntese é o de que em diversos cidades foi observado que uma grande parte dos médicos, em alguns casos algo próximo a 90% além do atendimento particular eram cooperados com a UNIMED e em função da cláusula de exclusividade não podiam ser conveniados com mais nenhuma operadora de plano de saúde. Nesses casos cria-se uma impossibilidade de concorrência, pois quase todos os médicos da cidade estão presos a um mesmo plano de saúde. Ora, cria-se uma barreira à entrada para que qualquer outra operadora de saúde entre no mercado em questão. Isso permitiria que a UNIMED de Votuporanga, por exemplo, aumente os seus preços sem correr o risco de perder clientes para um eventual concorrente[583].

Por sua vez o STJ inicialmente entendeu que as cláusulas são lícitas e não trazem qualquer prejuízo para o consumidor. Dentre os julgados destaca-se o julgamento do Recurso Especial nº 261.155/SP[584], em que a cláusula foi tida como legal. Dentre os fundamentos para a defesa da legalidade alguns magistrados utilizaram uma argumentação de cunho mais técnico jurídico acerca da natureza jurídica da UNIMED de Rio Claro/SP de cooperativa, o que tornaria o trabalho para uma outra operadora de Plano de Saúde uma concorrência consigo mesmo. Entretanto, para este estudo o argumento mais interessante é aquele constante do voto-vista da Min. Nancy Andrighi, que fez de razões puramente econômicas, o que se pode observar no seguinte trecho:

> Primeiro, a Unimed, em suas diversas cooperativas formadas para a prestação de serviços médicos por meio de planos de saúde, compete no Brasil com rivais formidáveis em tradição, qualidade e porte financeiro; umas derivam sua penetração no mercado do tempo em que atuam no setor; outras derivam de alianças firmadas com instituições financeiras e congêneres de porte, isso quando não representam, claramente, empresas criadas e geridas pelo próprio grupo financeiro já consolidado.

---

[582] Trata-se do Processo Administrativo nº 08012.008228/2006-14 julgado em 05/09/2007, que teve como Relator o Conselheiro Luiz Fernando Schuartz e foi ementado da seguinte forma: "Processo Administrativo. Imposição pela Representada, de exigência de exclusividade na prestação de serviços médicos aos seus cooperados. Unimilitância. Violação dos arts. 20, I e IV e 21, IV e V da Lei 8.884/94. Decisão pela condenação. Determinação de cessação, alteração estatutária e imposição de multa, nos termos dos arts. 23, 24, 25 e 27 da referida lei."

[583] Para uma discussão mais aprofundada dessa questão no âmbito do Direito da Concorrência brasileiro ver: GONÇALVES, Priscila Brólio. **A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no Direito Concorrencial Brasileiro**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo, p. 278-287.

[584] O acórdão foi ementado da seguinte forma: "Recurso especial. Previdência privada. UNIMED. Cooperado. Médico. Exclusividade. 1. O cooperado que adere a uma cooperativa médica submete-se ao seu estatuto, podendo atuar livremente no atendimento de pacientes que o procurem, mas vedada a vinculação a outra congênere, conforme disposição estatutária. 2. Recurso conhecido, mas desprovido, por maioria. (REsp261.155/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Rel. p/ Acórdão Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/03/2004, DJ 03/05/2004, p. 91)."

> Disso resulta concluir ser acirrada a competição no setor. Segundo, a competitividade existente no mercado de serviços de planos de saúde implica reconhecer a necessidade de prestação desse serviço em âmbito nacional, porquanto coberturas meramente estaduais ou regionais são, cada vez mais e mais, insuficientes ao atendimento das necessidades do consumidor, dado que: (a) certos tratamentos médicos são oferecidos apenas nos grandes centros urbanos, e (b) a mobilidade crescente das pessoas, decorrente da facilitação dos meios de transporte e da conjuntura do mercado de trabalho, torna exigível a prestação em âmbito nacional. Terceiro, considerado que a prestação em âmbito nacional é essencial à manutenção da competitividade da prestadora de plano de saúde, deve-se concluir que a Unimed, cuja penetração de mercado está concentrada em determinados centros regionais, possui baixo grau de competitividade no setor, em especial se comparada com sociedades prestadoras de plano de saúde em âmbito nacional. Do exposto pode-se concluir que a cláusula de exclusividade exigida pela Unimed não caracteriza abuso de posição dominante, nos termos dos arts. 20 e 21 da Lei 8884/94, porquanto tal prática não inviabiliza a entrada de concorrentes de porte na região indicada no processo em análise (interior do Estado de São Paulo).

Ora, a análise feita pela pelo órgão concorrencial apontava de forma diversa, em especial em função da definição de mercado relevante adotada pelos órgãos de concorrência, que era de um mercado de planos de saúde na acepção material ou do produto, mas de um mercado municipal no âmbito regional. Afinal, poucos consumidores iriam consultar com um médico em outra localidade em função de uma eventual diferença de preço de mensalidade do plano de saúde. Cabe observar que em todos os casos julgados pelo CADE realiza-se um teste econométrico, que é padrão nas autoridades concorrenciais internacionais, para definir qual a delimitação geográfica em questão. Todavia, mesmo havendo uma evidência científica a favor da definição de um mercado municipal no julgado a Min. Nancy Andrighi definiu o mercado no âmbito nacional.

Posteriormente, em função de uma alteração feita pela Medida Provisória nº 2.177-44 de 2001 na redação do art. 18 da Lei 9656/1998[585] ficou proibida a imposição da exclusividade, passível de imposição de multa pela ANS (Agência Nacional de Saúde Suplementar)[586]. Assim, a partir de um *leading case*, o Resp. 883.639/R[587], relatado pela própria Min. Nancy Andrighi o STJ mudou seu

[585] A redação do artigo é a seguinte: Art. 18. A aceitação, por parte de qualquer prestador de serviço ou profissional de saúde, da condição de contratado, credenciado ou cooperado de uma operadora de produtos de que tratam o inciso I e o § 1o do art. 1o desta Lei, implicará as seguintes obrigações e direitos:(…)III - a manutenção de relacionamento de contratação, credenciamento ou referenciamento com número ilimitado de operadoras, sendo expressamente vedado às operadoras, independente de sua natureza jurídica constitutiva, impor contratos de exclusividade ou de restrição à atividade profissional.

[586] Para uma análise dessa questão no sentido do acerto da conclusão do CADE ver: BACELLAR, Luiz Ricardo Trindade. Cláusula de exclusividade na prestação de serviços médicos: aspectos concorrências e administrativos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 5, vol. 17, 2004, p. 162-171.

[587] STJ, Terceira Turma - Resp. 883.639-RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 14/10/2008 - Fonte: Informativo STJ nº 372, em 17/10/2008.

entendimento, convergindo para a ilegalidade da cláusula, no sentido do CADE. Essa orientação corresponde à posição prevalente hoje no STJ[588].

Essa questão demonstra os riscos do uso inadequado do argumento econômico. A inserção do argumento econômico, portanto, deve ser acompanhada de um tratamento científico da proposição, evitando-se a mera imposição da concepção subjetiva do julgador, que às vezes, trata a imposição de relação de uma relação de causalidade econômica como mera máximas de experiência, quando, em realidade tem-se relações de causalidade que demandam um esforço intelectual significativo. Nesse sentido tem-se o julgamento do Recurso Especial nº 1.133.410/RS pelo STJ[589], que versava sob a possibilidade de preço diferenciado

[588] Como se depreende do seguinte julgado: DIREITO ECONÔMICO – LIVRE CONCORRÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – UNIMED – COOPERATIVA DE SAÚDE – SUBMISSÃO IRRESTRITA ÀS NORMAS JURÍDICAS QUE REGULAM A ATIVIDADE ECONÔMICA – CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE PARA MÉDICOS COOPERADOS – IMPOSSIBILIDADE TANTO SOB O ASPECTO INDIVIDUAL QUANTO SOB O ASPECTO DIFUSO – INAPLICABILIDADE AO PROFISSIONAL LIBERAL DO § 4º DO ARTIGO 29 DA LEI N. 5.764/71, QUE EXIGE EXCLUSIVIDADE – CAUSA DE PEDIR REMOTA VINCULADA A LIMITAÇÕES À CONCORRÊNCIA – VIOLAÇÃO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, DO ART. 20, INCISOS I, II E IV; DO ART. 21, INCISOS IV E V, AMBOS DA LEI N. 8.884/94, E DO ART. 18, INCISO III, DA LEI N. 9.656/98 – INFRAÇÕES AO PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA PELO AGENTE ECONÔMICO CONFIGURADAS. 1. Inexistente violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido. É cediço, no STJ, que o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu 2. A Constituição Federal de 1988, ao tratar do regime diferenciado das cooperativas não as excepcionou da observância do princípio da livre concorrência estabelecido pelo inciso IV do art. 170. 3. A causa de pedir remota nas lides relativas à cláusula de exclusividade travadas entre o cooperado e a cooperativa é diversa da causa de pedir remota nas lides relativas a direito de concorrência. No primeiro caso, percebe-se a proteção de suposto direito ou interesse individual; no segundo, a guarda de direito ou interesse difuso. Portanto, inaplicáveis os precedentes desta Corte pautados em suposto direito ou interesse individual. 4. Ao médico cooperado que exerce seu labor como profissional liberal, não se aplica a exigência de exclusividade do § 4º do art. 29 da Lei n. 5.764/71, salvo quando se tratar de agente de comércio ou empresário. 5. A cláusula de exclusividade em tela é vedada pelo inciso III do art. 18 da Lei n. 9.656/98, mas, ainda que fosse permitida individualmente a sua utilização para evitar a livre concorrência, através da cooptação de parte significativa da mão-de-obra, encontraria óbice nas normas jurídicas do art. 20, I, II e IV, e do art. 21, IV e V, ambos da Lei n. 8.884/94. Portanto, violados pelo acórdão de origem todos aqueles preceitos. 6. Ainda que a cláusula de exclusividade não fosse vedada, a solução minimalista de reputar lícita para todo o sistema de cláusula contratual, somente por seus efeitos individuais serem válidos, viola a evolução conquistada com a criação da Ação Civil Pública, com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, com o fortalecimento do Ministério Público, com a criação do Código de Defesa do Consumidor, com a revogação do Código Civil individualista de 1916, com a elaboração de um futuro Código de Processos Coletivos e com diversos outros estatutos que celebram o interesse público primário. Recurso especial provido. (Resp. 1172603/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 12/03/2010).

[589] A decisão foi ementada nos seguintes termos: “RECURSO ESPECIAL - AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO - COBRANÇA DE PREÇOS DIFERENCIADOS PRA VENDA DE COMBUSTÍVEL EM DINHEIRO, CHEQUE E CARTÃO DE CRÉDITO - PRÁTICA DE CONSUMO ABUSIVA - VERIFICAÇÃO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - Não se deve olvidar que o pagamento por meio de cartão de crédito garante ao estabelecimento comercial o efetivo adimplemento, já que, como visto, a administradora do cartão se responsabiliza integralmente pela compra do consumidor, assumindo o risco de crédito, bem como de eventual fraude; II - O consumidor, ao efetuar o pagamento por meio de cartão de crédito (que só se dará a partir da autorização da emissora), exonera-se, de imediato, de qualquer obrigação ou vinculação perante o fornecedor, que deverá conferir àquele plena quitação. Está-se, portanto, diante de uma forma de pagamento à vista e, ainda, pro soluto" (que enseja a imediata extinção da obrigação); III - O custo pela disponibilização de pagamento por meio do cartão de crédito é inerente à própria atividade econômica desenvolvida pelo empresário, destinada à obtenção de lucro, em nada referindo-se ao preço de venda do produto final. Imputar mais este custo ao consumidor equivaleria a atribuir a este a divisão de gastos advindos do próprio risco do negócio (de responsabilidade exclusiva do empresário), o

para pagamento com cartão de crédito e pagamento à vista em pecúnia nos postos de gasolina. O Min. Massami Yeda ao relatar o processo, mesmo sem uma análise econômica do mercado em questão, afirmou que inexistiam razões plausíveis para que se tivesse preços diversos para pagamento em cheque, em pecúnia e em cartão de crédito, bem como que seria equivocado afirmar, em função da pressão competitiva, que a proibição de diferenciação contida na decisão gerasse apenas o fim do desconto para os pagamentos à vista em pecúnia. Ademais, se isso acontecesse, seria irrelevante para o Direito, já que a concessão de desconto para o pagamento à vista era uma faculdade do empresário, por sua vez a diferenciação configurava-se como prática abusiva. Ora, entende-se que nesse caso o tratamento dos argumentos econômicos foi deficiente, uma vez que todas essas assertivas dependem das características específicas do mercado em questão, que somente podem ser aferidas de forma segura por meio de estudos consistentes.

Entretanto, a situação seria muito pior se o raciocínio estivesse ausente da justificativa. Nesse caso a discussão acerca da correção das premissas econômicas utilizadas seria impossível, uma vez que a sua existência não seria conhecida.

A solução dessa problemática passa pela melhor análise das informações oferecidas pelas partes. Quando da análise da proposta de COLLINS pontuou-se a necessidade de que uma maior apreensão de informações pelo Poder Judiciário, bem como o tratamento adequado dessas informações, como tarefas de grande relevância no modelo social de contrato. Nesse sentido, apesar das questões de conformação institucional não serem abordadas aqui pode-se afirmar que tanto a questão da formação do magistrado, quanto da estrutura do Poder Judiciário e as processuais podem ser alteradas, aperfeiçoando-se a prestação jurisdicional. O delineamento mais preciso do objetivo a ser perseguido, o que tem sido discutido nesta tese, não deixa de ser um componente relevante.

Para que a discussão seja mais profícua e se tenha uma primeira imagem de uma solução que pode ser adequada ou que já se mostra deficiente irá se discutir, na próxima seção, como o Direito Concorrencial enfrenta os mesmos problemas que são encontrados pelo Poder Judiciário.

---

que, além de refugir da razoabilidade, destoa dos ditames legais, em especial do sistema protecionista do consumidor; IV - O consumidor, pela utilização do cartão de crédito, já paga à administradora e emissora do cartão de crédito taxa por este serviço (taxa de administração). Atribuir-lhe ainda o custo pela disponibilização de pagamento por meio de cartão de crédito, responsabilidade exclusiva do empresário, importa em onerá-lo duplamente (in bis idem) e, por isso, em prática de consumo que se revela abusiva; V - Recurso Especial provido. (Resp. 1133410/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 07/04/2010)".

3.4 **Alternativas à argumentação judicial majoritária: a argumentação no direito da concorrência**

Apesar de não se pretender nesse estudo uma análise comparativa institucional entre algumas práticas argumentativas diversas da judicial que igualmente tratam de contratos empresariais não se pode deixar de mencionar rapidamente uma alternativas bastante relevante: a concorrência.

A argumentação observada nas decisões do Tribunal Administrativo de Concorrência, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, é bastante diversa daquela encontrada nas decisões judiciais. Essas diferenças, ao menos em parte, derivam da sua conformação institucional e do papel por ele ocupado no Direito Concorrencial pátrio. Não será possível aqui fazer uma análise detalhada desses aspectos, mas para os fins deste estudo, basta uma análise mais geral.

O CADE é formado, segundo o caput do art. 6º da Lei 12.529/2011[590] por um Conselheiro Presidente e seis Conselheiros, todos de notável saber econômico ou jurídico. Assim, o CADE é composto por juristas e economistas, o que já o diferencia com relação aos Tribunais judiciais que, ressalvando-se algumas exceções pontuais, são restritos a juízes com formação jurídica.

Ademais, como Tribunal Administrativo o CADE representa a única instância julgadora do procedimento concorrencial. Cabe recurso apenas ao Poder Judiciário na medida em que a decisão proferida é um ato administrativo. Ainda, o CADE concentra no próprio órgão uma parcela significativa do procedimento probatório atualmente através da sua Superintendência-Geral, bem como possui um Departamento de Estudos Econômicos.

O Brasil optou por um modelo administrativo no âmbito do Direito da Concorrência, entretanto outros países adotaram um modelo judicial, em que as

[590] O artigo indicado tem a seguinte redação: "Art. 6º O Tribunal Administrativo, órgão judicante, tem como membros um Presidente e seis Conselheiros escolhidos dentre cidadãos com mais de 30 (trinta) anos de idade, de notório saber jurídico ou econômico e reputação ilibada, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovados pelo Senado Federal. § 1º O mandato do Presidente e dos Conselheiros é de 4 (quatro) anos, não coincidentes, vedada a recondução. § 2º Os cargos de Presidente e de Conselheiro são de dedicação exclusiva, não se admitindo qualquer acumulação, salvo as constitucionalmente permitidas.§ 3º No caso de renúncia, morte, impedimento, falta ou perda de mandato do Presidente do Tribunal, assumirá o Conselheiro mais antigo no cargo ou o mais idoso, nessa ordem, até nova nomeação, sem prejuízo de suas atribuições. § 4º No caso de renúncia, morte ou perda de mandato de Conselheiro, proceder-se-á a nova nomeação, para completar o mandato do substituído. § 5º Se, nas hipóteses previstas no § 4º deste artigo, ou no caso de encerramento de mandato dos Conselheiros, a composição do Tribunal ficar reduzida a número inferior ao estabelecido no § 1º do art. 9º desta Lei, considerar-se-ão automaticamente suspensos os prazos previstos nesta Lei, e suspensa a tramitação de processos, continuando-se a contagem imediatamente após a recomposição do quórum."

decisões judiciais são tomadas pelo Poder Judiciário, sendo que o maior exemplo dessa segunda alternativa são os Estados Unidos da América. O modelo administrativo permitiu isolar essas decisões em uma estrutura administrativa especializada, retirando do Poder Judiciário essa necessidade. Já um modelo judicial faria com que os magistrados em geral ou um órgão específico – por exemplo, uma turma ou tribunal – tivessem que enfrentar o afluxo de argumentos econômicos inerente às lides concorrenciais e empresariais. Nos EUA desde 1890 com o *Sherman Act* o Poder Judiciário e a própria Suprema Corte produzem os julgados mais relevantes sobre o assunto. Isso pode ser atribuído a diversos fatores, que não serão abordados aqui em função da lateralidade e da complexidade da discussão.

Como a adoção do modelo administrativo de julgamento das questões concorrenciais o Poder Judiciário deixou de se preparar, em função da desnecessidade, para analisar questões concorrenciais. Um exemplo é o caso Nestlé-Garoto, mencionado na Introdução deste trabalho, em que o Poder Judiciário após anos de tramitação, decidiu pela necessidade de novo julgamento do CADE. Assim, a revisão do mérito da decisão da CADE, na medida em que envolve diversas discussões complexas de teoria econômica, apesar de possível esbarra na dificuldade dos magistrados em lidar, por exemplo, com os possíveis cenários pós-fusão criados a partir de modelos econômicos formais expressos em formulas matemáticas.

Todavia, se esse isolamento foi amplamente eficaz no passado a situação tem mudado recentemente nas últimas décadas. As questões concorrenciais tem ganho cada vez mais destaque, sobretudo a partir de 1994, com a edição da Lei 8884, que concedeu autonomia decisória a autoridade concorrencial e inaugurou uma nova fase no Direito de Concorrência pátrio. O aumento da atuação do CADE levou a uma maior imposição de sanções, o que gerou um aumento dos recursos ao Poder Judiciário questionando as decisões do CADE. Ademais, a substituição da atuação estatal direta na atividade econômica por um atuação indireta, por meio de regulação e supervisão igualmente levou a um aumento da importância da análise do contexto do mercado nas decisões judiciais.

Assim, o panorama atual é de uma demanda crescente de intervenções judiciais no âmbito econômico que sejam capazes de compreender e transpor para a argumentação jurídica de forma racional a argumentação econômica. Ora, como já

indicado, cabe ao magistrado avaliar a correção dos argumentos no discurso jurídico, seja eles jurídico ou não. Mas, as decisões judiciais que contrariam argumentos científicos amplamente aceitos e comprovados não podem ser consideradas racionais. Afinal, se numa decisão acerca dos efeitos positivos ou negativos de uma fusão de empresas os economistas de diversas matizes de pensamento, mesmo usando metodologias opostas, concluírem que a probabilidade de cartelização do mercado após a operação é muito pequena não poderia o magistrado tratar essa probabilidade como extremamente alta. No âmbito do Direito Empresarial pode-se pensar que, por exemplo, a discussão acerca do descumprimento de uma cláusula que proíbe a concorrência pelo adquirente em contrato de trespasse repousa na existência de concorrência ou não pelo restabelecimento do alienante na cidade vizinha. Se a totalidade dos estudos econométricos disponíveis, mesmo com metodologias rivais, indicarem que não houve concorrência efetiva uma vez que o mercado relevante do produto é municipal não se pode considerar adequada uma decisão judicial que entenda ter havido concorrência. Aqui, entretanto, não se está a afirmar quer a decisão judicial restringe-se a aplicação de teorias científicas, mas apenas que quanto a este ponto não seria racional desconsiderar as evidências científicas existentes.

Feita essa introdução passa-se a analisar quais os instrumentos que o Direito da Concorrência criou para permitir uma convivência pacífica e profícua entre os argumentos econômicos e jurídicos. Nesse aspecto além da doutrina nacional será analisada a doutrina norte-americana, que enfrenta a questão no mesmo *locus* da presente investigação, o âmbito judicial.

O Direito da Concorrência norte-americano contemporâneo pode ser caracterizado como uma tecnocracia na acepção de CRANE[591]. Para o autor[592] as

[591] Nesse sentido afirma o autor: “Esse Artigo discute o fato de o antitruste sofreu uma mudança tecnocrática, no sentido mais geral da palavra. A empreitada do antitruste se tornou mais tecnocrática no sentido de as decisões envolvendo o antitruste sofrerem influência de pressões políticas e populares e serem delegadas a especialistas político-industriais e solucionadores de problemas. Ironicamente, apesar de os tecnocratas originais terem procurado suplantar a ordem privada em benefício da administração governamental centralizada, a mudança tecnocrática no antitruste tende a ser tornar correlata a uma onda na direção contrária – na direção da maior confiança na ordem e na desregulação do mercado privado, e na direção de uma rejeição do planejamento central como modalidade administrativa. Tecnocratas modernos antitruste veem como sua tarefa reforçar as normas industriais de mercado competitivo num sistema capitalista.” Tradução livre do original: “This Article argues that antitrust has undergone a technocratic shift in the more general sense of the world. The antitrust enterprise has become more technocratic in the sense that antitrust decision making is increasingly insulated from popular political pressures and delegated to industrial-policy specialists and problem solvers. Ironically, although the original technocrats favored displacing private-market ordering with centralized governmental administration, the technocratic shift in antitrust has tended to correlate with a trend in just the opposite direction – toward greater faith in private-market ordering and deregulation and toward a rejection of central planning as an administrative modality. Antitrust modern technocrats see their task as largely enforcing a set of industrial norms

reformas tecnocráticas ocorridas foram possíveis graças a três atributos: consenso acerca dos objetivos do Direito Concorrencial, resolução das questões ideológicas mais polêmicas e a desnecessidade de uma ponderação entre interesses de grupos específicos de grupos rivais.

No Direito Concorrencial pátrio a situação é bastante similar, em especial no que diz respeito as decisões do CADE. No âmbito doutrinário pode-se encontrar posições mais plurais, entretanto no campo jurisprudencial o CADE tem seguindo o modelo norte-americano quanto a adoção dos objetivos e da base econômica do Direito Concorrencial.

Esses três atributos, entretanto, não são encontrados no âmbito do Direito Contratual, uma vez que mesmo dentro do modelo social de contrato não se tem um amplo consenso acerta do grau de importância dos objetivos distributivos dessas normas jurídicas e da sua compatibilização com a necessidade de busca de lucro inerente ao sistema de mercado. Ainda, a existência de grupos rivais é bastante perceptível, basta observar o grupo dos consumidores, dos empresários, dos sindicalistas e dos ambientais. Cada um desses grupos procura exercer pressão para que a legislação seja produzida e aplicada de uma determinada forma.

Entretanto, apesar da situação diversa e dos eventuais excessos tecnocráticos do Direito Concorrencial tem-se algumas experiências capazes de enriquecer a discussão.

Como bem observa SCHUARTZ[593], o Direito da Concorrência caracteriza-se por ser o ramo jurídico mais influenciado pelo conhecimento científico, o que afeta a sua prática argumentativa. Assim, ao mesmo tempo em que a autoridade concorrencial recebe constantes *inputs* da teoria econômica ela deve ser capaz de

---

predicated on a competitive-market capitalist system." (CRANE, Daniel A. Technocracy and Antitrust. **Texas Law Review**, Austin, v. 86, n. 6, 2008, p. 1163).

[592] Nesse sentido afirma o autor: "Reformas tecnocráticas são justificadas por três atributos chave do antitruste moderno – consentimento nos objetivos do antitruste, resolução das questões ideológicas mais controversas e a ausência da necessidade de se balancear interesses de grupos indefinidos." Tradução livre do original: "Technocratic reforms are justified by three key attributes of modern antitrust – consensus on antitrust goals, resolution of the most divisive ideological questions, and the absence of a need to balance the interests of identified groups." (CRANE, Daniel A. Technocracy and Antitrust. **Texas Law Review**, Austin, v. 86, n. 6, 2008, p. 1159).

[593] Nesse sentido afirma o autor: "Em nenhum outro ramo do direito é tão intensa e abrangente a influência do conhecimento científico na determinação não apenas do conteúdo dos conceitos, mas também do *tipo de argumento* utilizado na preparação e justificação das decisões das autoridades. O processo de decisão das autoridades antitruste pode ser adequadamente descrito como um "problema de otimização com restrições", mais precisamente, um problema de maximização de uma *função que transforma inputs de teoria econômica em decisões juridicamente vinculantes*, sujeita às restrições impostas *pelas capacidades das instituições estatais* envolvidas nessas decisões e a *necessidade de manter a diferenciação entre direito e economia aplicada*." (SCHUARTZ, Luís Fernando. Quando o Bom é o Melhor Amigo do ótimo: a autonomia do direito perante a economia e a política da concorrência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 245, maio /ago. 2007, p. 105).

discernir quais devem ser juridicamente vinculantes, dentro do seu contexto institucional de capacidades.

Esse contexto gera dois tipos principais de riscos: que se ignore o conhecimento econômico e que se utilize ele de forma excessiva, levando a uma exacerbação do movimento anteriormente de des-diferenciação do Direito. Para evitar esse risco SCHUARTZ[594] aponta que a sobrevivência de uma argumentação concorrencial capaz de evitar que se perca a diferenciação entre Direito, Economia e Política depende da absorção das teorias econômicas por meio de simplificações metodológicas que reduzem a complexidade do conhecimento econômico tornando-o palatável para o discurso jurídico.

Essa estratégia tem sido exitosa na medida em que não afasta a possibilidade de controle da racionalidade da argumentação jurídica e, tampouco, tenta incorporar uma complexidade excessiva ao processo decisório[595].

Um exemplo para analisar essa questão é o uso na grande maioria dos países ocidentais de Guias de Análise de Concentração. Esses documentos trazem regras acerca dos procedimentos a serem seguidos pela autoridade concorrencial na análise dos casos, tratando de indicar qual a metodologia utilizada pelo órgão. Por exemplo, uma das fases obrigatórias para qualquer análise concorrencial é a definição de mercado relevante. O guia de Análise utilizado pelo CADE[596] indica, como em quase todas as jurisdições ocidentais, que a mensuração do mercado

---

[594] Nesse sentido afirma o autor: "O direito de defesa da concorrência segue seu próprio rumo, afirmando sua autonomia diante da ciência e da política por meio da incorporação de regras simples para a tomada de decisões, que surgem, estabilizam-se, alteram-se e eventualmente desaparecem conforme as exigências e no ritmo ditados pela lei, os precedentes judiciais e administrativos e a dogmática jurídica. Os exemplos dos *guidelines* e demais simplificações metodológicas na avaliação competitiva dos atos de concentração, ou do recurso à regra *per se* no caso dos cartéis hard core, revelam a forma restritiva pela qual opera a jurisdificação dos conteúdos disponibilizados pela ciência, tanto teórica quanto aplicada. E a antipatia dos juízes e tribunais diante de propostas mais ou menos explícitas de desdiferenciação entre os papéis do órgão judicante e do formulador de políticas públicas orientadas, e. g., no valor da eficiência econômica, é indicativa de uma resistência estrutural a tentativas de assimilação entre ambos – resistência que, a meu ver, pode fundamentar-se, inclusive, em preocupações com a implementação do valor da eficiência econômica, dando conta da objeção pertinente de que a interpretação de normas gerais com significado ambíguo é *também* uma questão de política pública." (SCHUARTZ, Luís Fernando. Quando o Bom é o Melhor Amigo do ótimo: a autonomia do direito perante a economia e a política da concorrência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 245, maio /ago. 2007, p.127).

[595] Nesse sentido afirma o autor: "Visto do ângulo correto, a reconstrução dessas regras (jurídicas) desponta como merecedora de crédito empírico e normativo, pois aquilo que é, de uma perspectiva descritiva, extraído dos processos decisórios das autoridades, é ainda justificável racionalmente como norma a partir da qual esses mesmos processos deveriam ser avaliados. A insistência aparentemente arbitrária no uso de algoritmos e regras frugais de decisão revela-se, afinal, como estratégia perfeitamente racional para que as referidas autoridades aproveitem-se *controladamente* da sofisticação e dos avanços da economia da concorrência sem sucumbir a sua complexidade potencialmente paralisante." (SCHUARTZ, Luís Fernando. Quando o Bom é o Melhor Amigo do ótimo: a autonomia do direito perante a economia e a política da concorrência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 245, maio /ago. 2007, p. 127).

[596] Trata-se do Guia de Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, instituído por meio da Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 01/08/2001.

relevante será feita por meio do teste do monopolista hipotético. Ora, essa é decisão prévia acerca de qual metodologia será tida como adequada e, portanto, atenderá à pretensão de correção, do discurso jurídico no âmbito concorrencial[597]. O teste do monopolista hipotético não é o único teste existente ou tido como válido na teoria econômica, mas foi escolhido para ser utilizado pelo CADE. Assim, o que ele acaba por fazer é a partir de uma discussão econômica mais densa, construir uma regra de decisão menos complexa e mais fácil de ser aplicada. Essa situação é bastante similar a decisão que um magistrado enfrenta quando da análise de uma prova pericial, em que por exemplo, os assistentes do perito indicados pelas partes demonstram discordância acerca da melhor metodologia para a produção de um laudo pericial. Ademais, a publicidade acerca da metodologia adotada (Os Guias de Análises tem publicados como Resoluções dos órgãos que integram o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência) permite que se coloque a opção para discussão tanto da consistência científica da opção quanto da discussão acerca quais opções valorativas estão por detrás da adoção de determinada metodologia.

Um outro exemplo é a definição, por exemplo, da infração concorrencial de preços predatórios[598]. Trata-se de conduta cujo tratamento concorrencial já causou grande bastante polêmica tanto no âmbito do Direito quanto no da Economia. A caracterização da infração em questão demanda a escolha de qual custo seria utilizada para determinar se os preços praticados são inferiores ao custo de produção. Essa definição consta do Guia de Análise Econômica da Prática de Preços Predatórios, em que se afirma que se serão levados em conta dois tipos de custo: o custo médio total e o custo variável médio[599]. Trata-se novamente de uma

[597] A necessidade de escolhas jurídicas acerca das possibilidades metodologicamente aceitas para a construção dos conceitos concorrenciais, em especial de Direito da Concorrência pode ser observada na seguinte afirmação: "Segue-se daí que o *mercado relevante*, embora construído totalmente com técnica econômica, é em última análise um conceito essencialmente *jurídico*, dada a absoluta necessidade – e arbitrariedade, do ponto de vista econômico – de definir previamente a proporção de aumento de preço que se considera abusiva." (POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de Mercado Relevante e de Poder de Mercado no Âmbito da Defesa da Concorrência. In: POSSAS, Mario Luiz (Coord). **Ensaios sobre Economia e Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2002, p.90).

[598] A infração encontra-se descrita no art. 36, § 3º, XV d Lei 12.529/2011 que tem a seguinte redação: Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (…) § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (…)XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; (BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1nov. 2011).

[599] O Guia de Análise Econômica para a Prática de Preços Predatórios foi instituído pela Portaria da SEAE nº 70,

opção dentre as diversas disponíveis, a escolha de quais custos serão levados em conta torna a definição mais ou menos inclusiva, fazendo com que um número maior ou menor de condutas caracterize a infração em análise. Essa escolha é crucial para que se aplique a legislação concorrencial e não poderia ser retirada do processo de justificação ou mesmo caber a convicção pessoal de um perito que posteriormente seria aceita passivamente pelo magistrado.

Um segundo ponto relevante diz respeito à chamada regra da razão no Direito Concorrencial, que se opõe à regra *per se*. Em linhas gerais a regra da razão demanda uma análise mais aprofundada da conduta questionada, uma vez que apenas considera contrárias à livre-concorrência condutas não razoáveis, já na regra *per se* a análise é simplificada, na medida em que a prática em questão, sob determinadas condições objetivas, é tida como ilícita sem a necessidade de uma análise aprofundada da finalidade do agente[600]. Um exemplo típico de regra da razão diz respeito às cláusulas de exclusividade em contratos de distribuição *latu sensu*, apesar dessa conduta constar da lista das infrações do art. 36 da Lei 12.529/12 elas nem sempre elas são ilícitas, por exemplo, mesmo em mercados concentrados e com barreiras à entrada significativas elas podem ser consideradas lícitas, por exemplo, quando há a necessidade de um serviço de pós-venda, como no caso das concessionárias de automóveis. Já no caso da distribuição de cigarros e de bebidas, por exemplo, essas cláusulas forma consideradas ilícitas. Apesar das posições divergentes, usualmente o cartel é tido como uma prática sujeita a regra per se, ou seja, basta provar que houve um acordo entre os concorrentes acerca de uma variável concorrencial (preço, quantidade ou área de atuação) que a infração está caracterizada, não havendo espaço para uma investigação acerca de eventuais efeitos benéficos para os consumidores ou para o mercado.

Portanto, o que a regra da razão demanda é uma análise dos efeitos prováveis da conduta, para que se faça uma análise contextualizada da potencialidade de redução da concorrência e de prejuízos aos consumidores. Essa

---

de 12/122002, e o item 35 que trata dos custos a serem observados tem a seguinte redação: "Na análise dos custos de produção, serão levados em conta os custos médio total e o variável médio. Serão considerados como custos variáveis os custos do trabalho, materiais, energia, gastos promocionais, depreciação da planta relacionada ao uso e outros custos que variem com a produção; como custos fixos aqueles associados aos investimentos em capital físico e maquinaria, bem como os demais ativos fixos que não variam com a produção; e como custo médio total a soma do custo variável médio e do custo fixo médio. Sempre que possível, os custos devem ser avaliados por antecipação, e não por lançamento contábil (custo histórico)."

[600] Para uma definição da regra da razão ver a nota 128. Uma comparação bastante didática entre a regra da razão e a regra per se pode ser encontrada em: GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.83-87.

análise é feita a partir dos métodos econômicos, normalmente, constantes em Guias de Análise, como os já mencionados. No caso anteriormente mencionado da cláusula de exclusividade nos contratos de prestação de serviços dos médicos cooperados da UNIMED essa análise foi feita, de modo a ponderar os efeitos positivos e negativos para a sociedade da prática contratual em questão.

Pode-se fazer um paralelo com o juízo de merecimento de tutela no âmbito dos contratos empresariais. Afinal, o que se procura fazer numa análise acerca da função social de um contrato é analisar se o contrato produz algum efeito negativo relevante em algum interesse juridicamente protegido, por exemplo nos consumidores. Ainda, trata-se de uma análise contextualizada que não se restringe ao âmbito estrutural, não importando por exemplo como as partes, por exemplo, qualificam formalmente uma cláusula específica ou o contrato. O que é levado em conta são os efeitos das disposições contratuais, portanto, uma análise funcional.

A principal diferença é que os instrumentais utilizados para avaliar uma conduta sob a regra da razão servem para analisar apenas os efeitos em relação aos consumidores, mensurados de acordo com uma metodologia econômica previamente conhecida. Já a análise dos contratos empresariais num juízo de merecimento de tutela que procure aferir a observância da função social é mais complexa na medida em que nem sempre basta uma análise dos efeitos para os consumidores. Em algumas ocasiões os efeitos mais relevantes, por exemplo, são sobre outros agentes. Todavia pode-se afirmar, ao menos em uma análise abstrata, que a análise de uma conduta contratual feita sob a regra da razão é capaz de verificar de forma adequada se determinada disposição contratual é merecedora de tutela quanto aos consumidores.

Assim, reforça-se a observação de que o uso de argumentos econômicos não necessariamente leva a um abandono dos valores constitucionais. Todavia, as escolhas metodológicas e a aplicação dos argumentos científicos em geral e dos econômicos em especial devem ser ponderadas publicamente e num processo de justificação argumentativo e dialógico.

Assim, após esse exercício comparativo tem-se melhores condições para apresentar as propostas acerca das diretrizes gerais de um padrão argumentativo judicial compatível com o modelo social de contrato no âmbito dos contratos empresariais de longo prazo, o que ocupará a próxima seção.

3.5 **A argumentação judicial no modelo social de contrato: avanços e propostas**

Após a análise das mudanças ocorridas no Direito Contratual pátrio e das necessidades argumentativas criadas, das principais alternativas teóricas existentes no âmbito da teoria da argumentação e da alternativa institucional do Direito Concorrencial passa-se a propor não uma nova teoria da argumentação jurídica, mas sim um conjunto de diretrizes a serem observadas numa agenda para o aperfeiçoamento dos padrões argumentativos a serem utilizados nas decisões judiciais acerca dos contratos empresariais de longo prazo.

A implementação de tal proposta dificilmente não será feita de forma rápida e sem resistências. Afinal o padrão argumentativo do modelo clássico, que é avesso às razões consequencialistas em geral e, econômicas em especial, tem uma vantagem bem identificada por ATIYAH[601], que é tornar a atividade judicial mais simples e barata.

Já o modelo social de contrato exige do Poder Judiciário um processo de decisão mais complexo, o que tende a consumir mais tempo dos magistrados. Ainda, a implantação de um novo ferramental depende de uma nova cultura da magistratura, em especial quanto a recepção mais ativa e o uso mais efetivo dos argumentos consequencialistas, de natureza extrajurídica e, mais especificamente econômica.

No âmbito dos contratos empresarias esse processo argumentativo envolve a correta compreensão não só da funcionalidade econômica da relação contratual, mas também a avaliação da conduta das partes naquela relação contratual no contexto negocial em que ela ocorreu e a identificação de eventuais efeitos danosos nos interesses sociais juridicamente protegidos.

---

[601] Nesse sentido afirma o autor: “Se a visão tradicional do efeito do contrato sobre uma relação foi suspensa, todas as visões a respeito do efeito desse contrato também foram suspensas, todos esses custos poderiam ter sido evitados se o contrato fosse tratado como uma razão conclusiva para tornar irrelevantes tais fatos. Não estou apenas indicando o quanto custoso isso seria. Falando generalizadamente, tratar matérias como pacificadas conclusivamente pelo acordo é mais barato e simples; determiná-las por meio de padrões de razoabilidade não é barato nem é simples. Mesmo assim, às vezes isso é necessário e o preço deve ser pago. A justiça é normalmente uma commodity cara.” Tradução livre do original: “If the traditional view of the effect of a contract on a relationship had been upheld, all view of the effect of a contract on this relationship had been upheld, all these costs could have been saved by treating the contract as a conclusive reason for shutting out these facts as irrelevant. I am not merely pointing out how costly it was. Broadly speaking, treating matters as settled conclusively by agreement is cheap and simple; determining them by the standards of reasonableness is neither cheap nor simple. Still, sometimes this is necessary and price must be paid. Justice is often an expensive commodity.” (ATIYAH, P. S. Form and substance in legal reasoning. In: MACCORMICK, Neil (Org.); BIRKS, Peter (Org.). **The legal mind**: Essays for Tomy Honoré. Oxford: Clarendon Press, 1986, p. 39).

Esses desafios são exacerbados nos contratos empresariais de longo prazo em função do desenvolvimento padrões de comportamento e expectativas legítimas específicos para aquela relação contratual. Afinal, em relação longa surgem mecanismos de transmissão de expectativas bastante influenciados pelo contexto. Assim, a aplicação do princípio da boa-fé objetiva demanda uma avaliação do comportamento dos contratantes que deve levar em conta um padrão ação específico para os estruturas de interação construídas ao longo de diversos anos de convivência empresarial.

Ademais, como já observado quando da análise da teoria relacional quando se trata de um horizonte de dezenas de anos o planejamento feito até a celebração do instrumento contratual perde a precisão e torna a vinculação estrita das partes a ele bastante difícil. Assim, o planejamento passa a incorporar instrumentos procedimentos e de solução de conflitos. Essa maneira de lidar com o aumento da incerteza faz com a atuação judicial deve visar cada vez o componente promocional da imposição de procedimentos cooperativos entre as partes e cada vez menos seja restrita exclusivamente a um mero cálculo de perdas e danos.

Os contratos empresariais de longo prazo acentuam a incompletude inerente a grande maioria das relações contratuais, ou seja, cada vez mais acontecem eventos não previstos especificamente pelas partes. Nesse caso a função de integração do Poder Judiciário passa a ganhar mais relevância.

Esse cenário inclui, também, a necessidade de uma ponderação dos efeitos das disposições contratuais para os interesses sociais que possam vir a ser negativamente afetados pelas disposições contratuais.

Esses demandas não encontram espaço num padrão magisterial de justificação judicial, bem como não podem ser atendidas pelas teoria da argumentação que não trabalham de forma consistente com os argumentos consequencialistas.

Todavia, esse movimento é essencial para que se possa ter uma intervenção judicial de qualidade nos casos em estudo. Essa situação se torna ainda mais urgente no contexto atual de ativismo judicial e da chamada judicialização da política[602].

[602] O fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial no Brasil pode ser verificado pelo número e conteúdo das Ações Direitas de Inconstitucionalidade (ADIN), Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC) e Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) julgadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Essa é a perspectiva adotada por VIANNA;CARVALHO;MELO;BURGOS que ao estudarem as ADINs propostas

Dentre as teorias estudas a que se mostrou mais adequada para essa tarefa é a proposta por MACCORMICK, mesmo que sejam necessárias algumas adequações. A partir dessas ponderações pode-se construir os contornos gerais da proposta deste estudo.

Assim, uma primeira diretriz a ser observada pela argumentação judicial é a incorporação dos argumentos consequencialistas, em especial os argumentos econômicos, na justificação judicial, que deve mover-se em direção a um padrão mais argumentativo e narrativo, trazendo sempre que possível todas as razões de decisão para a justificação. Assim, está a se avançar na transparência das decisões judiciais, o que demonstra maior concretização do Estado Democrático do Direito.

Esse movimento deve ser acompanhado de alguns cuidados, de modo a evitar o risco de decisionismo. O primeiro é a preferência pelo uso de argumentos institucionais ou de correção, em detrimento dos argumentos de objetivo. Afinal, os valores a serem concretizadas pelo ordenamento devem ser necessariamente os valores constantes da tábua de valores constitucionais. Deve-se reforçar a observação anteriormente feita de que as razões institucionais não dizem respeito apenas aos valores contidas expressamente na legislação, mas sim aos valores do ordenamento jurídico.

Nesse sentido a perspectiva civil-constitucional aponta no mesmo sentido, na medida em que a atividade hermenêutica e, portanto, a argumentação, como já indicado, é uma atividade vinculada não a norma individual, mas sim ao conjunto de valores do ordenamento.

Outra observação é a de que se está a incluir tanto as consequências jurídicas quanto extrajurídicas. Afinal, tanto as razões de correção quanto as razões institucionais podem encerrar argumentos extrajurídicos. Novamente, como já indicado, a abertura do sistema a razões extrajurídicas, desde que através dos valores constitucionais, não enfrenta oposição na perspectiva civil-constitucional.

Ainda, o uso de argumentos econômicos, estudado de forma mais próxima nesta tese, pode ser feito a partir de argumentos científicos. Nesse ponto, deve-se

---

após a promulgação da Constituição Federal de 1988 já verificavam uma pressão, em função do percentual significativo de ADINs propostas pela sociedade civil, para um maior ativismo judicial. Em 1.999, quando o trabalho citado foi publicado havia sido encontrada apenas uma tendência nessa direção, o que acabou por se confirmar hodiernamente. Afinal, diversas ADINs, ADCs e ADPFs direcionadas ao STF tratam de direitos fundamentais e temas centrais da sociedade brasileira, que na visão tradicional da divisão de poderes deveriam ser direcionados ao Poder Legislativo. Para uma análise do avanço inicial do ativismo judicial e da judicialização da política ver: VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 47-70.

observar a função de guardião da adequação dos critérios científicos representada pelo magistrado. A construção de um diálogo entre os critérios de correção que encerram a validade científica e os que tratam da adequação jurídica é essencial para o sucesso da estrutura argumentativa proposta.

Na discussão de pressupostos e metodologias de outras áreas deve-se evitar tanto trazer toda a complexidade inerente à questão para o Poder Judiciário, sob pena de inviabilizar a prestação jurisdicional de forma adequada quanto omitir qualquer discussão, trazendo o argumento cientifico como inquestionável. Portanto, deve-se reduzir a complexidade da discussão, de modo a que se crie um mecanismo operacional para o Poder Judiciário, mas mantendo-se a transparência acerca das escolhas metodológicas feitas na decisão. Afinal, tanto o argumento jurídico quanto o científico são excepcionáveis.

Nesse sentido vale a construção dos acordos incompletamente teorizados de SUNSTEIN como válidos tanto para as questões principiológicas quantos para os argumentos consequencialistas. A discussão empírica de cunho científico não deve avançar para as discussões mais densas e complexas das demais ciências, a não ser que seja essencial para a solução do caso concreto.

Nesse ponto deve-se observar que apesar da exigência de reconstrução racional do ordenamento como um todo feita no âmbito da proposta civil-constitucional não se está aqui a propor algo contrário a essa perspectiva. Afinal, não se está aqui a afirmar que devem prevalecer princípios setoriais ou valores de mercado, mas sim que quando os valores constitucionais puderem ser aplicados sem uma discussão mais densa e teórica acerca de concepções pessoais e de difícil consenso isso deve ser evitado.

Outro ponto relevante diz respeito à necessidade de que esse movimento seja acompanhada de um cuidado de modo a evitar a perda do controle do processo argumentativo e a vinculação com a norma. A estratégia adotada por MACCORMICK é manter o silogismo e o raciocínio dedutivo na argumentação jurídica, mas como um papel secundário, uma vez que a quase totalidade das discussões jurídicas dá-se fora dele, ou seja, no âmbito da justificação externa.

Trata-se de solução que encontra forte resistência no âmbito do Direito civil-constitucional. Mas após a presente explanação pode-se observar que a discordância apesar de existente é menos grave do que se poderia pensar. Afinal, como indicado anteriormente, o silogismo, é criticado, na perspectiva civil-

constitucional pela sua incapacidade de explicar a construção das suas premissas, por criar uma separação entre as questões de fato e de Direito e pelo fato de que o Direito não se rende a lógica-formal. Ora, mesmo reconhecendo-se a deficiência do instrumento utilizado, não se observa na teoria de MACCORMICK que ele produza qualquer desses efeitos. Assim, esse ponto não deve ser visto como uma incompatibilidade absoluta entre essas duas perspectivas.

A experiência do Direito da Concorrência, mesmo que se respeitando as diferenças, permite afirmar que não se trata de tarefa impossível, afinal diversas discussões da teoria econômica foram transportadas para o discurso jurídico por meio da criação de mecanismos que reduziram a complexidade teórica, mas sem permitir que um perito ou o próprio magistrado decida de forma não transparente quais escolhas metodológicas melhor atendem as finalidades do ordenamento.

A mera extensão das soluções adotadas no âmbito do Direito da Concorrência para os contratos empresarias de longo prazo é pouco recomendável. Afinal, os contornos institucionais são diversos como já abordado.

Nesse contexto, deve-se avaliar a atuação judicial nas lides que tratam dos contratos empresariais de longo prazo de modo a que se avance no sentido de produzir uma análise contextualizada, funcionalizada; necessária para se garantir a observância do princípio constitucional da solidariedade. A maior operatividade do modelo social de contrato nas relações contratuais em estudo é a melhor estratégia para se evitar a falta de concretização dos valores constitucionais ou até mesmo um retorno ao modelo clássico de contrato.

Aqui não foram abordadas diversas características institucionais do Poder Judiciário, que poderiam ser modificadas visando a melhor atuação do Poder Judiciário nas lides objeto desta tese. Mas pode-se ponderar que alguns delineamentos acerca do funcionamento dos órgãos do Poder Judiciário poderiam, a partir de um novo estudo, ser identificados e implantados, de forma a contribuir para que a decisão judicial e o referente processo de justificação sejam aperfeiçoados.

CONCLUSÃO

A transformação a que se submeteu o Direito Contratual nas últimas décadas, sobretudo em resposta à promulgação da Constituição de 1988, foi profunda. Entretanto, as revoluções, como observa NORTH[603], demandam um grande lapso temporal para que possam efetivamente mudar os comportamentos e hábitos da sociedade. No âmbito cientifico tem-se um processo similar. A modificação do modelo de contrato, buscando a superação do modelo clássico pelo modelo social de contrato, é um processo em andamento e que não será completo enquanto não enfrentar as questões referentes às condicionantes existentes para a aplicação judicial desse novo modelo de contrato.

Na visão traçada no presente trabalho, apesar dos avanços doutrinários produzidos pela constitucionalização dos contratos, a operacionalidade desse novo paradigma ainda enfrenta desafios. Um desafio central é a coordenação entre o que a doutrina demanda do Poder Judiciário, os mecanismos argumentativos disponíveis e a real capacidade de alteração e implementação dessa nova prática argumentativa. Nesse trabalho enfatizou-se certo descompasso entre as demandas doutrinárias e legislativas e a prática argumentativa judicial nas lides envolvendo os contratos empresariais. Esse descompasso pode ser atribuído, ao menos parcialmente, à necessidade de um repensar da argumentação judicial de modo a torná-la capaz de suportar os novos desafios, sem perder as suas funcionalidades nas novas tarefas exigidas do Poder Judiciário.

No Direito Contratual clássico as demandas versavam somente sobre os interesses das partes contratantes, sem grandes preocupações para o resto da sociedade. A adoção de um modelo social de contrato leva a questionamentos de diversa natureza. A incorporação de elementos consequencialistas na argumentação judicial dentro do contexto legislativo atual parece inevitável. Assim, a recusa em aceitar essa realidade acaba por enfraquecer a proposta civil-constitucional e abre espaço para que as teorias utilitaristas assumam uma posição de vanguarda e

[603]Nesse sentido NORTH firma que mesmo que haja uma grande mudança das regras formais em virtude de uma revolução, como a promulgação de uma nova Constituição, não há uma mudança imediata das regras informais, como as normas sociais de etiqueta ou os hábitos alimentares. Essa situação conduz a um novo equilíbrio, que implica a reestruturação das normas formais e informais, trata-se, entretanto, de uma situação de equilíbrio que é menos revolucionária do que a pretendida inicialmente. A posição do autor pode ser encontrada em: NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance.** Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p.83-91.

coloquem em risco o avanço dos valores constitucionais. Ainda, a interdisciplinaridade com a economia pode e deve ser incorporada à metodologia civil-constitucional, demonstrando-se que as análises na linha defendida por POSNER não detêm qualquer monopólio sobre a relação entre Direito e Economia ou sobre a inserção dos argumentos econômicos no discurso jurídico.

Trata-se de questão ampla, mas que foi tratada sob o ponto de vista específico dos contratos empresariais de longo prazo

A análise feita identificou inicialmente a compatibilidade entre a prática argumentativa judicial majoritária atual e o modelo clássico de contrato. O formalismo típico do modelo clássico de contrato permitia que o Poder Judiciário ficasse restrito a uma análise da higidez da manifestação de vontade, sem adentrar, em regra, em juízos distributivos e, portanto, consequencialistas .

Entretanto, apesar da revolução doutrinária e legislativa ocorrida no Direito Contratual com o avanço do modelo social de contrato observa-se que a prática argumentativa utilizada pelo Poder Judiciário nas lides que tratam dos contratos empresariais não foi alterada na mesma velocidade preconizada pela doutrina. Assim, cria-se um descompasso entre a produção jurisprudencial do Direito e a sua concepção dogmática, no âmbito das conclusões e de forma mais dramática na justificação delas.

Nesse contexto deve-se ponderar que uma decisão jurisprudencial que deixa de trazer os fundamentos das suas decisões não é capaz de cumprir integralmente o papel que lhe é reservada na sociedade atual. Na medida em que a motivação das decisões judiciais e a publicidade dessas decisões são princípios constitucionais não se pode concordar que uma decisão judicial que traz um fundamento arbitrário ou desconexo, mesmo que com a conclusão adequada, deixe de merecer reparos.

Numa sociedade cada vez mais caracterizada pelo ativismo judicial a atividade de prover razões para as decisões judiciais ganha ainda mais centralidade sob a perspectiva da concretização do Estado Democrático de Direito. Portanto, quanto mais o Direito Contratual demandar intervenções judiciais objetivando proteger interesses sociais relevantes mais devem as razões pelas quais esses interesses estão efetivamente sendo atendidos estarem refletidas na fundamentação das decisões judiciais.

Esse contexto é ainda mais presente no âmbito dos contratos empresariais de longo prazo, uma vez que se trata de relação formada por indivíduos, em regra,

capazes de assumir riscos e, portanto, devem estar expostos aos prejuízos ou lucros inerentes as suas decisões. Portanto, a intervenção jurisprudencial nessa alocação de riscos deve ser feita a partir da necessária imposição dos valores constitucionais, mas igualmente da compreensão do contexto negocial e dos interesses das partes.

As mudanças propostas na prática argumentativa atendem esse desiderato, evitando que uma eventual inefetividade do modelo social de contrato leve a uma volta do modelo clássico de contrato, mesmo que de forma parcial e compartimentada, ou seja, apenas para os contratos empresariais.

A argumentação jurídica proposta, que conseguiria atender o objetivo acima delineado, tem como base a TID de MACCORMICK, mas com algumas qualificações: o tratamento do argumento consequencialistas deve ser aperfeiçoado, de modo a incorporar a classificação proposta por SUMMERS acerca dos argumentos institucionais, de correção e de objetivo. A utilização dos argumentos institucionais e de correção deve ser feita preferencialmente aos argumentos de objetivo e ser tratada a partir da perspectiva do argumento científico, evitando-se meras opiniões judiciais. O uso dos argumentos científicos deve ser acompanhado de uma discussão acerca da adequação da metodologia empregada em relação as finalidades do ordenamento.

As conclusões podem ser sintetizadas da seguinte forma:

1. O processo de constitucionalização do Direito privado necessariamente engloba o Direito empresarial e os contratos empresariais, sob pena de ofensa aos princípios da supremacia da Constituição e da unidade do ordenamento.

2. Os contratos empresariais não estão imunes à aplicação dos princípios da função social, da boa-fé objetiva, equilíbrio contratual, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. Entretanto, a influência desses princípios nos contratos empresariais, em regra de natureza patrimonial e sem partes vulneráveis, produz resultados diversos do que nos contratos existenciais ou que envolvem vulneráveis.

3. Assim, a visão de que a solidariedade e o comportamento cooperativo devem ser combatidos ou não devem constar do aspecto promocional das normas contratuais encontra-se equivocada. O suporte legal para esse comportamento é favorável a concretização de ambiente empresarial leal e competitivo. Ademais, não há um sacrifício das posições de vantagem dos contratantes ou mesmo um ataque a autonomia na aplicação do modelo social de contrato aos contratos empresariais.

4. Um dos efeitos do modelo social de contrato – em especial a partir da função social – nos contratos empresariais é a possibilidade de questionamento das cláusulas acordadas pelas partes por entidades representativas de direitos coletivos, em especial o consumidor. Nesse caso, surge um novo tipo de lide que basicamente não existia no Direito Contratual clássico. Afinal, na contemporaneidade, como aponta FACHIN[604] quem contrata não contrata apenas com quem contrata mas sim com a sociedade

5. Os contratos empresariais, incluindo-se os de longo prazo, não fogem dessa mudança. A argumentação judicial desses contratos no contexto constitucional atual não pode ficar presa à hermenêutica típica do Direito Contratual clássico. A teoria relacional de MACNEIL demonstra de forma consistente que a reciprocidade e a solidariedade não só são compatíveis com essa espécie de contratos, mas também desejáveis num cenário empresarial de cada vez maior interdependência e especialização.

6. O modelo social de contrato empresarial, apesar de já estar relativamente consolidado no âmbito positivo enfrenta dificuldades na sua operatividade, ou seja, na sua aplicação no ordenamento em concreto.

7. Uma maior efetividade do modelo social de contrato empresarial passa por uma superação do padrão argumentativo típico do modelo clássico de contrato, que pode ser definido como magisterial. Já o modelo social de contrato demanda um padrão argumentativo narrativo e substantivo.

8. Esse padrão argumentativo deve necessariamente incluir um componente consequencialista na argumentação judicial, o que não implica a assunção de posições utilitaristas ou contrárias à primazia dos valores constitucionais. Afinal, os juízos avaliativos inerentes as normas mais principiológicas e abertas, bem como a inserção de questões distributivas envolvem necessariamente alguma análise consequencialista.

9. No âmbito da teoria da argumentação jurídica, apesar de diversas construções teóricas defenderem a possibilidade de uma razão prática capaz de produzir a pretensão de correção, nem todas tratam de forma adequada o componente consequencialista da argumentação jurídica.

10. A teoria da argumentação jurídica de MACCORMICK é que melhor se adapta a uma argumentação narrativa e substantiva, capaz de incorporar os

[604] Nesse sentido ver a nota 269.

argumentos consequencialistas, em especial os econômicos. Entretanto, são necessários alguns ajustes, em especial de forma a garantir um equilíbrio entre o reconhecimento de argumentos de natureza consequencialista e o papel de controle a ser desempenhado pela argumentação jurídica.

10. Uma primeira adequação a ser feita diz respeito à incorporação na estrutural conceitual de MACCORMICK do conceito de SUNSTEIN de argumento parcialmente teorizados, de forma a evitar discussões metodológicas excessivamente complexas e desnecessárias. Essa seria uma maneira de trazer os argumentos consequencialistas de forma a serem operacionalizados numa estrutura institucional com as limitações do Poder Judiciário, evitando que a complexidade de alguns assuntos torne impossível a prestação jurisdicional.

11. Uma segunda ponderação é a necessidade de um maior refinamento no tratamento das consequências, uma vez que a prioridade dos argumentos consequencialistas jurídicos não é suficiente para solucionar a questão. Nesse sentido deve-se os conceitos de argumentos de correção, de objetivos e institucionais de SUMMERS.

12. Uma terceira adequação é a necessidade de desenvolvimento de critérios específicos para a análise dos argumentos substantivos, sejam de correção, institucionais ou de objetivos. Uma solução passa pela utilização dos argumentos científicos, o que não está isento de dificuldades. A incorporação desses argumentos somente é possível com a redação da complexidade dos procedimentos a serem utilizados pelo juiz e com a restrição acerca dos juízos posteriores a tomada de decisão. Nesse sentido a discussão transparente da escolha entre as diversas metodologias disponíveis é essencial, não bastando uma mera aceitação passiva por parte do julgador, que deve diferenciar sempre que necessário promover a adequação dos critérios de validade científica as necessidades do discurso jurídico.

13. Ainda, a perspectiva regulatória do Direito Contratual, ao identificar a possibilidade de que esse ramo do Direito posso ser utilizado como instrumento para a consecução de objetivos sociais, explicita uma questão essencial que é a busca de uma melhor apreensão, compreensão e tratamento da informação pelo Poder Judiciário, objetivando uma decisão melhor contextualizada as questões fáticas da lide e uma avaliação mais precisa do componente consequencialistas da argumentação jurídica.

14. Um exemplo de prática argumentativa voltada para os contratos empresariais que incorpora questões consequencialistas é encontrada nas decisões da autoridade concorrencial brasileira, o CADE. Apesar das diferenças institucionais para com o Judiciário tem-se desde já um parâmetro acerca dos riscos e das possibilidades da inclusão dos argumentos econômicos em questões que tratam de contratos empresariais.

15. Assim, é possível incorporar raciocínios consequencialistas e introduzir um padrão de argumentação substantivo sem perder o papel de controle da argumentação jurídica, tornando mais efetiva o modelo social de contrato em geral e, em especial, dos contratos empresariais de longo prazo.

16. Todas as considerações anteriores são compatíveis com o Direito civil-constitucional, que pode ganhar com a incorporação de uma teoria da argumentação nos moldes expostos.

17. Apesar da incompletude da solução tem-se uma caminho a ser perseguido, que não deve ser encurtado pela utilização de critérios utilitaristas únicos e nem pela miragem do avanço normativo em si mesmo.

18. Resta como agenda de pesquisas futuras uma análise institucional da conformação atual do Poder Judiciário Brasileiro, bem como a sua comparação com outras alternativas institucionais com finalidades similares.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, B. A. **Reconstructing American Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1984.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na Relação de Consumo. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 14, p. 20-27, abr./jun.1995.

_____. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 12, v. 45, p. 91-110, 2011.

ALEXANDER, Larry; SHERWIN, Emily. **Demystifying legal reasoning**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Teoria da Argumentação Jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

_____. The special case thesis. **Ratio Juris**, Oxford, v. 12, n. 4, p. 374-384, Dec. 1999.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. (Coord.) **Temas de Direito Civil-Empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANDERSON, Bruce. **"Discovery" in legal decision-making**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1996.

ANTONELLI, G. Aldo. **Non-monotonic Logic**. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Stanford: Winter 2012. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/archives/win2012/entries/logic-nonmonotonic/>. Acesso em: 27 dez. 2012.

AREEDA, Philip; TURNER, Donald F. **Antitrust Law:** an analysis of antitrust principles and their application**.** Boston: Little; Toronto: Brown and Company, 1978.

ARROW, Kenneth J; DEBREU, Gérard. Existence of an equilibrium for a competitive economy. **Econometrica**, Cleveland, v. 22, n. 3, p. 265-290, July 1954.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy, 2002.

ATIYAH, Patrick S. **Essays on Contract**. Oxford: Clarendon Press, 1986.

ATIYAH, P. S; SUMMERS, Robert S. **Form and Substance in Anglo-American Law**: a comparative study of legal reasoning, legal theory, and legal institutions. Oxford: Oxford University Press, 1987.

AVERITT, Neil. W.; LANDE, Robert H. Using the Consumer Choice Approach to Antitrust Law. **Antitrust Law Journal,** v. 74, n. 1, p. 175-264, 2007.

_____. Consumer Choice: The Practical reason for both antitrust and consumer protection law. **Loyola Consumer Law Review**, Chicago, v. 10, p.44-62, 1998.

_____. Consumer Sovereignty: a unified theory of antitrust and consumer protection law. **Antitrust Law Journal**, Redding, v. 65, p. 713-756, Spring 1997.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

AXELROLD, Robert. **The Complexity of Cooperation.** Princeton: Princeton University Press, 1997.

_____. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1985.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BACELLAR, Luiz Ricardo Trindade. Cláusula de exclusividade na prestação de serviços médicos: aspectos concorrências e administrativos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 5, v. 17, 2004, p. 162-171.

BARCELLONA, Pietro. **Diritto privato e società moderna**. Napoli: Jovène, 1996.

_____. **Formazione e sviluppo del diritto privato moderno**. Napoli: Jovène, 1995.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H; PICKER, Randal C. **Game Theory and the Law.** Cambridge: Harvard University Press, 1994.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord). **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição:** fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARTON, John. **Towards a General Law of Contract**. Berlin: Duncker & Humblot, 1990.

BASSO, Maristela. **Joint Ventures:** Manual prático das associações empresariais. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

BENSON, Peter (Ed). **The Theory of Contract Law:** new essays. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

BERMAN, Harold J. **Law and Revolution:** the impact of the protestant reformations on the western legal tradition. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 2003.

_____. **Law and Revolution:** the formation of the western legal tradition. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1983.

BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: creating cooperation through rules, norms, and institutions. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, v. 99, n. 6, p. 1724-1788, 2001.

BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry. **Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 21, n. 11, p.115-157, Jan. 1992.

BERTEA, Stefano. Law and legal reasoning. **Northern Ireland Legal Quarterly**, Belfast, v. 59, n. 1, p. 4-19, 2008.

BESSONE, Darcy. **Do Contrato**: teoria geral. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BETTI, Emilio. **Interpretação das Leis e Atos Jurídicos.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função:** novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007.

BOLTON, Patrick; DEWATRIPONT, Mathias. **Contract theory**. Cambridge: The MIT Press, 2005.

BOWLES, Samuel. **Microeconomics:** behavior, institutions and evolution. Princeton: Princeton University Press, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 2012;

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990.

_____. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jun. 1994.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1 nov. 2011.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002

_____. Lei nº 6.729, de 28 de novembro de 1979. Dispõe sobre a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 nov. 1990

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 504.750/AM, Terceira Turma, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, 14 de dezembro de 2004. **Diário de Justiça**, Brasília, 14 mar. 2005.

_____. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário nº 422.941, Segunda Turma, Relator Ministro Carlos Velloso, Brasília, 05 de dezembro de 2005. **Diário de Justiça** 24 mar. 2006

_____. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, 01 de setembro de 2005. **Diário de Justiça**, Brasília, 3 fev. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 435.256, Primeira Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, 26 de maio de 2009. **Diário de Justiça** 21 aug. 2009

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 7. A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada a edição de lei complementar. In: _____. **Súmulas Vinculantes**. Brasília, DF, p. 4. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/Enunciados_Sumula_Vinculante_STF_1_a_29_31_e_32.pdf>. Acesso em 27 dez. 2012.

_____.Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 308. A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel. In: _____. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília, DF, v. 190 p. 495.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF, Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. **Diário da Justiça**, Brasília, n. 79, 24. abr. 2012

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, 26 abr. 2012. **Diário da Justiça**, Brasília, n. 86, 04 maio 2012

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 504.750/AM, Terceira Turma, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, 14 de dezembro de 2004. **Diário de Justiça**, Brasília, 14 mar. 2005, p. 321

_____. Tribunal Regional Federal. Apelação 0042663-13.2011.4.01.0000, Quinta Turma, Relator Desembargador Federal Souza Prudente,15 de agosto de 2012. **Diário de Justiça**, Brasília, 22 ago. 2012, p.1219

_____. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. Apelação Cível nº 0015018-08.2005.4.01.3400 da Terceira Seção. Relator Desembargador Federal Carlos Moreira Alves. Brasília, 09 de setembro de 2009. **Diário de Justiça**, 02. out. 2009.

BRAUDEL, Fernand. **Civilização Material, Economia e Capitalismo, séculos XV-XVIII**. São Paulo: Martins Fontes, 1997, 3 vol.

BROUSSEAU, Eric; GLACHANT, Jean Michel. **The Economics of the Contracts**:

theories and applications. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis**. 13a. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do Direito e Decisão Racional**: temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Teoria do Precedente Judicial**: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012.

_____. [Comment on Petroski] On Maccormick's Post-Positivism. **German Law Journal**, Toronto, v. 12, p.709-713, 2011.

CALABRESI, Guido. **The Cost of Accidents:** a legal and economic analysis. New Haven and London: Yale University Press, 1970.

_____. About Law and Economics: a letter to Ronald Dworkin. In: **Hofstra Law Review**, vol.8, p. 553-562, Spring 1980.

CAMPBELL, David. The Undeath of Contract: A Study in the Degeneration of a Research Programme. **The Hong Kong Law Review**, v. 22, n. 17, p. 20-47, 1992.

_____. (Ed). **The Relational Contract Theory:** selected works of Ian Macneil. Londres: Sweet & Maxwell, 2001.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **O Direito na Sociedade Complexa**. 2a. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CANARIS, Claus-Wilheim. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**, 2a. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

_____. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito**

privado. 2a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3a. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARBONELL, Flavia. Reasoning by Consequences: applying different argumentation structures to the analysis of consequentialist reasoning in judicial decision. **Cogency**, Santiago, v. 3, n. 2, p. 81-104, Summer 2011.

CARBONIER, Jean. **Flexible Droit**: por une sociologie du droit sans rigueur. Paris: LGDJ, 1992.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei n. 9.307/96. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

CARPENA, Heloisa. **O Consumidor no Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COASE, Ronald H. The Institutional Structure of Production. **The American Economic Review**, Nashville, v. 82, n. 4, p. 713-719, Sept. 1992.

_____. **The Firm, the Market and the Law**. Chicago: Chicago Press, 1988.

_____. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 3, p. 1-44, Oct. 1960.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**: direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 3.

COLEMAN, Jules L. **The Practice of Principle:** In Defense of a Pragmatist Approach to legal Theory. New York: Oxford University Press, 2003.

_____. **Markets, Morals and the Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.

COLLINS, Hugh. Utility and rights in common law reasoning: rebalancing private law through constitutionalization. **Law, Society and Economy Working Papers,** London, v.6, 2007, 21 p. Disponívelem<http://eprints.lse.ac.uk/24628/1/WPS06-

2007Collins.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2012.

_____. **Regulating contracts**. New York: Oxford University Press, 2002.

COLSON, Elizabeth. **Tradition and Contract**: The problem of order. 2nd. ed. New Jersey: Aldine Transaction, 2006.

COMMONS, John R. **Legal Foundations of Capitalism**. New Brunswick: Transaction Publishers, 1995.

COMMONS, John R. Institutional Economics. **American Economic Review**, Pittsburgh, v. 21, n. 4, p. 648-657, 1921.

_____. **Institutional Economics**. New Brunswick: Transaction Publishers, 1990, 2 v.

COMPARATO, Fabio Konder. **Direito Empresarial:** estudos e pareceres. São Paulo: Saraiva, 1995.

CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no Direito Civil**. reimp. Coimbra: Almedina, 1997.

CORDEIRO, Eros Belin de Moura. **Da Revisão dos Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CRANE, Daniel A. Technocracy and Antitrust. **Texas Law Review**, Austin, v. 86, n. 6, p. 1159-1177, 2008.

CROSS, Frank B. Book Review: What do Judges Want? **Texas Law Review**, Austin, v. 87, n. 1, p. 193-208, 2008.

CSERNE, Péter. Policy Arguments before Courts: identifying and evaluating consequence-based judicial reasoning. **Humanitas Journal of European Studies**, Sosnowiec, v. 3, p. 9-30, 2009.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**: o fundamento místico da autoridade. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DEWEY, John. Logical Method and Law. **The Philosophical Review**, Durham, v. 33, n. 6, Nov. 1924.

DIMATTEO, Larry A. *et. al.* **Visions of Contract Theory**: rationality, bargain and interpretation. Durham: Carolina Academic Press, 2007.

DISTRITO FEDERAL. Justiça Federal. Procedimento Ordinário nº 2005.34.00.015042-8, da 4ª Vara Federal do Distrito Federal. Juiz Itagiba Catta Preta Neto, Brasília, 19 de março de 2007. **Diário de Justiça**, Seção 2, n. 6, p. 880-881

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de Princípio.** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **O Império do Direito***.* São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Law's empire**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

_____. **Taking Rights Seriously.** Cambridge: Harvard University Press, 1978.

_____. Seven Critics. **Georgia Law Review**, Athens, vol. 11, 1977, p.1201-1267

EISENBERG, Melvin A. Private Ordering Through Negotiation: dispute-settlement and rulemaking. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 4, p. 637-681, 1976.

ELLUL, Jacques. **The technological society**. New York: Alfred A. Knopf, 1964.

ESKRIDGE JUNIOR, William N. The New Textualism. **UCLA Law Review**, Los Angeles, v. 37, n. 621, 1989-1990.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

_____. **Teoria crítica do direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. (Coord). **Repensando os Fundamentos do Direito Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro; Renovar, 1998.

FACHIN, Luiz Edson; RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. 2a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FAGUNDES, Jorge. **Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência:** eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste. São Paulo: Singular, 2003.

_____. Eficiência Econômica e Distribuição de Renda em Análises Antitruste: o modelo price-standart. **Revista do Ibrac,** São Paulo: IBRAC, vol. 10, n. 5, p. 5-34, 2003.

FARBER, Daniel A. Book Review: The Hermeneutic Tourist: statutory interpretation in comparative perspective. **Cornell Law Review**, Ithaca, v. 81, n. 2, p.513-529, 1996.

FARIA, José Eduardo (org). **Direito e justiça:** a função social do Judiciário. 3a. ed. São Paulo: Ática, 1997.

FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querido. Teoria Econômica, Oligopólios e Política Antitruste. In: **Revista de Direito da Concorrência**, n. 6, p. 27-60, abr./jun. 2005.

_____., *et. al.* **Competitividade:** Mercado, Estado e Organizações. São Paulo: Editora Singular, 1997.

FERNANDES, Wanderley (Coord). **Contratos Empresarias**: Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais. São Paulo: Saraiva, Série GVLaw, 2007.

FETERIS, Eveline. The Study of Legal Argumentation in Argumentation Theory and Legal Theory: approaches and developments. **Cogency**, Santiago, v. 3, n. 2, p. 11-33, Summer 2011.

_____.The Rational Reconstruction of argumentation Referring to consequences and purposes in the application of the legal rules: A pragma-dialectical perspective. **Argumentation**, Amsterdam, v. 19, n. 4, p. 459-470, 2005.

_____. **Fundamentals of legal argumentation**: a survey of theories on the justification of judicial decisions. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999.

FEYERABEND, Paul. **Adeus à Razão**. São Paulo: UNESP, 2010.

FORGIONI, Paula A. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: RT, 2009.

_____. **A Evolução do Direito Comercial Brasileiro**: da mercancia ao mercado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. **Contrato de Distribuição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Direito Concorrencial e Restrições Verticais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Os Fundamentos do Antitruste.** 2a.ed.São Paulo: Revista dos Tribunais 2005.

FOX, Eleanor. Competitors Collaboration – a methodology for analysis. In: **Antitrust,** vol. 5, p. 19-22, Fall/Winter, 1990.

_____. The Battle for the Soul of Antitrust. In: **California Law Review, vol.** 75, p. 917-924, may, 1987.

FOX, Eleanor; SULLIVAN, Lawrence A. Antitrust – Retrospective and Prospective: Where are we coming from? Where are we going? In: **New York University Law Review**, vol.62, p. 936-970, Nov. 1987.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria Geral do Contrato:** confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FRIED, Charles. **Contrato como promessa**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

FULLER, Lon L.; PERDUE, Willian. The Reliance Interest in Contract Damages: Part 1. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 46, p. 52-96, 1936.

FURUBOTN, Eirik; RICHTER, Rudolf. **Institutions & Economic Theory: the contribution of the New Institutional Economics**. 2nd. ed. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2005.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GILMORE, Grant. **The Death of Contract**. 2nd. ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995.

GILSON, Ronald J.; SABEL, Charles F. & SCOTT, Robert E. Braiding the Interaction of Formal and Informal Contracting in Theory, Practice and Doctrine. In: **Columbia Law Review**, vol. 110, n. 6, p.1377-1447, 2010.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato, Globalização e LEX Mercatoria**. Rio de Janeiro: Clássica, 2012.

_____. **Contrato e sua Conservação**: Lesão e Cláusula de Hardship. Curitiba: Juruá, 2008.

GODDEN, David M.; WALTON, Douglas. Argument from Expert Opinion as Legal Evidence: critical questions and admissibility criteria of expert testimony in the American legal system. **Ratio Juris**, Oxford, v. 19, n. 3, p. 262-286, 2006.

GOLDBERG, Victor P. **Framing Contract Law:** an economic perspective. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

_____. **Readings in The Economics of Contract Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

_____. Toward an Expanded Theory of Economic Contract. **Journal of Economic Issues**, vol. 10, n. 1, p. 45-61, Mar. 1976.

GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. São Paulo: RT, 1967.

GOMES, Orlando; VARELA, Antunes. **Direito Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1977.

GONÇALVES, Priscila Brólio. **A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no Direito Concorrencial Brasileiro**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo.

GORDLEY, James. **The philosophical origins of modern contract doctrine**. Oxford: Clarendon Press, 1991.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1998**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

_____. **Planejamento Econômico e regra jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

GREENAWALT, Kent. **Law and objectivity.** Oxford: Oxford University Press, 1992.

_____. Policy, rights and judicial decision. **Georgia Law Review**, Athens, v.11, p. 991-1054, 1976-1977.

GUNTHER, Klaus. **Teoria da Argumentação no Direito e na Moral**: justificação e aplicação. 2. ed. Rio de Janeiro: 2011.

HABERMAS, Jürgen. **The theory of communicative action:** reason and the rationalization of society. Boston: Beacon Press, 1984, v. 1.

HAUSMAN, Daniel M.; MCPHERSON, Michael S. **Economic analysis and moral philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

HESPANHA, Antônio Manuel. **Panorama Histórico da cultura jurídica Europeia**. 2. ed. Lisboa: Publicações Europa-América,1997.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** São Paulo: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

_____. **Derecho Constitucional y derecho privado.** Trad. Inácio Gutiérrez,

Madrid: Civitas, 1995.

HILLMAN, Robert A. Court Adjustment of Long-Term Contracts: an analysis under modern contract law. **Duke Law Journal**, Durham, v. 1987, n. 1, p.1-33, 1987.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy:** the law of competition and its practice. 3rd. ed. St. Paul: West Publishing Co, 2005.

_____. The first great law and economics movement. **Stanford Law Review**, v. 42, n. 4, p. 993-1058, 1990.

HUGHES, Graham. Rules, Policy and Decision Making. **Yale Law Journal**, v. 77, n. 3, p. 411-439, 1968.

IRTI, Natalino. **L´età della decodificazione**. 4. ed., Milano: Giuffrè, 1992.

JACKSON, Bernard. Semiotic Skepticism A response to Neil Maccormick. **International Journal for the Semiotics of the Law**, New York, v. 4, n. 2, p. 175-190, 1991.

KALDOR, Nicholas. Welfare propositions of interpersonal comparisons of utility. **The Economic Journal,** London, v. 49, n. 5, p. 549-552, Sept. 1939.

KAPLOW, Louis. Rules vs. Standards: an Economic Analysis. In: **Duke Law Journal,** vol. 42, n. 3, p. 557-629, 1992.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus Welfare.** Cambridge: Harvard University Press, 2002.

KENNEDY, Duncan. **Legal Reasoning**: collected essays. Aurora: The Davies Group Publishers, 2008.

KLAES, Matthias; SENT, Esther-Mirjan. A Conceptual History of the Emergence of Bounded Rationality. **History of Political Economy,** Durham, v. 37, n. 1, p. 27-59, 2005.

KLEIN, B. e LEFFLER, K. The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance. **Journal of Political Economy,** Chicago, v. 89, n. 4, p. 615-941, 1981.

KONDER, Carlos Nelson. Causa do Contrato x Função Social do Contrato: estudo comparativo sobre o controle da autonomia negocial. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 11, v. 43, jul/set 2010.

KONDER, Carlos Nelson. **A constitucionalização do processo de qualificação dos contratos no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

_____. **Contratos Conexos**: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KRONMAN, Anthony. **Max Weber**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____. Rhetoric. In: **University of Cincinnati Law Review**, Cincinnati, v. 67, p. 1-20, Spring 1999.

_____. Contract Law and The State of Nature. **Journal of Law, Economics and Organization**, Oxford, v. 1, n. 1, p. 5-32, 1985.

_____. Paternalism and the Law of Contracts. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 92, n. 5, p. 763-798, 1983.

_____. Contract Law and Distributive Justice. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 89, n. 3, p. 472-511, 1979-1980.

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

KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. (Org). **Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas na Brasil.** 2a. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

KUYVEN, Luiz Fernando Martins (Coord). **Temas Essenciais de direito empresarial**: estudos em homenagem a Modesto Carvalhosa. São Paulo: Saraiva, 2012.

LAKATOS, Imre. **The methodology of scientific research programmes:**

philosophical papers. Cambridge: Cambridge University Press, 1978, v. 1.

LANDE, Robert. H. Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged. **Hastings Law Review**, San Francisco, v. 34, p. 65-89, 1982.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do Direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Rogério Gesta. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios**. Brasília: ENFAM, 2010.

LEITH, Philip. Logic, Formal Models and Legal Reasoning. **Jurimetrics Journal**, Tempe, v. 24, p. 334-356, Summer, 1984.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes Contratuais no Mercado Habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LEVI, Edward H. **Uma introdução ao raciocínio jurídico**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LIMA, Márcia Lúcia L. M. Pádua. **Agenda Contemporânea**: direito e economia: trinta anos de Brasil. São Paulo: Saraiva, 2012, t. 1.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **O contrato**: exigências e concepções atuais**.** São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, ano 36, n. 141, p. 99-109, jan./mar. 1999.

LORENZETTI, Ricardo Luís. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: RT, 1998.

_____. **Teoria da Decisão Judicial**: fundamentos de direito. São Paulo: RT, 2009.

LOWRY, S. Tood. Bargain and Contract Theory in Law and Economics. **Journal of Economic Issues**, Armonk, v. 10, n. 1, p. 1-22, 1976.

LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory of law. New Brunswick: Adeline Transactions, 2005.

_____. **Social Systems**. trad. John Bednartz Jr. Stanford: Stanford University Press, 2005.

_____. **Law as a Social System**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

MACAULAY, Stewart. Transcription of Panel Discussion – Transactional Economics: Victor Goldberg's framing contract law. **South Texas Law Review**, Houston, v. 49, p. 469-506, 2007-2008.

_____. Freedom From Contract: Solutions in Search of a Problem? **Wisconsin Law Review**, Madison, v. 2004, p.777-820, 2004.

_____. An Empirical View of Contract. **Wisconsin Law Review**, Madison, v. 1985, n. 3, p.465-482, 1985.

_____. Elegant Models, Empirical Pictures, and the Complexities of Contract. **Law & Society Review**, Hoboken, v. 11, p. 507-528, 1977.

_____. Changing a continuing relationship between a large corporation and those who deal with it: automobile manufactures, their dealers, and the legal system. **Wisconsin Law Review**, Madison, v. 1965, n. 3, p. 483-575, 1965.

_____. Non-contractual relations in business: a preliminary study. **American Sociological Review**, Thousand Oaks, v. 28, n. 1, p. 55-67, 1963.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Helena Cortada.(Org.)

Direito e Interpretação: racionalidade e instituições. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACCORMICK, Neil. **H. L. A. Hart**. 2nd. ed. Stanford: Stanford University Press, 2008.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Campus, 2008.

_____. **Practical Reason in Law and Morality**. Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. **Institutions of Law:** an essay in legal theory. Oxford: Oxford University Press, 2007.

_____. **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Rhetoric and The Rule of Law**: a theory of legal reasoning. Oxford: Oxford University Press, 1995.

_____. Notes on narrativity and the normative Syllogism. **International Journal for the Semiotics of the Law**, New York, v. 4, n. 2, p. 163-174, 1991.

_____. The significance of precedent. **Acta Juridica**, Cape Town, v. 174, p. 178-187, 1988.

_____. **Legal Reasoning and Legal Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1978.

MACCORMICK, Neil; BIRKS, Peter (Org.) **The legal mind**: essays for Tomy Honoré. Oxford: Clarendon Press,1986.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (Eds.). **Interpreting statutes**: a comparative study. Ashgate: Dartmouth, 1997.

MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. **An Institutional Theory of Law**: new approaches to legal positivism. Dordrecht: Springer, 1986.

MACNEIL, Ian R. **O Novo Contrato Social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

_____. Relational contract theory: challenges and queries. **Northwestern University Scholl of Law Review**, Chicago, v. 94, n. 3, p. 877-907, 2000.

MACNEIL, Ian R. Exchange Revisited: individual utility and social solidarity. **Ethics**, Chicago, v. 96, n. 3, 1986, p. 567-593, 1986.

_____. Values in Contract: internal and external. **Northwestern University Law Review**, Chicago, v. 78, p. 340-418, 1983.

_____. Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a "Rich Classificatory Apparatus. In: **Northwestern University Law Review**, Chicago, v. 75, p. 1018-1063, 1981.

_____. **The new social contract**. New Haven: Yale University Press, 1980.

_____. Contracts: Adjustments of long-term economic relations under classical, neoclassical, and relational contract law. In: **Northwestern University Law Review,** Chicago, v.72, p. 854-906, 1978.

_____. The Many Futures of Contracts. **Southern California Law Review,** Los Angeles, v.47, p. 691-816, 1974.

MARMOR, Andrei. **Interpretation and legal theory**. 2nd. ed. Oxford: Hart Publishing, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. (Coord). **A Nova Crise do Contrato**: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: RT, 2007.

_____. Diálogo entre o Código e Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo de fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 12, n. 45, p.71-99, 2003.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Orgs.). **Direitos do Consumidor**: contratos de consumo. São Paulo: RT, 2011. (Coleção Doutrinas Essenciais).

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MAS-COLELL, Andreu; WHINSTON, Michael D.; GREEN, Jerry R. **Microeconomic Theory**. New York: Oxford University Press, 1995.

MATTOS, César (org). **A Revolução Antitruste no Brasil:** a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Singular, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

McLEAN, Bethany; ELKIND, Peter. **The Smartest Guys in The Room**: the amazing rise and scandalous fall of Enron. 2nd. ed. New York: Penguin, 2004.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia privada e dignidade humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MELLO, Maria Tereza Leopardi. Direito e Economia em Weber. **Revista Direito GV**, Rio de Janeiro, v. 2, p.45-65, 2006.

MELLO, Maria Tereza Leopardi; ESTEVES, Heloisa Borges Bastos. Os desafios da Interdisciplinaridade em Direito e Economia. In: **Anais do 39º Encontro Nacional de Economia**, ANPEC, 2011. Disponível em: <http://anpec.org.br/encontro/2011/inscricao/arquivos/00055a1f857bd0ead43b3b66b54b1e1849d.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2012.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957, v. 1.

MESSINEO, Francesco. **Dottrina generale del contrato**. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1952.

MESTMACKER, Ernest-Joachin. Power, Law and Economic Constitution. In: **Law and State**, vol. 10, p. 117-132, 1974.

MIALLE, Michel. **Introdução crítica ao direito**. Lisboa: Estampa, 1989.

MICHELMAN, Frank I .The Supreme Court, 1985 Term – Foreword: Traces of Self-Government. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 100, n. 1, p. 73-77, 1986.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso de direito**: proteção da confiança e limite ao exercício das prerrogativas jurídicas do direito privado. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito Económico**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de Moraes. (Coord.). **Princípios do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. A Causa dos Contratos. In: **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, vol. 21, p.95-119, jan/mar 2005.

_____. **Danos à pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. O princípio da solidariedade. In: GUERRA, Isabella Franco; PEIXINHO, Manoel Messias; NASCIMENTO FILHO, Firly. (Orgs.). **Os princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. Disponível em: <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca9.pdf>. Acesso em 10 jul. 2008.

_____. Constituição e Direito Civil: tendências. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 779, p. 47-63, set 2000.

MOREIRA, Egon Bockman. E-proc, Wiki-justice e motivação-Google: até onde se pode ir?. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 08 fev. 2013. Justiça & Direito, p.12.

MOREIRA, Vital Martins. **Economia e Constituição: para o conceito de constituição econômica.** Coimbra: Coimbra, 1970.

_____. **A ordem Jurídica do Capitalismo.** Coimbra: Moinhos Editora, 1969.

MULGAN, Tim. **The Demands of Consequentialism**. Oxford: Oxford University Press, 2001.

NALIN, Paulo. **Do Contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

NAMUR, Samir. A inexistência de espaços de não direito e o princípio da liberdade. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro (RJ), ano 11, n. 42, p. 131-148, abr/jun 2010.

NEGREIROS, Teresa. **Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé.** Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

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

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual. São Paulo: Saraiva, 1994.

NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance.** Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PARANÁ. Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 571952-4, Décima Câmara Cível, Relator Desembargador Valter Ressel,18 de novembro de 2009. **Diário de Justiça**, Curitiba, 22 abr. 2010, p. 290.

PARKER, Christine *et. al.*(Eds.). **Regulating law**. Oxford: Oxford University Press, 2004.

PASCAL, Blaise. **Pensamentos**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

PAVLAKOS, Gergio. The Special Case Thesis. An Assessment of R. Alexy's Discursive Theory of Law. **Ratio Juris**, Oxford, v. 11, n. 2, p. 126-154, 1998.

PECZENIK, Alexander. **On Law and Reason**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1989.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil:** contratos. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 3.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo (coord). **Arbitragem e Poder Público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme. **O Cuidado como Valor Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PERELMAN, Chaïm. **Lógica Jurídica.** 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação**: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

_____. **Traité de l'argumentation: La nouvelle rhétorique**. Paris: Presses Universitaires de France, 1958.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. **Perfis do Direito Civil:** introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar,1999.

_____. **Manuale di diritto civile**. Napoli: ESI, 1997.

_____. Applicazioni e controllo nell'interpretazioni giuridica. **Rivista di Diritto Civile**, Milano, Anno LVI, nº 3, 2010, p. 317-364.

PESSALI, Huascar; DALTO, Fabiano. A. A mesoeconomia do desenvolvimento econômico: o papel das instituições. **Nova Economia**, Belo Horizonte, v. 20, n. 1, p.11-37, 2010.

PETTIT, Philip. Capability and Freedom: a defense of Sen. **Economics and Philosophy**, Cambridge, v. 17, p.1-20, 2001.

_____. (Org). **Consequentialism**. Aldershot: Dartmouth, 1993.

PETROSKI, Karen. Is Post-Positivism Possible?. **German Law Journal**, Toronto, v. 12, p. 663-692, 2011.

PINDYCK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 6. ed. São Paulo: Prentice Hall Brasil, 2005.

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

PITOFSKY, R. The Political Content of Antitrust. In: **University of Pennsylvania Law Review,** v.127, n. 4,p. 1051-1075, 1979.

PLATÃO. **Górgias de Platão**: Obras II. São Paulo: Editora Perspectiva, 2011.

PORTANOVA, Rui. **As Motivações Ideológicas da Sentença**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

POSNER, Eric. **Análise Econômica do Direito Contratual**: sucesso ou fracasso. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. A Theory of Contract Law under Conditions of Radical Judicial Error. **Northwestern University Law Review**, Chicago, v. 94, n. 3, p. 749-774, 2000.

_____. **Economic Analysis of Law**. 8th. ed. New York: Aspen Publishers, 2010.

_____. **How Judges Think**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

_____. **The Problems of Jurisprudence**. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

_____.**The Economics of Justice**. 2nd. ed. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

_____. The rule of Reason and the Economic Approach: reflections on the Sylvania decision. **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 45, n. 1, p. 1-20, 1977.

_____. Theories of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, Santa Monica, n. 5, p.335-358, 1974.

POSNER, Richard; EASTERBROOK, Frank H. **Antitrust**: cases, economic notes and other materials. 2nd. ed. St. Paul: West Publishing Co., 1981.

POSSAS, Mario Luiz. (Org). **Ensaios sobre Economia e Direito da Concorrência.** São Paulo: Singular, 2002.

POSSAS, Mário. A Cheia do "Mainstream": comentários sobre os rumos da ciência econômica. **Economia Contemporânea**, Rio de Janeiro, n. 1, p.13-58, jan-jun. 1997.

POUND, Roscoe. Law in Books and Law in Action. In: **American Law Review**, Palo Alto, vol. 44, p. 15-28, 1910.

PRAKKEN, Henry. AI & Law, Logic and Argument Schemes. **Argumentation**, Amsterdam, v. 19, p.303-320, 2005.

PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista de Direito GV**, Rio de Janeiro, n. 7, 2008, p.15-28.

RAZ, Joseph. **The Authority of Law**. 2nd. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

_____. **Ethics in the Public Domain**: essays in the morality of law and politics. Oxford: Oxford University Press, 1996.

_____. The relevance of Coherence. **Boston University Law Review**, Boston, v. 72, p. 273-301, mar. 1992.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. **O problema do contrato**: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Direito dos contratos**: estudos. Coimbra: Almedina, 2007.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; AGUSTINHO, Eduardo. Fundamentos para a Interpretação dos Contratos Empresariais: aspectos jurídicos e econômicos. **Revista de Direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, v. 151/152, p. 65-78, jan/dez 2009.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius. (Orgs.). **Análise Econômica do Direito**: uma introdução. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0428729-17.2010.8.19.0001, Décima Oitava Câmara Cível, Relator Desembargador Heleno Ribeiro Nunes, 07 de agosto de 2012. **Diário de Justiça**, Rio de Janeiro (RJ)

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70032474215, Quinta Câmara Cível. Relator Desembargador Romeu Marques Ribeiro Filho, Porto Alegre, 24 de novembro de 2010. **Diário de Justiça** 01 dez. 2010

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 70047160510, Nona Câmara Cível, Relator Desembargador Tasso Caubi Soares Delabary, 25 de abril de 2012. **Diário de Justiça**, Porto Alegre, n. 4820, 27 abr. 2012

ROBISON, Wade L. **The Legal Essays of Michael Bayles**. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

RODOTÀ, Stefano. **La vita e le regole**: tra diritto e non diritto**.** Milano: Fentrinelli, 2006.

ROESLER, Claudia Rosane; SILVA, Pedro Santos Tavares da. Argumentação Jurídica e Direito Antitruste: análise de casos. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 14, n. 102, p. 13-44, 2012.

ROMANO, Roberta. **Foundations of Corporate Law**. 2nd. ed. New York: Foundation Press, 2010.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

RUBIN, Edward L. The non judicial life of contract: beyond the shadow of law. **Northwestern University Law Review**, Chicago, v. 90, n. 1, p. 107-131, 1995.

RUZIK, Carlos Eduardo Pianovski. **Institutos Fundamentais do Direito Civil e liberdade(s)**. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

SACCO, Rodolfo. Legal Formants: a Dynamic Approach to Comparative Law. In: **American Journal of Comparative Law**, v. 39, p. 1-34 (Part I); p. 343-401 (Part II), 1991.

SADEK, Maria Tereza. **Magistrados**: uma imagem em movimento. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). **Direito e Economia**: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALGADO, Lucia Helena. **A Economia Política da Ação Antitruste**. São Paulo: Singular. 1997.

_____. Análise da Experiência Antitruste Brasileira. In: **Revista de Direito Econômico,** n. 25, p. 5-24, 1997.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**: as estruturas. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direito Concorrencial**: as condutas. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Função Social do Contrato: primeiras anotações. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 132, p. 7-24, 2003.

SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. **Direito da concorrência e obrigação de contratar**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SAMUELS, Warren J. **The Legal-Economic Nexus**. Londres: Rutledge, 2007.

SAMUELS, Warren J.; BIDDLE, Jeff E.; DAVIS, John B. (Ed). **A companion to the history of economic thought**. Oxford: Blackwell Publishing, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 3a. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003.

_____. (Org). **A Constituição Concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SCHAUER, Friedrick. **Playing by the Rules**: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life. New York: Oxford University Press, 1993.

SCHAUER, Frederick; WISE, Virginia J. Nonlegal Information and the Delegalization of Law. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 29, p. 495-515, 2000.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição do comportamento contraditório:** tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SCHUARTZ, Luís Fernando. Interdisciplinaridade e adjudicação: caminhos e descaminhos na ciência do Direito. **Revista Brasileira de Filosofia,** São Paulo, v. 232, ano 58, p.133-171, jan./jun. 2009.

_____. Quando o Bom é o Melhor Amigo do ótimo: a autonomia do direito perante a economia e a política da concorrência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 245, p. 96-137, mai/ago 2007.

_____. **Norma, contingência e racionalidade**: estudos preparatórios para uma decisão da teoria judicial. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. Dogmática Jurídica e Lei 8884/94. In: **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 107, p. 57-86, 1997.

SCHUMPETER, Joseph. **History of economic analysis**. New York: Oxford University Press, 1994.

SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. Contract theory and the limits of contract law. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 113, p. 541-619, Nov./Dec. 2003.

SCOTT, Robert E. The Case for Formalism in Contract Law. **Northwestern University Law Review**, Chicago, v. 94, n. 3, p. 847-876, 2000.

_____. Conflict and Cooperation in Long-Term Contracts. **California Law Review**, Berkeley, v. 75, n. 6, p. 2005-2054, 1987.

_____. The mitigation principle: toward a general theory of contractual obligation. **Virginia Law Review**, Charlottesville, v. 69, n. 6, p. 967-1024, 1983.

_____. Principles of Relational Contracts. **Virginia Law Review**, Charlottesville, v. 67, n. 6, p. 1089-1150, 1981.

SEARLE, John. R. **Making the Social World**: the structure of human civilization. Oxford: Oxford University Press, 2010.

SEN, Amartya. **Sobre Ética e Economia.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

SILVA, Clóvis Couto e. **A Obrigação como Processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, Juliana Pedreira da. **Contratos sem negócio jurídico**: crítica das relações contratuais de fato. São Paulo: Atlas, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

SIMON, Herbert. A. **Administrative Behavior**. New York: Free Press, 1997.

SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos coletivos**: a aplicação dos meios consensuais à solução de controvérsias que envolvem políticas públicas de concretização de direitos fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do direito***:* fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lúmen

Juris, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord*.).* **Vinte anos da Constituição Federal de 1988***.* Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

SPEIDEL, Richard E. Court-Imposed price adjustments under long-term supply contract. **Northwestern University Law Review**, Chicago, v. 76, n. 3, p. 369-422, 1981.

STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, Santa Monica, v. 2, n. 1, 1971. p. 3-21.

STIGLER, George J. **The Theory of Price**. 3rd. ed. New York: Macmillan Publishing Company, 1966.

STIGLITZ, Joseph. A re-examination of the Modigliani-Miller theorem. **American Economic Review**. Pittsburgh, v. 59, n. 5, p. 784-793, Dec. 1969.

_____. **Os exuberantes anos 90**: uma nova interpretação da década mais próspera da história. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

SULLIVAN, Kathleen. Foreword: The Justices of Rules and the Justices of Standards. **Harvard Law Review,** Cambridge, vol. 106, p. 22-123, 1992.

SULLIVAN, Lawrence Anthony. **Handbook of the Law of Antitrust.** St. Paul: West Publishing Co., 1977.

SUMMERS, Robert S. **Essay in legal theory.** Dordrecht: Kuller Academic, 2000.

_____. Two types of substantive reasons: the core of common-law justification. In: **Cornell Raw Review**, vol. 63, nº 5, 1978, p. 707 – 788.

SUMMERS, Robert S.; KELLEY, Leigh B. 'Economists' Reasons' for Common Law Decisions – a preliminary inquiry. **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford, v. 1, n. 2, p. 213-255, 1981.

SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coord). **Direito Global**. São Paulo:

Max Limonad, 1999.

SUNSTEIN, Cass R. (Ed.)**Behavioral Law and Economics.** Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

_____. **Legal Reasoning and Political Conflict.** Oxford: Oxford University Press, 1996.

_____. **After the Rights Revolution:** reconceiving the regulatory state. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. Libertarian paternalism. **The American Economic Review**, Pittsburgh, v. 93, n. 2, p. 175-179, May 2003.

SUNSTEIN, Cass R.; *et al*. **Are Judges Political?** An empirical analysis of the federal judiciary. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte. **Associações Consorciais**. Barueri: Manole, 2004.

TARUFFO, Michele. Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. In: **Revista da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, vol. 2, nº 2, p.171-204, 2001.

TEPEDINO. Gustavo. Contratos Empresariais e Unidade do Ordenamento. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 49, jan/mar 2012.

_____. Atividade sem negócio jurídico fundante e a formação progressiva dos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 44, out/dez 2010, p.19-30.

_____. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, t. 3, 2009.

_____. **Temas de Direito Civil.** 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, t. 1, 2008.

_____. **Temas de Direito Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, t. 2, 2006.

_____. (Org). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de

Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Problemas de Direito Civil-Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). **Obrigações e contratos**: contratos: princípios e limites. São Paulo: RT, 2011, v. 3 (Coleção Doutrinas Essenciais).

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado**: **conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 2 v.

TEUBNER, Gunther (ed). **Dilemmas of law in the Welfare state.** Berlin: Walter de Gruyter, 1986.

TEUBNER, Gunther. Self-subversive Justice: contingency or transcendence formula of law? **The Modern Law Review**, London, v. 72, n. 1, Jan 2009.

_____. Substantive and reflexive elements in modern law. **Law & Society Law Review**, Hoboken, v. 17, n. 2, p.254-257, 1983.

_____. (Org.). **Network as Connected Contracts**. Oxford: Hart Publishing, 2011.

TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Contratual Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 876, p. 11-43, 2008.

_____. (Org.) **Direito e Economia**. São Paulo: Thomson IOB, 2005.

TOMASELLO, Michael. **Why we Cooperate**. Cambridge: The MIT Press, 2009.

TOULMIN, Stephen. **The Uses of Argument**. 2nd. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

TURNER, Donald F. The definition of agreement under the Sherman Act: conscious parallelism and refusal to deal. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 75, n. 4, p.655-706, 1962.

_____. The validity of tying arrangements under the antitrust laws. In: **Harvard Law Review,** vol. 72, n. 1, p. 50-75, 1958.

UNGER, Roberto Mangabeira. The critical legal studies movement. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 96, p. 564-675, Jan. 1983.

VEBLEN, Thorstein. Preconceptions and economic science. **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 14, n. 2, p. 240-269, 1900.

_____. Why is economics not an evolutionary science? **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 12, n. 4, p. 373-397, July 1898.

VENTURI, Thaís G. Pascoalato. A análise Consequencialista no Processo de Tomada de Decisões Judiciais a partir da obra de Ricardo L. Lorenzetti. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **Diálogos sobre Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, v. 3, p. 133-152.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

VISCUSI, W. Kip; VERNON, John M; HARRINGTON JR, Joseph E. **Economics of Regulation and Antitrust.** 3rd. ed. Cambridge: The MIT Press, 2000.

ZANITELLI, Leandro Martins. A reciprocidade nos contratos: uma análise expressivista. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 11, nº 42, 2010, p. 160-184.

WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: obrigações e contratos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WEBER, Max. **Economy and Society.** 2nd. ed. Berkley: University of California Press, 1978, 2 v.

_____. **The Commercial Partnership in the Middle Ages**. Lanham: Rowman & Littlefield, 2003.

WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica**: o uso da analogia no argumento jurídico. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WELLMAN, Vincent A. Practical Reasoning and Judicial Justification: toward an adequate theory. **University of Colorado Law Review**, Boulder, v. 57, p. 45-115, Fall 1985.

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

_____. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: Free Press, 1985.

WILLIAMSON, Oliver E. **Markets and hierarchies**: analysis and antitrust implications. New York: Free Press, 1975.

WRÓBLEWSKI, Zenon. **The Judicial Application of Law**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992.

YAZBEK, Otávio. **Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

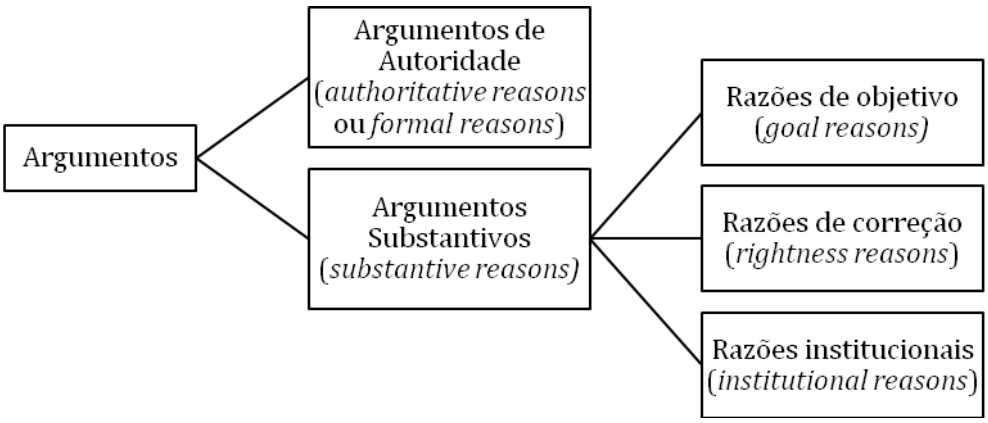
YEUNG, Luciana Luk-Tai. **Além do senso comum e das evidências anedóticas: uma análise econômica do Judiciário brasileiro**. Tese (Doutorado em Economia) – Faculdade de Direito, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2010.

YEUNG, Luciana Luk-Tai; FERRANTE, Marcelo Paiva Gomes. Tendências de Decisões do STJ sobre Quebras de Contratos Privados. **Economic Analysis of Law Review**, Brasilia, v. 3, n. 1, p. 148-169, jan-jun 2012.

ZAMPAR JÚNIOR, José Américo; BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. Contratos de Soja Verde: estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça à luz dos Princípios Contratuais. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, ano 12, vol. 48, 2011, p. 219-245.

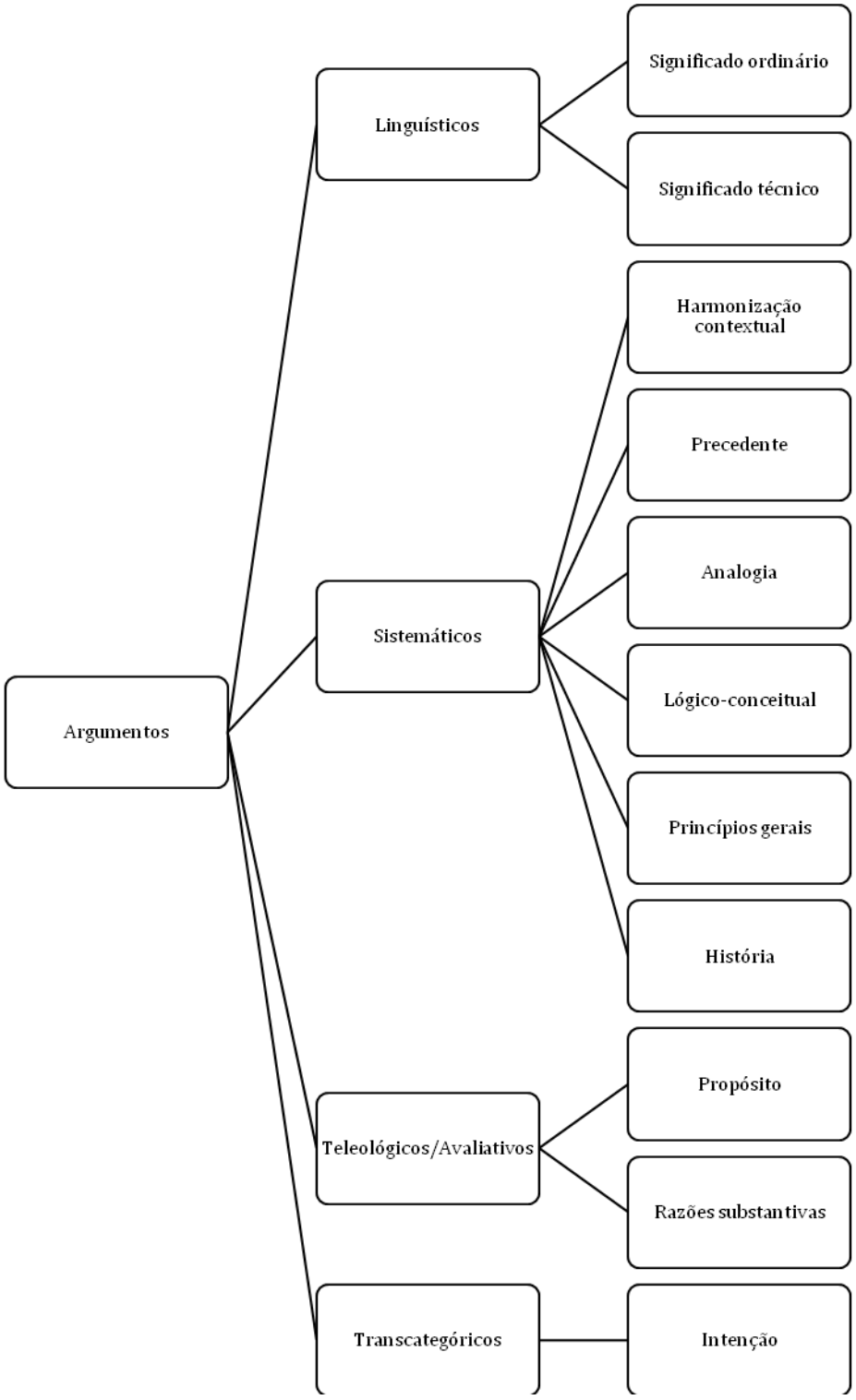
ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel**. Direito & Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ANEXO A - Quadro Resumo da Classificação dos Argumentos em SUMMERS



Fonte: SUMMERS, Robert S. **Essay in legal theory.** Dordrecht: Kuller Academic, 2000

ANEXO B - Quadro Resumo Classificação dos Argumentos em MACCORMICK &SUMMERS



Fonte: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S. (ed). **Interpreting Statutes:** a comparative study**.** Ashgate: Dartmouth, 1991.