

Direito, Economia e Contratos: desafios atuais

João Carlos Adalberto Zolandeck 01/08/2019

No estado atual da vida e das coisas, a criatividade e a inovação são fundamentais para o profissional do futuro. Na área do direito não poderia ser diferente, mas trabalhar em um cenário de complexidade legal e dos poucos estudos sobre os impactos de uma determinada norma enquanto editada, não é uma tarefa fácil, submetendo-se o caso concreto a uma necessária avaliação de risco.

O direito contratual continua revolucionando, dando norte aos negócios, não somente na esfera privada, mas também na pública. O uso da tecnologia da informação, do processamento e da proteção de dados e as ferramentas de vinculação eletrônica, aliados aos novos arranjos contratuais, aos negócios bilaterais e plurilaterais, inclusive com a formalização de acordos sobre regras processuais e de procedimento, dão impulso a um novo modo de realizar e orientar o direito e o processo decisório.

O regime jurídico de um país precisa responder ao mercado com previsibilidade e estabilidade das relações, constituindo-se os contratos como elo importante para que estes objetivos sejam alcançados, pois, ao elevar-se o grau de confiança, o mercado funcionará estável e seguro, atraindo investimentos de toda ordem.

A economia faz perceber o direito de uma nova maneira, de um lado como o clássico provedor de justiça e, de outro, como um conjunto de normas a estimular e a induzir comportamentos que favoreçam o alcance dos objetivos-fins de uma Nação, a partir de políticas públicas mais eficientes e distributivas, servindo, assim, portanto, ao profissional do direito. O direito serve, igualmente, aos economistas, na medida em que estes podem apropriar-se de técnicas e teorias, como, por exemplo, da complexa teoria do direito contratual, para criar modelos mais próximos da realidade, de maior taxa de previsibilidade^[1].

Desta perspectiva bifocal pode-se perceber que o direito e a economia se encontram, servindo, esta, como uma ciência auxiliar. Os adeptos da Análise Econômica do Direito (AED) certamente perceberam a diferença competitiva, quando atuam no mercado, e a diferença de conteúdo das decisões quando na função de agentes públicos.

A AED é capaz de dar norte, orientar o processo decisório, pois ancorar-se em conceitos econômicos e perceber o direito de uma maneira diferente faz toda a diferença quando se depara com um caso concreto, já que todo o processo decisório estará orientado por verdadeira gestão sobre os riscos, os custos de transação (processuais e extraprocessuais), as externalidades, as consequências e impactos deste ou daquele posicionamento, desta ou daquela decisão. De fato, praticar a AED no dia-a-dia de seu mister mostrará como são gratificantes os resultados que emanam desta primorosa convergência e da intimidade entre estes dois saberes.

É evidente que, neste pequeno espaço, não é possível tratar da teoria contratual e nem mesmo este é o objetivo. Também não se pretende tecer comentário ou criar argumentos contra a ilusória teoria da morte dos contratos, como se não fosse possível adaptá-los a uma realidade emergente, que submete ao mundo digital boa parte dos novos vínculos, ou seja, como se **não fosse** possível inovar, ou como **se fosse** possível tratar de variáveis, de circunstâncias e da complexidade de uma grande parte dos contratos em espécie a partir de modelos pré-prontos ou pré-formatados, sem uma avaliação dos riscos impostos pela imperfeição do mercado e sem ponderar sobre a construção de cláusulas inteligentes, capazes de inibir o inadimplemento e de induzir condutas pré, inter e pós-contratuais.

Os contratos de mera adesão, alguns conhecidos por se caracterizarem como sendo de massa ou de repetição, não demandam, de uma das partes, o socorro prévio ou preventivo, cabendo à pessoa aderente observar as vantagens que deterá a partir da adesão, pouco podendo o direito influir nesta primeira etapa, assegurando-se a liberdade de contratar e a autonomia privada. Por outro lado, o direito intervirá, socorrendo a parte inocente, no caso de inadimplemento das obrigações combinadas e ou diante da ineficiência do ajuste, mesmo que por adesão, adotando princípios protecionistas ao aderente, diante da inviabilidade de discutir e ponderar sobre a construção do conteúdo das respectivas cláusulas. O contrato continua válido e exigível, no entanto a interpretação se dará sob uma óptica principiológica diferente.

O mesmo não ocorre com contratos de complexidade maior, destacando-se os de *shopping center*, *built to suit* (BTS), contratos de locação comercial, franquias, distribuição, agência, societários em geral, compra e venda, edificação de obras, parcerias industriais, transferência de tecnologia, intermediação, colaboração empresarial, dentre os quais, *joint ventures*, contratuais e societárias, os contratos atípicos, os acordos sociais e parassociais,

os pactos médico-hospitalares para cirurgias de complexidade e estéticas, os convênios, os acordos operacionais, de gestão, de participação e renda, de cessão e licenciamento de marcas, patentes, aqui destacados dentre outros tantos, sejam interempresariais ou não.

Nesta particularidade, tratando-se de contratos complexos, o advogado, apoiando-se no direito, na economia, na neurociência e em outras ciências que estudam o comportamento, poderá criar estruturas jurídicas inteligentes enquanto as partes dialogam e cooperam, prevenindo e prevenindo litígios, como, por exemplo, a cláusula de solução interna, a que cria um comitê para resolução de conflitos (*Dispute Boards*) para contratos de execução não imediata, dispensando-se a necessidade de socorro à jurisdição estatal ou arbitral, evitando-se, portanto, custos de transação não desejados, processuais e extraprocessuais. Além destas, as cláusulas de incentivo ao adimplemento, as formadoras de negócios jurídicos processuais prévios, como, por exemplo, a cláusula que dispensa a prestação de caução pelo locador para obter medida liminar, a que permite a liminar de desocupação fora do elenco legal, a cláusula que sistematiza a utilização de atas notariais, a que prevê a utilização de um profissional técnico, prévio à instauração do litígio, a que impõe ou submete a mediação, além daquelas que tratem de todas as variáveis, pois cada negócio, em termos de complexidade, é único e assim deve ser interpretado, com personificação, mas na velocidade de um mundo digital, onde o direito e a tecnologia também caminham de forma indissociável.

Paula Forgioni diz que os contratos interempresariais, por exemplo, devem ser interpretados no contexto do mercado e são firmados entre empresas cujas atividades são movidas pelo lucro.^[ii]

Deste modo, os contratos possuem um papel fundamental para a estabilização das relações, dando a estas, previsibilidade.

A ideia de *enforcement* (garantia de exequibilidade) dá aos negócios, a partir dos contratos — credibilidade — sem a qual não há incentivos para atrair investimentos e prover o desenvolvimento econômico de um país. A exigibilidade das obrigações que emanam dos contratos tem pautado discussões importantes, especialmente na presença de contratos interempresariais, em cujo modelo a intervenção do Estado é mínima, limitando-se aos aspectos corretivos e coercitivos para fazer cumprir o que foi convencionado pelas partes.

Fazer uma leitura do direito sob a óptica econômica não implica a sobreposição da ciência auxiliar, mas o uso dela para compreender melhor e de forma mais sutil a ação humana. Os pilares para qualquer leitura que envolve a íntima relação entre o direito e a economia estão concentrados na **escassez**, na **escolha racional** e na **incerteza**. As decisões estratégicas são mais bem orientadas a partir do entendimento destes pressupostos e de outros conceitos emprestados da ciência econômica, dos quais o profissional do direito não deve descuidar. Lembre-se que a todo instante, no dia-a-dia, tomam-se decisões, tais como: comprar um imóvel, aceitar um emprego, alugar um apartamento, matricular os filhos na escola, trocar de automóvel entre outras tantas relações vividas e vivenciadas.^[iii] Estas decisões ou escolhas humanas estão orientadas, em relevante parcela, pelos contratos. Logo construí-los e orientá-los enquanto as partes cooperam é fundamental, para dar eficiência e efetividade ao direito pactuário.

É certo que as partes contratam para obter alguma vantagem, não por mero prazer de declarar a sua vontade. O direito presta-se a criar estruturas contratuais eficientes, organizar, administrar e harmonizar conflitos, com a mínima intervenção do Estado. Por sua vez, a proteção estatal dos acordos de origem contratual dá funcionalidade ao direito, diante da previsibilidade, segurança e fluência das relações de mercado^[iv].

Segundo Mackaay, “o escopo do contrato é permitir obter ganhos recíprocos para as duas partes (ganho de Pareto), um resultado ganha-ganha ou *win-win*”. A intimidade entre o direito, a economia e os contratos revela-se a partir de outros pontos também fundamentais, pois, diante de algumas circunstâncias, não é possível dar garantias de ganhos recíprocos, uma vez que elas (as circunstâncias) podem interferir, de uma ou outra forma, no comportamento pré-contratual, inter e pós-contratual e se apresentam quando ocorrem falhas ou imperfeições no mercado, notadamente em quatro situações, a saber: externalidades causadas a terceiros, informações assimétricas, poder de mercado, capacidade e racionalidade limitada^[v].

É certo que a interlocução entre o direito e a economia é cada vez mais necessária, o que se evidencia com maior ênfase nas questões contratuais, pois a eficiência dos contratos depende da vontade das partes e dos incentivos criados para dar atendimento às obrigações combinadas por diálogo e opiniões ou combinadas, porque aderidas.

Como visto, os desafios do direito contratual não são pequenos e, inevitavelmente, passam pela discussão sobre o vínculo de certeza e de segurança que o pacto tem a função de realizar, bem como pela pauta tecnológica de alcance capaz de dar velocidade aos negócios jurídicos em um mundo globalizado. Por um lado, a segurança

jurídica derivada do princípio da autonomia privada e, de outro, a necessidade da utilização de ambientes virtuais, de contratos digitais e de métodos para prevenir e solucionar conflitos derivados do ajuste.

Por fim, cabe ressaltar que apenas ajustar a forma de construir contratos ou como eles serão dinamizados e ajustados na mesma velocidade em que os negócios se concretizam no mundo digital não bastará para dar eficiência ao acordo de vontades, pois um desafio ainda maior se apresenta.

É necessário capacitar pessoas para conciliar o uso da redação, da inteligência estratégica e da tecnologia em benefício de um bem maior, bem como inspirar a comunidade jurídico-acadêmica e as universidades, alterar currículos e refletir sobre competências e habilidades vocacionadas ao entendimento multidisciplinar aplicado, ou seja, como o profissional vai se posicionar, dialogar e criar uma solução ao deparar com o caso concreto, sem atropelo e sem deixar que conceitos rasos, pré-formatados e sem compreensão das variáveis sobreponham-se a uma análise mais detida, sobretudo com o uso da Análise Econômica do Direito (AED).

Como orientar o processo decisório com o menor risco possível, com o menor custo, com vantagens de parte a parte, assegurando-se a exigibilidade ancorada na lealdade e boa fé, em razão de um pacto bem construído e equilibrado, mostra-se fundamental, para que o mercado, de fato, traga o resultado esperado e contribua para a formação da riqueza das pessoas, melhorando a condição socioeconômica e, em última análise, impulsionando o desenvolvimento do País.

Notas e Referências

[i] COOTER, Robert e ULEN, Thomas. Direito e economia. 5ª ed. São Paulo: Bookman, 2010, p. 33.

[ii] FORGIONI, Paula. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 29.

[iii] MACKAAY, Ejan e ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. 2ª ed. São Paulo: Atlas, p. 7, 25-26.

[iv] GRAU, Eros. Um novo paradigma dos contratos? <file:///C:/Users/joacarlos/Downloads/67510-Texto%20do%20artigo-88932-1-10-20131125.pdf>

[v] MACKAAY, Ejan e ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 408.

Imagem Ilustrativa do Post: DSC_5457.jpg // Foto de: [Robert](#) // Sem alterações

Disponível em: <https://www.flickr.com/photos/rrachwal/26017459914/>

Licença de uso: <https://creativecommons.org/publicdomain/mark/2.0/>

O texto é de responsabilidade exclusiva do autor, não representando, necessariamente, a opinião ou posicionamento do Empório do Direito.