

# CONTRATOS: CONSIDERAÇÕES SOBRE A RELAÇÃO ENTRE AS TEORIAS JURÍDICA E POLÍTICA

CONTRACTS: SOME REMARKS ON THE RELATIONSHIP BETWEEN LEGAL AND POLITICAL  
THEORIES

CONTRATOS: CONSIDERACIONES SOBRE LA RELACIÓN ENTRE LAS TEORÍAS JURÍDICA Y  
POLÍTICA

Leandro Martins Zanitelli<sup>1</sup>

## RESUMO

O presente artigo é resultado da investigação de alguns anos sobre teorias da justiça e análises de mercado guiadas por ideias de eficiência. Tanto as teorias da justiça como a economia neoclássica e sua crítica (marxista, institucionalista, behaviorista) contribuem para o que se propõe aqui designar como “teoria política dos contratos”. O objetivo é inventariar pontos de contato e também discrepâncias entre essa teoria política, da qual se faz, na segunda parte do artigo, um apanhado, e a teoria jurídica dos contratos, expressão com que se nomeia a doutrina do direito contratual baseada na lei e nos precedentes judiciais no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contratos. Direito contratual. Teoria política. Eficiência. Igualdade.

## ABSTRACT

This paper is the result of research carried out over several years, on theories of justice and market analyses guided by principles of efficiency. Theories of justice, as well as neoclassical economics and its critics (Marxists, institutionalists, behaviorists), have contributed to what is designated, in this paper, as “political contract theory”. This paper presents some points of contact, and also some discrepancies, between this political theory, which is briefly summarized in the second part of the article, and the legal doctrine of contract law in Brazil.

**KEY WORDS:** Contracts. Contract law. Political theory. Efficiency. Equality.

## RESUMEN

El presente artículo es resultado de la investigación de algunos años sobre teorías de la justicia y análisis de mercado guiados por ideas de eficiencia. Tanto las teorías de la justicia como la economía neoclásica y su crítica (marxista, institucionalista, behaviorista) contribuyen con lo que se propone aquí designar como “teoría política de los contratos”. El objetivo es inventariar puntos de contacto y también discrepancias entre esa teoría política, de la cual se hace un resumen en la segunda parte del artículo, y la teoría jurídica de los contratos, expresión con la que se denomina a la doctrina del derecho contractual basada en la ley y en los precedentes judiciales en Brasil.

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com estágio de pós-doutorado na Universidade de Hamburgo, Alemanha. Professor e coordenador do Programa de Pós-Graduação – Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis (Uniritter), Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. *E-mail:* leandro\_zanitelli@uniritter.edu.br.

**PALABRAS CLAVE:** Contratos. Derecho contractual. Teoría política. Eficiencia. Igualdad.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo é resultado da investigação de alguns anos sobre teorias da justiça e análises de mercado guiadas por ideias de eficiência. Tanto as teorias da justiça como a economia neoclássica e sua crítica (marxista, institucionalista, behaviorista) contribuem para o que se propõe aqui designar como “teoria política dos contratos”. O objetivo é inventariar pontos de contato e também discrepâncias entre essa teoria política, da qual se faz, na segunda parte do artigo, um apanhado, e a teoria jurídica dos contratos, expressão com que se nomeia a doutrina do direito contratual baseada na lei e nos precedentes judiciais.

O *modus operandi* é o seguinte. Em sua primeira parte, o artigo arrola três questões que, embora longe de traduzir em sua inteireza o debate brasileiro contemporâneo em matéria de contratos, correspondem, segundo se postula, a partes cruciais desse debate: a questão dos limites à liberdade contratual (à que alude o par dicotômico “intervenção” e “não intervenção”), a das fontes das obrigações contratuais (suscitada pela oposição entre uma concepção “simples” e outra “complexa” da relação jurídica contratual) e a do modo de aplicação do direito (cujos “estilos” antagônicos são adiante referidos com as expressões “jurisprudência de regras” e “jurisprudência de princípios”).

Na parte segunda e derradeira, o artigo esboça algumas alternativas para uma teoria política dos contratos, avaliando, ainda que de maneira sumária, o que têm a oferecer diferentes versões dessa teoria à dogmática do direito contratual. Esse inventário das possíveis contribuições da teoria política à teoria jurídica, objeto principal do trabalho, tem como propósito tanto o de auxiliar a que as possibilidades da teoria política sejam devidamente exploradas como o de tornar explícitos os limites do debate jurídico dominado pelos “dilemas” descritos na primeira parte, com a esperança de colaborar, então, não só para o aprofundamento, mas também para a diversificação desse debate.

## 1 A TEORIA JURÍDICA DOS CONTRATOS

Esta parte do artigo oferece uma descrição da teoria jurídica contratual como uma teoria alicerçada em três pares conceituais dicotômicos, a saber: a) o da intervenção e da não intervenção; b) o da simplicidade e da complexidade do contrato (ou da relação jurídica contratual); e c) o de uma jurisprudência de regras e de uma jurisprudência de princípios.

A justificativa para o uso dessas dicotomias é circunstancial. Não se está sugerindo, pois, que elas correspondam às grandes questões a serem enfrentadas por qualquer teoria do direito contratual – outras questões, tão ou até mais importantes, podem escapar a uma análise guiada pelos referidos pares conceituais –, nem que elas sejam as recomendadas a um estudo que não queira limitar-se à teoria contratual tal como ela tem se desenvolvido no Brasil nas últimas décadas. Dizendo-o, pois, mais claramente, o que se manifesta aqui é a pretensão de que as dicotomias apresentadas correspondam simplesmente ao que se tem encarado, seja na doutrina, seja na jurisprudência brasileira, como as grandes questões da teoria contratual.

### 1.1 Intervenção e não intervenção

Examinar-se-ão, então, uma a uma, as classificações acima mencionadas, a começar pela que distingue um direito contratual de índole interventiva (ou “social”) e o seu oposto (um direito contratual “liberal”). Uma dificuldade criada pela ideia de intervenção é que ela parece pressupor uma noção “natural” ou, ao menos, extralegal de contrato. Admitindo-se que os contratos existam independentemente da legislação, torna-se simples distinguir os contratos que são alvo da intervenção estatal – aqueles que a lei proíbe ou que o Estado, por seus órgãos, recusa-se a fazer valer – e os que não o são. Acontece, no entanto, que essa independência do contrato em relação à legislação não pode, ao menos nos dias de hoje, ser atestada, já que, ainda que haja um conceito social de contrato diferenciável do conceito legal, esse último não costuma ser indiferente ao primeiro. Assim,

mesmo aquilo que se considera, em geral (isto é, inclusive entre pessoas sem educação legal), como um contrato está, em boa medida, sob a influência daquilo que a lei define como tal.

Tendo-se isso em conta, uma maneira de dar sentido ao par conceitual intervenção e não intervenção consiste em atribuir-lhe certa historicidade (ainda que nem sempre percebida), como quando se pensa em contratos que eram legalmente tratados como tais há certo tempo atrás e aos quais se nega, hoje, no todo ou em parte, validade. Comparando-se o estado da legislação em duas épocas diferentes, pode-se designar o direito contratual de uma delas como interventivo à medida que esse direito se oponha ao que, na outra das épocas consideradas, tinha-se como ato juridicamente vinculante.

Esse ponto de vista histórico-comparativo é bem perceptível nos trabalhos jurídicos ocupados com a intervenção estatal nos contratos, quando se contrasta o direito contratual oitocentista, como direito liberal inspirado pelo princípio do *laissez-faire, laissez-passer*, e o direito contratual atual, caracterizado por um “dirigismo contratual” avolumado nas últimas décadas do século recém-findo.<sup>2</sup> Contudo é preciso mais uma vez ressaltar que, quando se fala aí de uma “autonomia privada” ou “liberdade contratual” que hoje encontra freios, o que se tem em vista não é uma liberdade que, depois de concebida em seu estado “natural”, encontra-se sujeita, em cada época ou lugar, a restrições mais ou menos amplas, mas de uma liberdade que só se pode entender como tal porque legalmente chancelada sob determinadas circunstâncias, e que é “limitada” à medida que deixa, depois, de existir.<sup>3</sup>

Acrescente-se a isso que uma comparação entre o direito contratual de uma e outra época dificilmente revela, no que se refere à intervenção, um movimento em apenas um sentido. Assim, ao mesmo tempo em que seria preciso designar o direito atual como interventivo para uma área como a dos planos de saúde, na qual atualmente, sob a vigência da Lei nº 9.656/1998, muito do que se reconheceria até alguns anos atrás como atos juridicamente vinculantes não mais o é, em outros casos o que ocorre é justamente o contrário (pense-se, por exemplo, em contratos relativos à imagem, hoje muito mais propensos a serem admitidos como tais do que há um século). A distinção entre um direito contratual interventivo e um que não o seja acaba se realizando, assim, sob certa perspectiva, isto é, tendo em vista um ou alguns contratos aos quais se empresta validade em determinada ocasião, mas já não em outra.

A dicotomia da intervenção e não intervenção é crucial para o direito contratual brasileiro atual porque, embora se repute esse como um direito interventivo (o que só se pode fazer, claro, por meio da comparação e, como recém-afirmado, sob a perspectiva de um ou alguns determinados contratos), segue ainda por definir os limites dessa intervenção. Significa isso, em outras palavras, que a questão do que se há de considerar propriamente (isto é, legalmente) um contrato é (como não poderia deixar de ser) uma que tem de ser permanentemente respondida, mas também que a resposta a essa questão é, com frequência, motivo de dúvida e controvérsia. Isso é porque, em primeiro lugar, o apregoado dirigismo contratual contemporâneo está longe de traduzir-se em uma recusa a todas as formas de liberdade contratual encontradas no período anterior e, segundo, porque a recusa a fazer valer contratos outrora válidos nem sempre se apoia em disposições legais cujo conteúdo seja unisonamente estabelecido, antes se realizando mediante a aplicação de princípios de acentuada vagueza como são os da função social dos contratos (Código Civil, art. 421) e da boa-fé (Código Civil, art. 422; Código de Defesa do Consumidor, art. 51, IV). É comum afirmar-se, assim, que aos princípios da autonomia privada e da liberdade contratual opõem-se aos princípios como o do “equilíbrio econômico”,<sup>4</sup> da função social<sup>5</sup> e da boa-fé,<sup>6</sup> sem, no entanto, que as respectivas áreas de aplicação desses princípios

2 NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 132-140; AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 7. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 387-393; MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

3 Essa insistência quanto à legalidade insita à liberdade contratual não pretende negar importância a outras formas de normatividade, justificando-se, pois, apenas pela escolha do direito contratual como objeto da análise. O argumento seria similar caso se tratasse de contratos constituídos sob a exclusiva égide de normas sociais (não legais), hipótese em que a liberdade de contratar seria aquela definida por essas normas.

4 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 156-206.

5 SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O Novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 147-170.

6 MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações con-

sejam demarcadas. Essa indefinição doutrinária é, como se poderia esperar, acompanhada por cotidianas disputas judiciais sobre a validade de contratos e cláusulas contratuais acusados de abusivos ou “leoninos”.

## 1.2 Simplicidade e complexidade

Viu-se na seção anterior que o âmbito de aplicação do conceito legal de contrato (isto é, do contrato como ato juridicamente eficaz) depende dos limites impostos à liberdade contratual ou, como se sugeriu, daquilo que a lei reconheça como contrato. Além, no entanto, de selecionar os atos aos quais o *status* de contrato é atribuído, cabe ao direito contratual definir a repercussão legal desses atos, isto é, o seu conteúdo, juridicamente falando.

Diga-se antes de tudo que, considerada abstratamente a questão relativa ao conteúdo do contrato ou da relação jurídica contratual, não deixa de poder confundir-se com a que trata da intervenção ou das restrições à liberdade de contratar. Assim, quando se nega validade a certa cláusula contratual por considerá-la abusiva, não deixa de haver uma definição sobre o conteúdo do contrato celebrado, um conteúdo do qual a referida cláusula se tem como excluída. A determinação do conteúdo do contrato depende, no entanto, não só de que se verifiquem quais atos de disposição são admissíveis, mas também da relação entre o conteúdo desses atos e a vontade das partes. Acerca dessa relação, outra *summa divisio* do direito contratual brasileiro contemporâneo pode ser traçada.

Há, de um lado, uma maneira de conceber o conteúdo da relação contratual segundo a qual esse conteúdo é estabelecido de acordo com o que as partes quiseram ou, em uma versão alternativa, de acordo com o que aparentaram querer. A essa ideia de relação contratual, que é designada como simples por se referir unicamente à vontade (real ou aparente) como fonte dos direitos e deveres contratuais, contrapõe-se outra, dita aqui complexa, pela qual a vontade, embora ainda relevante, responde por apenas parte de um rol de efeitos contratuais enriquecido por deveres e outras posições jurídicas decorrentes da boa-fé e dos usos do tráfico.

Esse segundo par conceitual – relação contratual simples e complexa – não é, convém frisar, o único merecedor de menção em uma análise sobre o conteúdo que a lei imputa aos contratos e, em particular, sobre a relação entre esse conteúdo e a vontade dos agentes. No que se denomina aqui de relação simples encontra-se, como já referido, uma ambiguidade, nada irrelevante, que diz respeito a saber se a vontade a considerar é a que os contratantes de fato tiveram (o que corresponde ao ponto de vista da “teoria da vontade”) ou a que aparentaram um ao outro ter (em conformidade com a “teoria da declaração”). Para a doutrina brasileira atual, entretanto, parece menos importante definir sobre qual vontade, real ou putativa, se há de construir o conteúdo do contrato do que descrever o papel que exerce a confiança despertada pelo comportamento das partes ou pelos usos na definição desse conteúdo.

No debate a respeito das fontes dos deveres contratuais, a ideia de uma relação contratual complexa tal como acima definida conta com o apoio de autores que ressaltam a importância do princípio da boa-fé para o direito contratual e, em particular, dos deveres, de denominação variada (secundários, anexos, laterais, etc.), dele derivados.<sup>7</sup> A esse apelo à complexidade da relação contratual costuma se opor, se não a defesa explícita da concepção contrária, uma certa falta de entusiasmo com os deveres oriundos da boa-fé, a qual se manifesta em textos introdutórios nos quais esses deveres são, quando muito, brevemente aludidos<sup>8</sup> e também na jurisprudência, muito mais propensa a tratar o princípio da boa-fé como norma de proibição a cláusulas abusivas do que a servir-se dele para emprestar a contratos um conteúdo não relacionado à vontade dos contratantes.

tratuais. p. 180.

7 NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. p. 98-107; NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. p. 150-156; MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: v. V, t. I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 45-51; MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. p. 180-207; MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 437-454; SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976, p. 27-32.

8 VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 388; COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: contratos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 46-49; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 20-21.

Contra a distinção mesma entre as ditas concepções simples e complexa de contrato pode-se alegar que a diferença entre deveres contratuais baseados na vontade e deveres impostos para a tutela da confiança é mais uma diferença de meios do que de resultados, isto é, que os deveres da última espécie também podem sempre ou quase sempre ser atribuídos à vontade, se não real, ao menos aparente, dos contratantes. A isso seria de contrapor, no entanto, que tal assertiva, mesmo verdadeira, não basta para concluir que a distinção seja destituída de importância. É que se os resultados a que leva o entender-se a relação contratual como relação complexa também podem ser alcançados a partir de premissas voluntaristas, não deixa de ser correto afirmar aqui que os defensores de uma posição estão mais propensos a chegar a certas conclusões do que os da outra. Assim é que se verifica, hoje em dia, uma tendência entre os mais familiarizados com a ideia da relação contratual como relação complexa a imputar às partes de um contrato deveres e outras posições jurídicas não previstas pelo instrumento contratual (os quais podem ter como alicerce expectativas oriundas da particular interação entre os contratantes ou dos usos gerais do tráfico), bem como a reconhecer modificações da relação jurídica em razão do modo como o contrato é executado (o que se expressa, por exemplos, em figuras como as da *supressio* e *surrectio*).

Pode-se, pois, dizer que a diversificação das fontes obrigacionais (em contraposição ao exclusivismo da vontade) enseja tirar conclusões que, embora também alcançáveis sob a égide do voluntarismo, não o seriam aí com a mesma facilidade. Considere-se, para ilustrar, um caso tratado há alguns anos pelo Superior Tribunal de Justiça como exemplo de *supressio*.<sup>9</sup> Depois de ocupada exclusivamente por alguns condôminos durante muitos anos, uma área comum de um condomínio passou a ser disputada. Em seu voto, o relator do acórdão, Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr., considerou que a tolerância dos demais condôminos à ocupação foi apta a criar a “expectativa, justificada pelas circunstâncias, de que o direito que lhes correspondia não mais seria exigido” (p. 2), julgando, assim, improcedente a demanda. Deixando de parte dificuldades de forma, já que o art. 9º da Lei nº 4.591/1964 à época exigia que as convenções condominiais fossem feitas por escrito, pode-se constatar que a mesma decisão seria obtida ao reputar-se a tolerância prolongada ao uso exclusivo da área comum como exteriorização da vontade de renunciar ao direito respectivo – algo, aliás, de que se aproxima o voto do relator ao observar que o estado de coisas contra o qual se insurgia a autora da ação fora, durante décadas, alvo do “expresso consentimento” (p. 2) dos condôminos.

### 1.3 Jurisprudência de regras e de princípios

Além do intervencionismo e do aumento do rol de deveres contratuais (sobretudo mediante aplicação do princípio da boa-fé), outra característica que se atribui ao direito contratual brasileiro contemporâneo em contraste com o de algumas décadas atrás é a que se designa aqui com a expressão “jurisprudência de princípios”, com o que se quer referir a uma maior atenção doutrinária a normas – bem como uma aplicação mais frequente dessas normas pelos juízes –, cujas implicações não são, muitas vezes, unanimemente reconhecidas. Considere-se, para exemplificar, o caso do princípio da função social do contrato (Código Civil, art. 421), do qual, além de decorrer a exigência de que os contratos sejam justos,<sup>10</sup> afirma-se estar em oposição à relatividade de efeitos do contrato, o que levaria a admissão de direitos e deveres a terceiros à relação contratual. Todavia, na que talvez seja, entre nós, a mais extensa análise a esse respeito, Negreiros mostra o quanto a repercussão do princípio da função social como princípio criador desses efeitos “externos” aos contratantes encontra-se ainda pouco determinada. Sobre a possibilidade de um terceiro postular indenização por inadimplemento do contrato, por exemplo, a autora sustenta que tal extensão da eficácia legal do contrato seria “uma necessidade justificável sempre que [...] tenha por fim garantir a previsibilidade e a segurança das relações contratuais, ou demais valores a cuja realização o contrato se considere igualmente funcionalizado.”<sup>11</sup> Mais adiante, a mesma autora admite imputar a terceiros a responsabilidade pelo inadimplemento do contrato, embora não quando a interferência de terceiro se caracterize como concorrência leal, a qual é definida como aquela “essencial ao desenvolvimento da eficiência econômica”.<sup>12</sup>

9 Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Recurso Especial nº 214.680/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Jr.

10 SILVA, Luis Renato Ferreira da. **A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social**. p. 157-158.

11 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. p. 234-235.

12 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. p. 257.

A indeterminação ou “incompletude” do direito contratual atual é proclamada de diferentes maneiras. Assim, ora se menciona o papel criador dos juízes,<sup>13</sup> ora a necessidade de conciliar o “rigorismo lógico-dedutivo” do século XIX “com a vida e as exigências éticas atuais”,<sup>14</sup> ora a validade de uma “*diretriz da concretude*, que significa a observância da ‘ética da situação’”,<sup>15</sup> de um “raciocínio dialético” que “se desenvolve em função de casos concretos” e “contesta uma aplicação rígida e inflexível das leis”<sup>16</sup> ou de uma “jurisprudência dos princípios e dos valores” que leve a aplicação de normas constitucionais às relações entre particulares.<sup>17</sup>

É difícil estabelecer o quanto os resultados dessa “jurisprudência de princípios” se diferenciam dos que se poderiam obter sob parâmetros metodológicos mais tradicionais, para então avaliar o que significaria, à luz desses resultados, a defesa de uma jurisprudência contraposta, isto é, “de regras”, defesa a qual, diga-se de passagem, não é hoje fácil de encontrar.<sup>18</sup> É provável que muitas das decisões que atualmente se baseiam em princípios como o da função social do contrato e da boa-fé também conseguissem aplauso geral algumas décadas antes ao serem obtidas mediante um juízo de equidade, o que levaria a reputar a diferença entre as convicções metodológicas atuais e suas antecedentes como menos relevante do que se pode à primeira vista imaginar. Por outro lado, talvez também se possa falar aqui de uma tendência a diferenciar os apoiadores de uma jurisprudência de princípios, a saber, de uma tendência a que opiniões doutrinárias e decisões judiciais se baseiem menos frequentemente naquilo que a lei ou o contrato claramente estipulam. Disso seriam testemunhas não só as restrições à liberdade contratual e à expansão do conteúdo contratual inspirada pela boa-fé, já referidas nas seções anteriores, mas também o trabalho doutrinário e jurisprudencial na aplicação das chamadas normas legais supletivas, cujo refinamento, resultante de uma maior sensibilidade às peculiaridades de cada caso, contrasta, muitas vezes, com a redação singela do texto legal. Bom exemplo a esse respeito encontra-se no regime da resolução por inadimplemento, cujas nuances, estabelecidas mediante a aplicação de normas, tais como a do “adimplemento substancial” ou a da “violação antecipada do contrato”, em muito distanciam a práxis judicial daquilo que uma leitura do art. 475 do Código Civil é capaz, por si só, de sugerir.

## 2 A TEORIA POLÍTICA DOS CONTRATOS

O que se quer referir aqui como “teoria política dos contratos” é, em primeiro lugar, uma teoria dos contratos tal como legalmente regrados, isto é, uma teoria do direito contratual. Sem deixar de ter em conta o fato de que o contrato, como ato vinculante, pode obter respaldo em outras normas, além (ou até mesmo ao invés) das normas jurídicas, o que se considera, pois, é tão somente o tratamento que a lei deve dispensar aos contratos, muito embora esse tratamento, diga-se de passagem, possa não ser indiferente às normas não legais e à sua influência sobre contratos legalmente reconhecidos como tais.

Em segundo lugar, pensa-se também em uma teoria política dos contratos (poder-se-ia dizer, dos contratos sob o ponto de vista legal ou, simplesmente, dos “contratos jurídicos”) como uma teoria normativa, isto é, avaliadora do direito contratual. Pretende-se, em outras palavras, que uma tal teoria política permita dizer da justiça, ou conveniência, do direito contratual, sem para isso se sujeitar a certos limites que se costumam impor à argumentação dogmática – a saber, os limites da lei (incluída, aí, a Constituição) e dos precedentes. Isso enseja a uma teoria política dos contratos servir de base não só para o reexame de pontos de vista doutrinários, amparados ou não por precedentes judiciais, mas também para eventuais reformas da legislação.

### 2.1 Noção geral: contratos e direitos de propriedade

Do ponto de vista legal, contratos requerem direitos de propriedade. Essa última expressão é usada aqui não com o sentido, bem mais restrito, que se costuma dar no Brasil ao direito de

13 NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. p. 131.

14 SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação como Processo**. p. 42.

15 MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**. p. 10-11 (grifado no original).

16 AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. p. 60.

17 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. p. 57-58.

18 V., no entanto, TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Civil**: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 52-56.

propriedade e suas derivações, mas sim com o sentido dos *property rights* da literatura, sobretudo econômica, de língua inglesa.<sup>19</sup> Direitos de propriedade são, assim, direitos sobre bens ou recursos em geral, incluindo-se aí bens incorpóreos e, entre esses, a própria força de trabalho.

A relação entre contratos e direitos de propriedade torna-se mais patente quando se afirma que os efeitos legais do que se designa como contrato somente se fazem inteligíveis mediante a pressuposição de certos direitos. Mesmo em sistemas jurídicos como o brasileiro, nos quais, devido à chamada separação entre os planos obrigacional e real,<sup>20</sup> a validade de um contrato não depende da titularidade dos direitos sobre os bens a que o contrato se refere, essa titularidade (e, portanto, a maneira como os direitos de propriedade são alocados) é, em geral, uma condição para que o contrato se cumpra e, em consequência, para que ele atenda aos fins a que se destina. Assim é que, por exemplo, embora seja a compra a *non domino* um contrato válido, o seu adimplemento requer que o vendedor adquira a propriedade para então transferi-la ao comprador, já que a transmissão da mera posse sem a propriedade sujeita esse último à evicção e o primeiro a responder por ela (Código Civil, art. 447).

Se, por um lado, os contratos requerem direitos de propriedade, por outro são também constitutivos desses direitos. Seguindo com o exemplo, se a titularidade do vendedor sobre a coisa vendida é, quando não uma condição para que a venda se realize validamente, ao menos uma condição para o seu adimplemento, o contrato de venda também confere ao comprador um direito sobre o bem objeto do contrato (o direito pessoal à entrega) que é, ele próprio, na acepção ampla que aqui é dada à expressão, um direito de propriedade.

Embora os contratos não sejam, pois, concebíveis sem direitos de propriedade, o inverso não é verdadeiro. É fácil referir casos em que se atribui a alguém direito sobre determinado bem – no sentido de que se lhe estenda alguma forma de tutela legal relacionada a esse bem – sem que, ao mesmo tempo, a celebração de um contrato acerca desse mesmo bem seja tolerada. A liberdade sexual é exemplo de algo a que se pode, sem dúvida, designar como direito em razão da tutela estabelecida pelas legislações civil e criminal, mas de um direito a respeito do qual não se pode (não, ao menos, ilimitadamente) contratar.

A distinção recém-aludida entre direitos de propriedade, que podem redundar em contratos e direitos que não o podem (que corresponde, de modo aproximado, ao que se designa, respectivamente, como direitos disponíveis e indisponíveis), pode também ser descrita como uma distinção acerca dos conteúdos de certos direitos. Dir-se-ia, assim, que, embora haja um direito de propriedade que recai sobre a liberdade sexual tanto quanto outro que recai sobre um livro, esse último inclui em si a faculdade de dispor do livro mediante contrato, o que já não acontece no primeiro caso. Para clareza da exposição, todavia, é conveniente separar os direitos de propriedade que o contrato pressupõe da liberdade de contratar em si mesma, deixando, pois, de tratar essa liberdade como parte do conteúdo dos primeiros.

Outra distinção oriunda da análise feita acima é a que diz respeito aos direitos de propriedade anteriores ao contrato (os quais constituem, como dito, uma condição, se não para a validade desse último, ao menos para o seu cumprimento) e os direitos que o contrato mesmo, imediata ou mediamente (no caso de contratos que são sucedidos por atos de transmissão), faz surgir. Doravante, no entanto, a não ser que o contexto acuse o contrário, quando se falar em direitos de propriedade, será para referir apenas os primeiros.

Feitos esses esclarecimentos, conclui-se que uma teoria política do direito contratual pode se referir: (1) aos direitos de propriedade; (2) à liberdade de contratar; e (3) aos efeitos do contrato (isto é, aos direitos de propriedade constituídos pelo contrato).

Com essa classificação em mente, é interessante notar que espécies de teoria política podem ter algo a dizer acerca dos pares conceituais usados na parte anterior para descrever o estado atual da teoria jurídica dos contratos no Brasil. À medida que a distinção entre uma jurisprudência de regras e outra de princípios se refira a um maior ou menor apego aos ditames legais atinentes à liberdade contratual e à eficácia jurídica dos contratos, torna-se forçoso concluir que, das três tarefas acima atribuídas a uma teoria política dos contratos, apenas as duas últimas são capazes de despertar

19 V., p. ex., DEMSETZ, Harold. Toward a theory of property rights. *The American Economic Review*, v. 57, n. 2, p. 347-359, 1967.

20 SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A Obrigação como Processo*. p. 51-69.

o interesse da teoria jurídica tal como hoje se apresenta. É que tanto a intervenção estatal nos contratos, em razão da qual se levanta a questão dos limites (ou até da existência mesma) da liberdade contratual, como a contraposição entre o voluntarismo e a heterogeneidade de fontes característica de uma relação contratual complexa são indiferentes aos direitos de propriedade que essa mesma liberdade de contratar e sua eficácia legal pressupõem. Considere-se, para exemplificar, o caso de um eventual direito de propriedade sobre partes do genoma humano. As questões suscitadas por esse direito – tais como a de reconhecê-lo ou não e, caso reconhecido, a da sua titularidade – têm de ser, não resta dúvida, resolvidas antes de se atribuir validade e eficácia a um contrato mediante o qual se pretenda dispor desse mesmo direito. Qualquer solução que se dê para as referidas questões, no entanto, contanto que afirmativa do direito de propriedade cogitado – e não importando, pois, o exato conteúdo do direito ou a quem lhe caiba a titularidade –, deixa ainda inteiramente por determinar os limites da liberdade contratual acerca desse direito – já que é possível reconhecer um direito ao genoma e, ao mesmo tempo, torná-lo indisponível ou, ao menos, não comercializável – e os critérios para atribuição dos direitos e deveres decorrentes de eventuais contratos.

A essa discrepância entre as potencialidades de uma teoria política dos contratos e o estado atual da teoria jurídica, pode-se reagir de duas maneiras. A primeira consiste em reduzir a teoria política àquilo que pode ser relevante para a teoria jurídica tal como ela hoje se apresenta, o que corresponde, pois, a ignorar o primeiro dos três itens acima elencados e a fazer com que a teoria política tome os direitos de propriedade como dados, ocupando-se apenas dos limites à liberdade de dispor sobre esses direitos e da eficácia dos referidos atos de disposição. Uma solução como essa requer que se confira validade, ao menos para os fins da análise, aos direitos de propriedade estabelecidos como ponto de partida. Outra reação possível consiste em uma reelaboração da teoria jurídica dos contratos pela qual se façam atinentes a essa teoria também as questões correspondentes ao primeiro dos três tópicos de uma teoria política, o que levaria a teoria jurídica contratual a tratar os direitos de propriedade sobre os quais os contratos se alicerçam como objeto da análise, e não como mero pressuposto a partir do qual essa análise é edificada.

Contra a sugestão por último feita, pode-se ponderar que a ideia de a teoria jurídica dos contratos ocupar-se com os direitos de propriedade que esses contratos pressupõem nenhuma contribuição daria a não ser a de sobrecarregar uma disciplina com tarefas que hoje já são desempenhadas por outras áreas do direito. Seria de cogitar, no entanto, o quanto essa separação de tarefas, que corresponde à divisão entre os direitos real e obrigacional, constitui um empecilho à crítica dos direitos de propriedade – os quais, graças a essa separação, deixam de ser problematizados em um setor tão relevante da teoria jurídica como o dos contratos – e, por conseguinte, um instrumento para a perpetuação desses direitos.

A próxima seção é destinada a uma apresentação de diferentes espécies de teoria política dos contratos. Com essa apresentação, espera-se orientar uma pesquisa futura que tenha em vista a teoria jurídica dos contratos tanto em seus moldes atuais – dominados, como se propõe aqui, pelos três pares de alternativas mencionados na primeira parte – como nos de uma teoria futura que venha a incorporar uma análise sobre a propriedade.

## 2.2 Espécies de teoria política

Uma primeira distinção, já aventada na seção precedente, é a que envolve, de um lado, teorias políticas acerca dos direitos de propriedade anteriores ao contrato e, de outro, teorias nas quais um determinado sistema de direitos de propriedade tem-se como dado, restringindo-se as teorias dessa segunda espécie às ações que têm lugar, uma vez estabelecidos os aludidos direitos. Propõe-se aqui designar as teorias da primeira espécie como teorias da justiça, e as da segunda, como teorias do mercado. Tais denominações se devem, primeiro, a que muitos dos pontos de vista com que se ocupa a disciplina referida contemporaneamente como teoria da justiça são pontos de vista acerca dos direitos de propriedade e de sua fundamentação. Esse é o caso, por exemplo, de Rawls,<sup>21</sup> a quem a refundação da referida disciplina é atribuída, e também de Nozick<sup>22</sup> e Dworkin.<sup>23</sup> De outra parte, embora a ideia de mercado tenha que se apoiar, tanto quanto a de

21 RAWLS, John. **A Theory of Justice**. 2. ed. Cambridge: Belknap, 1999.

22 NOZICK, Robert. **Anarchy, State, and Utopia**. E.U.A.: Basic Books, 1974.

23 DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue: The theory and practice of equality**. Cambridge: Harvard, 2000.

contrato, em direitos de propriedade, são comuns, como se verá, os estudos sobre mercados nos quais se faz abstração desses direitos, comparando-se então as características de um mercado real, amparado em determinado sistema de direitos, com as de um mercado ideal no qual esses mesmos direitos se fazem presente.

Tome-se, para ilustrar, um exemplo do que seria aqui classificada como uma espécie de teoria da justiça, a teoria marxiana sobre a propriedade dos meios de produção. Ao condenar a apropriação individual dos meios de produção, Marx<sup>24</sup> se refere à ilegitimidade de direitos de propriedade que são anteriores aos contratos pelos quais as relações de trabalho são juridicamente estabelecidas. A injustiça do modo de produção capitalista não é, portanto, em última instância, o resultado das trocas a que ele dá lugar e, em particular, da extração da mais-valia do trabalho, mas do sistema de direitos de propriedade sobre o qual esse modo de produção está assentado.

Embora a importância de teorias da justiça para o direito contratual não seja de descartar, dedicar-se-á o restante deste artigo às teorias do mercado, já que, conforme se acaba de explicar, essas teorias têm em comum com a teoria jurídica dos contratos (tal como essa última se encontra atualmente) o tratar como dados, em lugar de problematizar, os direitos de propriedade que o contrato pressupõe.

Entre teorias do mercado, uma distinção a fazer é entre as teorias que aceitam a eficiência como fim último e as que não o fazem. Com isso se quer aludir a que uma teoria do mercado é, geralmente, uma teoria sobre um ideal de mercado, ideal esse a servir como referência, ou “ideia reguladora” para mercados de fato existentes. A distinção proposta aqui é, portanto, uma distinção entre teorias para as quais um mercado ideal é um mercado eficiente, e teorias para as quais a eficiência não é – ou ao menos, não é a única – característica de um mercado ideal.

Pode-se definir um mercado eficiente como um no qual nenhuma transação que melhore a situação de pelo menos um indivíduo sem piorar a de algum outro pode ser realizada. Essa ideia de eficiência, correspondente ao que se denomina “ótimo de Pareto”, é a de um estado, portanto, no qual a totalidade dos contratos tornados possíveis pela atribuição de determinados direitos de propriedade foi realizada. É importante notar que, para a eficiência assim entendida, é indiferente quais direitos de propriedade são ao início reconhecidos. Quaisquer que sejam esses direitos, é possível conceber um ótimo paretiano no qual os indivíduos aos quais a titularidade dos direitos em questão foi conferida esgotaram as possibilidades de troca. É claro, no entanto, que, ao manter-se assim, indiferente ao modo como direitos de propriedade são inicialmente alocados, a eficiência, independentemente do quão defensável se repute sob o ponto de vista moral, mostra-se inútil para a justificação dos direitos em questão.<sup>25</sup>

Teorias do mercado inspiradas pela eficiência ocupam-se, como observado, com as diferenças entre mercados reais e o mercado ótimo que é definido pela ideia mesma de eficiência. Para a determinação dessas diferenças, importam não só o modo como o ideal de um mercado eficiente é mais exatamente concebido, mas também o que se venha a observar sobre o comportamento dos agentes em mercados reais. Em relação ao primeiro tópico, isto é, à maneira como o conceito de eficiência pode ser precisado, são de salientar as ramificações da literatura econômica denominadas como “economia da informação” e “economia dos custos de transação”.

A economia da informação é dedicada às consequências da desinformação e à busca de soluções (ditas “institucionais”) pelas quais essas consequências sejam atenuadas.<sup>26</sup> Por “desinformação” entende-se aí não apenas a desinformação propriamente dita, isto é, a ignorância (que é, frequentemente, uma ignorância sobre a conduta ou as características da outra parte), como ainda a impossibilidade, ou até a mera dificuldade, de fazer chegar a um terceiro a informação

24 MARX, Karl. **Manuscritos Econômico-Filosóficos**. Tradução de Artur Mourão Lisboa: Edições 70, 1975.

25 V. VELJANOVSKI, Cento G. Wealth maximization, law and ethics: On the limits of economic efficiency. **International Review of Law and Economics**, v. 1, n. 1, p. 5-28, 1981. É verdade que se usam, por vezes, argumentos de eficiência a respeito da atribuição mesma dos direitos de propriedade, e não das trocas que, uma vez estabelecidos esses direitos, podem ter lugar (para um sumário da literatura, v. BOUCKAERT, Boudewijn. Original assignment of private property. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (Org.). **Encyclopedia of Law and Economics**: v. II: civil law and economics. Cheltenham: Edward Elgar, p. 1-17, 2000).

26 Para um sumário, v. STIGLITZ, Joseph E. The contribution of the economics of information to twentieth century economics. **Quarterly Journal of Economics**, v. 115, n. 4, p. 1441-1478, 2000.

que eventualmente se possua (como no caso do empregador que percebe a morosidade do empregado, mas tem dificuldade para demonstrá-la a um juiz). À base da economia da informação encontra-se, pois, a ideia regulativa de um mercado com informação perfeita, no qual se esgotam as possibilidades de troca entre agentes que estão não apenas plenamente informados sobre o comportamento e as características um do outro, como também não incorrem em custo algum para fazer chegar essas informações a terceiros.

Já o que se designa como “economia dos custos de transação” é inspirado, por sua vez, em um mercado ideal em que os custos em que incorrem os agentes para celebrar contratos e fazê-los cumprir sejam iguais a zero.<sup>27</sup> Esse ideal de um mercado “sem fricções” anima a pesquisa em análise econômica do direito (*economic analysis of law*),<sup>28</sup> na qual se atenta para a maneira pela qual normas legais podem contribuir para a redução dos custos de transação e a obtenção dos resultados a que as partes chegariam não houvesse esses custos, emulando, nesse último caso, o que o mercado, tal como idealizado, proporcionaria. Outra área de investigação, com a qual a expressão “economia dos custos de transação” é até mais frequentemente relacionada,<sup>29</sup> interessa-se, mais do que em normas jurídicas, pelas “estruturas organizacionais” ou “formas de governança” de que o contrato e a firma, como modelos de organização “horizontal” e “vertical”, respectivamente, constituem exemplos fundamentais.

Para que mercados reais alcancem o ótimo paretiano, é também preciso, e aí independentemente de que se considerem ou não as restrições advindas da desinformação e dos custos de transação, que os agentes tirem proveito de todas as chances de ganho oferecidas pela cooperação, celebrando e arquitetando contratos da maneira mais vantajosa possível. Um motivo, porém, para que isso não aconteça em mercados reais é o comportamento oportunista. Quando duas partes interagem, podem ter a chance de obter um ganho maior para si (embora menor do que o ganho que a cooperação, no seu todo, proporcionaria) ao fraudar a confiança uma da outra (conduzindo-se, nesse sentido, de maneira oportunista). O oportunismo e os meios organizacionais de preveni-lo são um dos principais tópicos da economia dos custos de transação.<sup>30</sup>

Também é um óbice à eficiência a “limitada racionalidade”, entendendo-se por racional aí a maximização do autointeresse. Que os agentes possam sair-se sofrivelmente na tarefa de satisfazer aos seus interesses, deixando de realizar contratos que eles mesmos reputariam desejáveis, é suspeita corroborada por estudos de psicologia da decisão<sup>31</sup> atualmente integrados à análise econômica do direito no que se denomina de “direito e economia comportamentais” (*behavioral law and economics*),<sup>32</sup> em que se chama a atenção para “atalhos cognitivos” (*heuristics*) e vieses (*biases*) decisórios capazes de redundar em escolhas não maximizadoras.

Outro empecilho comportamental a que trocas (ao menos sob certa perspectiva) mutuamente vantajosas se verifiquem em mercados reais é o que se poderia chamar de “preferências anômalas”, uma expressão cujo uso só se justifica, evidentemente, à luz de uma tradição teórica em que o egoísmo seja presumido. Um exemplo de preferência assim é o da preferência pelo justo (*fairness*),<sup>33</sup> empiricamente observada em experimentos com o “jogo do ultimato”.<sup>34</sup> Nesses experimentos, um dos participantes vê-se diante da alternativa entre obter certa vantagem de acordo com proposta de divisão feita por um colega ou renunciar a ela, hipótese na qual também o autor da proposta fica sem nada. Considerando-se os aparentes incentivos, poder-se-ia esperar que o encarregado da partilha reservasse para si a quase totalidade dos ganhos (por exemplo, destinando, de R\$ 1.000,00 a repartir, R\$ 990,00 para si e R\$ 10,00 para o outro), e que, ainda assim, a oferta fosse aceita

27 COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, 1960.

28 V., p. ex., POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen, 1998.

29 WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: The governance of contractual relations. **Journal of Law and Economics**, v. 22, n. 2, p. 233-261, 1979.

30 WILLIAMSON, Oliver E. **Transaction-cost economics**.

31 TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. **Science**, v. 185, n. 4.157, p. 1.124-1.131, 1974.

32 JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. **Stanford Law Review**, v. 50, p. 1.471-1.550, 1998.

33 KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack; THALER, Richard H. Fairness and the assumptions of economics. **Journal of Business**, v. 59, p. 285-300, 1986.

34 THALER, Richard H. Anomalies: The ultimatum game. **Journal of Economic Perspectives**, v. 2, n. 4, p. 195-206, 1988.

pelo seu destinatário, para o qual, apesar de injusta, essa divisão seria ainda preferível a nada. Os resultados dos experimentos, contudo, contrariam não apenas a previsão de que o proponente reservaria para si a quase totalidade do “bolo” a repartir, como a de que a proposta, por mais desigual que fosse, acabaria, inevitavelmente, sendo aceita pela contraparte.<sup>35</sup> À medida que o comportamento observado nesses cenários se repita em mercados reais, a conclusão a tirar é que os agentes podem recusar-se a realizar transações que lhes resultariam, em si mesmas, vantajosas, e isso tão somente devido à iniquidade dessas transações.

Finalmente, também se tem procurado chamar a atenção para o quanto a perseguição do autointeresse pode ser refreada por normas sociais.<sup>36</sup> O impacto dessas normas e os “desvios” comportamentais que lhe correspondem variariam de acordo com as circunstâncias, ao ponto de sugerir-se a distinção entre o “mercado”, como *locus* de transações entre agentes eminentemente autointeressados; e a “comunidade”, como cenário em que a atividade egoísta é mais frequentemente cerceada pelas normas do grupo.<sup>37</sup> O curioso é que essa “governança comunitária” tanto pode levar à ineficiência, se as normas a que o grupo se sujeita inibem a relação com estranhos e previnem, portanto, os ganhos comerciais que essa relação poderia proporcionar, como também servir de antídoto contra certas falhas de mercado, tais como as oriundas do oportunismo e da desinformação.<sup>38</sup>

Uma razão para que a doutrina jurídica dos contratos tenha a sua atenção atraída para teorias do mercado fundadas na eficiência reside, como já se disse, no fato de que tanto aquela como estas tratam os direitos iniciais de propriedade como dados. Uma vez que esses direitos iniciais encontrem-se de alguma maneira justificados, torna-se mais plausível (embora, por certo, não incontestável) postular que o direito contratual contribua para que se explorem ao máximo as possibilidades de comércio mutuamente vantajoso. À primeira vista, seria de esperar então que o despertar do debate jurídico para análises (econômicas, sobretudo) inspiradas pela ideia de eficiência ajudasse a enfrentar questões tais como a das restrições impostas à liberdade contratual, a da determinação dos deveres contratuais pela vontade ou pela boa-fé e a da conveniência ou não, para o direito contratual, de uma jurisprudência de princípios.

Como sugere o sumário exposto há pouco, no entanto, os resultados da investigação sobre a eficiência de mercados são contingenciais demais para que se consiga retirar deles uma conclusão simples sobre como responder às questões com que a teoria jurídica atualmente se ocupa. A dificuldade da tarefa fica evidenciada quando um dos próceres da análise econômica do direito usa a palavra “fracasso” (*failure*) para designar os resultados de três décadas do trabalho de transposição da economia neoclássica para o direito dos contratos.<sup>39</sup>

Se, por um lado, pode-se acusar a intervenção estatal cerceadora da liberdade de negar eficácia legal a contratos mutuamente satisfatórios e, por conseguinte, desencorajar a sua celebração, por outro não é difícil arrolar imperfeições de mercados reais a favorecer, sob o ponto de vista da eficiência mesma, essa intervenção. Entre essas imperfeições estão externalidades negativas (isto é, danos infligidos por um contrato a terceiros), cujo regramento pelas partes envolvidas é impedido por altos custos de transação,<sup>40</sup> informação imperfeita<sup>41</sup> e irracionalidade.<sup>42</sup> Além disso, uma intervenção estatal limitadora

35 THALER, Richard H. **Anomalies**: The ultimatum game.

36 A contraposição entre autointeresse e normas sociais só é válida sob determinadas condições, já que tanto o respeito a essas normas como a aplicação de sanções pelo seu descumprimento podem ter em vista exclusivamente o bem-estar do próprio agente. Tem-se sustentado, no entanto, que o autointeresse é incapaz de explicar em sua totalidade a observância a normas sociais. V. BOWLES, Samuel; GINTIS, Herbert. Prosocial emotions. In: BLUME, Lawrence E.; DURLAUF, Steven N. (Org.). **The Economy as a Evolving Complex System**: v. III: current perspectives and future directions. Oxford: Oxford, 2006, p. 339-364.

37 BOWLES, Samuel; GINTIS, Herbert. 2002. Social capital and community governance. **The Economic Journal**, v. 112, p. 419-436, nov. 2002.

38 BOWLES, Samuel; GINTIS, Herbert. Social capital and community governance.

39 POSNER, Eric A. Economic analysis of contract law after three decades: success or failure? **Yale Law Journal**, v. 112, n. 4, p. 829-880, 2003.

40 DAHLMAN, Carl J. The problem of externality. **Journal of Law and Economics**, v. 22, n. 1, p. 141-162, 1979.

41 SCHWARTZ, Alan; WILDE, Louis L. Intervening in markets on the basis of imperfect information: A legal and economic analysis. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 127, p. 630-682, 1979.

42 BAR-GILL, Oren. The behavioral economics of consumer contracts. **Minnesota Law Review**, v. 92, n. 3, p. 749-802, 2008.

dos ganhos que cada uma das partes está autorizada a auferir com o contrato pode ter como efeito, em vez da redução, o aumento do volume de transações, e isso seja em razão da aversão à iniquidade,<sup>43</sup> seja simplesmente porque, ao impor certo preço ou cláusula, a lei poupa às partes os custos em que incorreriam, a fim de obter para si a maior parte possível do excedente a ser repartido.<sup>44</sup>

Tampouco oferecem as teorias eficientistas do mercado uma resposta simples para a questão das fontes das obrigações contratuais ou, mais especialmente, para o debate no qual se contrapõem a concepção simples (voluntarista) da relação jurídica contratual e a versão complexa dessa relação enriquecida pelos deveres provenientes da boa-fé e dos usos do tráfico. E isso, primeiro, porque o que diferencia esses últimos deveres dos demais pode ser muitas vezes não a vontade na qual estes, mas já não aqueles, estariam respaldados, e sim tão somente aquilo que se admite como evidência dessa vontade. À medida que a ideia da relação contratual como relação complexa corresponda não à imposição às partes de deveres e demais posições jurídicas que elas não desejaram constituir, mas, simplesmente, a uma disposição a tratar também o que se fez, e não apenas o que disse, como expressão dessa vontade, tal ideia teria como consequências – aparentemente vantajosas, sob o ponto de vista da eficiência – as de ajustar o conteúdo jurídico do contrato à vontade dos contratantes e poupar os custos (transacionais) nos quais as partes teriam de incorrer caso essa vontade tivesse de ser manifestada de modo mais patente.<sup>45</sup>

Além de possivelmente fazer do contrato uma representação mais fiel do que as partes quiseram, os deveres “implícitos” baseados na boa-fé ou nos usos podem servir de remédio para incompletudes contratuais, entendendo-se aí como “contrato incompleto” um no qual se deixa de prover para determinada contingência uma solução que se mostraria vantajosa para ambos os contratantes. A incompletude do contrato pode dever-se a custos de transação – já que a probabilidade de certos eventos ocorrerem é por vezes tão pequena que não faz valer a pena deliberar a respeito deles –, ao temor de oportunismo, à falta de informação e à limitada racionalidade dos contratantes.

Que uma ideia mais “generosa” dos direitos e deveres contratuais como a que exsurge atualmente de trabalhos doutrinários – em particular relacionados à aplicação do princípio da boa-fé – possa contribuir para que mercados reais se aproximem do ideal estipulado por teorias da eficiência não significa, é claro, que a relação entre o modo de ver da relação contratual complexa e a eficiência possa ser afirmada independentemente de uma análise sobre o desempenho dos juízes na aplicação do princípio da boa-fé e de outras normas afins. A suscetibilidade dos tribunais ao erro é que leva autores como Schwartz e Scott<sup>46</sup> a preferir concepções de contrato mais estritas, pelas quais nunca ou raramente se imputem deveres outros além dos que as partes a toda evidência tenham querido (ou aparentado querer) constituir.

A dificuldade de responder às questões com que atualmente se ocupa a teoria jurídica dos contratos a partir de análises sobre a eficiência de mercados não é, frise-se, motivo bastante para que essas análises sejam ignoradas. Afinal, se o que se pretende de uma teoria do direito contratual é que lide não com os direitos iniciais das partes, mas, tão somente, com a eficácia jurídica das interações de que esses direitos são pressupostos, então ou se admite que a finalidade do direito contratual é a de conferir eficiência às trocas, atentando-se, então, para o que os trabalhos de outras disciplinas, em especial a economia, têm a dizer a tal respeito, ou se elege para os mercados que esse direito forja algum outro objetivo que não a eficiência. Isso porque uma terceira alternativa, que consistiria em manter a pesquisa jurídica alheia ao propósito que a teoria política atribua ao seu objeto, parece, não obstante as tentativas que se têm realizado,<sup>47</sup> transformar o debate jurídico em algo desprovido de sentido.

É, portanto, à segunda alternativa, de procurar fundamento para soluções do direito contratual em uma teoria política que seja, na acepção acima exposta, uma teoria do mercado, mas, ao mesmo

43 KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack; THALER, Richard H. **Fairness and the assumptions of economics.**

44 BUCKLEY, F. H. Three theories of substantial fairness. **Hofstra Law Review**, v. 19, p. 33-66, 1990.

45 POSNER, Eric A. The parol evidence rule, the plain meaning rule, and the principles of contractual interpretation. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 146, p. 533-577, 1998.

46 SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. Contract theory and the limits of contract law. **Yale Law Journal**, v. 113, p. 541-619, 2003.

47 V. WEINRIB, Ernest J. **The Idea of Private Law.** Cambridge: Harvard, 1995; BENSON, Peter. Abstract right and the possibility of a nondistributive conception of contract: Hegel and contemporary contract theory. **Cardozo Law Review**, v. 10, n. 5-6, p. 1.077-1.198, 1989.

tempo, não uma orientada (não, ao menos, exclusivamente) pela eficiência, que se dedica o restante deste artigo. Inúmeros são, é claro, os candidatos a se contrapor à eficiência como objetivo a que devam se destinar os mercados, pelo que a análise que vem a seguir longe está de ser exaustiva. Feita a ressalva, considerar-se como objetivo rival à eficiência a igualdade, ressaltando ainda que se trata aí de uma rivalidade apenas no sentido de que, para atender à igualdade, tenha-se, eventualmente, de abrir mão da solução eficiente, isto é, daquela pela qual o direito contratual ajudaria a maximizar os ganhos de contratos realizados à base de determinado sistema de direitos de propriedade. Isso não significa que, para uma teoria política dos contratos de inspiração igualitária, a eficiência seja desprovida de relevância ou não se encare como um fim a alcançar, uma vez atendidos certos limites impostos pela igualdade.

Uma teoria igualitária do mercado apresenta-se como candidata, se não a superar teorias da eficiência em um território estritamente moral, ao menos a se ajustar aos pontos de vista normativos, nem sempre muito explicitados, de uma doutrina jurídica contratual que elege o “princípio do equilíbrio econômico” como princípio basilar do “novo” direito contratual<sup>48</sup> e trata a proteção do contratante vulnerável, em especial nas relações de consumo, como propósito a perseguir. É preciso, no entanto, lembrar que as teorias do mercado apegadas à ideia de eficiência não deixam de proporcionar razões para o cerceamento da autonomia privada, razões com base nas quais se poderia chegar a resultados, se não iguais, ao menos semelhantes aos que uma jurisprudência hoje ocupada em coibir contratos lesivos e cláusulas contratuais abusivas vem conseguindo. Antes, portanto, de verificar se uma intervenção estatal tal como a que atualmente ocorre é desejável, seria conveniente determinar se há razões igualitárias a apoiar tal intervenção ou se, ao contrário, o “controle de conteúdo” dos contratos deve ter lugar apenas à medida que contribua para uma maximização dos ganhos (isto é, apenas à medida que se mostre eficiente).

Lembre-se também que, tal como aqui definida, uma teoria do mercado faz abstração dos direitos de propriedade que esse mercado pressupõe, ocupando-se exclusivamente com as relações de comércio que se estabelecem à base de tais direitos e a respeito deles. Uma teoria igualitária do mercado não é, pois, uma na qual se proponha uma alteração do regime de propriedade, a fim de que esse regime venha a atender aos critérios de uma teoria da justiça igualitária, mas sim uma para a qual são as trocas havidas entre partes cujos direitos iniciais já foram de algum modo alocados que têm de levar a um resultado, conforme certo parâmetro de igualdade.

O que é preciso para que, nesse sentido, os contratos sejam igualitários? Mesmo sem desafiar o estado inicial dos direitos de propriedade, uma teoria do mercado igualitária pode ter em vista esses direitos já agora como resultado, e não mais pressuposto, das trocas realizadas. Em outras palavras, embora indiferente ao modo como direitos (e, por conseguinte, a riqueza) são inicialmente atribuídos, uma teoria do mercado igualitária pode atentar para os direitos de propriedade que são conferidos por contratos ou, em outras palavras, para a distribuição da riqueza resultante desses contratos.

Infelizmente, não há espaço aqui senão para uma brevíssima avaliação de teorias do mercado para as quais a igualdade se preze no sentido recém-exposto. Uma dificuldade a ser superada para um exame mais detido dessas teorias é a que vem do fato de elas serem raramente defendidas, não obstante se poder afirmar que várias das medidas governamentais aparentemente destinadas a coibir a exploração contratual (em contratos de trabalho e de consumo, por exemplo) tenham como alvo os resultados supostamente indesejáveis de certos contratos sob o ponto de vista da justiça distributiva. Um exemplo de como uma teoria como a que aqui se tem em mente pode ser abraçada é o de quando se afirma, como faz Hesselink,<sup>49</sup> que contratos para consumo de bens produzidos sob condições iníquas (por exemplo, por trabalhadores sujeitos a longas jornadas e baixos salários) devem ter sua validade recusada devido à imoralidade do resultado (a perpetuação da exploração) que esses contratos incitam.

Uma fragilidade de teorias do mercado igualitárias, escancarada pelo exemplo recém-dado, está no fato de atribuírem a contratos (no caso, contratos de consumo) o que é, em primeiro lugar, um resultado do sistema de direitos de propriedade no qual esses contratos estão amparados. Combater o contrato não significa, é claro, deixar de combater outras, e mais basilares, causas de iniquidade, como o próprio Hesselink ressalva, quando lembra que há outras maneiras de prevenir a exploração

48 NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. p. 156-206.

49 HESSELINK, Martijn W. Capacity and capability in European contract law. **European Review of Private Law**, v. 4, p. 491-507, 2005, p. 505-506.

de trabalhadores, além da recusa a aplicar os contratos pelos quais os bens advindos do trabalho são consumidos.<sup>50</sup> O inconveniente do remédio que se aplica ao contrato e não aos direitos de propriedade que lhe são anteriores é que, primeiro, ao coibir-se o contrato, corre-se o risco de desviar a atenção dos direitos de propriedade subjacentes e, assim, contribuir para a perpetuação desses últimos. Segundo, sem alterar as regras de propriedade, a consequência de se negar aplicação ao contrato pode ser, em vez de amenizar a situação dos que são vítimas de exploração, piorá-la.

Outra possibilidade para uma teoria do mercado dominada pela ideia de igualdade consiste em estabelecer critérios que se apliquem às transações em si e não ao resultado dessas transações examinado em sua totalidade. De acordo com um critério assim, um contrato entre as partes A e B pode-se reputar justo ou injusto independentemente do total da riqueza de que disponha cada um dos contratantes depois de celebrado o negócio. Essa riqueza total é aqui abstraída, a fim de considerarem-se apenas os efeitos da troca propriamente ditos, isto é, os direitos de propriedade constituídos pelo contrato.

Um exemplo de teoria a apoiar um critério como esse é o da teoria da igualdade na troca (*equality in exchange*) de Gordley.<sup>51</sup> Segundo Gordley, contratos realizados ao “preço de mercado”, entendido como o que resulta do comércio realizado sob condições de competição,<sup>52</sup> são moralmente superiores àqueles nos quais uma das partes obtém da outra uma vantagem incomum, já que o preço de mercado impede que haja redistribuições de renda aleatórias ou, como ele diz, redistribuições que “não façam parte de um programa de redistribuição estabelecido por quem esteja para tanto autorizado” (“*not part of a program of redistribution set up by someone authorized to do so*”).<sup>53</sup> Algo similar é defendido por Wertheimer,<sup>54</sup> para quem o preço de um mercado ideal, no qual haja competição e as partes estejam bem informadas, tem a virtude de fazer com que nenhum dos contratantes tire injusta (*unfair*) vantagem do outro. Ambos os autores ponderam que afirmar a justiça ou a injustiça de um contrato visto isoladamente não é o mesmo que afirmar a justiça ou a injustiça dos resultados a que os contratos, considerados em seu conjunto (isto é, o mercado), proporcionam, mas insistem em que o primeiro ponto seja examinado independentemente do segundo, e isso, no caso de Gordley,<sup>55</sup> pelo já aludido propósito de evitar uma redistribuição de recursos não planejada e, no caso de Wertheimer,<sup>56</sup> por entender-se que, não importando o quão justos são os direitos de propriedade de uma sociedade (o que ele designa como “condições de fundo”, *background conditions*), é preciso que haja princípios especiais aos quais apelar no micronível de transações das quais não se pode esperar uma reparação para eventuais injustiças basilares.

Mesmo se aceitando a “divisão de trabalho” pela qual uma teoria política dos contratos se ocuparia apenas das trocas em si e já não das “condições de fundo” sob as quais essas trocas têm lugar ou dos resultados que elas em conjunto produzem, é ainda de constatar-se o quão limitada é a contribuição que essa teoria, ao menos em versões tais como as dos autores recém-citados, pode oferecer ao tratamento das questões com que lida atualmente a teoria jurídica dos contratos. Como observa o próprio Wertheimer,<sup>57</sup> o critério do preço justo, como o que resultaria de um mercado ideal, é tão menos determinado quanto mais suscetível a controvérsia for à representação desse ideal. Assim, se não é difícil aferir a iniquidade de um contrato quando o preço estipulado pode ser comparado ao de um mercado real no qual as condições ideais de informação e competição encontram-se em boa medida satisfeitas, o caso é bem diferente se o bem a que o contrato se refere é dos que nunca ou muito raramente são comercializados, quando então a observação do que atualmente acontece pode oferecer pouca evidência sobre as características de um mercado hipotético. Tal ressalva ganha relevo ao constatar-se que muito pouco da jurisprudência acerca da intervenção estatal nos contratos tem a ver, hoje em dia, com contratos cujo preço, seja ele vil ou exorbitante, destoe do de contratos similares realizados em circunstâncias mais próximas às ideais. Em vez disso, a questão com que frequentemente se deparam os juízes é a de cancelar ou não cláusulas contratuais que se fazem presentes, senão em todos, ao menos em grande número dos

50 HESSELINK, Martijn W. **Capacity and capability in European contract law**. p. 506.

51 GORDLEY, James. *Equality in exchange*. **California Law Review**, v. 69, n. 6, p. 1.587-1.656, 1981.

52 GORDLEY, James. **Equality in exchange**. p. 1.604.

53 GORDLEY, James. **Equality in exchange**. p. 1.611.

54 WERTHEIMER, Alan. **Exploitation**. Princeton: Princeton, 1996, p. 230-236.

55 GORDLEY, James. **Equality in exchange**. p. 1.591.

56 WERTHEIMER, Alan. **Exploitation**. p. 234.

57 WERTHEIMER, Alan. **Exploitation**. p. 234.

contratos envolvendo certo produto ou serviço. Embora os mercados formados por esses contratos possam, em maior ou menor medida, contradizer as condições estipuladas por uma teoria do justo preço, não é nada fácil estabelecer quais das suas cláusulas seriam, e quais não, encontradas em um mercado hipotético, tal como o estipulado pela teoria em questão.

Tampouco parece que uma teoria preocupada com a equanimidade do contrato em si tenha algo a dizer acerca das fontes das obrigações contratuais e, em particular, sobre a escolha entre uma ideia estrita, voluntarista, de relação contratual e o que se chamou aqui de relação contratual complexa, constituída não apenas pelos direitos e pelos deveres que as partes quiseram (ou aparentaram querer), mas também por outros baseados na confiança. À medida que nem os usos nem a boa-fé constituam obstáculo à deliberação das partes sobre o conteúdo do contrato, o mero alargamento dos deveres contratuais provocado pela diversificação de fontes muito dificilmente teria alguma implicação quanto à satisfação de um critério, seja qual for, do justo preço. Assim, para os que queiram enfrentar o problema da natureza, simples ou complexa, da relação jurídica contratual à luz de uma teoria política dos contratos e não estejam, por qualquer razão, dispostos a fazê-lo com base em análises sobre a eficiência de mercados, parece ainda faltar um critério com base no qual essa tarefa seja levada a cabo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo oferece uma análise sumária dos pontos de contato entre a teoria jurídica dos contratos, considerada em seu estado atual no Brasil, e uma teoria política dos contratos animada, entre outras, por ideias de eficiência e igualdade. Ao mesmo tempo em que se procurou expor brevemente as dificuldades enfrentadas por determinada teoria política, quis-se frisar a necessidade de que o debate jurídico tenha em vista os fundamentos políticos do direito dos contratos, com o incremento de um diálogo que, apesar de ainda incipiente, convida ao reexame de certos dilemas do direito contratual contemporâneo.

As conclusões podem ser assim resumidas: primeiro, fez-se notar que as questões em torno das quais orbita parte considerável da teoria jurídica dos contratos atualmente são questões alheias à maneira como são alocados os direitos de propriedade que todo contrato pressupõe. Assim sendo, reduzem-se as possibilidades de contribuição da teoria política às chamadas teorias do mercado, que, tal como a teoria jurídica contemporânea, têm em vista a realização e os resultados das trocas, mas já não o regime de propriedade que essas trocas requerem para ocorrer. A aplicação de teorias da justiça (tal como aqui designadas) à doutrina legal dos contratos demandaria, pois, um alargamento dessa última mediante o qual os direitos de base (e não apenas aqueles resultantes de contratos) se transformassem em objeto de análise.

Observou-se, em segundo lugar, que o estado atual de teorias do mercado impõe no mínimo cautela a qualquer tentativa de solução, com base em tais teorias, de dilemas como o da intervenção (ou não intervenção) e o da complexidade (ou simplicidade) no direito dos contratos. Em relação às teorias que têm a ideia de eficiência como guia, a diversidade de motivos pelos quais mercados reais podem se mostrar imperfeitos torna bastante árdua a tarefa de resolver questões mais particulares do direito contratual de um modo que favoreça a eficiência. Por outro lado, as teorias igualitárias do mercado, mais populares no Brasil, ou parecem sofrer de uma contradição de fundo, ao pretender que os contratos resultem em igualdade sem, ao mesmo tempo, pôr em xeque o sistema de direitos de propriedade sobre o qual esses contratos se assentam; ou, à medida que se limitam ao resultado de trocas isoladas, oferecem limitada ajuda às questões dogmáticas – sobretudo as relacionadas à ideia de “equilíbrio contratual” – com que os juízes mais frequentemente se deparam.

## REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 7. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BAR-GILL, Oren. The behavioral economics of consumer contracts. **Minnesota Law Review**, v. 92, n. 3, p. 749-802, 2008.

BENSON, Peter. Abstract right and the possibility of a nondistributive conception of contract: Hegel and contemporary contract theory. **Cardozo Law Review**, v. 10, n. 5-6, p. 1.077-1.198, 1989.

BOUCKAERT, Boudewijn. Original assignment of private property. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (Org.). **Encyclopedia of Law and Economics**: v. II: civil law and economics. Cheltenham: Edward Elgar, p. 1-17, 2000.

BOWLES, Samuel; GINTIS, Herbert. Prosocial emotions. In: BLUME, Lawrence E.; DURLAUF, Steven N. (Org.). **The Economy as a Evolving Complex System**: v. III: current perspectives and future directions. Oxford: Oxford, 2006, p. 339-364.

BOWLES, Samuel; GINTIS, Herbert. 2002. Social capital and community governance. **The Economic Journal**, v. 112, p. 419-436, nov. 2002.

BUCKLEY, F. H. **Three theories of substantial fairness**. **Hofstra Law Review**, v. 19, p. 33-66, 1990.

COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, 1960.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**: contratos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAHLMAN, Carl J. The problem of externality. **Journal of Law and Economics**, v. 22, n. 1, p. 141-162, 1979.

DEMSETZ, Harold. Toward a theory of property rights. **The American Economic Review**, v. 57, n. 2, p. 347-359, 1967.

DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue**: The theory and practice of equality. Cambridge: Harvard, 2000.

GORDLEY, James. Equality in exchange. **California Law Review**, v. 69, n. 6, p. 1.587-1.656, 1981.

HESELINK, Martijn W. Capacity and capability in European contract law. **European Review of Private Law**, v. 4, p. 491-507, 2005.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A behavioral approach to law and economics. **Stanford Law Review**, v. 50, p. 1.471-1.550, 1998.

KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack; THALER, Richard H. **Fairness and the assumptions of economics**. **Journal of Business**, v. 59, p. 285-300, 1986.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: v. V, t. I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARX, Karl. **Manuscritos Econômico-Filosóficos**. Tradução de Artur Mourão Lisboa: Edições 70, 1975.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato**: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOZICK, Robert. **Anarchy, State, and Utopia**. E.U.A.: Basic Books, 1974.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

POSNER, Eric A. Economic analysis of contract law after three decades: success or failure? **Yale Law Journal**, v. 112, n. 4, p. 829-880, 2003.

Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos)

POSNER, Eric A. The parol evidence rule, the plain meaning rule, and the principles of contractual interpretation. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 146, p. 533-577, 1998.

POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. 5. ed. Nova Iorque: Aspen, 1998.

RAWLS, John. **A Theory of Justice**. 2. ed. Cambridge: Belknap, 1999.

SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. **Contract theory and the limits of contract law**. **Yale Law Journal**, v. 113, p. 541-619, 2003.

SCHWARTZ, Alan; WILDE, Louis L. Intervening in markets on the basis of imperfect information: A legal and economic analysis. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 127, p. 630-682, 1979.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. **A Obrigação como Processo**. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **O Novo Código Civil e a Constituição**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 147-170.

STIGLITZ, Joseph E. The contribution of the economics of information to twentieth century economics. **Quarterly Journal of Economics**, v. 115, n. 4, p. 1441-1478, 2000.

THALER, Richard H. Anomalies: The ultimatum game. **Journal of Economic Perspectives**, v. 2, n. 4, p. 195-206, 1988.

TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Civil**: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. **Science**, v. 185, n. 4.157, p. 1.124-1.131, 1974.

VELJANOVSKI, Cento G. Wealth maximization, law and ethics: On the limits of economic efficiency. **International Review of Law and Economics**, v. 1, n. 1, p. 5-28, 1981.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

WEINRIB, Ernest J. **The Idea of Private Law**. Cambridge: Harvard, 1995.

WERTHEIMER, Alan. **Exploitation**. Princeton: Princeton, 1996.

WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: The governance of contractual relations. **Journal of Law and Economics**, v. 22, n. 2, p. 233-261, 1979.