



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



FLAVIANNE FERNANDA BITENCOURT NÓBREGA

**ANÁLISE ECONÔMICA DA PRECISÃO DA NORMA JURÍDICA:
UMA ABORDAGEM PRAGMÁTICA DA CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA**

Recife

2015

FLAVIANNE FERNANDA BITENCOURT NÓBREGA

**ANÁLISE ECONÔMICA DA PRECISÃO DA NORMA JURÍDICA:
UMA ABORDAGEM PRAGMÁTICA DA CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como parte dos requisitos parciais para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Retórica e Pragmatismo no Direito

Orientador: Prof^o. Dr. George Browne Rego
Coorientador: Prof^o. Dr. Hans-Bernd Schäfer

Recife

2015

Catálogo na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

N754a Nóbrega, Flavianne Fernanda Bitencourt.
Análise econômica da precisão da norma jurídica: uma abordagem pragmática da cláusula geral da boa-fé objetiva / Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega. – Recife, 2015.
150 f.

Orientador: George Browne Rego.
Coorientador: Hans-Bernd Schäfer.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2015.
Inclui referências.

1. Direito. 2. Análise Econômica. 3. Sistema Jurídico. 4. Norma Jurídica. 5. Jurisprudência. I. Rego, George Browne (Orientador). II. Schäfer, Hans-Bernd (Coorientador). III. Título.

340 CDD (22. ed.)

UFPE (BSCCJ 2019-36)

FLAVIANNE FERNANDA BITENCOURT NÓBREGA

ANÁLISE ECONÔMICA DA PRECISÃO DA NORMA JURÍDICA:
UMA ABORDAGEM PRAGMÁTICA DA CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco como parte dos requisitos parciais para obtenção do título de Doutor em Direito.

Aprovada em: 19/10/2015.

BANCA EXAMINADORA

Profº. Dr. Gustavo Just da Costa e Silva (Presidente)
Universidade Federal de Pernambuco

Profº. Dr. Marcos Antônio Rios da Nóbrega (1º Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Profº. Dr. Marcílio Toscano Franca Filho (2º Examinador Interno)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dra. Clarice von Oertzen de Araujo (3º Examinador Externo)
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dr. Luiz Edmundo Celso Borba (4º Examinador Externo)
Universidade de Pernambuco

AGRADECIMENTOS

Destaco um agradecimento principal ao meu orientador Prof. Dr. George Browne Rego por ter atuado como verdadeiro tutor no desenvolvimento da pesquisa e por ter me dado a oportunidade de ainda na graduação ser introduzida nos pressupostos do Pragmatismo Filosófico. Seu papel foi fundamental, desde o material bibliográfico de seu rico acervo, até o fomento de discussões, através do grupo de estudos por ele liderado, de onde surgiram algumas das ideias presentes nesse trabalho, como também o incentivo para desenvolver parte da pesquisa no exterior, através da modalidade Doutorado Sanduíche. Agradeço ao meu coorientador na Alemanha, Professor Hans-Bernd Schäfer, que oportunizou junto ao DAAD o estágio de pesquisa na Bucerius Law School, em Hamburgo, como *Visiting Scholar* em 2013, para aprofundar a contribuição da Análise Econômica do Direito na minha tese, enriquecendo meu olhar acadêmico sobre o problema. Nesse mesmo ano, o intercâmbio com a Universidade de Lisboa, com o apoio do Professor Marcos Nóbrega e do Professor Fernando Araújo, para participar do painel sobre Boa-fé com os professores Judith Martins-Costa e Menezes Cordeiro, possibilitou amadurecer minha pesquisa e debater o tema mais profundamente.

Sou muito grata ainda pelo apoio do meu orientador Prof. George Bowne e coorientador Hans-Bernd Schäfer, em 2014, na minha candidatura como pesquisadora visitante no Instituto Max Planck de Direito Privado Comparado e Internacional em Hamburgo, na Alemanha. A experiência nesse instituto de pesquisa, com a bolsa da Max Planck Society, possibilitou avançar a pesquisa em discussões complexas, em um fértil ambiente acadêmico em que a investigação colaborativa e os feedbacks de outros pesquisadores faziam parte da rotina diária. O suporte e o acolhimento dos pesquisadores alemães Jan Peter Schmidt e Tilman Quarch do referido Instituto foram fundamentais no processo de integração e na troca de experiências acadêmicas com os veteranos. Nesse espaço, tive a oportunidade de participar do debate com os demais pesquisadores do Instituto da *Aktuelle Stunde*, apresentada pelo Professor Fachin, em 2014, sobre o tema da Boa-fé no Direito Contratual Brasileiro, o que muito contribuiu para o amadurecimento das reflexões dessa tese.

Agradeço ainda Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE e a CAPES pelo apoio institucional para a pesquisa e aos meus alunos e colegas professores da UFPB, que muitas felicidades e conquistas me proporcionaram no grupo de pesquisa e em sala de aula.

Ao final, agradeço com carinho, o suporte da minha família na ajuda e cuidados com a pequena Clara, no difícil e recente retorno da minha licença-maternidade para conclusão da tese. Ao meu marido Alfredo, minha mãe Graça, meu pai Paulo Tadeu, minha sogra Ana, minha querida vovó Ana Bitencourt (*in memoriam*) e ao Branco de Leite do IMIP-PE, endereço minha eterna gratidão.

“Ainda que as Cláusulas Gerais pertençam sistematicamente ao direito material, não ao direito processual, a grande e histórica pergunta se elas trazem bênção ou se causam maldição, depende finalmente da magistratura de cada povo”

(HEDEMANN, Justus Wilhelm. **Die Flucht in die Generalklauseln**: Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen: Verlag von J. C. Mohr Paul Siebeck, 1933. p.74)

RESUMO

A tese propõe uma análise pragmática sobre o grau de especificidade das normas jurídicas, com a identificação dos custos e benefícios decorrentes da opção por um sistema jurídico baseado em regras e *standards* para elucidar as potenciais consequências dessa escolha. A lógica da investigação científica do método pragmático de C. S. Peirce da Abdução é utilizada para operacionalizar as ferramentas da Análise Econômica do Direito na avaliação dos efeitos concebíveis da decisão judicial. No Brasil, especialmente após a década de 90, a jurisprudência vivenciou, com otimismo, o fenômeno da aplicação massiva de princípios e Cláusulas Gerais, sem uma clara ponderação de suas consequências. A pesquisa questiona a hipótese de que a transição no Brasil para um sistema jurídico baseado predominantemente em *standards* tenha sido bem sucedida com a redemocratização. Investigar as experiências positivas e negativas verificadas na Alemanha com a inundação de princípios, particularmente a Cláusula Geral da boa-fé objetiva, num breve estudo comparado, possibilitou compreender mais profundamente os potenciais riscos do seu uso no Brasil, relativamente à acomodação do julgador, à insegurança jurídica e à arbitrariedade judicial. A opção por um sistema jurídico baseado em normas mais abertas revela a preferência por um modelo mais descentralizado, que prioriza o juiz e não o legislador como principal produtor do Direito. Ter conhecimento sobre os potenciais custos dessa mudança é um dado relevante que a pesquisa desvenda para se aprimorar o desenho institucional com o aperfeiçoamento da técnica legislativa e da metodologia jurídica. Nesse contexto, a disponibilidade de capital humano de alta qualidade importa, bem como sua alocação eficiente. No Brasil, os potenciais efeitos econômicos positivos de uma aplicação criteriosa e eficiente da boa-fé objetiva, a exemplo da redução dos custos de transação e da inibição do comportamento oportunista, não foram devidamente observados. Diversamente, a nova prática jurisprudencial brasileira que banalizou o uso dos princípios, favoreceu o voo suicida para as Cláusulas Gerais.

Palavras-chaves: Análise Econômica. Regras versus Standards. Boa-fé Objetiva.

ABSTRACT

The thesis proposes a pragmatic analysis of the degree of specificity of the legal norms, identifying the cost and benefits outcomes from the option between a rule-based and standard-based legal system in order to clarify the consequences of this choice. The logic of scientific investigation of C. S. Peirce's abduction pragmatic method is used to operationalize the tools of the Law and Economics in order to evaluate the conceivable effects of judicial decision. In Brazil, particularly after 90s, the judge-made law experienced with optimism the phenomenon of massive application of principles and general clauses, without a clear analysis of its consequences. The research inquires the hypothesis that Brazilian shift to a more standard based system had been successfully achieved after redemocratization. To better understand the potential risks of the misuse of principles in Brazil, regarding laziness on judging, legal uncertainty and judicial arbitrariness, the German positive and negative experiences on good faith general clause adjudication were investigated in a brief comparative analysis. The option for a legal system based on open-norms reveals the preference for a decentralized model, in which the judges and not the legislator are emphasized as the main producer of Law. This research disclose the potential costs of this shift in order to improve the institutional design for a betterment both in legislative drafting and in judicial methodology. In this context, the availability of high-quality human capital and its efficient allocation matter. In Brazil, the potential positive economic effects derived from an efficient and careful good faith adjudication, such as reducing transaction costs and curbing the opportunistic behaviour, were not fully observed. On the contrary, the new legal practice of Brazilian jurisprudence that trivialized the use of principles has opened the door for a suicide flight to General Clauses.

Key words: Law and Economics. Rules versus Standards. Objective Good Faith.

RESUMEN

La tesis propone un análisis pragmático del grado de especificidad de las normas legales, identificando los resultados de costos y beneficios de la opción entre un sistema legal basado en normas y estándares para aclarar las consecuencias de esta elección. La lógica de la investigación científica del método pragmático de secuestro de C. S. Peirce se utiliza para poner en práctica las herramientas de la Ley y la Economía a fin de evaluar los efectos concebibles de la decisión judicial. En Brasil, particularmente después de los años 90, la ley hecha por los jueces experimentó con optimismo el fenómeno de la aplicación masiva de principios y cláusulas generales, sin un análisis claro de sus consecuencias. La investigación indaga la hipótesis de que el cambio brasileño a un sistema más estándar se había logrado con éxito después de la redemocratización. Para comprender mejor los riesgos potenciales del mal uso de los principios en Brasil, con respecto a la pereza para juzgar, la incertidumbre legal y la arbitrariedad judicial, las experiencias positivas y negativas alemanas sobre la adjudicación de la cláusula general de buena fe se investigaron en un breve análisis comparativo. La opción de un sistema legal basado en normas abiertas revela la preferencia por un modelo descentralizado, en el que los jueces y no el legislador sean enfatizados como el principal productor de Derecho. Esta investigación revela los costos potenciales de este cambio para mejorar el diseño institucional para una mejora tanto en la redacción legislativa como en la metodología judicial. En este contexto, la disponibilidad de capital humano de alta calidad y su asignación eficiente son importantes. En Brasil, los posibles efectos económicos positivos derivados de una adjudicación eficiente y cuidadosa de buena fe, como la reducción de los costos de transacción y la reducción del comportamiento oportunista, no se observaron por completo. Por el contrario, la nueva práctica legal de la jurisprudencia brasileña que trivializó el uso de principios ha abierto la puerta a un vuelo suicida hacia las Cláusulas Generales.

Palabras clave: Análisis económico. Reglas versus estándares. Buena fe Objetivo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	13
1.1 A proposta da Análise Econômica na avaliação dos custos de um Sistema Jurídico justificado predominantemente em Standards.....	13
1.2 Organização do Trabalho.....	20
2 PRAGMATISMO, INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	22
2.1 O problema da inundação dos princípios no Brasil e a crítica pragmática.....	22
2.2 A Metodêutica do Pragmatismo e a sua lógica de investigação das consequências: abertura para Análise Econômica do Direito.....	29
2.3 A inferência abductiva como preparatória para a Análise Econômica do Direito.....	37
2.4 Proposições gerais não decidem casos concretos no Direito	44
3 A ANÁLISE ECONÔMICA DA PRECISÃO E DA VAGUEZA DA NORMA JURÍDICA.....	53
3.1 Para além de distinções abstratas entre Princípios, Cláusulas Gerais, <i>Standards</i> e Conceitos Jurídicos Indeterminados.....	53
3.2 Análise Econômica dos Custos e Benefícios das Regras e <i>Standards</i>.....	62
3.3 Capital humano como variável relevante para uma eficiente concretização do direito em um sistema jurídico baseado predominantemente em <i>standards</i>.....	72
3.4 A Função Econômica da Cláusula Geral da Boa-fé: redução dos custos de transação e inibição do comportamento oportunista.....	79

3.5 A cooperação na racionalidade hobbesiana e a sua funcionalidade na Análise Econômica da Cláusula Geral.....	85
4 AS “REGRAS DO JOGO” DA CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	94
4.1 Cláusula Geral e a qualidade do Ativismo Judicial na perspectiva do neoinstitucionalismo econômico.....	94
4.2 “Regras do jogo” para se investigar o real desenho institucional da Boa-fé Objetiva.....	100
4.3 A experiência alemã com a Cláusula Geral da Boa-fé Objetiva	110
4.3.1 Breve histórico do conceito.....	110
4.3.2 O trade-off entre o mergulho no óleo social e o voo suicida para as Cláusulas Gerais.....	112
4.3.2.1 O otimismo do mergulho no óleo social.....	113
4.3.2.2 O Voo suicida para as Cláusulas Gerais.....	116
4.4 O resultado socialmente produtivo depende da performance dos Tribunais de cada país.....	121
4.5 A “regra do jogo” da Cláusula Geral da Boa-fé Objetiva no Brasil: caso da soja verde.....	128
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	136
REFERÊNCIAS.....	141

1 INTRODUÇÃO

1.1 A proposta da Análise Econômica para avaliação dos custos e benefícios de um Sistema Jurídico baseado predominantemente em *Standards*

Essa tese propõe investigar os efeitos resultantes da escolha por um sistema baseado predominantemente em normas abertas a partir de uma abordagem pragmática com a análise das consequências concebíveis. Para operacionalizar a investigação pragmática, a análise econômica do direito é apresentada como um caminho para a ponderação dos custos e benefícios, inerentes a toda atividade de tomada de decisão.

O problema que inquieta e provoca a pesquisa está relacionado com o fenômeno recente da Jurisprudência brasileira em utilizar fórmulas abstratas e gerais como “varinha de condão”¹ para fundamentar as decisões, sem um método claro para concretização e a avaliação dos efeitos. Princípios como a dignidade da pessoa humana e a boa-fé objetiva são usados para coroar inúmeras decisões judiciais, especialmente após a abertura dada pela Constituição de 1988. Observou-se que a doutrina majoritária no Brasil, associada a escolas do Neoconstitucionalismo e Pós-Positivismo, tem valorizado com entusiasmo o progresso do sistema brasileiro, em que os juízes deixam de ser “servos da lei” para serem “apóstolos dos princípios”².

¹ Expressão derivada da palavra alemã “Zauberstab”, originalmente utilizada pelo pesquisador Jan Peter Schmidt em 2014, no Instituto Max Planck de Direito Privado e Direito Internacional de Hamburgo, para criticar o uso da boa-fé objetiva no Brasil como varinha mágica que conduz o juiz ao resultado desejado pelo caminho mais rápido.

² Expressão inspirada em ironia de Hedemann quando alertou em 1933 sobre os perigos relacionados com a tentação de o juiz deixar de ser “vassalo dos parágrafos da lei” para se tornar senhor dos costumes e “mensageiro das Cláusulas Gerais”. HEDEMANN, Justus Wilhelm. **Die Flucht in die Generalklauseln: Eine Gefahr für Recht und Staat**. Tübingen: Verlag von J. C. Mohr Paul Siebeck, 1933.

Uma análise pragmática sobre os custos e benefícios dessa transição para um modelo predominantemente baseado em *standards* e princípios ainda está por se desenvolver. É nesse ponto que a tese propõe sua contribuição.

No Brasil, alguns pesquisadores pátrios³ e estrangeiros⁴ já identificaram e sinalizaram para uma tendência do uso ideológico e exagerado das normas abertas no judiciário, de maneira tal que a aplicação vem deixando de refletir a lógica interna do sistema jurídico, contribuindo para o aumento da insegurança jurídica e a banalização dos princípios, referida ora por “abuso dos princípios”, “panprincipiologismo”, “farra dos princípios”, “fascínio dos princípios”, “direito dos princípios”, “preguiça dos princípios”. Os efeitos da expansão das normas jurídicas de textura aberta na prática jurídica nacional precisam ser avaliados para que os riscos e custos potenciais para a sociedade sejam conhecidos.

O debate na Alemanha, reforçado por pesquisas recentes do Instituto Max Planck de Direito Privado Comparado e Internacional de Hamburgo, apontam para o risco do abuso das cláusulas gerais, relacionado à tentação do comodismo em aplicar um princípio ou cláusula geral por subsunção genérica, favorecendo a arbitrariedade judicial. Zimmermann⁵, atual presidente do aludido Instituto, evidencia a experiência histórica de “domesticar o monstro”, em referência aos perigos que a Cláusula Geral da Boa-fé Objetiva (§242 do BGB) ensejou

³ Entre os doutrinadores que mostram cautela com a euforia principiológica atual e receio no seu desvirtuamento, mencionam-se Eros Grau (direitos dos princípios), Marcelo Neves (fascínio dos princípios), Humberto Ávila (abuso do princípio), Ronaldo Porto Macedo (farra dos princípios), Lênio Streck (panprincipiologismo). Uma crítica de natureza mais pragmática relacionada ao ônus do princípio e seus custos pode ser encontrada em Carlos Ari Sundfeld (preguiça dos princípios) e em Cristiano Carvalho (farra dos princípios).

⁴ Frederic Kellogg e Jan Peter Schmidt percebem problemas da expansão dos princípios no Brasil. “Não é de se surpreender quando, em um país com tamanhas desigualdades sociais como o Brasil, não se atribui prioritariamente ao direito a tarefa de proteger expectativas, mas, sim, de ajudar os socialmente desfavorecidos. Quando, ademais, independentemente disso, grande parte da população não deposita nenhuma confiança na ordem jurídica ou já nem mesmo tem acesso à mesma, o direito só desempenha, de antemão, uma função diretiva reduzida e a segurança jurídica perde significância como fim”. SCHMIDT, Jan Peter. **Zivilrechtskodifikation in Brasilien: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. p. 456-457.

⁵ ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. **Good Faith in European Contract Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 22

para sistema jurídico alemão. Nas palavras de Jan Peter Schmidt⁶ as Cláusulas Gerais são como almofadas confortáveis para o aplicador (*dem bequemem Poslter der Generalklausel*). No Brasil, Carlos Ari Sundfeld⁷ identifica a aplicação dos “princípios por preguiça” no Direito Administrativo pátrio, que vive um ambiente de “geleia geral” com a aplicação de princípios vagos para justificar qualquer decisão. Os ônus relacionados ao abuso dos princípios, que o referido jurista menciona para o direito brasileiro, seriam traduzidos por custos na Análise Econômica do Direito.

A proposta pragmatista da tese se desenvolve no ramo do conhecimento que se denomina por *Law and Economics*⁸, melhor traduzido por “Análise Econômica do Direito”. O objeto de estudo é o Direito, enquanto a Economia é tomada como um dos métodos de análise possível, emprestando sua sofisticada metodologia para investigação das consequências (efeitos) da criação e aplicação da norma jurídica.

A relação entre o grau de precisão e a eficiência do comando normativo foi estudada inicialmente por Richard Posner e Isaac Ehrlich em 1974. Os autores exploram o *continuum* da especificidade à generalidade a partir de uma abordagem neopragmatista, que pela primeira vez faz uso do método da análise econômica do direito. Naquele trabalho, trouxeram a discussão sobre as condições em que a escolha por um comando normativo mais preciso ou geral é mais eficiente em termos de custo e benefício para a sociedade.

Duas décadas mais tarde, Louis Kaplow elabora o seminal estudo sobre a análise econômica das regras e “standards”, tratando a questão da especificidade/generalidade a partir do problema de *aquisição de informação* sobre o conteúdo da norma (esforço de especificação). Em sua abordagem, o autor construiu um modelo descritivo dos três planos da cadeia de positivação do direito (legislador, destinatário da norma e órgão judicante) e de

⁶ SCHMIDT, Jan Peter. **Zivilrechtskodifikation in Brasilien**: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. p. 456-457.

⁷ SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é Preguiça? In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina (Org.). **Direito e Interpretação**: Racionalidades e Instituições. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 287.

⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 4. ed. New York: Addison Wesley, 2004. p. 3.

como o funcionamento de cada uma dessas esferas era afetado pela opção por uma norma mais fechada ou mais aberta – isto é, pela opção de transferir a tarefa de buscar a informação relevante à fixação do conteúdo normativo *ex ante* (legislador) para *ex post* (destinatário e órgão julgante), ou vice-versa⁹.

O complexo processo de elaboração e aplicação das normas jurídicas envolve uma série de questões acerca da produção legislativa e dos seus aplicadores. Concernente ao grau de precisão, deve-se considerar que o corpo legislativo poderá produzir normas com diferentes níveis de especificidade, as quais guiarão os juizes no seu processo de tomada de decisão. Numa análise preliminar, a opção por um sistema jurídico baseado predominantemente em *standards* revelaria a preferência por um modelo *ex post*, descentralizado, que priorizaria o juiz e não o legislador como produtor das normas jurídicas. Regras precisas, por sua vez, representariam a opção por um modelo *ex ante*, centralizado, que concentra o poder de decisão no topo do sistema político. A consciência acerca dos custos da escolha pelo grau de precisão dos comandos normativos permite compreender melhor a qualidade da divisão de tarefas entre o legislador e o juiz na ordem jurídica. A eficiência da escolha depende fundamentalmente da disponibilidade de capital humano¹⁰, o qual é um recurso escasso.

Tais considerações permitem desde já inferir que não existem “receitas prontas” para antecipar qual o melhor desenho institucional – com normas precisas ou vagas. Em determinadas circunstâncias concretas, será mais eficiente e socialmente produtivo optar por uma regra com alto grau de especificidade; em outro contexto, por uma cláusula geral ou até mesmo um princípio. Ter conhecimento sobre os potenciais custos é um dado relevante para

⁹ KAPLOW, Louis. Rules versus standards: an economic analysis. **Duke Law Journal**, v. 42, n. 3, p. 557-629, dec. 1992.

¹⁰ Schäfer propõe uma análise econômica das regras e *standards* em países pobres e países ricos. No seu estudo identifica o capital humano como variável dependente relevante para a escolha ótima sobre o grau de especificidade da norma jurídica. SCHÄFER, Hans-Bernd. Rules versus Standards in Rich and Poor Countries: Precise norms as Substitutes for Human Capital in Low-Income Countries. **Supreme Court Economic Review**, v. 14, 2006.

se aprimorar o desenho institucional com o aperfeiçoamento da técnica legislativa e da metodologia jurídica.

A fim de avaliar os possíveis significados práticos concebíveis da transição do direito brasileiro para um modelo baseado mais em normas abertas e dar funcionalidade à análise econômica sobre o grau de precisão e vagueza da norma jurídica, optou-se por investigar a cláusula geral da boa-fé objetiva¹¹. Essa escolha se justifica tendo em consideração que a expansão da boa-fé objetiva nas decisões judiciais, especialmente após a década de 90, encontra-se inserida no fenômeno recente da inundação de princípios vivenciado pela jurisprudência brasileira, respaldado pela Constituição Federal de 1988.

Estudos de análise econômica do instituto jurídico da boa-fé ainda estão por se desenvolver¹². O olhar que a teoria econômica traz sobre o problema, possibilitou a pesquisadora identificar dois atributos pragmáticos, relacionados aos efeitos positivos (externalidades positivas) resultantes da aplicação eficiente de princípios como a boa-fé objetiva¹³: redução dos custos de transação¹⁴ e inibição do comportamento oportunista¹⁵. A conjunção dessas duas características cria um ambiente de incentivos institucionais para a

¹¹ A pertinência da escolha da boa-fé objetiva para investigação se justifica, ainda, por coincidir com a finalidade da análise econômica de *standards* no direito contratual, qual seja: redução dos custos de transação. Essa é a abordagem da nova economia institucional que será considerada para análise e difere da teoria econômica tradicional.

¹² Na doutrina estrangeira é possível encontrar alguns estudos iniciados por Hans-Bernd Schäfer na Alemanha e Ejan Mackaay no Canadá.

¹³ A terminologia princípio é usada em sentido amplo para se referir a uma norma jurídica aberta a envolver tanto *standards*, como cláusulas gerais. A definição de cláusulas gerais será trabalhada mais a frente no capítulo 2.

¹⁴ Conceito inserido no contexto da nova economia institucional do Prêmio Nobel Ronald Coase a ser trabalhado no capítulos 2 da tese.

¹⁵ Comportamento oportunista está relacionado de modo amplo à ideia da escolha racional do homem hobbesiano no estado de natureza. Na análise econômica, o comportamento oportunista assume conotações específicas, como free rider (caroneiro), hold-out (baluarte), moral hazard (risco moral), adverse selection (seleção adversa), agency problem (problema principal-agente), hold-up dentre outros.

cooperação nas relações jurídicas, com resultado socialmente produtivo, de modo a favorecer o desenvolvimento sustentável e a inovação¹⁶.

A eficiência na aplicação de princípios vagos como a boa-fé objetiva dependem, todavia, da performance dos tribunais e da disponibilidade de capital humano de elevada qualidade. Essa é a variável dependente significativa que essa pesquisa aponta. Como bem compara Schäfer¹⁷, a boa-fé é como uma Lamborghini, que exige o melhor dos motoristas, ou então, esperem um acidente.

Decidir com base em princípios ou cláusulas gerais demanda o uso inteligente da discricionariedade para artesanalmente¹⁸ se construir novo direito. Por sua natureza vaga e aberta, sua aplicação ao caso concreto envolve um laborioso processo de densificação e definição do conteúdo do comando normativo *ex post*. Não é, portanto, uma ferramenta jurídica que se presta a decisões em massa ou de quantidade. Uma metodologia jurídica atenta às consequências enriquece o processo decisório de concretização, minimizando os riscos de incerteza e a arbitrariedade judicial. Por essa razão, Pragmatismo e Análise Econômica do Direito aparecem como um caminho fértil para a pesquisa.

¹⁶ Segundo Schäfer a inovação é base para o desenvolvimento sustentável. Segundo ele, a análise econômica do direito nesse tema ainda está por se desenvolver. A proposta que Schäfer e Cooter introduzem em seu livro é como o Direito pode promover o desenvolvimento, superando o dilema da dupla confiança (*double trust dilemma*) entre investidores com capital e inovadores com ideias, promovendo, assim, a proteção da confiança e criando incentivos para cooperação. COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans-Bernd. **Solomon's knot: how law can end the poverty of nations**, Princeton: Princeton University, 2011. p. 9.

No curso de verão avançado do Programa de Doutorado em Direito e Economia da Universidade de Hamburgo, na Alemanha, em 2009, Schäfer usou a expressão Ferrari para se referir à boa-fé como uma máquina excepcional do sistema jurídico que poderia ser bem ou mal conduzida a depender de quem a aplicasse. Os rascunhos iniciais do curso transformaram-se depois na versão final do livro, escrito em co-autoria com o americano Robert Cooter da Berkeley University. Cf. COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans-Bernd. **Solomon's knot: how law can end the poverty of nations**. Princeton: Princeton University, 2011. p. 94.

¹⁸ A expressão “artesanalmente” é utilizada nessa tese de modo intencional para se contrapor ao uso “automático” de princípios como a boa-fé, como se fosse possível uma aplicação por simples subsunção e produção em massa de baixo custo, com a rápida alusão ao princípio para a definição de direitos.

Investigar as experiências positivas e negativas verificadas no Direito Europeu Continental¹⁹ com a introdução de Princípios e Cláusulas Gerais, particularmente a boa-fé objetiva no sistema jurídico alemão, possibilitou questionar mais profundamente a banalização dos princípios no Brasil e atentar para os riscos e custos desse fenômeno. Enquanto a Alemanha vivenciou a inundação dos princípios a partir de 1900, no Brasil esse fenômeno começou a ganhar espaço quase um século depois²⁰, especialmente após 1990. Segundo Hedemann²¹, a fuga para as Cláusulas Gerais é um perigo para o Estado e para o Direito. O primeiro desses perigos é a acomodação mental²², em que a Cláusula Geral se transforma numa almofada confortável para decisões, o segundo é a insegurança jurídica e o terceiro é a arbitrariedade judicial. O voo para as cláusulas gerais pavimentam, assim, o caminho para a expansão do ativismo judicial, cuja qualidade é comprometida pela escassez de capital humano para lidar com a singularidade de concretização eficiente que a Cláusula Geral e o Princípio exigem. Nesses contextos, a intervenção judicial pode representar um voo suicida no imprevisível de modo a multiplicar os custos de transação.

¹⁹ Interessa aqui mencionar a experiência histórica do Direito Europeu do século XVI do início dos Estados Modernos, em que as cidades cresceram e boa parte da produção nacional passou a ser voltada para o mercado. O caráter mais preciso do Direito Regulatório e codificado que surgiu nesse período dos Estados Absolutistas estaria relacionado não apenas com a questão clássica de concentração do poder no monarca, mas sim com a hipótese levantada por Schäfer de que a precisão do Direito Regulatório era um substituto para a baixa dotação de capital humano na base da Administração Pública. SCHÄFER, Hans-Bernd. Rule Rule Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital. Should Poor Countries Have a More Rule Based Legal System? **German Working Papers in Law and Economics**, v. 2001, n. 20, p. 21, 2001.

²⁰ Princípios e Cláusulas Gerais que raramente eram usados pela jurisdição alemã inundaram a prática jurídica a partir de 1900, a exemplo da *bona fides*, que assumiu a característica de cláusula geral *Treu und Glauben*. No Brasil, a década de 90 é marcada pela abertura da jurisprudência brasileira aos princípios e cláusulas gerais, que passaram a ser mais usados nas decisões. A constituição de 1988 e os novos diplomas legais, como o Código do Consumidor de 1990 favoreceram esse processo.

²¹ HEDEMANN, Justus Wilhelm. **Die Flucht in die Generalklauseln**: Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen: Verlag von J. C. Mohr Paul Siebeck, 1933. p. 66

²² Quanto mais sobrecarregado o juiz estiver, quanto mais cansado, mais frequentemente a cláusula geral vai se transformar numa almofada confortável, o qual Hedemann denomina de “Verweichlichung im Denken”. HEDEMANN, Justus Wilhelm. **Die Flucht in die Generalklauseln**: Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen: Verlag von J. C. Mohr Paul Siebeck, 1933. p. 66

1.2 Organização do Trabalho

Para este objetivo da pesquisa, a tese se encontra dividida em 3 partes:

A Primeira explora a Lógica da Investigação Científica, através do método pragmático de Peirce da Abdução, a fim de operacionalizar o método da Análise Econômica do Direito para análise dos efeitos. Se a abdução é o método do Pragmatismo Filosófico Clássico que permite a investigação das consequências concebíveis no contexto da descoberta, a Análise Econômica do Direito é a ferramenta para operacionalizar a abdução na investigação dos efeitos. O realismo jurídico de O. W. Holmes é o ponto de contato entre a Filosofia do Pragmatismo Clássico e a Análise Econômica do Direito. A consideração de Holmes de que não se pode decidir, recorrendo apenas a proposições gerais, é uma prova da fertilidade dos seus pensamentos para a presente pesquisa de doutorado.

A segunda explora a contribuição da Análise Econômica do Direito em torno da dicotomia *rules vs standards*, com a apresentação e o desenvolvimento de nova abordagem teórica para avaliação dos custos e benefícios de um sistema jurídico baseado em normas jurídicas mais precisas e em normas jurídicas mais abertas. Esse capítulo teórico permitirá construir o “framework” para posterior avaliação do contexto brasileiro de expansão dos princípios e aplicação judicial da boa-fé objetiva. Variáveis como capital humano, divisão de trabalho entre judiciário e legislativo, custos de elaboração e aplicação da norma jurídica importam. A operacionalização do “framework” construído sobre regras e *standards* ganha significado com a investigação concreta da análise econômica da Cláusula Geral da Boa-fé. Nessa investigação, dois efeitos econômicos positivos Cláusula Geral da Boa-fé são descobertos - reduzir os custos de transação e inibir o comportamento oportunista. Para compreensão da racionalidade imanente ao comportamento oportunista, foi investigada a contribuição da teoria de Hobbes acerca na compreensão do jogo não-cooperativo.

A terceira propõe investigar o desenho institucional real que a Cláusula Geral da boa-fé objetiva assumiu na doutrina e jurisprudência brasileira, mesmo que formalmente inspirado no modelo alemão. Desenvolveu-se um estudo daquilo que alguns especialistas em direito comparado intitularam de transplante jurídico²³ da boa-fé objetiva. No caso em estudo, analisou-se as potenciais analogias entre o sistema alemão e o brasileiro, tomando como base teórica a crítica do neoinstitucionalismo econômico histórico de Douglass North²⁴ de que regras e ideias importadas de outras culturas não podem ser facilmente incorporada a outras, podendo haver distinção no desenho institucional real na prática, mesmo que sejam formalmente semelhantes. O framework teórico e metodológico da análise econômica das Regras e *Standards*, desenvolvido nos capítulos anteriores, também auxiliaram nesse breve estudo comparativo. Nesse capítulo é, assim, identificada a origem do conceito da Boa-fé objetiva no período medieval alemão (compromisso da palavra dada, proteção da confiança e cooperação), com a análise posterior da experiência alemã codificada, vivenciada pela transição para um sistema jurídico mais baseado em *standards* com a boa-fé objetiva, a partir da inclusão da Cláusula Geral *Treu und Glauben* no BGB em 1896. Nesse corte histórico, foram identificadas as externalidades positivas (óleo social) e as externalidades negativas (riscos da acomodação, insegurança e arbitrariedade judicial do voo das Cláusulas Gerais), bem como o desafio de domesticação do monstro²⁵, após a inundação da boa-fé objetiva no sistema jurídico.

Em sequência, no mesmo capítulo, uma análise qualitativa da decisão dos casos dos contratos de compra futura de soja após a entrada em vigor do novo Código Civil foi usada

²³ A expressão transplante jurídico corresponde à terminologia “legal transplant”, cunhada inicialmente por Alan Watson em 1970.

²⁴ NORTH, Douglass C. **Understanding the Process of Economic Change**. Princeton: Princeton University, 2005. p. 27.

²⁵ Expressão utilizada por Zimmermann, presidente do Instituto Max Planck de Hamburgo, para se referir aos desafios de domesticação da boa-fé objetiva, utilizada inadequadamente no período nazista, para prejudicar relações jurídicas envolvendo os judeus. A nova Lei Fundamental alemã com a introdução do princípio da dignidade da pessoa humana seria um limitador ao uso arbitrário de cláusulas gerais vagas como a boa-fé objetiva. Cf. ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER; Simon. **Good Faith in European Contract Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 22

para avaliação dos efeitos da intervenção judicial a partir da aplicação da Cláusula Geral da boa-fé objetiva no Brasil, como caso teste para investigar os efeitos da expansão da aplicação dos princípios na Jurisdição Brasileira e questionar a hipótese de que a transição para princípios fora bem sucedida com a redemocratização no país.

No Brasil, a redemocratização inundou com cláusulas abertas e princípios constitucionais as relações jurídicas, entregando ao operador jurídico uma ferramenta flexível para aprimorar o sistema jurídico. Quase um século depois da experiência alemã, a prática jurisprudencial brasileira se viu envolvida por uma aplicação massiva de princípios como a boa-fé objetiva, cujos efeitos eram desconhecidos. Nessa transição para o modelo mais baseado em princípios, investigou-se se a intervenção judicial na definição do conteúdo da cláusula geral da boa-fé favoreceu a cooperação ou inversamente premiou o comportamento oportunista, abrindo espaço para a insegurança jurídica.

Na conclusão, o resumo da teoria, o método e os resultados são revisitados para as considerações finais sobre os custos da transição que o sistema brasileiro precisa enfrentar para uma aplicação eficiente e justa da Cláusula Geral da Boa-fé objetiva.

2 PRAGMATISMO, INVESTIGAÇÃO CIENTÍFICA E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

2.1 O problema da inundação dos princípios no Brasil e a crítica pragmática

A década de 90 no Brasil foi marcada pelo fascínio doutrinário pela principiologia jurídico-constitucional²⁶, que repercutiu na jurisprudência e no modo de decidir dos tribunais.

²⁶ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules**: Princípios e Regras Constitucionais. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 171.

Nesse contexto, o movimento do pós-positivismo²⁷ e do neoconstitucionalismo²⁸ supervalorizaram os benefícios resultantes da positivação dos princípios na nova ordem constitucional de 1988, pregando a aplicação preponderante desses princípios no lugar das regras²⁹. O entusiasmo da doutrina repercutiu na prática jurídica que popularizou a utilização dos princípios no fundamento das decisões, entendida como um avanço e aperfeiçoamento do Brasil frente ao formalismo interpretativo tardio³⁰.

A crença na transição bem sucedida para um sistema jurídico mais aberto, do tipo *standard-based*, com a redemocratização no país, passou só recentemente a ser questionada com o fenômeno da inundação de princípios no sistema jurídico brasileiro e a sua subsequente banalização. Nesse sentido, cumpre destacar a crítica de Marcelo Neves ao deslumbramento da doutrina brasileira com os modelos aqui dominantes de Dworkin e Alexy, o qual conduziu a uma prática jurisdicional confusa, em que a ponderação de princípios, “com destacadas

²⁷ Hermes Zaneti Júnior relaciona o progresso do pós-positivismo na positivação de princípios de direito natural, como direito à vida, à dignidade da pessoa humana, ao devido processo legal, destacando a vantagem de aproximar a tradição *common law* com a do *civil law* no Direito brasileiro. A “principialização” da Constituição permitiu uma expansão do *judicial review* no país. ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional: o Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 54. O otimismo em torno do pós-positivismo e a ascensão dos princípios é também observada em BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

²⁸ Humberto Ávila critica o neoconstitucionalismo brasileiro a partir de seus 4 fundamentos: 1. Normativo, em que há preferência pelos princípios no lugar da regra, 2. Metodológico, com o uso da ponderação no lugar da subsunção, 3. Axiológico, priorizando a justiça particular em detrimento da geral, 4. Organizacional, com a preponderância do Poder Judiciário sobre o Legislativo. Identificar, assim, o neoconstitucionalismo como “um movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da Constituição enquanto silenciosamente promove sua desvalorização”. ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>. Acesso em: 2 out. 2014. p. 1-19.

²⁹ Pesquisadores nacionais relacionam Luiz Roberto Barroso como um dos principais representantes desse movimento, que enxergou a “potencialidade positiva” de se investir na interpretação principiológica. CAMPOS, Juliana; ALBUQUERQUE, Felipe. Nova Hermenêutica Constitucional e (In)segurança Jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da Constituição. **Quaetio Juris**, v.8, n. 2, p. 774-772, 2015.

³⁰ Claudio Michelon identifica o fenômeno da presença dos princípios na argumentação jurídica brasileira como a segunda geração de ataques ao formalismo jurídico, que se seguiu à primeira geração do movimento do “direito alternativo” na crítica ao formalismo tardio. Além disso, questiona a popularização de autores como Ronald Dworkin e Robert Alexy, comumente associados no Brasil a uma metodologia que permite mais liberdade do juiz em relação à lei e ao direito posto, quando ironicamente suas teorias foram originalmente elaboradas “como uma forma de estabelecer critérios de racionalidade que limitam a discricionariedade judicial”. MICHELON, Claudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina (Org.). **Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 261.

exceções, tem contribuído para uma banalização das questões complexas referente à relação entre princípios e regras”³¹.

Ronaldo Porto Macedo Júnior identifica a exacerbação dessa “euforia principiológica” na teoria dos contratos, especialmente após a introdução da Cláusula Geral da boa-fé objetiva no Código de Direito do Consumidor (1990) e no Código Civil (2002), o qual passou a ser um dos princípios mais invocados pela doutrina e pelos juízes em suas sentenças. Alerta contra a simples aplicação talmúdica dos princípios para se evitar a “irracionalidade da discricionariedade *ad hoc*, disfarçada de uma nova retórica”³².

Eros Grau revela um diagnóstico preocupante com o abuso dos princípios e das preferências pessoais, relacionado à ameaça à segurança jurídica e à abertura para uma decisão no plano do arbítrio. No contexto brasileiro, entende que a doutrina produzida em torno dos princípios “dá testemunho acabado de que as pessoas que possuem inteligência bem-formada correm sempre o risco de supor que a criatividade de que são dotadas é suficiente para suprir a falta de leitura de que padecem”³³. Constata ele que nesse novo paradigma dos princípios, inaugurado na última década do século passado no Brasil, “come-se gato por lebre e tudo passa a ser principializado”.

³¹ Em 2006, no II Congresso Brasileiro de Filosofia e Teoria Geral do Direito, em Recife, o professor Marcelo Neves já demonstrava surpresa e preocupação no modo como a doutrina e a jurisprudência brasileiras vinham aplicando, com grande entusiasmo, teoria dos princípios da doutrina estrangeira como se pudessem ser transpostas acriticamente para a realidade brasileira. Na época, revelou essa inquietação no painel que apresentou sobre o tema: “Princípios e regras: reflexão sobre um lugar-comum da nova argumentação jurídica.” Em 2013, no seu novo livro “Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais”, critica o abuso de princípios na doutrina e prática brasileira e leva a sério os princípios constitucionais para apontar sua relação de complementariedade e tensão com as regras. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 171.

³² Ronaldo Porto Macedo esclarece que a expressão retórica foi usada no sentido depreciativo. A proposta de seu trabalho, apresentado inicialmente em 2008, no Colóquio Internacional de Direito e Interpretação, em São Paulo, foi anunciar as vantagens da abordagem contextualista da Teoria dos Contratos Relacionais frente ao problema da euforia principiológica. Nesse trabalho, o autor faz uma crítica geral à alternativa da Análise Econômica do Direito. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Interpretação da boa-fé nos contratos brasileiros: os princípios jurídicos em uma abordagem relacional (contra a euforia principiológica). In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina (Org.). **Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 309.

³³ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo Malheiros, 2009. p. 20.

Tércio Sampaio Ferraz Júnior³⁴ menciona, por sua vez, a mudança no trabalho do jurista, em que a justificação da decisão jurídica tem ganhado mais importância do que a própria lei, com a sensação concreta de crise de paradigma do direito legislado e codificado para se viver o Direito como prática social confiada aos juízes.

Segundo ele, manuais e os livros de direito constitucional de hoje estão repletos de jurisprudência, o que não se verificava há poucos anos atrás³⁵.

O desafio, todavia, está em advogado e juiz atuarem em centenas de milhares de processos de modo reflexivo, com a aplicação de princípios que são objeto da ponderação e não da subsunção, em meio a uma avalanche de informações que precisam ser processadas. O risco maior, alerta Sampaio Ferraz Júnior, é de o juiz deixar de ser um julgador e se transformar em um gerenciador de informação num modelo de consulta e cola. Esse modo automatizado de aplicar o direito, em especial normas abertas, é assustadoramente crescente.

Jan Peter Schimdt³⁶, como pesquisador do Instituto Max Planck de Direito Privado Comparado e Internacional de Hamburgo, reporta como grave a forma como a jurisprudência é referenciada na doutrina brasileira e na fundamentação das decisões, com a simples justaposição de ementas, sem que haja uma discussão crítica a seu respeito ou, ao menos, uma descrição mais precisa dos fatos subjacentes. Na era digital, a reprodução das ementas é um recurso mais fácil do que investigar a *ratio decidendi* dos julgados. Ao lidar com princípios o

³⁴ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Julgar não é gerenciar. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 29 set 2014. Opinião. Caderno Tendências/Debates.

³⁵ No II Colóquio de Pragmatismo Jurídico e Filosofia do Direito, em Recife, no dia 31 de outubro de 2014, o professor Tércio Sampaio identifica o período histórico da década de 80 e 90, com o de mudança da cultura jurídica brasileira sobre o papel dos princípios, que deixa de ser fundamento e vira argumento na ponderação, em uma interpretação por legitimação. Nas palavras dele “Para que servem os princípios? Preencher lacunas, resolver obscuridades. Na década de 50 e 60, ninguém pensava aplicar o princípio ao caso concreto, a despeito da lei, como é hoje. Princípio era fundamento de ordem, de unidade da Ordem Jurídica que se fechava”.

³⁶ A falta de organização das ementas nas decisões faz com que elas não estejam integradas num trabalho de sistematização, permitindo a proliferação de precedentes judiciais desconexos e contraditórios um com os outros. Tudo isso agravado pelo pouco produtivo intercâmbio da doutrina e jurisprudência brasileira: a primeira faz um estudo vago e acríptico e a segunda aplica a doutrina de modo descompromissado. SCHMIDT, Jan Peter. **Zivilrechtskodifikation in Brasilien**: Strukturfragen und Regelungsprobleme *In*: historisch-vergleichender Perspektive. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. p. 445.

problema é maior, pois que as ementas no Brasil deixam a desejar toda e qualquer referência a fatos concretos, e, em razão disso, acabam por praticamente não conter nenhum valor informativo³⁷. A má técnica na elaboração e na reprodução das ementas no país acaba, assim, por transformar o juiz num gerenciador de informações de conteúdo vazio.

Apesar dos problemas acima relatados, tanto a produção doutrinária majoritária, como a jurisprudencial seguem otimistas com a ênfase nos princípios, depositando neles a esperança do aperfeiçoamento do sistema jurídico brasileiro. Para ilustrar esse fenômeno, cita-se, como exemplo, o grande Dicionário de Princípios Jurídicos³⁸, publicado em 2011, com 1420 páginas, organizado por Ricardo Lobo Torres, Eduardo Kataoka e Flávio Galdino. Nas notas introdutórias, os organizadores confirmam que os princípios assumem uma posição central na metodologia do direito para afirmar o seguinte: “Pode-se dizer que hoje, no Brasil, o direito é aplicado a partir dos seus princípios.” Reforçam ainda esse novo paradigma de progresso com a assertiva de que “Os próprios tribunais abandonam o apego pelas regras e aderem aos princípios e à judicialização da política jurídica”³⁹.

³⁷ No contexto da boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), destaca Jan Peter Schmidt, a situação é bem preocupante no Brasil. Ilustra a aqui a má técnica das ementas na decisão do Superior Tribunal de Justiça, aplicando do princípio da boa-fé: “Ein anschauliches Beispiel im Zusammenhang mit dem Grundsatz von Treu und Glauben für eine *ementa*, die jegliche Bezugnahme zum konkreten Sachverhalt vermissen lässt und damit praktisch keinen Informationswert enthält, bietet etwa STJ 13.04.2010, REsp Nr. 981.750/MG, Relatora: Nancy Andrighi, DJe 23.4.2010.” SCHMIDT, Jan Peter. **Zehn Jahre Art. 422 Código Civil – Licht und Schatten bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der brasilianischen Gerichtspraxis**, página 3 do texto para discussão no Instituto Max Planck de Direito Privado e Direito Internacional, apresentado em 2014 para tradução ao português pelos pesquisadores visitantes e colaboradores.

³⁸ Não obstante a contribuição doutrinária da obra e o esforço dos colaboradores na definição dos princípios jurídicos, uma breve consulta do operador do direito não permitirá extrair os potenciais significados concretos e regras específicas, construídas pela jurisprudência brasileira a partir da concretização (densificação) do princípio enunciado. A técnica alemã do método de casos “Fallgruppenmethode”, usada na prática da concretização das Cláusulas Gerais, poderia ser um caminho de sistematização da *ratio decidendi* dos precedentes em uma obra que propõe aperfeiçoar a técnica de aplicação dos princípios. Esta técnica será melhor explicitada no tópico 2.1. Como consulta sobre a ideia histórica e abstrata do princípio, o livro cumpre a sua finalidade.

³⁹ TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo; GALDINO, Flavio (Org.). **Dicionário de princípios jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 13-17.

Investigando a doutrina nacional, a crítica recente à inundação de princípios com abordagem mais pragmática e atenta aos custos é a encontrada em Carlos Ari Sundfeld⁴⁰ e Cristiano Carvalho⁴¹. Embora o primeiro autor não desenvolva uma Análise Econômica do Direito propriamente dita, Sundfeld fala em ônus⁴² que o julgador necessariamente deve suportar ao deliberar com base em textos normativos de grande indeterminação, como os princípios. Questiona a deterioração do debate nacional em torno do tema, que ao invocar e elogiar princípios, sem investigar as consequências (vantagens e desvantagens) de sua aplicação, conduzirá o Direito ao mundo da arbitrariedade, por mais bem intencionado que esteja o doutrinador ou o operador do direito. Segundo ele “...citar múltiplos, belos e vagos princípios, transcrever páginas e páginas de elogios a ele, manifestar propósitos generosos, nada disso é motivar; é soltar fumaça”⁴³.

Dessa constatação final de Sundfeld, visualizam-se indícios concretos de que há um problema latente no modo de a doutrina e jurisprudência nacional lidarem com a concretização de normas jurídicas abertas. A popularização dos princípios na doutrina e o seu uso em grande escala pela jurisprudência para decisões em quantidade, criaram um figura peculiar no Direito Brasileiro, em que os princípios se transformaram em “varinha de

⁴⁰ Carlos Ari Sundfeld menciona que o movimento tímido dos “direitos dos princípios” na década de 80 se transformou em artigo de consumo na doutrina e jurisprudência brasileira de hoje. Revela que antes no Direito Público a discussão sobre atos administrativos viciados envolviam a discussão de institutos de nulidade, anulabilidade e inexistência, enquanto que hoje envolve a aplicação de princípios como boa-fé objetiva, improbidade dentre outros, em uma concretização frouxa. Nesse contexto, evidencia dois males da crise atual dos princípios: o seu uso excessivo e a superficialidade na sua aplicação, transformando-se em lugar-comum, pura forma sem substância. SUNDFELD, Carlos Ari. O Direito Administrativo entre os clips e os negócios. *In: Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008. p. 87.

⁴¹ Cristiano Carvalho é autor que desenvolve pesquisa na linha de *Law and Economics* no Brasil. No seu livro sobre Direito Tributário, questiona a ineficiência da argumentação principiológica, preocupando-se com os efeitos do fenômeno da “farra principiológica”. CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 323.

⁴² Ônus da competência e ônus regulador do juiz explorados por Sundfeld podem ser traduzidos, na perspectiva da Análise Econômica desenvolvida nesta tese, como custos da administração da justiça e custos da especificação *ex post* pelo judiciário.

⁴³ SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é Preguiça? *In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina (Org.). Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 305.

condão”⁴⁴ para magicamente possibilitar uma decisão com menor esforço. Curioso notar o paradoxo dessa prática no país, pois o trabalho real de densificação de uma fórmula jurídica aberta exigiria muito mais esforço do ponto de vista metodológico por parte do julgador para especificar *ex post* o conteúdo do princípio vago e criar a regra do caso concreto. A motivação, nesse contexto, deveria ser mais laboriosa e custosa, envolvendo um trabalho artesanal meticuloso de produção do direito.

Uma advertência mais contundente, na doutrina estrangeira, foi encontrada em Justus W. Hedemann, responsável por introduzir a expressão Cláusula Geral na doutrina alemã para se referir aos princípios positivados por técnica legislativa de modo intencionalmente vago e aberto, a exemplo da Boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*). Em 1933, alertou para o risco da comodidade das cláusulas gerais para o julgador que estiver sobrecarregado e cansado, bem como o perigo do “poder monstruoso” da vaidade e soberba, que para as naturezas mais fracas soarão tentadoras: “ser juiz dos costumes, não vassalo dos parágrafos, mensageiro da boa-fé objetiva!” e “supremo representante da justiça”⁴⁵.

Diante do exposto, é possível levantar a hipótese plausível de que as consequências e os custos foram subestimados na expansão desse processo de aplicação de fórmulas jurídicas mais abertas no Brasil. As expectativas depositadas no avanço que o uso dos princípios proporcionaria, fez com que os benefícios fossem superestimados aprioristicamente. É nesse ponto que se insere a proposta uma abordagem pragmática da tese, com um novo olhar sobre o problema, voltada para a pesquisa das consequências, ou melhor, dos efeitos práticos

⁴⁴ Essa expressão *Zauberstab* (varinha de condão) foi utilizada por Jan Peter Schmidt nos estudos no Instituto do Max Planck em Hamburgo para se referir à estratégia da jurisprudência brasileira de usar o princípio da boa-fé objetiva para o juiz chegar ao resultado desejado o mais rápido. Em 2014, de uma palestra sua sobre o tema na Universidade de São Paulo resultou a notícia, publicada em 10/12/2014 no site Consultor Jurídico, no caderno de Direito Comparado, de título “Boa-fé não pode ser uma varinha de condão nas lições de Jan Peter Schmidt”

⁴⁵“Gerade für schwächere Naturen muss es einen verlockenden Klang haben: Sittenrichter sein, nicht Paragraphenknecht, kühner von Treu und Glauben! [...] oberster Vertreter der Gerechtigkeit.” HEDEMANN, Justus Wilhelm. **Die Flucht in die Generalklauseln**: Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen: Verlag von J. C. Mohr Paul Siebeck, 1933. p. 71

concebíveis na expressão do Pragmatismo Filosófico de C. S. Peirce, para também incorporar a investigação dos custos⁴⁶ do direito, a partir da Análise Econômica do Direito.

2.2 A Metodêutica do Pragmatismo e a sua lógica de investigação das consequências: abertura para Análise Econômica do Direito.

Interessa nesse tópico demonstrar como a contribuição do Pragmatismo Filosófico Clássico de Charles Sanders Peirce, através do seu método científico da lógica da investigação (abdução) pode abrir caminho para uma Análise Econômica do Direito que seja frutífera do ponto de vista acadêmico.

Uma das principais críticas que se dirige à Análise Econômica do Direito, enquanto programa de pesquisa, estão relacionadas à confusão acerca das diversas linhas e vertentes existentes⁴⁷, que se associam com Direito e Economia. Assim como no Pragmatismo⁴⁸, em que há uma multiplicidade de distinção entre versões a depender do autor que se esteja

⁴⁶Uma análise de custos não deve ser vista como uma ameaça à preservação do direito. Ao contrário, uma consciência dos custos permite decisões inteligentes, com mais transparência e controle na alocação de recursos. O direito não pode deixar de ser protegido só porque é caro. HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes.** New York: WW Norton, 1999. p. 224.

⁴⁷Após 1982 o movimento se ampliou e se fragmentou em diferentes linhas de pesquisa, a exemplo da Escola de Chicago, a Escola institucionalista, Nova Economia Institucional, Escola Austríaca, *Behavioral Law and Economics*, *Public Choice*, dentre outros. Segundo Mackaay a dominância da Escola de Chicago, nos anos 60 e 70 nas pesquisas de *Law and Economics*, foi seguida por uma multiplicidade de escolas nos anos 80, que não compartilhavam o mesmo paradigma. MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. In: **Encyclopedia of Law and Economics**, 1999. p. 65-92.

⁴⁸O Pragmatismo Filosófico americano de Peirce, Dewey, James, Mead inspirou trabalhos de juristas como Holmes, John Grey e Cardozo, além dos que, à época, se auto intitularam realistas jurídicos como Jerome Frank, William Douglas, Karl Llewellyn, Felix Cohen e Max Radin. Os ensaios de Dewey sobre o Direito também podem ser inseridos nesse grupo. Após a segunda guerra mundial, os trabalhos no Pragmatismo Filosófico e no realismo jurídico expiraram, sendo sucedidos pelo positivismo lógico e a filosofia analítica. Só em 1960, com o declínio do positivismo lógico, o Pragmatismo tem lugar novamente, através dos trabalhos de Richard Rorty na Filosofia e em 1970 no Direito com as propostas do *Critical Legal Studies* (filho radical do Realismo Jurídico). Em 1980 é que, segundo Posner, as ideias do Pragmatismo voltam a ser aplicadas à metodológica do Direito, através do que ele denomina do neopragmatismo jurídico, no qual além de se incluir, aponta outros como Martha Minow, Thomas Grey, Daniel Farber, Philip Frickey. POSNER, Richard. What has Pragmatism to offer law? In: **Pragmatism in Law and Society**. Boulder: Westview Press, 1991. p.30.

trabalhando, a área de pesquisa *Law and Economics* vivencia o mesmo dilema. Para essa última, ainda há o desafio maior de busca por uma fundamentação filosófica⁴⁹.

Para ilustrar essa dificuldade, é possível identificar 4 (quatro) fases⁵⁰ distintas só em Richard Posner, um dos líderes do movimento *Law and Economics*, cujas contribuições muitas vezes são referidas de modo indiferenciado pela doutrina brasileira⁵¹. A primeira fase correspondeu à publicação do famoso livro-texto “Economic Analysis of Law” em 1972, quando Posner dedicou pouca atenção aos fundamentos filosóficos da Análise Econômica do Direito, acreditando que o fundamento normativo poderia encontrar suas raízes no utilitarismo. A segunda fase é marcada pela publicação do trabalho “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, em 1979, quando Posner apresenta a maximização da riqueza (*wealth maximization*) como o princípio ético. Ele tenta se dissociar do utilitarismo e cita a eficiência como o único princípio jurídico. Na terceira fase, no início dos anos 80 tenta apoiar a ética da maximização da riqueza numa teoria do consenso, invocando o conceito de

⁴⁹ A década de 80 foi especialmente marcada pelo questionamento do fundamento utilitarista da Análise Econômica do Direito. Richard Posner, nesse período, enfrentou adversários de todas as correntes (filósofos, jusnaturalistas, liberais, economistas da escola austríaca, economistas neoclássicos, nova economia institucional), que entendiam que o modelo Posneriano era simplista. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Trad. Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2014. p. 12.

⁵⁰ MATHIS, Klaus. **Efficiency Instead of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Trad. Deborah Schannon. Springer, 2009, p. 144.

⁵¹ Ronaldo Porto Macedo usa, por exemplo, alguns referenciais de Posner de modo indistinto para criticar e rejeitar como um todo qualquer contribuição da Análise Econômica do Direito para o debate sobre a euforia principiológica no direito privado brasileiro (em especial a boa-fé objetiva). Mesmo reconhecendo algumas nuances da teoria dos custos de transação, critica genericamente eficiência como principal valor da *Law and Economics* para concluir que essa linha de pesquisa prega “o dever de obedecer a um contrato quando se torna excessivamente oneroso devido a um fato não previsto pelas partes”. Essa conclusão é falsa, considerando os referenciais que serão trabalhados nessa tese acerca da Análise Econômica dos Standards e a função econômica da Cláusula Geral da boa-fé objetiva. MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Interpretação da boa-fé nos contratos brasileiros: os princípios jurídicos em uma abordagem relacional (contra a euforia principiológica). In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina (Org.). **Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 323.

compensação *ex ante* para construir um consenso que complementa o critério Kaldor-Hicks⁵². A quarta fase, na metade dos anos 80, Posner começa a relativizar suas posições, pavimentando o caminho para uma aproximação com Pragmatismo⁵³, que ele passa a defender desde os anos 90. Nessa última fase, ele entende a eficiência como um princípio jurídico importante, mas não necessariamente o único.

Nessa crise de fundamento, a Análise Econômica do Direito “pode se enriquecer com uma dose de Pragmatismo”⁵⁴. Thomas Cotter discrimina dois caminhos possíveis de aproximação entre o Pragmatismo e a Análise Econômica do Direito: 1. Relação entre Pragmatismo e Utilitarismo; 2. Relação entre Pragmatismo e Método Científico. Essa primeira identificação não interessa para a presente pesquisa, pois envolveria dar um conteúdo de uma ética utilitarista a uma análise econômica de natureza normativa, distanciando-se do Pragmatismo Filosófico Clássico. A proposta dessa tese é trazer a Análise Econômica do Direito como instrumento (ferramenta para investigação dos efeitos) e não como teoria normativa.

⁵² Nessa fase, Posner tenta aprimorar o critério de eficiência de Kaldor-Hicks, compartilhando algumas bases em comum com a teoria de John Rawls, mas divergindo em alguns pontos fundamentais propondo, por exemplo, a ignorância atual das pessoas reais (em perspectiva pragmática) no lugar da ignorância artificial na posição original da teoria da justiça rawlsiana. Desse modo, Posner propõe o consentimento implícito como a base do consenso, pois em muitos casos não há método prático para obter o consentimento explícito. Posner explica, por exemplo, que em situações em que o trabalho forçado ou escravo pudesse até ser maximizador da riqueza, presume-se que não haveria um consenso sobre isso. A eficiência merece, assim, ganhar um peso moral, segundo ele. Não obstante essas novas ideias, Dworkin mantém-se como ferrenho crítico de Posner, acusando-o de ter desenvolvido uma teoria de fachada com verniz Kantiano.

⁵³ Essa aproximação é vista ainda com algum ceticismo por professores especialistas na filosofia do Pragmatismo Clássico americano, na qual Posner se diz inspirar. Melhor seria falar de um Pragmatismo Jurídico próprio de Posner. Essa foi uma das conclusões da discussão dos pesquisadores colaboradores no grupo de trabalho especial “Pragmatismo e Teoria do Direito”, coordenado por Rachel Herdy e Sanne Taekema, no XXVI Congresso Internacional de Filosofia do Direito e Filosofia Social do IVR, em Belo Horizonte, 2013. HERDY, Rachel; TAEKEMA, Sanne. Pragmatism and Legal Theory. *In: World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy*. Belo Horizonte: Ed Fórum, 2013. p. 565. Há ainda os que associam o pragmatismo de Posner como um apelo para a economia de livre mercado. “Posner Pragmatismus ist also ein Plädoyer für die freie Marktwirtschaft” EIDENMÜLLER, Horst. *Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der Ökonomischen Analyse des Rechts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998. p. 267.

⁵⁴ “...how economic analysis can be enriched by a dose of pragmatism.” COTTER, Thomas F. Legal pragmatism and the law and economics movement. *Georgetown Law Journal*, v. 84, n. 6, p. 2129, jun. 20016. Legal Pragmatism Law and Economics.

A segunda relação, ainda subdesenvolvida⁵⁵ na literatura de *Law and Economics*, propõe resgatar o método científico desenvolvido pelo Pragmatismo Filosófico Clássico, com destaque para as contribuições de C. S. Peirce e J. Dewey, para explorar a investigação das consequências, no contexto da descoberta (*inquiry*). É nessa perspectiva que o trabalho pretende dar sua contribuição.

A riqueza do Pragmatismo de Peirce, enquanto método científico, é possibilitar conhecer o objeto de análise a partir da investigação dos efeitos práticos concebíveis⁵⁶ na realidade concreta. Para o Direito, o contexto da descoberta ganharia funcionalidade e significado, incorporando a análise das consequências a partir do exercício da lógica abduativa, no processo de tomada de decisão. O raciocínio por abdução envolve, assim, uma lógica viva do pensamento, que opera no contexto da investigação. Não é um tipo de inferência que pode ser forçada. Surge sob a forma de inferência e *insight*⁵⁷ a partir de um problema concreto, que provoca inquietação (dúvida real). É uma lógica sujeita ao autocontrole, porque raciocina pelas consequências e é aberta às críticas (falível) .

A metodêutica (método de descobrir métodos) de Peirce aplicada ao Direito, consubstanciada na lógica da abdução, fundamenta um Pragmatismo aberto à contribuição interdisciplinar de outras áreas conhecimento como Economia, Psicologia, Sociologia, Engenharia, Biologia, Teologia, História, dentre outros, que podem emprestar sua rica

⁵⁵ Thomas Cooter destaca que os pragmatistas contemporâneos foram mais influenciados pela filosofia pós-moderna da Teoria da Ciência (Thomas Kuhn, Imre Lakatos, Paul Feyerabend dentre outros) do que pelo Pragmatismo Filosófico Clássico do americano C.S. Peirce. COTTER, Thomas F. Legal pragmatism and the law and economics movement. **Georgetown Law Journal**. v. 84, n. 6, p. 2095, jun. 1996. Legal Pragmatism Law and Economics.

⁵⁶ A máxima do método pragmático de Peirce está reproduzida na frase: “[...] Consider what effects, that might conceivably have practical bearings, we conceive the object of our conception to have. Then, our conception of these effects is the whole of our conception of the object” PEIRCE, Charles S. How to make our ideas clear. In: **Selected Writings**. New York: Dover Publications. p.113

⁵⁷ O suposto paradoxo de a abdução envolver ao mesmo tempo um elemento lógico (inferência) e o psicológico (*insight*) não passa de aparente, pois o envolvimento da lógica com a psicologia só aparece no estágio inicial da investigação científica. A abdução é o ponto de partida da inquirição (instinto da investigação) e não ponto de chegada. ANDERSON, Douglas R. **Creativity and the Philosophy of C. S. Peirce**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1987. p. 39

metodologia para enriquecer o processo de formulação e teste de hipóteses, relativa às consequências na decisão judicial.

Nesse contexto, a Análise Econômica do Direito representa um caminho fecundo para explorar essa interdisciplinaridade. Interessa destacar que na perspectiva do Pragmatismo aqui apresentado, a Análise Econômica do Direito não seria o método exclusivo, podendo conviver com outros métodos em um modelo de complementariedade⁵⁸, que colaboraria com a comunidade aberta dos cientistas, cujo objeto de investigação é o Direito. Assim, se a abdução é o método científico do Pragmatismo Clássico para investigação dos efeitos concebíveis no contexto da descoberta, a Análise Econômica é a ferramenta disponível, que pode emprestar sua sofisticada metodologia, para operacionalizar a abdução na investigação dos efeitos da decisão jurídica.

Nesse sentido, a Economia é usada como método para investigação do Direito, o qual é seu objeto de estudo. Portanto, a Análise Econômica do Direito aqui proposta é contrária a ideia de subordinar o Direito à Economia, enquanto Teoria, pois seria um caminho reducionista a impedir toda e qualquer contribuição da lógica abductiva do Pragmatismo na investigação das consequências. É tanto que a Análise Econômica do Direito, enquanto programa de pesquisa, não se limita a áreas do Direito que tenham repercussão direta no mercado (como direito concorrencial, direito regulatório, dentre outros). De modo diverso, sua fertilidade está em emprestar seu método para avaliar potenciais consequências de uma regra ou decisão jurídica nos mais diversos ramos⁵⁹. É assim que ferramentas da microeconomia, teorias dos jogos, economia dos custos de transação, dentre outros métodos disponíveis, podem ser usados para que o operador do direito possa visualizar com maior

⁵⁸ A complementariedade entre os diferentes métodos aqui proposta se operaria no plano metodológico, através de um diálogo criativo. Podem ser usadas como teste No plano epistemológico, todavia, o consenso entre teorias rivais se faria muito mais complexo e envolveria a “incomensurabilidade de paradigmas”, usando a expressão cunhada por Thomas Kuhn na Filosofia da Ciência. KUHN, Thomas S. **A Estrutura das revoluções Científicas**. Trad. Beatriz Vianna. Perspectiva: São Paulo, 2003. p. 221.

⁵⁹ Robert, COOTER; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Trad. Luis Sander e Franisco Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

clareza potenciais consequências (externalidades positivas e negativas) e *tradeoffs* no processo de escolha na decisão e de criação da regra do caso concreto.

Observa-se, desse modo, que não se imprime aqui um conteúdo determinista da Economia, pois ela será usada estrategicamente como método para melhor se visualizar as potenciais consequências concebíveis no processo de decisão jurídica, que de outro modo restariam desconhecidas. Assim, o ponto de partida para se lançar na pesquisa dos efeitos é a lógica da abdução, do método pragmático de Peirce, fundamento filosófico da Análise Econômica do Direito aqui desenvolvida. Nesse sentido, as potenciais contribuições dos autores de *Law and Economics*, que surgiram quase um século depois do Pragmatismo Filosófico americano, serão incorporadas como ferramentas na operacionalização do método pragmático.

Interessa destacar que a ideia de método ganha uma conotação própria no Pragmatismo de Peirce, que rompe com toda a concepção de racionalidade⁶⁰ associada a esta palavra. Está fundado em uma Metodêutica⁶¹, ou seja, em um método para se descobrir métodos, sempre aberto, contínuo, falibilístico e prospectivo, em que a criatividade e o contexto da descoberta aparecem como elementos centrais. A investigação científica é, assim, uma entidade viva e histórica, das quais não se pode esperar um conhecimento compreensivo preciso e completo. A lógica da abdução⁶², a ser explorada no tópico seguinte, é o método que operacionaliza o processo de investigação na Metodêutica de Peirce.

⁶⁰ Peirce critica a maior parte dos filósofos modernos que seguiram o chamado “dualismo cartesiano”, no qual se incluem também Kant e os empiristas ingleses, e apresenta a proposta de uma nova lógica da abdução para a ciência. SANTAELLA, Lucia. **O Método Anticartesiano de C. S. Peirce**. São Paulo: UNESP, 2004. p. 19

⁶¹ A Metodêutica também pode ser referida como Retórica especulativa, na semiótica, teoria geral dos signos, desenvolvida por Peirce, que foi por ele dividida em três ramos, a saber: i. Gramática Especulativa, ii. Lógica Crítica e iii. Retórica Especulativa (Metodêutica). Essa classificação é resultado da consideração dos três elementos do signo: o fundamento, o objeto e o interpretante. PEIRCE, Charles S. Divisão dos Signos. In: **Semiótica**. Perspectiva: São Paulo, 2003. p. 46.

⁶² PAAVOLA, Sammi. Abduction through Grammar, Critic, and Methodetic. **Transactions of the Charles S. Peirce Society**, v. 40, n. 2, p. 251, 2004.

Importa ressaltar que a abdução pressupõe certo volume de trabalho do investigador⁶³, pois vai ser exatamente em contato com esse trabalho, que vão ter lugar as dúvidas e a propositura de hipóteses. Nesse sentido, a liberdade na abdução não é absoluta, nem arbitrária. A abdução também é influenciada pelos pensamentos anteriores. Se Dewey tivesse teorizado sobre abdução, teria dito segundo Douglas Anderson⁶⁴ que a abdução precisa de uma experiência para começar.

O Pragmatismo Filosófico a que a pesquisa se refere é fruto dos debates do Clube Metafísico de Boston⁶⁵, inaugurado por Charles Sanders Peirce no início da década de 70 do século XIX, em Cambridge, nos Estados Unidos, o qual contou com a contribuição de especialistas com formação em diferentes áreas do conhecimento. Mesmo convivendo com um pluralismo interno, Pragmatismo daquela época compartilhou algumas ideias em comum, a citar: o antifundacionismo, o consequencialismo e o contextualismo⁶⁶.

A importância da abdução no processo de descoberta na investigação científica envolve também a elaboração de hipóteses e conjecturas com a finalidade de economizar⁶⁷ a pesquisa. Isso é possível porque o *insight* que tem lugar no raciocínio abduutivo não é aleatório, pois é provocado por um problema real (dúvida), suscitado pela experiência. É o processo inferencial de tentativa de busca da melhor explicação, para conhecer algo a partir

⁶³ Peirce se refere à descoberta de Kepler sobre as órbitas elípticas, destacando que o *insight* (hipótese) não teria sido possível sem ele estar imerso nos dados do cientista Brahe, o qual lhe rendeu enorme labor intelectual, a partir da verificação de suas consequências concebíveis. PEIRCE, C.S. Três tipos de raciocínio. In: **Semiótica**. Perspectiva: São Paulo, 2003. p. 6-8.

⁶⁴ ANDERSON, Douglas R. **Creativity and the Philosophy of C. S. Peirce**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1987. p. 38.

⁶⁵ Entre os integrantes do núcleo deste clube metafísico destacam-se três homens de laboratório (Charles S. Peirce, Chauncey Wright e William James), três advogados (John Green, Oliver W. Holmes e Joseph Warner) e um evolucionista (Fiske). Do grupo alargado, há notícia de mais seis advogados, três cientistas e dois teólogos. Entre os que se encontravam na periferia do Clube Metafísico de Boston tem-se Frank Abbot, John C. Gray, William Montague, Henry Putnam e Francis Peaboy. MURPHEY, John. **O Pragmatismo**: de Peirce a Davison. Tradução Jorge Costa. Porto: Edições Asa, 1993. p. 25

⁶⁶ Thammy Progrebinschi identifica essas três características como a matriz disciplinar a agregar o pensamento de pragmatistas clássicos de de C.S. Peirce, William James e John Dewey. POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo**: teoria social e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005. p. 24.

⁶⁷ PEIRCE, C. S. Economy of Research. **Collected Papers**. Cambridge: Harvard University Press, 1958. v.7. p. 87.

do desconhecido. Nesse sentido, a Metodêutica tem especial interesse na abdução como um método orientador da pesquisa, em que o trabalho de levantar hipóteses plausíveis, identifica que tipos de problemas o pesquisador deve engajar seus esforços.⁶⁸

O método pragmático, se usado pelos cientistas por um tempo suficiente, fará surgir um maior acordo (consenso) dessa comunidade. Para isso é preciso que os processos de investigação, que se operam pela abdução, se tornem públicos a fim de que outras pessoas também o possam experimentar. Desse modo, os homens podem ir construindo um número cada vez mais vasto de hipóteses e elas vão cada vez mais revelando a verdade, de modo que as opiniões individuais vão convergindo para uma mesma opinião da comunidade. Segundo Peirce⁶⁹, a opinião está fadada a ser, ao final de tudo, um consenso de todos aqueles que investigam e ela é o que chamamos de verdade; e o objeto dessa opinião é o real. Levando isso ao extremo, a realidade dependeria de uma decisão da comunidade, o que só poderia ser atingida em um estado, cuja informação fosse perfeita⁷⁰.

Como ressalta Shook, ao se interpretar a comunidade científica empregada por Peirce não se deve entendê-la como o conjunto de todos os cientistas vivos. O conceito de realidade tratado por Peirce em *How to make our ideas clear* se refere à realidade em seu sentido científico como aquilo descrito por teorias finalmente aceitas pela comunidade depois de feitas todas as investigações possíveis. A comunidade científica em Peirce envolveria os cientistas futuros, humanos ou não, em qualquer lugar do universo e um consenso que se

⁶⁸ “methodeutic has a special interest in abduction”, its purpose is “to develop the principles which are to guide us in the invention of proofs, those which are to govern the general course of an investigation, and those which determine what problems shall engage our energies”. Peirce (L75 Memoir 27 Draft D 279) Apud. LISZKA, James Kakób. Peirce’s New Rhetoric. **Transactions of the Charles S. Peirce Society**, v. 36, p. 465, 2000.

⁶⁹ “The opinion which is fated to be ultimately agreed to by all who investigate, is what we mean by the truth, and the object represented in this opinion is the real.” PEIRCE, Charles Sanders. *How to make our ideas clear*. In: **Philosophical Writings of Peirce**. BUCHLER, Justus. New York: Dover Publication, 1955. p. 38.

⁷⁰ A realidade existirá para o Pragmatismo mesmo que os cientistas não tenham todas as informações e nem possam exaurir todas as pesquisas no momento. Peirce está consciente disso porque concebe a falibilidade. Desse modo, haverá realidade mesmo que a comunidade científica esteja num contexto específico, limitada por diversos fatores, sejam de ordem social, tecnológica, moral, religiosa, e não possam considerar todas hipóteses ou investigações.

projeta no futuro⁷¹. Por essa razão, Peirce alerta que se deve ser falibilista face às teorias científicas, pois não se sabe de antemão se ela sobreviverá após o teste de uma nova verificação experimental.

Desse modo, a concepção de Peirce de uma comunidade de livre investigação e argumentação traz a ideia de que nenhum consenso é definitivo, e que o argumento é falível, portanto, em princípio, pode ser corrigido⁷². Isso permitiria compreender que, de fato, o consenso não pode ser alcançado em absoluto, mas ele exerce, ao menos, um carácter regulatório de projeto, pois é pressuposto das pretensões de validade presente na maioria das teorias jurídicas. O que, todavia, mais interessa na Filosofia da Ciência de Peirce é a sociedade de experimentadores de espírito aberto, capazes de convergirem em relação a um número cada vez maior de problemas, colaborando para sua clareza e aprimoramento. Nessa proposta, a Análise Econômica do Direito pode ser uma rica ferramenta para se desvelar potenciais consequências no processo de tomada de decisão jurídica.

2.3 A inferência abdutiva como preparatória para Análise Econômica do Direito

O modo como o pensamento se desenvolve para a investigação científica, através da lógica abdutiva (formação criativa de hipóteses) pavimentará o caminho para a aplicação das ferramentas da Análise Econômica do Direito, consciente dos efeitos práticos concebíveis.

⁷¹ Shook aponta o conceito de realidade de Peirce como epistêmica, pois vai ser conhecida por meio de uma investigação. Opõe-se, portanto, tanto à versão que ele chama de dualista que define a realidade como aquilo que realmente existe completamente independente da experiência, bem como à visão positivista que define a realidade como o experienciado. SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo Americano**. Trad. Fábio M. Said. Rio de Janeiro: D&P Editora. 2002. p. 75-77.

⁷² KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Trad. Antonio Ulisses Cortes. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2004. p. 429.

Segundo Peirce, a aplicação do método científico pragmático, através da abdução⁷³, envolve custos⁷⁴, como a virtude e tudo mais que presamos na vida.

Em oposição ao método científico pragmático, os métodos *a priori*, da tenacidade e da autoridade são criticados por Peirce⁷⁵. Com eles é possível se chegar ao caminho mais fácil de fixação da crença, com menos esforço e menor custo, mas seu sucesso é aparente e transitório. Aplicando essa reflexão ao fenômeno jurídico brasileiro da inundação por princípios e o desafio de concretizá-los nas decisões judiciais, observa-se o recurso ao método *a priori*. Por ele princípios e cláusulas gerais têm seu significado definido no plano da pura abstração, em que conceitos jurídicos vagos enfeitam as decisões⁷⁶, sem o trabalho de se investigar seus efeitos práticos concebíveis na realidade concreta.

Interessa destacar que o processo de inquirição ou investigação começa na abdução e não termina nela. A inferência abdutiva é o ponto de partida de qualquer pesquisa, motivada por uma dúvida real, que torna possível a criatividade no processo científico. A ulerdade da abdução a coloca como uma lógica fértil no processo de criação do direito na densificação de princípios e normas abertas. Um resumo do método pragmático de Peirce até agora aqui trabalhado pode ser visualizado abaixo:

Experiência – Problema – Dúvida Real (Inquietação) – Hipótese (Abdução)

⁷³ Abdução é conhecida também como a lógica do método pragmático de C.S. Peirce.

⁷⁴ “Yet, the other methods do have their merits: a clear logical conscience does cost something - just as any virtue, just as all that we cherish, costs us dear. But we should not desire it to be otherwise.” PEIRCE, C. S. *The Fixation of Belief. Collected Papers*. Cambridge : Harvard University Press, 1934. v. 5. p. 247.

⁷⁵ PEIRCE, C. S. *The Fixation of Belief. Collected Papers*. Cambridge: Harvard University Press, 1934. v. 5. p. 233.

⁷⁶ Cite-se, por exemplo, a evocação apriorística dos princípios da boa-fé pelos tribunais. Conferir SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA 13.04.2010, REsp Nr. 981.750/MG, Relatora: Nancy Andrichi, DJe 23.4.2010.

Na metodêutica de Peirce, a abdução é preparatória, o primeiro passo da investigação científica; enquanto a indução é o último estágio⁷⁷. É nessa última fase que os métodos da Análise Econômica do Direito ganhariam funcionalidade para testar as potenciais consequências antecipadas por adivinhação (*guessing*) pela hipótese abdutiva.

Na investigação científica do Pragmatismo, a abdução é o caminho para a introdução e descoberta de novas ideias, em oposição às formas de inferência por dedução e indução. Enquanto a indução se desenvolve sobre o que já se tem conhecimento, a abdução é livre para dar saltos na imaginação. Esses saltos, todavia, estão embasados na experiência e em possíveis efeitos práticos⁷⁸. A própria natureza da abdução é ser um raciocínio criativo, possibilitando a originalidade no processo de investigação científica⁷⁹. As grandes ideias e descobertas na ciência são alcançadas pela abdução, que consiste em estudar os fatos e inventar uma teoria (hipótese) para explicá-los.

A forma do raciocínio abduutivo é dada por Peirce pela expressão: “Observa-se C, um fato surpreendente. Mas, se A fosse verdadeiro, então C seria natural. Portanto, há razões para suspeitar que A seja verdadeiro.”⁸⁰

Um exemplo para ilustrar a utilização do raciocínio abduutivo para o leitor é o caso trazido por Guy Stroh⁸¹:

“se sabemos que um dado número de cavalos (A, B, C) são marrons e que os cavalos dos estábulos vizinhos Z são marrons, podemos, então, tirar a conclusão abdutiva de que os cavalos (A, B, C) são daqueles estábulos Z. [...] abdução argumenta a partir de um resultado (um dado número de cavalos (A, B, C) são marrons) e declara que uma certa regra (todos os cavalos de um certo estábulo Z são marrons) se aplica àquele resultado; de modo que se segue *novo* caso (que esses cavalos (A, B, C) pertencem ao estábulo Z.”

⁷⁷ “Abduction, on the other hand, is merely preparatory. It is the first step of scientific reasoning, as induction is the concluding step.” PEIRCE, Charles S. *Abduction. Collected Papers*. Cambridge : Harvard University Press, 1958. p. 136.

⁷⁸ “It allows any flight of imagination, provided this imagination ultimately alights upon a possible practical effect...” PEIRCE, Charles S. *Pragmatism and Abduction. Collected Papers*. Vol. V. Ed. Artur Burks. Cambridge : Harvard University Press, 1934. p. 122

⁷⁹ ANDERSON, Douglas R. *Creativity and the Philosophy of C. S. Peirce*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1987. p. 4.

⁸⁰ PEIRCE, Charles Sanders. Pragmatismo e Abdução. In: *Semiótica*. São Paulo: Perspectiva, 2003. p. 229

⁸¹ STROH, Guy W. *A Filosofia Americana: Uma introdução* (De Edwards a Dewey). Trad. Jamir Martins. São Paulo: Cultrix, 1968. p. 130.

Peirce⁸² aponta a inferência de Kepler, acerca da sugestão de órbitas elípticas, como o maior exemplo de raciocínio abduutivo. Kepler não entendeu a questão das órbitas na mesma forma de Copérnico e lançou uma hipótese que era vaga, porém criativa a partir do *insight* por abdução, o qual lhe custou⁸³ enorme labor intelectual, com a verificação de suas consequências concebíveis.

A abdução pode ser aproximada também da atitude investigativa nas histórias de Sherlock Holmes e Dr. Watson, que usam estratégias inferenciais do tipo por abdução. A forma de eles raciocinarem de trás para diante (*backward*), na qual se movem da observação para possíveis explicações (hipotéticas) sobre elas é por abdução, também denominada por Peirce de retrodução⁸⁴. As famosas “deduções” de Sherlock Holmes não seriam, assim, outra coisa senão a abdução, no sentido empregado por Peirce⁸⁵.

Em outras palavras, para encontrar a explicação de um fato problemático é inventada uma hipótese ou conjectura, de onde se inferem consequências que possam ser testadas experimentalmente pela análise econômica (verificadas indutivamente). Nesse ponto, a própria abdução já concebe uma falibilidade intrínseca, pois as provas experimentais podem desmentir as consequências das conjecturas imaginadas e, assim, instigar novas hipóteses.

⁸² PEIRCE, C.S. Três tipos de raciocínio. In: **Semiótica**. Perspectiva: São Paulo, 2003. p. 6-8.

⁸³ “The retroduction, vague, it was, cost great intellectual labor...” PEIRCE, C.S. *Lessons from the History of Science. Collected Papers*. Vol. VII. Ed. Artur Burks. Cambridge : Harvard University Press, 1958. p. 30.

⁸⁴ É possível encontrar nos escritos de Peirce, o resgate da abdução a partir do aprofundamento dos estudos de Aristóteles em Primeiros Analíticos, identificando três formas distintas de silogismo: a Dedução (*synagoge*), a Indução (*epagoge*) e a Abdução (*apagoge*). Peirce explora o raciocínio abduutivo e o seu potencial como processo inferencial criativo, de grande contribuição para as ciências e as artes, e que por muito tempo passou despercebido e foi subutilizado. A ilegibilidade de uma única palavra no manuscrito de Aristóteles e a sua substituição por uma palavra errada, realizada pelo seu primeiro editor – Apellicon - foi um dos fatores a alterar por completo o sentido do capítulo sobre Abdução no *Organum*, que foi traduzido equivocadamente por Redução. PEIRCE, C.S. Os Três Tipos do Bem. In: **Semiótica**. Perspectiva: São Paulo, 2003. p. 207.

⁸⁵ Umberto Eco e Thomas Sebeok possuem trabalho conjunto, publicado em 1983, de título “*The Sign of Three: Dupin, Holmes, Peirce*” no qual relacionam a abdução de Peirce com a as inferências de Sherlock Holmes. SCHUM, David A. Species of abductive reasoning in fact investigation in law. **Cardozo Law Review**, v. 22. p. 1654, jul. 2001.

A abdução é movida pelo desejo de se alcançar uma teoria (hipótese) para explicar os fatos surpreendentes. Por essa razão a premissa menor (caso) que aparece na inferência já nasce hipotética e altamente falível. Peirce, ademais, revela que a abdução é uma suposição (*guessing*)⁸⁶, que permite alcançar conhecimento novo, distintamente da indução e dedução, que não envolvem esse carácter de adivinhação.

Michael Sabre⁸⁷ explica que a diferença entre a abdução e entimema retórico⁸⁸ está na intenção do orador em relação à audiência. Na abdução (investigação), a intenção é voltada para que questionamentos sistemáticos ocorram; enquanto que no entimema (retórica), há a intenção de consolidação de um ponto de vista. Portanto, a intenção do agente é que irá identificar a natureza da hipótese (*because clause*), que formalmente é indistinta (pode ser entimema ou abdução). Se a hipótese é usada para apelar ou fazer uma enlace com uma crença aceita, tem-se retórica. Todavia, se é usada para questionar uma generalização, tem-se investigação. A partir da interpretação da intenção na argumentação indutiva é possível perceber essa distinção. A indução é o argumento da experiência que questiona a hipótese.

Na abdução, a premissa menor assumida como plausível (hipótese) é testada pela indução em termos de uma aceitabilidade geral. A hipótese é, portanto, uma pergunta no ciclo abduativo, que pode ser falsificada. Na retórica, o tratamento dado à hipótese (*because clause*) é diferente, pois se apela para uma crença compartilhada pela audiência. Portanto, na fase indutiva, tem-se a abdução quando a hipótese questionada, e entimema quando a hipótese é tomada como pressuposto, por exemplo.

⁸⁶ PEIRCE, Charles S. Abduction. **Collected Papers**. Vol. VII. Ed. Artur Burks. Cambridge : Harvard University Press, 1966. p. 137.

⁸⁷ SABRE, Ru Michael. Peirces's Abductive Argument and the Enthymeme. **Transactions of the Charles S. Peirce Society**, v. 26. n. 3, p. 363-372, Summer, 1990.

⁸⁸ Por abdução e entimema compartilharem a mesma estrutura formal de silogismo incompleto é que alguns autores utilizam a expressão entimema abduativo, a exemplo de Lanigan. Segundo ele, enquanto o entimema é a "lógica da retórica", a abdução de Peirce seria a "retórica da lógica". O entimema abduativo é um silogismo material e formalmente deficiente, definido por signos e probabilidades da experiência humana, cujos termos afirmados são falíveis. " LANINGAN, Richard. L. From Enthymeme to Abduction: The Classical Law of Logic and The postmodern Rule of Rethoric. *In: Recovering Pragmatism Voice*. New York: State University of New York Press, 1995. p. 53

O método pragmático, consubstanciado na lógica da abdução, raciocina dos efeitos para a causa, do conseqüente para o antecedente⁸⁹. A conclusão vem primeiro, com a antecipação das conseqüências concebíveis, como em um processo de adivinhação (*insight*). A abdução é, assim, uma forma de inferência ou método de obter o caso (premissa menor), a partir da regra (premissa maior) e do resultado (conclusão)⁹⁰. Enquanto da dedução a inferência se processa pelo modelo (premissa maior + premissa menor = conclusão) e a indução por este (premissa menor + conclusão = premissa maior), a abdução teria o seguinte formato (conclusão + premissa maior = premissa menor)⁹¹.

Esse processo de formulação de hipótese a partir da lógica abdutiva, no processo de decisão jurídica, pode ser visualizado no modelo didaticamente construído abaixo:

Resultado – Conclusão (Antecipação da Conseqüência)

Regra – Premissa Maior (Norma Jurídica)

∴ Caso – Premissa menor (Fato Jurídico – Hipótese ?)

Desse modo, no processo de descoberta proporcionado pela lógica abdutiva na metodologia jurídica, a premissa menor (caso ou fato jurídico), que é a hipótese do silogismo abduativo, é um dado altamente problemático, falível e sujeito ao questionamento (*inquiry*). O enquadramento de um evento como fato jurídico é o cerne da questão na inferência abdutiva, que repercute diretamente numa seara crucial para o Direito: como o fato da vida cotidiana é transformado em jurídico e a significação que adquire pelos efeitos imaginados pelo julgador. Ou seja, na abdução há uma virada para se focar em como o fato jurídico é descoberto e como ele ganha significado a partir de suas conseqüências concebíveis. A abdução abre, assim, o

⁸⁹ “...hypothetic inference may be called reasoning from consequent to antecedent.”. PEIRCE, Charles S. Some Consequences of Four Incapacities. **Collected Papers**. Cambridge : Harvard University Press. 1934. v. 5. p.164.

⁹⁰ “This sort of inference is called *making an hypothesis*. It is the inference of a *case* from a *rule* and a *result*.” PEIRCE, Charles S. Deduction, Induction and Hypothesis: Rule, Case, and Result. **Collected Papers**. Cambridge : Harvard University Press. 1934. v. 2. p. 374.

⁹¹ Com adaptação das expressões “regra” por “premissa maior”; “caso” por “premissa menor” e “resultado” por “conclusão”.

processo de investigação para o teste da premissa menor do raciocínio jurídico. Nesse espaço, a Análise Econômica do Direito como método pode contribuir no teste de experimentação, lembrando que o método pragmático não se resume a ele, estando aberto a outras contribuições interdisciplinares que permitam verificar indutivamente os efeitos práticos conjecturados.

O primeiro desafio é tornar os juízes conscientes acerca do raciocínio abduutivo, de modo que explicitem esse modelo inferencial em suas sentenças. Se essa tentativa de tornar público⁹² o raciocínio abduutivo for difícil de ser implementada em um primeiro momento na prática jurisprudencial (já que envolve custos e um esforço intelectual adicional do julgador); a abdução deve, ao menos, servir para a doutrina analisar de modo crítico o processo de tomada de decisão judicial. Investigar as potenciais consequências com o recurso da Análise Econômica do Direito possibilitará o aprimoramento futuro da prática jurisprudencial.

A análise retrospectiva, através da Abdução, tem um papel fundamental para a doutrina apontar caminhos de aperfeiçoamento das decisões dos juízes e tribunais. O segundo desafio é estimular a doutrina a exercer essa atividade crítica. Aplicando concretamente a abdução ao Direito para a investigação das consequências e do significado da decisão jurídica, pode-se avançar na metodologia jurídica.

Segundo Sundfeld⁹³, o ônus da competência do juiz brasileiro estaria relacionado com o dever de revelar as motivações reais e não se socorrer da comodidade de princípios vagos, aplicando-os por preguiça, como juízo de legitimação. Nesse sentido, releva inquietação com o contexto atual para defender uma mudança de postura do julgador médio:

[...] “Juízes são mais práticos: medem as dificuldades de decidir e de justificar, e vislumbram as consequências do que vão fazer. O que precisamos exigir deles é a

⁹² Giovanni Tuzet menciona a potencialidade e riqueza de uma abdução jurídica que seja pública (*Legal Abduction as Public*), assim como é a abdução pública das pesquisas científicas. TUZET, Giovanni. *Legal Abduction*. **Cognitio**, v. 6, n. 2, p. 265-284, jul./dez. 2005.

⁹³ SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. *Princípio é Preguiça?* In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina (Org.). **Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

revelação sincera do que os move e o permanente aprofundamento de sua análise”[...]

Para essa finalidade de revelar a real motivação e o processo de “como” a decisão foi tomada, o contexto da descoberta precisaria ser explorado na fundamentação das sentenças, o que constituiria uma impossibilidade ou desnecessidade aos olhos de parte dos filósofos do direito⁹⁴. Por esta razão, importa esclarecer que a proposta não é abolir o contexto da justificação. A ideia é resgatar o contexto da descoberta a partir da abdução e relacioná-lo com o contexto da justificação como um *continuum*⁹⁵. Dessa sorte, a abdução possibilitaria dar significado prático e funcional ao obscuro processo de tomada de decisão jurídica, relevando as hipóteses subjacentes, problematizando o caso a partir de suas consequências concebíveis, como preparatório do trabalho de verificação experimental a se dar indutivamente⁹⁶. Nesse modelo pragmático aplicado ao Direito, o contexto da descoberta (*inquiry*) guiaria e influenciaria a motivação do contexto de justificação judicial.

2.4 Proposições gerais não decidem casos concretos no Direito

Na perspectiva apresentada, o Pragmatismo é antes de tudo um método⁹⁷ para tornar nossas ideias claras. Segundo Peirce, nada novo pode ser aprendido apenas analisando

⁹⁴ Segundo MacCormick, o que importa estudar nas teorias da argumentação jurídica e na teoria geral do direito é o contexto da justificação “In the relation to legal reasoning, the process which is worth studying is the process of argumentation as a process of justification.” MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica Teoria do Direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 19

⁹⁵ A ideia de continuidade é central no Pragmatismo de Peirce. Dar vida ao contexto da justificação, a partir do contexto da descoberta, oportunizado pela abdução, é o projeto que se propõe com a aplicação do raciocínio abduutivo ao Direito. Desse modo, uma proposta que venha a aplicar a abdução, em primeiro lugar, ao contexto da justificação acaba por destruir, por completo, qualquer possibilidade de contribuição aqui desenvolvida. Sobre o princípio da continuidade em Peirce conferir ROSA, Antônio Machado. **O conceito de continuidade em Charles S. Peirce**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

⁹⁶ “What are we to understand by experimental verification? The answer to that involves the whole logic of induction”. PEIRCE, C. S. Pragmatism and Abduction. **Collected Papers**. Cambridge : Harvard University Press, 1934. v. 5. p. 123.

⁹⁷ “Both Peirce and James wrote that they saw pragmatism as a method, an approach to philosophical questions focused on pragmatic consequences, not as a body of philosophical doctrine” HAACK, Susan. On legal pragmatism: Where does “the path of law” lead us? **American journal of jurisprudence**. n. 50, p. 75, 2005.

definições na pura abstração⁹⁸. Isso implica que, se a distinção feita pelo jurista não for operada na prática, não tem sentido ser estabelecida na abstração. Uma boa hipótese abdutiva⁹⁹, que mova o processo de investigação, é aquela que está sujeita à prova da experiência, que leva ao estabelecimento de um hábito (agir na realidade). A pergunta se hipótese é boa está relacionada em saber se ela cumpre seu objetivo. Nesse contexto, qualquer hipótese por abdução pode ser admissível desde seja capaz de ser verificada experimentalmente. Observa-se, assim, a fertilidade da Análise Econômica do Direito como método nesse processo de verificação para testar se a norma ou decisão jurídica cumpriu a finalidade para a qual foi criada.

Esse tipo de pergunta normalmente não existe quando o jurista olha exclusivamente para os antecedentes logicamente dedutíveis, tratando as consequências que podem ser inferidas abdutivamente como algo externo ao Direito. Oliver W. Holmes Júnior¹⁰⁰ critica essa prática jurídica que tende “a colocar a carroça diante do cavalo e a considerar o direito ou o dever jurídico como algo que existe à parte e independente das consequências de sua violação, aos quais certas sanções são acrescentadas mais tarde.”¹⁰¹

⁹⁸ “Nothing new can ever be learned by analyzing definitions”. PEIRCE, Charles Sanders. How to make our ideas clear. In: BUCHLER, Justus (Org.). **Philosophical writings of Peirce**. New York: Dover Publication, 1955. p. 25.

⁹⁹ “What is good abduction? ...The question of the goodness of anything is whether that thing fulfills its ends. What, then, is the end of an explanatory hypothesis? Its end is, through subjection to the test of experiment, to lead the avoidance of all surprise and to the establishment of a habit of positive expectation that shall not be disappointed. Any hypothesis, therefore, may be admissible, in the absence of any special reason in contrary, provided it be capable of experimental verification, and only insofar as it is capable of such verification. PEIRCE, C. S. Pragmatism and Abduction. **Collected Papers**. Cambridge: Harvard University Press, 1934. v. 5. p. 122.

¹⁰⁰ St John Green e Oliver W. Holmes Jr eram os dois famosos juristas que originalmente integraram o grupo de discussão sobre Pragmatismo “Clube Metafísico de Boston”, que floresceu em Cambridge por volta de 1872. Se Peirce é reconhecido, pelos seus pares, como pai do Pragmatismo Filosófico, ele credits ao advogado Nicholas St. John Green o papel de avô do Pragmatismo. Oliver W. Holmes Jr, por sua vez, nomeado juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos em 1902, é identificado como o precursor do realismo jurídico, a partir dos seus votos dissidentes na Suprema Corte Americana, embasados em fundamentos do pragmatismo filosófico. Seu pensamento influenciou mais diretamente recentes escolas do pensamento jurídico, como a *Critical Legal Studies* e a Análise Econômica do Direito.

¹⁰¹ “I shall have something to say in a moment, is that theory is apt to get the car before the horse, and to consider the right or the duty as something existing apart from and independent of the consequences its breach, to which certain sanctions are added afterwards.” HOLMES, Oliver W. The Path of Law. In: MARKE, Julius. **The Holmes Reader**. Ocean Publications: New York, 1955. p. 60.

No que refere à aplicação de princípios como “varinha de condão” na prática judicial brasileira, a máxima de Peirce de que não é possível avançar no conhecimento apenas se analisando definições na abstração, ganha um alerta concreto na expressão de Oliver W. Holmes Jr, como juiz da Suprema Corte americana, em seu voto dissidente em 1905 no caso *Lochner vs New York*, de que “proposições gerais não decidem casos concretos”¹⁰².

Segundo Holmes, a decisão dependeria de um julgamento ou intuição mais sutil do que a articulação de uma premissa maior. No caso mencionado, a Suprema Corte Americana julgou como inconstitucional e, portanto, inválida a lei do Estado de Nova York (*Bakeshop Act*) que regulara o horário de trabalho dos padeiros e estabelecia limite máximo de jornada diária. Holmes acusou a Corte de excessivo ativismo judicial por deduzir o direito da “liberdade de contratar” da cláusula geral constitucional do “devido processo legal”, o qual é vaga e indeterminada, invalidando uma legítima atividade legislativa regulatória¹⁰³. Holmes questiona fortemente a posição ideológica subsumida pelos seus pares¹⁰⁴ pelo simples apelo à cláusula geral, quando o texto constitucional não incorporou expressamente uma teoria econômica específica, fosse ela paternalista ou liberal.¹⁰⁵

Esse controverso modo de julgar com o recurso a proposições gerais teve repercussões práticas na jurisprudência americana, inaugurando o que ficou conhecido como era *Lochner*, que durou até 1937. Nesse período, a Corte decidiu inúmeros casos com fundamento similar,

¹⁰² “**General propositions do not decide concrete cases.** The decision will depend on a judgment or intuition more subtle than any articulate major premise.” (grifos nossos) HOLMES JÚNIOR, Oliver. J. Dissenting *Lochner vs New York* 198 **U.S. Supreme Court**, v. 45, n. 76, 1905.

¹⁰³ “[...] No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without **due process of law**; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.” UNITED STATES CONSTITUTION. Amendment 14. Section 1. (grifos nossos).

¹⁰⁴ No caso *Lochner vs New York*, por maioria de votos (5 a 4) os juízes entenderam que a lei de Nova York violava o direito da liberdade de contratar, implícito o princípio do devido processo legal da Constituição Americana. O juiz John Marshall Harlan, que também externou voto dissidente, cita inúmeros estudos comprovando o impacto das longas horas de trabalho na saúde dos padeiros, apresentando assim forte evidência empírica, questionando o *standard* de racionalidade da maioria. HARLAN, John Marshall. J. Dissenting, *Lochner vs New York* 198 **U.S. Supreme Court**, v. 45, n. 76, 1905.

¹⁰⁵ “[...] Some of these laws embody convictions or prejudices which judges are likely to share. Some may not. But a constitution is not intended to embody a particular economic theory, whether of paternalism and the organic relation of the citizen to the State or of *laissez faire*.” HOLMES JÚNIOR, Oliver. J. Dissenting *Lochner vs New York* 198 **U.S. Supreme Court** 45-76, 1905.

declarando um grande número de legislações sociais progressivas “como inconstitucionais com base em uma dedução formalista de princípios gerais”¹⁰⁶. As opiniões dissidentes de Oliver W. Holmes e J. Marsahall Harlan, com questionamento pragmático, foram importantes para a evolução da jurisprudência americana no período pós-*Lochner*.

John Dewey¹⁰⁷ recupera a citação de Holmes no caso *Lochner* de que cláusulas gerais não decidem casos concretos para criticar o recurso ao silogismo dedutivo na justificação da decisão judicial, denominado por ele de “lógica dos antecedentes”. Explica que nenhuma proposição concreta, situada no tempo e no espaço, decorre de uma afirmação geral, nem de qualquer combinais entre proposições gerais, pois mais lógico que possa ser na aparência de certeza da dedução. Em sentido contrário, deve-se confiar em uma “lógica experimental” para tratar princípios gerais. Assim, o “universal” pressuposto na premissa maior tem seu significado e valor sujeito ao processo de investigação (*inquiry*) e revisão, em atenção ao que acontece e às consequências que implica¹⁰⁸.

Para provar que de premissas gerais não se decidem casos concretos, Dewey explora o modo de pensar do advogado e do juiz para explicar que o homem não começa pensando com premissas. Diversamente, começa com o caso confuso e complicado admitindo aparentemente modos alternativos de tratar o problema e solução, em que as premissas só irão surgir gradualmente a partir da análise da situação total. Esse é a forma de raciocinar por abdução. Assim, na lógica da investigação (*inquiry*), que é diferente da lógica da exposição da decisão, “geralmente começamos com uma vaga antecipação da conclusão (ou ao menos de

¹⁰⁶ [...] the court...declared a large body of progressive social legislation as unconstitutional on the basis of formalistic deductions from general principles, most of all the principle of the freedom of contracts” GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. *The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism*, The . 31 *Hastings Int'l & Comp. L. Rev.* n. 295, p. 312, 2008.

¹⁰⁷ DEWEY, John. *Logical Method and Law*. *The Philosophical Review*, v. 33, n. 6, p. 566, nov. 1924.

¹⁰⁸ The ‘universal’ stated in major premiss is not outside of and antecedent to particular cases...Hence its meaning and worth are subject to inquiry and revision in view of what happens, what consequences are, when it is used as a method of treatment. DEWEY, John. *Logical Method and Law*. *The Philosophical Review*, v. 33, n. 6, nov. 1924, p. 568.

conclusões alternativas) e depois olhamos ao redor para princípios e dados que o consubstanciam e possibilitam nós escolhermos inteligentemente entre conclusões rivais”¹⁰⁹.

Na prática judicial, é constatada uma grande comodidade na utilização de uma estrutura mecânica e abstrata de modo a aproximar a decisão de um modelo mais objetivo, impessoal e racional; excluindo quaisquer resquícios de elementos pessoais e locais na decisão. Dewey enfatiza que a tentação dos julgadores é abandonar a lógica viva que efetivamente o conduziu à conclusão e substituí-la por formas do discurso (lógicas como a do silogismo dedutivo) que são mais rigorosas na aparência e dão a ilusão de certeza. Essa lógica viva a que Dewey se refere é a “lógica dos consequentes”, que em outro momento também denominou de “lógica experimental”, o qual consubstancia a hipótese abductiva de Peirce. Em nome de uma estabilidade e regularidade no Direito, os juízes acabam privilegiando o que ele chama de certeza teórica (*theoretical certainty*), em detrimento de uma certeza prática (*practical certainty*)¹¹⁰.

Ainda em relação ao apelo à proposição geral, tem-se tornado um lugar comum na jurisprudência analítica contemporânea o recurso aos princípios como o principal caminho para a solução de casos difíceis. Nesse contexto, há dois aspectos que Frederic Kellogg¹¹¹ entende militar contra o apelo aos princípios para solução de casos difíceis e controversos – a escolha inadvertida de razões e a violação de valores democráticos fundamentais. No processo de particularização da decisão, em que os juízes devem decidir de forma mais meticulosa e rigorosa, a resolução por princípios de um caso difícil e duvidoso é inconsistente com a fase de exploração e classificação da investigação judicial (*judicial inquiry*).

¹⁰⁹ “...we generally begin with a vague anticipation of a conclusion (or at least of alternative conclusions), and then we look around for reasons for principles and data which will substantiate it or will enable us to choose intelligently between rival conclusions.” Dewey, John. Logical Method and Law. **The Philosophical Review**, v. 33, n. 6, nov. 1924. p. 567.

¹¹⁰ DEWEY, John. Logical Method and Law. **The Philosophical Review**, v. 33, n. 6, p. 569, nov. 1924.

¹¹¹ KELLOGG, Frederic R. The Abuse of Principle: Analytical Jurisprudence and the Doubtful Case. **University of Edinburgh School of Law Working Paper**, n. 4, p. 1-9, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1549331> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1549331>. Acesso em: 30 jul. 2015.

Entende Kellogg que o método analítico de ponderação enfatiza a especificação de um conteúdo do conceito jurídico *a priori*, o qual torna obscura a interação dos princípios jurídicos com a sociedade, não se adaptando a um processo interativo de via-dupla e sensível ao tempo. Para ele nem a metáfora da balança, nem o método da ponderação retratam com precisão o que tem lugar quando o juiz se depara com os fatos para tomar a decisão e como a sociedade responde a isso. A forma como a ponderação utiliza “proposições gerais em um caso novo é um abuso de raciocinar por princípios”¹¹².

Sobre problema de aplicação de princípios na solução de casos difíceis, Oliver W. Holmes Jr, em sua opinião dissidente no julgamento do caso *Northern Securities Co. v. United States*, alertou que “grandes casos, como casos difíceis, criam um direito ruim”¹¹³. Um caso extremo não é uma boa base para se criar uma regra com caráter de generalidade, como precedente para casos futuros. Assim, sob uma perspectiva pragmática¹¹⁴, quando direitos estão em conflito em abstrato, esses conflitos podem ser melhores resolvidos com o método experimental, *case-by-case basis*¹¹⁵.

¹¹² [...] Balancing is a static metaphor,... **To draw on these as general propositions in a novel case is an abuse of reasoning from principle.** When new data is forthcoming, through the constant but contingent flow of cases, framing and reframing the arguments on which legal principles are based, principles must be seen as yet undermined, and the process must leave ample room for extra-legal input an influence in path of reformulation”. (grifos nossos) KELLOGG, Frederic R. The Abuse of Principle: Analytical Jurisprudence and the Doubtful Case. **University of Edinburgh School of Law Working Paper**, n. 4, p. 7, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1549331>. Acesso em: 30 jul. 2015.

¹¹³ “**Great cases, like hard cases, make bad law.** For great cases are called great not by reason of their real importance in shaping the law of the future, but because of some accident of immediate overwhelming interest which appeals to the feelings and distorts the judgment.” (grifos nossos) HOLMES JÚNIOR, Oliver. J. Dissenting. *Northern Securities Co. v. United States*, 193 **U.S. Supreme Court**, n, 197, 1904.

¹¹⁴ “...conflicts among existing rights **are not resolved at once, through interpretation and application of an antecedent underlying set of legal principles.** Instead they are explored gradually, first by gathering new experience, and then by appropriately timed retrospective examinations of an array of specific prior decisions”. (grifos nossos). Kellogg sobre os escritos de Holmes sobre o papel da controvérsia (conflito de direitos) para tornar os conceitos claros, identificando a influência que recebeu de Peirce, Whewell e Mill Holmes. Cf. KELLOGG, Frederic R. **The Social Dimension of Legal Induction: The Problem of Legal Similarity and the Process of Entrenchment**, p. 6, apr. 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2424467>. Acesso em: 5 set. 2015.

¹¹⁵ Uma estratégia é conduzir o conflito de princípios em abstrato para o conflito entre regras do caso concreto, enquadrando o direito abstrato individualmente em regras distintas na prática e as comparando.

Para auxiliar no teste das hipóteses desse método pragmático experimental, recupere-se a passagem de Holmes sobre a potencial contribuição da Economia para o Direito, no seu artigo *The Path of Law*¹¹⁶, originalmente publicado na *Harvard Law Review*, em 1897:

[...] Como um passo em direção a esse ideal, parece-me que todo advogado deveria compreender economia. O presente divórcio entre as escolas de economia política e direito me parece ser um indício de quanto progresso ainda resta a ser feito no estudo filosófico. No presente estado da economia política, de fato, damos com a história numa escala maior, mas somos chamados ali para considerar e **ponderar os fins da legislação, os meios para atingi-los e o custo**. Aprendemos que, para tudo que temos, abrimos mão de alguma outra coisa, e **somos ensinados a comparar o benefício que ganhamos com o outro benefício que perdemos, e a saber o que estamos fazendo quando escolhemos**. (grifos nossos)

Observa-se no texto acima que Holmes, ao final do século XIX, já lançava as bases do que poderia ser a Análise Econômica do Direito, que só surgiu como programa de pesquisa quase um século depois. O autor alerta, todavia, para a reflexão que a filosofia precisa desenvolver para incentivar o potencial diálogo frutífero entre o Direito e Economia. Assim, ponderar sobre a finalidade da legislação implicaria investigar os custos e os meios de atingir os fins previstos na norma. Nessa investigação, a Economia pode muito colaborar emprestando sua sofisticada metodologia para descobrir e apontar potenciais efeitos da norma jurídica na realidade concreta, como a identificação de potenciais externalidades positivas e negativas e *trade-offs*¹¹⁷ do processo de escolha.

Ressalte-se, todavia, que a proposta construída e demonstrada na tese é trazer a Economia como método para analisar o Direito a partir da Metodêutica do Pragmatismo de Peirce. Nesse caminho, a Análise Econômica do Direito ganha o fundamento filosófico do Pragmatismo, enquanto método científico, de investigação dos efeitos práticos concebíveis a partir da inferência abdutiva (lógica dos consequentes). Enquanto inserida na perspectiva

¹¹⁶ HOLMES, Oliver W. O caminho do Direito. In: **Os Grandes Filósofos**. Clarisse Morris (org). Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 436.

¹¹⁷ Na parte final do texto de Holmes grifado e reproduzido acima, ele define de modo discursivo e bastante claro, com uma linguagem compreensível para o jurista, a ideia conceito econômico de *trade-off*, muito usado na teoria dos jogos, sempre que há conflito de escolha e potenciais ganhos e perdas, resultantes dessa escolha.

interdisciplinar da Metodêutica do Pragmatismo, a Análise Econômica do Direito se apresenta como uma rica ferramenta a ser explorada na fase de verificação do processo de investigação (*inquiry*). Alguns de seus resultados poderão também inspirar novo ciclo abduutivo, em um contínuo processo de investigação e aperfeiçoamento do Direito.

Desse modo, o caminho para explorar academicamente o potencial da Análise Econômica do Direito aqui desenvolvido não exclui a contribuição de outras áreas do conhecimento, como a História por exemplo. Nesse sentido, Holmes reconhece o papel do estudo da história, mas destaca que a razão de estudar o passado se deve à luz do que ele pode lançar sobre o presente¹¹⁸. Assim, na investigação dos problemas relacionados ao fenômeno da inundação de princípios no Brasil, as experiências positivas e negativas da Alemanha, berço das Cláusulas Gerais em um sistema jurídico codificado, podem colaborar para o surgimento criativo de novas hipóteses, atentas aos efeitos práticos concebíveis, permitindo identificar potenciais externalidades positivas e negativas.

Assim, o método científico do Pragmatismo de Peirce, consubstanciado na abdução, preparatório para Análise Econômica do Direito pode contribuir concretamente para o exercício do “ônus do regulador”, reclamado por Sundfeld¹¹⁹ para o juiz brasileiro. Em sua crítica à “preguiça” e a “superficialidade” do julgador na aplicação dos princípios, expõe o significado que imprime a esse ônus que o juiz deverá suportar:

[...] Elaborar e enunciar com clareza e precisão a regra que, a partir de princípios, entendem deve ser utilizada para resolver os casos concretos, do mesmo modo que o regulador faz regulamentos, com as suas especificações, antes de sair tomando atitudes caso a caso. **Estudar com profundidade a realidade** em que vão mexer, entender as características e razões da regulação anterior, identificar as alternativas regulatórias existentes, **antever os possíveis custos e impactos, positivos e negativos**, em todos seus aspectos, da nova regulação que se cogita instituir, comparar as características da regulação existente e da cogitada. Tudo isso tem de **aparecer na motivação da decisão judicial**. [...]

¹¹⁸ HOLMES, Oliver W. O caminho do Direito. In: **Os Grandes Filósofos**. Clarisse Morris (Org). Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo, Martins Fontes, 2002. p. 436

¹¹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é Preguiça? In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina (Org.). **Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 304.

Os trechos grifados acima evidenciam a adequação e a fertilidade da alternativa pragmática frente a uma frágil metodologia jurídica que se instaurou na prática dos Tribunais - o apelo às proposições gerais para julgar casos concretos. Os riscos dessa simplificação “a la brasileira” precisam ser conhecidos. Algumas facilidades relacionadas ao recurso a princípios são aparentes, como poder decidir uma quantidade maior de casos em menor tempo. Há o perigo de o julgador se tornar em um gerenciador de princípios vagos, sem clareza dos efeitos práticos de seu conteúdo. No contexto atual, dois problemas graves foram identificados na prática jurisprudencial brasileira por Schmidt¹²⁰, especialmente relacionado com a excessiva evocação da Cláusula Geral da Boa-fé Objetiva nas decisões judiciais, quais sejam: 1. o seu uso como “adorno retórico” para dar legitimidade à decisão e 2. uso como “varinha de condão” para se chegar ao resultado mais rápido.

Essa tese alerta, assim, para uma inversão que vem acontecendo na prática brasileira: enquanto os princípios, por sua natureza vaga, demandariam um esforço adicional do julgador no processo de especificação do conteúdo *ex post*, o que se verifica é uma aplicação simplificada, com a mera evocação de cláusulas gerais como a boa-fé objetiva¹²¹, dignidade da pessoa humana¹²², função social dos contratos, devido processo legal, dentre outros, para se criar novo direito. Consoante trabalhado nesse capítulo, o método científico pragmático

¹²⁰ Na jurisprudência brasileira, os pesquisadores alemães identificaram como preocupantes o abusivo apelo à boa-fé como adorno retórico “Die Berufung auf Treu und Glauben als rhetorische Floskel” e como varinha de condão “Die Verwendung der *boa-fé* als „Zauberstab“ . SCHMIDT, Jan Peter. **Zehn Jahre Art. 422 Código Civil – Licht und Schatten bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der brasilianischen Gerichtspraxis**, Texto de discussão do Instituto Max Planck de Direito Privado e Internacional Comparado de Hamburgo, 2014.

¹²¹ Como críticos da evocação excessiva da boa-fé objetiva no Brasil direito privado brasileiro há vozes de uma pequena minoria pessimista como João Batista Villela, Ronaldo Porto Macedo, Elena de Carvalho Gomes e do pesquisador alemão Jan Peter Schmidt no Instituto Max Planck de Direito Privado e Internacional Comparado, em Hamburgo. Nenhum desses mencionados, todavia, desenvolvem elaboração na análise econômica, mas contribuem para alertar sobre o problema grave que aos olhos da maioria otimista ainda não emergiu. A doutrina majoritária civilista aderiu a chamada “constitucionalização do direito civil” e a principalização do direito privado com a positivação expressa da Cláusula Geral da Boa-fé, em 1990 no Código de Defesa do Consumidor e em 2002 com o novo Código Civil, como se pode depreender nos comentários do novo código civil de Nelson Nery Jr.

¹²² VILLELA, João Baptista. Variações Impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. *In: Superior Tribunal de Justiça: Doutrina, Edição Comemorativa 20 anos, Brasília, 2009. p. 562-581.*

envolve custos e esforço do investigador. Uma proposição geral não decide o caso concreto por dedução no Direito. Por essa razão, no tópico 1.1, a expressão produção “artesanal” do direito a partir dos princípios foi usada intencionalmente para se referir a essa característica – a consciência de que a aplicação de princípios envolve custos e um trabalho meticuloso de precisão da norma jurídica, não sendo o instrumento jurídico adequado para a produção em série de decisões em quantidade. Parafraseando Sundfeld¹²³, princípio é a ferramenta jurídica para se fazer pinturas e não retratos.

3 A ANÁLISE ECONÔMICA DA PRECISÃO E DA VAGUEZA DA NORMA JURÍDICA

3.1 Para além de distinções abstratas entre Princípios, Cláusulas Gerais, *Standards* e Conceitos Jurídicos Indeterminados.

No capítulo 1, as palavras Princípios, Cláusulas Gerais, *Standards*, Proposições Gerais, Conceitos Jurídicos Indeterminados aparecem de modo indistinto para se referir às normas jurídicas de textura aberta. Não obstante a Teoria do Direito estabelecer diferenciações, levando em consideração algumas características de natureza apriorísticas, que serão brevemente revisitadas; o método pragmático não faz distinções na abstração que não possam ser feitas na prática, ou seja, atenta aos efeitos concebíveis. Nesse contexto, para a finalidade específica de identificação do problema da inundação de princípios no Brasil após 1988, a

¹²³ SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Princípio é Preguiça? In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina (Org.). **Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 287-305.

distinção não se fez necessária, pois que as terminologias empregadas no capítulo anterior (a citar princípios, *standards*, cláusulas gerais e proposições gerais) se referiam ao mesmo fenômeno jurídico.

Antes de avançar sobre a análise pragmática da vagueza e precisão da norma jurídica com a contribuição da abordagem da análise econômica do direito, alguns critérios distintivos da teoria tradicional entre princípios e regras serão rapidamente revisados. Humberto Ávila sistematizou algumas dessas contribuições na Filosofia do Direito¹²⁴, a partir de 4 (quatro) critérios comumente utilizados: 1. Critério caráter hipotético-condicional. Esse é um critério lógico em que a regra possui o modo “ se, então”, ou seja, já vem com a hipótese de incidência e a consequência jurídica que predeterminam a decisão. O princípio, por outro lado, apenas indicaria o fundamento para se encontrar a regra do caso concreto; 2. Critério do modo final de aplicação, em que regras são aplicadas segundo a lógica do tudo ou nada e os princípios pela lógica do mais ou menos; 3. Critério do relacionamento normativo, em que o conflito de regras se resolve pela antinomia e o de princípios pelo método de ponderação; 4. Critério axiológico, em que princípios assumem a função de fundamento valorativo da decisão, característica da qual a regra é despida. Essas distinções, embora sejam importantes para a definição de princípios e regras, incorporam distinções que se operam mais na abstração.

Ainda sobre a dicotomia entre regras e princípios, Dworkin, no seu um ataque geral ao Positivismo, faz uso da expressão “princípios, política e outros tipos de *standards*”¹²⁵ para se referir ao termo geral princípio. Apesar de elaborar a distinção específica entre princípio e política, o autor engloba no conceito de princípio todo o conjunto de *standards* que não sejam

¹²⁴ Ele cita como distinções fracas as desenvolvidas por Esser, Larenz e Canaris e distinção forte as realizadas por Dworkin e Alexy. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 39.

¹²⁵ “I just spoke of "principles, policies, and other sorts of standards." Most often I shall use the term "principle" generically, to refer to the whole set of these standards other than rules; occasionally, however, I shall be more precise, and distinguish between principles and Policies.” DWORKIN, Ronald. *The Model of Rules*. **The University of Chicago Law Review**, v. 35, n. 1, p. 23, Autumn, 1967.

regras. Para ele, a regra é aplicável à maneira do tudo-ou-nada (*all or nothing*). Dado um fato que preenche a hipótese de incidência da regra, esta pode ser: i. válida, devendo ser aceita e aplicada, ou ii. inválida, em nada contribuindo para a decisão. Os princípios, por sua vez, trazem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão de peso e importância (*dimension of weight*). Desse modo, o princípio com peso relativo maior pode se sobrepor a outro, sem que este perca sua validade, porque os princípios têm pesos diferentes para cada caso concreto. Nessa perspectiva, a metodologia proposta por Dworkin tem por base o pensamento kantiano¹²⁶ consistente em acreditar que as práticas sociais têm um critério racional em si, que permite avaliar boas e más ações dentro de um contexto de prática social.

Segundo as lentes do Pragmatismo, a abordagem de Dworkin nessa proposta seria apriorística ou mesmo metafísica. A diferenciação entre regra e princípio elaborada por Dworkin é fundamentalmente uma diferença quanto à estrutura lógica¹²⁷. Não consiste em uma distinção de grau¹²⁸, embasada em implicações práticas, relacionadas ao esforço de especificação do conteúdo da norma jurídica *ex ante* (pelo legislador) ou *ex post* (judiciário). Esse tipo de distinção, embora tenha seu mérito, não será o ponto de referência para essa pesquisa de proposta pragmática.

Na literatura jurídica estrangeira encontramos, ademais, a expressão *blanket clauses*¹²⁹ (cláusula em branco ou em aberto) como um significado que se aproxima de Princípio e Cláusula Geral. Esta última é expressão mais comum no sistema *civil law*, originalmente

¹²⁶ Segundo Morrison, Dworkin constrói uma meta-narrativa sobre a realidade, tentando subordinar esta ao um conjunto de diretrizes normativas de certo e errado. Cf. MORISON, Wayne. **Filosofia do Direito dos Gregos ao Pós-Modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, p. 501. 2006.

¹²⁷ “The difference between legal principles and legal rules is a logical distinction”. DWORKIN, Ronald. The Model of Rules. **The University of Chicago Law Review**, v. 35, n. 1, p. 25, Autumn, 1967.

¹²⁸ Conferir as considerações de Humberto Ávila sobre diferenciação de Dworkin. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 37.

¹²⁹ “There is an inherent correlation between these **blanket clauses** and the ‘discretion’ of the judge in applying the law. In allowing the judge to escape from the application of abstract **black-letter law** and to take account of the particularities of individual cases, these clauses manifest the legislatures’ will not only to allow for the adaptation of the law to changed needs and social convictions but also and above all to leave enough leeway for the development and evolution of statutory law.” (grifos nossos). BERGER, Klaus Peter. **The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria**. The Hague: Kluwer Law International, 2010. p. 122.

decorrente da tradução da expressão alemã *Generalklausel*, inicialmente cunhada na doutrina continental por Hedemann¹³⁰ na Alemanha. Ambas são compreendidas como uma técnica legislativa de positivação de um princípio aberto, disponível para o julgador atualizar o direito frente às mudanças sociais, ampliando sua discricionariedade para criar novo direito. Com esse espaço em branco dado pela cláusula aberta, o juiz poderia flexibilizar a aplicação de uma obsoleta regulamentação detalhada em lei, que se mostrasse absurda para a justiça do caso concreto, produzindo uma nova regra jurídica. A precisão da regra jurídica, por sua vez, é referida no sistema *common law* pela expressão *black letter law* (letra da lei).

Observa-se, assim, que o uso dessas terminologias está imerso na tradição jurídica e cultural de cada sistema jurídico. A expressão Cláusula Geral é reconhecida como típica da evolução do direito alemão¹³¹, especialmente com a revolução jurisprudencial criativa¹³² favorecida com a Cláusula Geral da Boa-fé Objetiva (*Treu und Glauben*) do Código Civil Alemão (§ 242 do BGB), que entrou em vigor em 1900. Esse instituto jurídico da Cláusula Geral não existe no sistema francês, mesmo que outras ferramentas jurídicas sirvam para essa finalidade de abertura e atualização do direito, a exemplo dos Princípios Gerais do Direito. Esse último é entendido tradicionalmente como um procedimento de integração de lacunas para resolver o problema da incompletude do Ordenamento Jurídico¹³³. Segundo Camille Jauffret-Spinosi¹³⁴, mesmo a tradição francesa sendo bem diferente, estando impregnada por uma forte desconfiança ao juiz e apego à lei, o que aproxima os Princípios Gerais do Direito

¹³⁰ HEDEMANN, Justus Wilhelm. **Die Flucht in die Generalklauseln**: Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen: Verlag von J. C. Mohr Paul Siebeck, 1933.

¹³¹ Como característica distintiva da tradição germânica das outras tradições do *civil law* do direito europeu continental tem-se as Cláusulas Gerais. Essas são compreendidas como “open norms” que autorizam uma atuação criativa da jurisprudência, em oposição à tradição do modelo francês, mais cerrada ao direito codificado e cética à atuação discricionária do juiz. ZWEIGERT Konrad; KÖTZ, Hein. **An Introduction to Comparative Law**. Trad. Tony Weir. Oxford: Clarence Press, 1998. p.145.

¹³² FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**: A responsabilidade pré-contratual por ruptura nas negociações. Curitiba: Juruá, 2009. p. 96.

¹³³ BOBBIO, Noberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. *In: Teoria Geral do Direito*. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010. p. 308.

¹³⁴ ...Mais si la clause générale n'existe pas en droit français, elle peut certainement être rapprochée de certains concepts connus de droit.” JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Theorie et Pratique de la Clause Generale em Droit Français ei dans les autres systemes Juridiques Romanistes*. *In: General Clause and Standards in European Contract Law*. The Hague: Kluwer Law International, 2006. p. 29.

das Cláusulas Gerais é o seu reconhecimento pela jurisprudência. Assim, foi o papel criativo dado pelos juízes alemães ao § 242 do BGB que o tornou Cláusula Geral. Para ela, independente da qualificação terminológica dada pela doutrina para essas normas indeterminadas (sejam elas princípios gerais, *standards*, cláusulas gerais), o que está em jogo é o poder dos juízes nas presença dessas normas imprecisas¹³⁵. Essa perspectiva da autora se revela, assim, pragmática, consonante com a proposta dessa tese. Parafraseando Roscoe Pound, interessa conhecer o real desenho institucional do direito em ação (*law-in-action*) e não a aparência do direito dado por uma abstração doutrinária nos livros (*law-in-books*).

Desse modo, a expressão Cláusula Geral, presente no Direito Europeu Continental, pode até ser encontrada no Direito Italiano¹³⁶ e Espanhol¹³⁷, mas a sua aplicação é tímida, quando comparada com os juízes belgas e portugueses, mais ousados¹³⁸. No sistema *common law*, por sua vez, não existe a expressão cláusula geral. A expressão corresponde mais próxima da ideia é *standard*¹³⁹. Nesse ponto, interessa a atualidade das reflexões de John Dawson¹⁴⁰, que em 1977, no paradigmático artigo “The General Clauses, viewed from a distance”, destaca a importância de se estudar as Cláusulas Gerais no direito alemão, se a finalidade é investigar um sistema de direito codificado com vasta experiência na aplicação de *standards*. Explica ele que os direitos básicos da Constituição Americana estão previstos na

¹³⁵ A autora evidencia a ausência de uma doutrina uniforme sobre o tema, especialmente relacionado com a multiplicidade. JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Theorie et Pratique de la Clause Generale em Droit Français ei dans les autres systemes Juridiqes Romanistes*. In: **General Clause and Standards in European Contract Law**. The Hague: Kluwer Law International, 2006. p. 33.

¹³⁶ “...timidity of the Italian judiciary in making use of well codified good faith provisions”. COLOMBO, Sylvanie. **The Implications of Good Faith in culpa in contrahendo**. Doctoral Thesis. Supervisor: Anthony T. Kronaman. Yale Law School, March, 1990. p. 67.

¹³⁷ “En España es difícil observar un uso importante de la buena fe (art. 1258) de modo paralelo ao § 242 BGB..” GONZÁLEZ, José María Miquel. “Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho”. **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**. n. 1, Madrid, 1997. p. 302.

¹³⁸ “En revanche les juges belges ou portuguais se sont montrés plus audacieux.” JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Theorie et Pratique de la Clause Generale em Droit Français ei dans les autres systemes Juridiqes Romanistes*. In: **General Clause and Standards in European Contract Law**. The Hague: Kluwer Law International, 2006. p. 35.

¹³⁹ “La clause générale pourrait elle alors se rapprocher a la *notion de standard*?” JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Theorie et Pratique de la Clause Generale em Droit Français ei dans les autres systemes Juridiqes Romanistes*. In: **General Clause and Standards in European Contract Law**. The Hague: Kluwer Law International, 2006. p. 31.

¹⁴⁰ DAWSON, John. The General Clauses, viewed from a Distance, **Rebels Zeitschrift** 41, p. 441-456, 1977.

forma de cláusulas gerais, como “inviolabilidade da liberdade individual”, “igualdade perante a lei”, “devido processo legal”, dentre outros. Ressalta, todavia, que essas cláusulas mesmo sendo gerais, não são carentes de significado, pois que seu conteúdo está concretizado de modo claro em regras mais precisas, construídas pela jurisprudência no caso concreto, com a técnica do precedente judicial.

Dawson¹⁴¹ identifica, assim, uma característica em comum entre o sistema jurídico americano e o sistema jurídico alemão:

[...] Assim as duas sociedades estão comprometidas agora com um risco que os outros países rejeitaram por ser muito elevado – atribuir confiança primária no judiciário para o cumprimento, aplicação detalhada e concretização primordial de proposições jurídicas abertas *open-ended mandates*. [...]

Nessa perspectiva, o *common law* americano se aproximaria das cláusulas gerais do sistema alemão. O mesmo não se poderia dizer da tradição *common law* inglesa, de natureza mais conservadora. Segundo Schäfer e Cooter¹⁴², os juízes ingleses são mais formais no sentido de interpretar literalmente o contrato, que normalmente é elaborado em termos específicos com cláusulas precisas para deixar pouca margem de discricionariedade ao juiz. Assim, a concepção apriorística de que o sistema de tradição *civil law* é mais formal, enquanto o *common law* é mais flexível, não sobrevive à verificação prática.

Enquanto o juiz de Frankfurt aplica a Cláusula Geral da boa-fé de modo flexível, os juízes de Londres¹⁴³ rejeitam por completo a aplicação do *standard* da boa-fé objetiva. Banqueiros de Frankfurt escrevem contratos curtos, com remissão à Cláusula Geral da Boa-fé objetiva, já que contratos longos com termos muito específicos não são necessários. Há, assim, considerável economia nos custos de especificação *ex ante*. A sociedade confia na

¹⁴¹ DAWSON, John. The General Clauses, viewed from a Distance, *Rabels Zeitschrift* 41, 1977. p. 441.

¹⁴² COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans-Bernd. *Solomon's knot: how law can end the poverty of nations*. Princeton: Princeton University, 2011. p. 93.

¹⁴³ O sistema inglês opta por regras jurídicas mais específicas, construídas pela jurisprudência, que prescrevem condutas mais precisas, como “misrepresentation”, “fraud”, “usage”, dentre outros.

interpretação flexível do juiz alemão e delega ao judiciário a especificação *ex post*, em caso de contingências. Já os banqueiros ingleses escrevem longos contratos, tentando prever com uma maior riqueza de detalhes todas as contingências possíveis¹⁴⁴. No contexto inglês, os custos de especificação *ex ante* das partes é muito alto, deixando o mínimo de espaço aberto para atuação criativa do juiz inglês, quando comparada o modelo alemão. Um efeito disso é o tamanho dos contratos ingleses, que são extremamente longos, repletos de cláusulas detalhadas.

Essa resistência dos ingleses às Cláusulas Gerais pode ser observada nas discussões e desafios recentes da Comunidade Europeia na elaboração de um Código Civil comum. A doutrina inglesa se mostra preocupada com o movimento e estudos¹⁴⁵ que avançam para a inclusão da Cláusula Geral da Boa-fé nesse código comum, pois que representaria um vírus¹⁴⁶ do direito continental que poderia contaminar seu sistema jurídico, com uma mudança radical no direito contratual britânico.

Assim, a doutrina alemã compreende a Cláusula Geral (*Generalklausel*) como uma norma jurídica incompleta¹⁴⁷, vaga e aberta que demanda concretização posterior por parte do julgador. Ela envolve a característica de ser também um princípio, mas tem a natureza distintiva de ser necessariamente expressa e não implícita, ou seja, é positivada por técnica legislativa que intencionalmente a desenhou como uma norma aberta. Engloba também a característica de remeter a valores extrajurídicos de caráter moral e ético¹⁴⁸. De acordo com

¹⁴⁴ COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans-Bernd. **Solomon's knot: how law can end the poverty of nations**. Princeton: Princeton University, 2011. p. 251.

¹⁴⁵ Destaque-se o estudo comparado, que observou a aplicação prática da boa-fé nos diversos países na comunidade europeia, conduzido pelo professor Reinhard Zimmermann, Presidente do Instituto Max Planck de Direito Privado e Internacional Comparado, em Hamburgo. ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. **Good Faith in European Contract Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

¹⁴⁶ TEUBNER, Gunther. Legal irritants: Good Faith in British Law or Unifying Law ends up in new divergencies. **The Modern Law Review**. MLR 61:1, p.11-32, jan. 1998.

¹⁴⁷ WEBER, Ralph. Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen. **Archiv für die civilistische Praxis**, 192. Bd., H. 6 p. 516-567, 1996.

¹⁴⁸ "Clauses using concepts open for value judgments." SCHLECHTRIEM, Peter. The Functions of General Clauses, exemplified by regarding Germanic Law and Dutch Law. *In: General Clause and Standards in European Contract Law*. The Hague: Kluwer Law International, 2006. p. 46.

Dawson¹⁴⁹, a Cláusula Geral autoriza uma viagem no contexto da descoberta, sem um destino previamente marcado no mapa. O juiz, por sua vez, teria a liderança na administração desse equipamento jurídico dado pelo legislador.

Nota-se que esse caminho explicitado por Dawson converge com o processo de investigação (*inquiry*) que tem lugar com o método pragmático (abdução) de Peirce no contexto da descoberta. Como explicitado no tópico 1.4 o *case by case basis* é o método experimental que se adequa à concretização de proposições gerais na abordagem pragmatista de Holmes Jr. A prática jurisprudencial alemã desenvolveu sua própria técnica de concretização da Cláusula Geral – o método de grupo de casos *Fallgruppenmethode*. Esse método envolve a comparação¹⁵⁰ do caso a ser decidido com outros casos isolados, que já fazem parte do grupo de casos julgados anteriormente. Desse modo, se houver correspondência do suporte fático com uma regra do caso concreto já previamente decidido, pode-se aproveitar a *ratio decidendi* daquela regra.

Não obstante a discussão doutrinária¹⁵¹ mais abstrata subjacente aos métodos de concretização das cláusulas gerais, o grande “diferencial alemão”, segundo Schmidt¹⁵², foi o árduo trabalho da doutrina e jurisprudência ao longo do século XX na sistematização desse direito concretizado. Assim, a colaboração mútua entre doutrina e jurisprudência permitiu que o sistema alemão colhesse os frutos do que Dewey chamou de “certeza prática”, mencionado

¹⁴⁹ “...to authorize voyages of discovery without destinations marked on any map.” DAWSON, John. *The General Clauses, viewed from a Distance*, **Rabels Zeitschrift** 41, 1977. p. 442.

¹⁵⁰ Essa técnica é amplamente usada pela prática da jurisprudência alemã. Há, todavia, discussões doutrinárias sobre como desenvolver essa comparação. Reportam-se, por exemplo, críticas sobre a utilização do silogismo dedutivo na comparação de casos semelhantes do método grupo de casos, engessando a abertura dada pela Cláusula Geral. A combinação da abdução e indução pode favorecer a criatividade com a abertura permanente do método de grupo de casos. Como destacou Kaufmann “Futuramente terá a metodologia jurídica que prestar maior atenção à abdução do que até agora aconteceu. Não se esperem todavia, conclusões “irrefutáveis”, pois ela não pode oferecer.” KAUFMAN, Arthur. **Filosofia do direito**. Tradução Antonio Ulisses Cortes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 118.

¹⁵¹ Para citar algumas dessas discussões filosóficas subjacentes, Larenz, inspirado em Schönfeld, reflete que a concretização do direito é tão livre quanto vinculada. “Não existe uma concretização do Direito pura e simplesmente livre, por isso seria arbítrio” LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 150, 1997.

¹⁵² SCHMIDT, Jan Peter. **Zivilrechtskodifikation in Brasilien: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. p. 447.

no tópico 1.4, tornando claro o conteúdo vago de cláusulas gerais vagas e abertas, sem tolher o imane processo de criação do direito.

Voltando sua atenção para o contexto brasileiro, Schmidt¹⁵³ se inquieta com “as elucubrações verbosas e genéricas sobre justiça” na jurisprudência e o papel “superestimado” dado às cláusulas gerais do novo Código Civil de 2002 (a citar Boa-fé Objetiva, Função Social dos Contratos) na doutrina, com a abertura a valores jurídicos e constitucionais no Direito Privado. Ele alerta que se os intérpretes brasileiros quiserem alcançar resultados semelhantes aos que os alemães obtiveram com as Cláusulas Gerais do BGB, eles devem adotar uma postura diferente – deixar de lado essa crença na salvação dos princípios e partir para o metucioso trabalho de sistematização das regras concretizadas, num constante e permanente exercício crítico e colaborativo de aperfeiçoamento entre doutrina e jurisprudência.

Em oposição à Cláusula Geral, a regra é uma norma jurídica precisa com detalhamento da conduta regulada, especificada *ex ante* pelo legislador. A regra do caso concreto, por sua vez, é a criada pelo juiz no espaço de abertura dado pela cláusula geral no processo de tomada de decisão jurídica. Poderá, ainda, servir de precedente para os casos futuros. Todo esse processo de elaboração e criação da norma jurídica de conteúdo mais vago ou preciso envolve custos. É nessa perspectiva essa pesquisa pretende avançar.

A literatura sobre a Análise Econômica de normas jurídicas precisas e abertas ainda está em desenvolvimento. A produção acadêmica em torno do tema é bem recente, mas é possível algumas encontrar algumas tentativas promissoras sobre análise econômica em torno da dicotomia *rules* e *standards* lançadas por Posner e Ehrlich em 1974, Louis Kaplow em 1992, Hans-Bernd Schäfer em 2006 e Francesco Parisi em 2007. Como a análise econômica utiliza a expressão *standard* para se referir à norma jurídica vaga (seja princípio, cláusula

¹⁵³ SCHMIDT, Jan Peter. **Zivilrechtskodifikation in Brasilien**: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. p. 443.

geral ou proposição geral) manteremos essa terminologia até o final do trabalho. A expressão Cláusula Geral será também utilizada no lugar de princípio para se referir ao princípio da Boa-fé objetiva positivado no sistema jurídico brasileiro e alemão, o qual será usado como teste de verificação do método da Análise Econômica do Direito aqui proposto.

3.2 Análise Econômica dos Custos e Benefícios das Regras e *Standards*

A relação entre o grau de especificidade e a eficiência do comando normativo foi estudada inicialmente por Richard Posner¹⁵⁴ e Isaac Ehrlich em 1974. Os autores exploram o *continuum* da especificidade à generalidade a partir de uma abordagem pragmática, que faz uso do método da Análise Econômica do Direito. Naquele trabalho, trouxeram a discussão sobre as condições em que a escolha por um comando normativo mais preciso ou geral é mais eficiente em termos de custo e benefício para a sociedade.

Como reforçado, essa proposta inicial de Richard Posner será adotada como um dos métodos de análise possíveis para se agregar a contribuição de outros autores de modo reflexivo e complementar, sem ser determinista.

Nesse primeiro estudo, Posner e Ehrlich¹⁵⁵ são responsáveis por inaugurar a dicotomia entre as expressões *rules* (regras) e *standards* (padrão, parâmetro¹⁵⁶) nas pesquisas de *Law and Economics* sobre a vagueza e precisão das normas jurídicas. Para os autores, a distinção entre regras e *standards* é primeiramente uma distinção de grau de precisão, que traz implicações complexas quando analisada a gama de custos e benefícios associados como o

¹⁵⁴ POSNER, Richard A.; EHRlich, Isaac. An Economic Analysis of Legal Rulemaking. **The Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, p. 257-286, jan. 1974.

¹⁵⁵ POSNER, Richard A.; EHRlich, Isaac. An Economic Analysis of Legal Rulemaking. **The Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, jan. 1974.

¹⁵⁶ Traduções recentes para o português da literatura *Law and Economics* têm optado pela expressão parâmetro no lugar de padrão. Todavia, em razão da falta de uniformidade dos tradutores sobre a melhor correspondência da expressão *standard* no português, este trabalho optará pelo uso da terminologia inglesa.

movimento no eixo especificidade-generalidade. Imagina-se uma linha (eixo) e as consequências das escolhas num *continuum* que vai desde o extremo de normas mais precisas a outro de normas mais vagas e abertas (*open-ended*).

A dicotomia regra-*standard* da Análise Econômica do Direito de Posner não se confunde com outras dicotomias bastante familiares na literatura jurídica, como a regra-princípio de Ronald Dworkin já referida no tópico 2.1., ou a regra-discrecionabilidade de Kenneth Culp Davis.

O professor Kenneth Culp Davis, autor de grande influência no Direito Administrativo e Regulação do *Common Law*, explorou o contraste entre regra e discrecionabilidade para demonstrar o benefício social decorrente da opção por normas jurídicas mais precisas. Sua preocupação central era a questão da falta de um controle social efetivo sobre os oficiais subordinados, como os policiais e oficiais de imigração. Ele acreditava que esse problema poderia ser melhor resolvido a partir da definição dos deveres dos oficiais em regras bem detalhadas¹⁵⁷.

No entanto, essa relação de que regras precisas produzem substancialmente uma melhor regulação não é tão óbvia para análise econômica. Nem sempre uma norma mais precisa conduz estabilidade ou segurança jurídica. Segundo Schauer¹⁵⁸, os argumentos da estabilidade tradicionalmente associados a regras podem ser até plausíveis, mas não formam uma relação necessária. A riqueza e a singularidade da experiência imediata a envolver o processo de tomada de decisão na prática revelam que a fórmula romântica (regra=estabilidade) não sobrevive ao teste empírico. Além das questões inerentes à

¹⁵⁷ Conferir a famosa monografia de Kenneth Culp Davis “Discretionary Justice”, publicada em 1969.

¹⁵⁸ SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life**. Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 155.

interpretação, há problemas decorrentes da sobre-inclusão e sub-inclusão da regra que tornam o processo de aplicação muito mais complexo¹⁵⁹, conforme será melhor aprofundado.

Nesse primeiro trabalho, Posner e Ehrlich¹⁶⁰ enfatizam que seu objetivo não é sugerir que o conteúdo da regra ou *standard* sejam dominados exclusivamente por considerações de eficiência. Percebe-se, assim que sua análise econômica não pretende resumir a norma ao valor eficiência. Este é apenas um critério de avaliação, que será usado indutivamente para verificação. Nesse sentido, coaduna-se com modo de investigação pragmatista que abomina qualquer relação determinista. As considerações teóricas são, assim, hipóteses falíveis (raciocínio abdução na expressão de Charles S. Peirce), que devem ser submetidas ao teste (indução). Nesse sentido, este estudo de Posner sobre a precisão ou generalidade na elaboração das normas jurídicas propõe fornecer um vasto número de hipóteses testáveis sobre processo de elaboração e aplicação das regras e *standards* e a alocação de responsabilidades.

Os trabalho iniciais de Posner e Ehrlich de 1974 são resgatados por Kaplow em 1992, que elabora um amplo programa de pesquisa voltado à análise econômica das regras e *standards*. Sem deixar de reconhecer algumas propriedades das regras e *standards*, desenvolvida pela Teoria Geral do Direito e pela Hermenêutica Jurídica, Kaplow¹⁶¹ explora e se dedica a uma característica específica da distinção entre regra e *standard*: a definição do conteúdo *ex ante* e *ex post*. Essa diferenciação concebe um aspecto prático do esforço (custo-benefício) relacionado ao grau especificação do conteúdo em momentos distintos. Para ele, a regra é aquela que prevê antecipadamente (*ex ante*) a conduta regulada de modo preciso, deixando apenas a questão factual para o aplicador (e.g. é proibido dirigir acima de 55 milhas

¹⁵⁹ KAPLOW, Louis. Rules versus Standards: An Economics Analysis. **Duke Law Journal**, v. 42, n. 3, p. 594, dec. 1992.

¹⁶⁰ POSNER, Richard A. ; EHRLICH, Isaac. An Economic Analysis of Legal Rulemaking. **The Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, jan. 1974.

¹⁶¹ KAPLOW, Louis. Rules versus Standards: An Economics Analysis. **Duke Law Journal**, v. 42, n. 3, p. 594, dec. 1992.

por hora nas vias expressas). O *standard*, em contrapartida, posterga tanto a especificação da conduta regulada como a questão factual para o aplicador do direito. (e.g. é proibido dirigir em velocidade excessiva nas vias expressas). Em resumo, a distinção entre a regra e *standard* é elaborada em termos do esforço para que o conteúdo da norma jurídica seja dado antes ou depois que os indivíduos agem.

A escolha entre a determinação do conteúdo *ex ante*, através de regra, e a determinação *ex post*, através do *standard*, envolve sempre um *trade-off*¹⁶², cuja principal consequência é a avaliação de custos e benefícios de sua criação e aplicação. Observa-se, assim, que o estudo da análise econômica explora dois momentos distintos – os custos de elaboração da norma jurídica e os custos de aplicação da norma jurídica. Essa consideração repercute na divisão de trabalho entre o legislador, de um lado, e o judiciário e a burocracia administrativa, de outro. Desse modo, segundo Schäfer¹⁶³, o grau de especificidade da norma jurídica influencia a preferência por um sistema jurídico, cuja produção de regras e *standards* é, ora mais centralizado na esfera legislativa (*centralized upper level*), ora mais descentralizado e pulverizado na vasta esfera judicial (*descentralized lower level*). Por esta razão, para Schäfer, a disponibilidade de capital humano e o contexto histórico-cultural é uma variável relevante para a análise.

A consciência acerca dos custos e benefícios que envolve a decisão por normas mais precisas ou mais vagas é fundamental para análise econômica, que tem primeiramente a função instrumental de informar um aspecto da norma jurídica relacionado a seus efeitos. A abordagem econômica não exaure a realidade, mas tenta se aproximar dela relevando características, através da consideração das consequências que não são tradicionalmente

¹⁶² É uma expressão usada em economia para expressar uma situação em que há conflito de escolhas. Uma decisão sempre irá implicar em um aspecto negativo e outro positivo, em maior ou menor grau. No caso, a escolha por normas jurídicas mais precisas (regras) ou mais abertas (*standards*) irão representar em custos e benefícios.

¹⁶³ SCHÄFER, Hans-Bernd. Rules versus Standards in Rich and Poor Countries: Precise norms as Substitutes for Human Capital in Low-Income Countries. **Supreme Court Economic Review**, v. 14, p. 128, 2006.

explorados pela Filosofia do Direito, mas que podem iluminar e enriquecer o debate filosófico e ajudar na compreensão da prática jurídica.

Em seu recente estudo de 1998, Richard Posner¹⁶⁴ identifica três diferentes custos associados à norma jurídica: i. custos de especificação pelo legislador, ii. custos de aplicação judicial e iii. custos de adesão à norma jurídica, em específico, os custos relacionados à incerteza. Retomando o exemplo de distinção entre regras e *standards* mencionado anteriormente, tem-se que promulgar um *standard* do tipo “deve-se dirigir cuidadosamente” é extremamente fácil e não gera nenhum custo de especificação *ex ante*. Todavia, aplicar tal *standard* torna-se bastante complexo na prática. Gera custos significantes tanto para os juízes que precisam determinar seu conteúdo *ex post* e dizer se o réu cumpriu o *standard* (custos de aplicação judicial), como para o próprio réu em potencial, que desconhece o nível de precaução necessário para não ser responsabilizado. Pode-se aqui relembrar a teoria de O. W. Holmes Jr¹⁶⁵ sobre “homem mau” , compreendendo o que é o Direito a partir do que os tribunais decidem:

[...] Se vocês desejam conhecer o Direito e nada mais, deve-se olhar para ele como um Homem Mau, que só se preocupa com as consequências materiais que tal conhecimento permita prever e não como um Homem Bom que encontra suas razões para a conduta, seja dentro ou fora do Direito, nas sanções da consciência [...]

No caso de regras precisas, o custo é exatamente o oposto. Assim, uma regra precisa do tipo “a velocidade máxima é 100 km/h” apresenta custo de aplicação baixo, pois seu conteúdo é determinado *ex ante*. Para esse tipo de regra, por exemplo, a lógica dedutiva economiza os custos de aplicação de uma aplicação em série, podendo inclusive contar com a colaboração da tecnologia (radares), reservando-se a abdução para casos excepcionais em que a regra se apresentar injusta ou absurda para o caso concreto.

¹⁶⁴ POSNER, Richard. **Creating a Legal Framework for Economic Development**. World Bank Research Observer, v. 13, n. 1, p.1-11, fev. 1998.

¹⁶⁵ HOLMES, Oliver W. O caminho do Direito. In: MORRIS, Clarence (Org.). **Os grandes filósofos do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 427

As virtudes e os vícios das regras e *standards* trabalhados na Teoria Geral do Direito podem ser explorados em termos de análise de custo-benefício. Sem a pretensão de elaborar uma lista exaustiva, tem-se o diagrama, explorado criticamente por Schlag¹⁶⁶:

<u>Regras</u>	
<i>Virtudes</i>	<i>Vícios</i>
Certeza	Intransigência
Uniformidade	Arregimentação
Estabilidade	Rigidez
Segurança	Encerramento

<u>Standards</u>	
<i>Virtudes</i>	<i>Vícios</i>
Flexibilidade	Manipulação
Individualização	Desintegração
<i>Open-endedness</i>	Indeterminação
Dinamismo	Aventureirismo

Adaptando a ideia de virtude de Schlag para o referencial da análise econômica é possível associá-la aos benefícios, enquanto os vícios estariam relacionados aos custos. Pode-se ainda incluir custos de monitoramento das Regras e *Standards*, especialmente quando o espaço para decisões discricionárias pode criar um ambiente propício para corrupção no judiciário ou na burocracia administrativa. Diversas normas administrativas de segurança alimentar, de controle de drogas, medicamentos, produtos tóxicos, de restrição de importação e exportação, de regulação de bancos e mercados de capitais são elaboradas em termos precisos como regras, com a especificação *ex ante* para inibir a corrupção e o desvio/manipulação que pode ocorrer na especificação *ex post*. Para esses casos uma regra precisa com a lista das substâncias tóxicas, por exemplo, produz uma informação socialmente relevante aos destinatários da norma jurídica (benefício), com menor custo de monitoramento

¹⁶⁶ SCHLAG, Pierre. J. Rules and Standards. 33 *UCLA Law Review*, n. 379, p.7, dec.1985.

do que um *standard* vago que menciona toxidade e delega para o oficial da administração e para o juiz a especificação *ex post*¹⁶⁷.

Ademais, normas jurídicas precisas que deixam pouca discricionariedade para as agências estatais (administração e judiciário) protegem melhor as liberdades individuais e os direitos políticos, uma vez que a violação a tais direitos podem ser mais facilmente observada¹⁶⁸. Todavia, importa notar que essa relação nem sempre é necessária, mas apenas provável. Assim, é possível que normas jurídicas detalhadas em excesso gerem contradições, inexatidão, elevando consideravelmente os custos de monitoramento e transformando-se numa porta aberta à discricionariedade do aplicador.

Tradicionalmente, argumenta-se que quantos mais as normas jurídicas forem precisas, mais previsível é o resultado. Assim, a certeza jurídica e a resolução jurídica rápida são apontadas como benefício de um sistema baseado em regras. Para alcançar essa certeza e simplificar o trabalho do julgador, o legislador precisa traçar e desenhar regras para cobrir todas as circunstâncias relevantes que devem ser especificadas de antemão. Essa atividade de criar a regra implica, todavia, altos custos *ex ante* e está sujeita a falhas, pois está baseada na falsa premissa de que o sistema legal é consistente e completo.

A maior especificidade das regras cria também custos relacionados à alocação não eficiente, uma vez que regras não abarcam perfeitamente todas as circunstâncias da conduta sobregulação. Regras podem catalogar excessivamente circunstâncias não relevantes e não prever exatamente todas as circunstâncias prováveis. Geram, portanto, problemas de super- e sub-inclusão¹⁶⁹. Desse modo, regras podem produzir perdas sociais, considerando que previsões legais precisas *ex ante* não são capazes de se ajustar adequadamente a

¹⁶⁷ SCHÄFER, Hans-Bernd. Legal Rules and Standards. **German Working Papers in Law and Economics**, Bepress, p.3, 2002.

¹⁶⁸ Para maior aprofundamento conferir a doutrina “void of vagueness” explorada por Cass Sunstein em 1995 no artigo The problem with Rules. Cal. Law Review, n.83.

¹⁶⁹ O problema da *over-* e *underinclusiveness* é explorado na análise econômica por diversos autores, com destaque para o trabalho de Louis Kaplow na obra “Rule versus Standards: An Economic Analysis”. **Duke Law Journal**, v. 42, n. 3, p. 557-629, dez. 1992.

circunstâncias não previstas que só são conhecidas *ex post*¹⁷⁰. Soma-se, ainda, o problema de se criar normas jurídicas complexas e desnecessariamente detalhadas. Podem surgir normas contraditórias e antinomias. Nesse contexto, regras não necessariamente colaboram para um sistema jurídico mais claro e consistente. Nesse contexto, *standards* são preferíveis.

Regras precisas representam também custo adicional uma vez que ficam obsoletas com o tempo e estão sujeitas à mudança. Assim, uma regra muito detalhada pode levar à incerteza em função de sua precisão imperfeita¹⁷¹. As consequências jurídicas não são indefinidamente as mesmas ao longo do tempo, uma vez que as normas precisam ser modificadas pelos legisladores para acompanhar as mudanças na sociedade, economia e tecnologia. Quando os custos adicionais são muito altos, os *standards* são preferíveis.

Percebe-se, assim, que a relação entre regra e maior certeza e segurança jurídica é meramente provável e depende de diversos fatores a serem analisados no caso concreto. Um fator a ser observado é o que Schlag denominou de técnicas de má interpretação¹⁷² a colaborar para a subversão da regra ou *standards*. O exemplo seguinte permite desmitificar estereótipo da certeza e segurança sempre associadas a regras: imagina-se uma agência federal com a obrigação de aplicar uma Regra “A”. Vista num primeiro momento abstratamente, há um consenso de que a Regra “A” é muito clara e rapidamente compreensível. Todavia, quando precisa ser interpretada e aplicada a Regra torna-se incerta, instável e insegura. Para Schlag, a primeira razão pode estar na hostilidade do julgador, que pode ser inspirada em convicções morais, preconceito, interesse político, dentre outras motivações. A segunda razão pode estar relacionada com a incapacidade do tomador da decisão de compreender a regra e administrá-

¹⁷⁰ PARISI, Francesco & FON, Vincy. On the Optimal Specificity of Legal Rules. **Journal of Institutional Economics**. George Mason Law & Economics Research Paper, v. 4, n. 32, p. 4, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=569401>. Acesso em: 23 abr. 2011.

¹⁷¹ POSNER, Richard A.; EHRlich, Isaac. An Economic Analysis of Legal Rulemaking. **The Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, p. 278, jan. 1974.

¹⁷² As técnicas de má interpretação trabalhadas por Schlag são “1. Factual Distortion; 2. Procedural Machinations; 3. Doctrinal Manipulation; 4. Creation of Subdirectives; 5. Circumvention by Appeal to Ultimate Directives; 6. Insubordination”. Cf. SCHLAG, Pierre J. Rules and Standards. **33 UCLA Law Review**, n. 379, p. 14, dec. 1985.

la eficientemente. A regra “A” pode ser tão precisa a ponto de demandar ora um conhecimento especializado que o julgador não possui ora uma evidência que está indisponível.

Por outro lado, há normas jurídicas que podem ser intencionalmente elaboradas de forma mais vaga e aberta como um *standard* para tornar o processo de elaboração do direito mais eficiente, transferindo-o dos legisladores para os juízes, a exemplo das normas constitucionais¹⁷³. Temas que são muito controversos na arena política e que requerem uma custosa negociação podem ser regulados por *standards* por um menor preço. Ademais, os Tribunais, em tese, estão melhores informados e especializados para julgar eficientemente a questão, pois estão mais próximos ao problema. O processo de aprendizagem descentralizada (*learning process*) é percebido como vantajoso enquanto *standards* podem ser progressivamente especificados e concretizados ao longo do tempo. Todavia, o custo do processo de criação do precedente é extremamente elevado. Há o que se poderia denominar de custos de harmonização do direito. Por esta razão, a opção por *standards* e normas mais vagas e abertas é recomendável especialmente em casos de heterogeneidade (ambiguidade relativa à conduta a ser regulada) e quando o ambiente é frequentemente sujeito à mudança.

Standards demandam uma particularização e especificação judicial que pode conduzir à insegurança jurídica. Abrir a porta para especificação judicial significa também ter de considerar os custos do erro judicial¹⁷⁴. Repercute também no tempo para a solução da disputa judicial, retardando a prestação jurisdicional. Como mencionado, *standards* e normas jurídicas vagas e abertas representam um custo adicional no monitoramento e fiscalização das atividades do Tribunais, uma vez que tornam o controle social contra a corrupção mais

¹⁷³ PARISI, Francesco & FON, Vincy. On the Optimal Specificity of Legal Rules. **Journal of Institutional Economics**. George Mason Law & Economics Research Paper No. 04-32., p.1, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=569401>. Acesso em: 23 abr. 2011

¹⁷⁴ O conceito de erro judicial será desenvolvido no tópico 5. Adiante-se que erro aqui é entendido como aquela decisão que foge de um parâmetro de eficiência.

difícil; em oposição as regras que usualmente são apontadas como uma alternativa para coibir usurpação e equívocos judiciais¹⁷⁵.

Os custos de harmonização são vistos de modo bastante positivo pela análise econômica, desenvolvida por Roger van der Bergh e Louis Visscher¹⁷⁶, para o direito europeu. Primeiro porque trazem o benefício de satisfazer um número grande de preferências e favorecer o que denominaram de “learning process”, o aprendizado da base para o topo. Esse tipo de benefício pode ser visualizado, levando em consideração a diferença cultural entre os Estados europeus que, apesar de compartilharem valores em comum, possuem sua identidade regional em relação ao direito produzido. Essa percepção pode iluminar a compreensão sobre os custos e benefícios desse processo em países de modelo federativo como o Brasil, de dimensões continentais e diferenças regionais.

Esses custos e benefícios aqui explorados discursivamente podem ser resumidos na tabulação construída abaixo para melhor visualização pragmática dos potenciais custos e benefícios:

¹⁷⁵ POSNER, Richard A.; EHRLICH, Isaac. An Economic Analysis of Legal Rulemaking. **The Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, p. 266, jan. 1974.

¹⁷⁶ BERGH, Roger Van Den; VISSCHER, Louis. The Principles of European Tort Law: The Right Path to Harmonization? **European Review of Private Law** 4, p. 511-543, 2006.

	Regras	<i>Standards</i>
Custos de elaboração da Norma Jurídica	Alto	Baixo
Custos de aplicação do Direito e Administração da Justiça	Baixo*	Alto*
Custos resultantes da Incerteza (Insegurança Jurídica)	Baixo	Alto ou Baixo*
Custos resultantes da Inflexibilidade	Alto	Baixo
Custos de Monitoramento (Arbitrariedade Judicial)	Baixo*	Alto*
Custos de Harmonização (Processo de Aprendizagem)	Baixo	Alto*

Ressalte-se que a tabulação acima é apresentada como ponto de partida e não ponto de chegada, consoante com a lógica abdutiva que guia essa pesquisa. Portanto, alguns custos que foram inicialmente previstos hipoteticamente como alto, podem se apresentar como baixo a depender do funcionamento mais eficiente do sistema jurídico em que se esteja trabalhando. Por exemplo, um país que possui uma técnica bem estabelecida de formação do precedente a partir dos *standards*, como o sistema *common law*, ou uma técnica apurada na concretização de Cláusulas Gerais a partir da sistematização do método de grupo de casos, como a Alemanha, podem se beneficiar com um baixo custo relacionado a incerteza (insegurança jurídica), pois na prática se conhece claramente qual o direito que poderá ser aplicado. Em um sistema jurídico, como o brasileiro em que as técnicas de criação do precedente ainda estão amadurecendo na prática judicial, o custo relacionado à insegurança jurídica na aplicação de *standards* é relativamente alto. Os asteriscos colocados têm a finalidade de alertar para os custos que dependem diretamente da performance do tribunal, podendo haver a revisão dessas

hipóteses, cujos efeitos foram antecipados abduktivamente, quando no teste de verificação experimental na realidade concreta.

3.3 Capital humano como variável relevante para uma eficiente concretização do direito em um sistema jurídico baseado predominantemente em *standards*.

Como analisado no tópico anterior, as regras aumentam os custos de elaboração da norma jurídica *ex ante*, mas minimizam os custos de aplicação judicial e administração da justiça *ex post*. Por outro lado, os *standards* economizam os custos de especificação *ex ante*, uma vez que não requerem uma precisa particularização do conteúdo antecipadamente; enquanto aumentam os custos de especificação da aplicação judicial que é *ex post*. Nesse sentido, a escolha eficiente entre regras e *standards* envolve a escolha entre um sistema legal que privilegia o legislador ou o juiz como produtor das normas jurídicas – *judge-made law*.

A atividade de criação das normas jurídicas na esfera de competência do legislador (*upper level*) e a aplicação na esfera de competência do judiciário (*lower level*) está relacionada pela literatura de *Law and Economics* com maturidade institucional do país envolvido. Como a performance institucional reflete competências individuais de legisladores, assessores jurídicos, advogados, juízes etc, a existência de profissionais especializados qualificados disponíveis é uma variável importante a ser analisada. Ademais, a disponibilidade e a qualidade do serviço oferecido variaram em países pobres e ricos.

Essa variável economicamente relevante relacionada à qualidade do capital humano disponível já fora destacada por Hedemann¹⁷⁷ em 1933, sobre os potenciais riscos de uma sistema jurídico aberto, cuja aplicação do direito estivesse predominante baseado na aplicação de *Standards* ou Cláusulas Gerais:

“Ainda que as Cláusulas Gerais pertençam sistematicamente ao direito material, não ao direito processual, a grande e histórica pergunta se elas trazem **bênção** ou se causam **maldição, depende finalmente da magistratura de cada povo**” (grifos nossos)

Assim, a expressão “bênção” poderia ser reconhecida como benefício na análise econômica, enquanto “maldição” seriam os custos relacionados. A “magistratura de cada povo” é a variável depende relevante associada ao “capital humano disponível” capaz de influenciar no resultado socialmente produtivo ou não para a sociedade.

Em 1998, Posner¹⁷⁸ explora uma hipótese teórica também preocupada com o custo da magistratura, demonstrando os benefícios de regras mais precisas em países de baixa renda, cujas instituições jurídicas ainda seriam fracas. Para ele, seria mais viável a um país em desenvolvimento investir modestamente na criação de melhores regras do que fazer um grande investimento para se construir um judiciário de excelência e altamente especializado. Posner reconhece que mesmo países pobres podem atrair juízes qualificados desde que o Estado garanta bons salários e prerrogativas como inamovibilidade e vitaliciedade. Mesmo sendo possível recrutar juízes competentes, em alguma medida o problema persiste em relação à alocação de recursos escassos. A opção pelas regras é percebida por Posner como a primeira estratégia de curto prazo para aprimorar o sistema jurídico de países pobres e populosos. A criação de regras mais precisas implicariam em pequenos custos fixos iniciais, enquanto que um judiciário eficiente, capaz de aplicar adequadamente cláusulas gerais,

¹⁷⁷ HEDEMANN, Justus Wilhelm. **Die Flucht in die Generalklauseln**: Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen: Verlag von J. C. Mohr Paul Siebeck, 1933.

¹⁷⁸ POSNER, Richard. **Creating a Legal Framework for Economic Development**. World Bank Research Observer, v. 13, n. 1, feb. 1998, p. 4.

standards e normas abertas, demandariam um alto investimento e um elevado número de juízes com qualificação especializada. A opção por regras, em um primeiro momento, mostrar-se-ia menos custosa, pois que regras de conteúdo preciso economizariam os elevados custos de interpretação e concretização dos *standards*.

É importante enfatizar que a opção por regras envolve algumas limitações e perdas do ponto de vistas da análise econômica. Por se distanciarem do problema a ser resolvido, regras precisas não favorecem a flexibilidade, engessando a aplicação judicial. Desse modo, um sistema baseado preferencialmente em *standards*, cláusulas gerais e normas jurídicas mais vagas e abertas é vantajoso quando há grande quantidade de juízes bem treinados e com qualificação especializada, pois estando mais próximo do problema e com melhores informações sobre as circunstâncias do caso, os juízes poderão aplicar o direito eficientemente, realizando a justiça do caso concreto com resultado socialmente produtivo.

Schäfer¹⁷⁹ inova o debate da análise econômica das regras e *standards* ao teorizar expressamente que a disponibilidade de capital humano influencia diretamente na eficiência da aplicação de *standards* e normas jurídicas de natureza mais aberta. Segundo o autor, países com escasso capital humano, deveriam optar pelo modelo jurídico baseado preferencialmente em regras mais precisas. Essas aparecem como mais eficientes por terem um menor custo de administração e aplicação comparativamente aos *standards* – normas jurídicas mais vagas e abertas. Seria preferível concentrar o pouco de capital humano qualificado para assessorar o legislador no processo de elaboração de regras do que deslocá-lo para um sistema descentralizado de Tribunais não especializados. O processo de decisão judicial na aplicação de cláusulas gerais cria uma demanda elevada de muitos profissionais bem treinados na base para atuar junto aos juízes de primeira instância e Tribunais, ainda insuficiente nos países pobres.

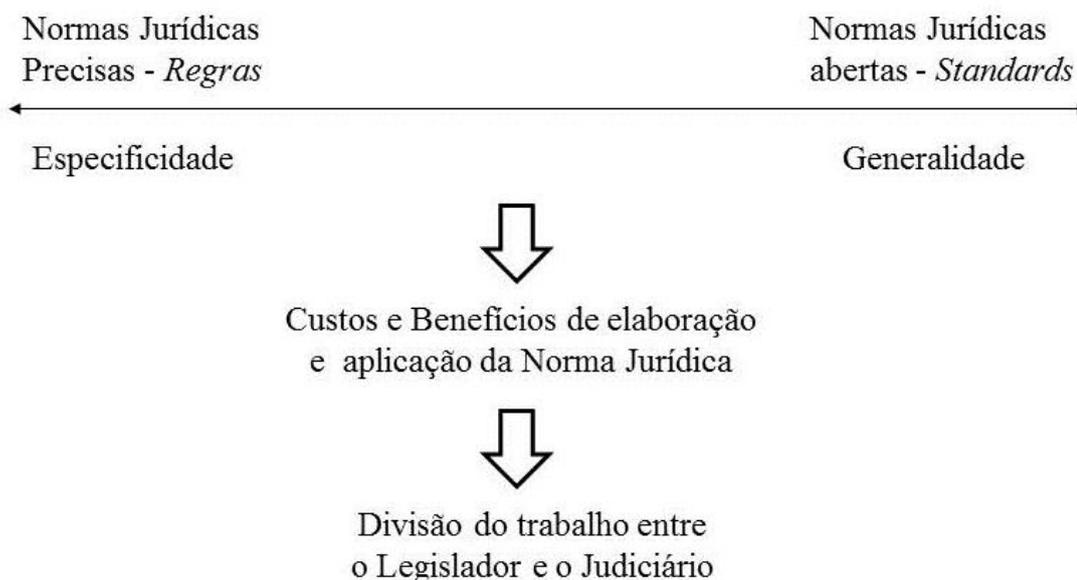
¹⁷⁹ SCHÄFER, Hans-Bernd. Rules versus Standards in Rich and Poor Countries: Precise norms as Substitutes for Human Capital in Low-Income Countries. **Supreme Court Economic Review**, v.14, p. 119, 2006.

A investigação de Schäfer vai além da abordagem inicial de Posner para explorar com mais profundidade as consequências da escolha por regra e *standards* na divisão de trabalho entre o legislativo e o judiciário, avançando sua reflexão nos seguintes pontos: i. a eficiente distribuição do capital humano entre o setor que elabora regras (*centralized upper-level*) e o setor de interpretação e aplicação das normas vagas (*descentralized lower-level*) do sistema jurídico influencia na escolha ótima entre a vagueza e a precisão das normas jurídicas; ii. O processo de elaboração de regras, centralizado na atividade política do legislador, envolve a geração de um bem público; iii. Decisões tomadas no topo (*upper-level*) são menos flexíveis e se distanciam dos problemas; iv. O investimento de capital humano no topo (*upper-level*) é realizado para tornar as normas jurídicas mais precisas. Todos esses elementos em conjunto permitem concluir que, havendo um ambiente com vasta disponibilidade de capital humano altamente qualificado e especializado, a mudança do sistema baseado em regras para um baseado preferencialmente em *standards* e normas jurídicas mais vagas é eficiente e recomendável.

Nesse caminho de análise, Schäfer¹⁸⁰ utiliza como teste de verificação de sua hipótese dados da história recente que alguns Estados Europeus experimentaram, com a mudança do sistema baseado majoritariamente em regras como as codificações do século XVIII e XIX para um sistema mais baseado em *standards*, cláusulas gerais, normas jurídicas mais vagas e abertas no século XX (com destaque para a cláusula geral da boa-fé objetiva § 242 do BGB, que inundou a jurisdição do direito contratual alemão após 1900). Ressalta ainda que o desenvolvimento de outros ramos do direito, inicialmente não explorados pelo legislador, como o direito do trabalho, antitruste (concorrencial) e corporativo, deu-se em função da atividade dos juízes em particularizar e concretizar *standards* e cláusulas gerais.

¹⁸⁰ SCHÄFER, Hans-Bernd. Legal Rules and Standards. **German Working Papers in Law and Economics**, Bepress, p.7, 2002.

Para melhor visualizar os resultados e *tradeoffs* relacionados à divisão de trabalho entre o Legislativo e Judiciário, decorrentes da opção por um sistema jurídico mais preciso ou mais aberto, considere o diagrama desenhado abaixo:



Na linha do eixo horizontal, há uma infinidade de opções que envolvem as potenciais combinações de normas jurídicas mais precisas e mais abertas, dispostas respectivamente nos extremos (direito e esquerdo) da seta que segue contínua para o infinito. Essa continuidade está afinada com o pressuposto do Pragmatismo de Peirce de que o processo de investigação está aberto ao progressivo aperfeiçoamento pela abdução. Ademais, na realidade concreta existirá uma multiplicidade de combinações entre normas precisas e abertas, que restarão mais claramente identificadas quando da pesquisa concreta temática ou por ramos do direito. Alerta-se que a abordagem não é quantitativa¹⁸¹, mas qualitativa e funcional dependente do

¹⁸¹ Esse esclarecimento se faz necessário, pois quando da crítica ao movimento do neoconstitucionalismo brasileiro, Humberto Ávila classificou a constituição brasileira como sendo uma constituição regulatória e não principiológica, por conter quantitativamente mais regras do que princípios. Essa afirmação só tem sentido se o sistema jurídico for considerado como estático. Todavia, a abordagem pragmática aqui proposta concebe o sistema jurídico como dinâmico, em permanente funcionamento, cujos conceitos adquirem significado a partir de suas consequências concebíveis. Então, saber se um sistema jurídico é mais aberto ou

papel de proeminência que a regra ou *standard* estiver exercendo no sistema jurídico, o qual é compreendido como dinâmico (*law-in-action*) e não estático.

Assim, numa investigação preliminar do direito civil brasileiro de hoje, poder-se-ia situar essa escolha em um ponto no eixo horizontal mais a direita, uma vez que as Cláusulas Gerais, como a boa-fé objetiva, passaram a exercer um papel proeminente na produção do direito (*law-in-action*), mesmo que quantitativamente exista um maior número de regras precisas no novo Código Civil de 2002, regulando as relações de direito privado. Essa escolha no eixo horizontal implica em custos e benefícios para a sociedade, relacionados ao processo de criação e aplicação do direito, repercutindo na divisão de trabalho entre o Legislador e o Judiciário, representados pelas setas vazadas no eixo vertical. No diagrama desenhado, uma escolha à direita implica um papel mais prevalente do judiciário na criação do direito, enquanto que uma escolha mais à esquerda, evidencia uma presença mais forte do legislador na elaboração da norma jurídica.

Em resumo, após investigar o “estado da arte” da análise econômica que se tem hoje disponível, pode-se chegar a conclusão de que um sistema baseado predominantemente em *standards* seria mais vantajoso em países industrializados e desenvolvidos que podem se beneficiar da grande oferta de juízes altamente treinados para criar o Direito a partir do caso concreto. Podem ainda ganhar com o processo de aprendizagem que tem lugar com a atividade de interpretação e aplicação do direito realizada de forma descentralizada da base para o topo, aprimorando, assim, o seu sistema jurídico. Em oposição, a escassez ou falta de capital humano em países de baixa renda justificariam a escolha inicial em favor das regras. Para o referencial teórico aqui trabalhado, a aplicação e administração de cláusulas gerais em

mais preciso, depende do papel de proeminência que os *standards* e regras exercem concretamente na jurisprudência. Se no direito constitucional, os princípios e cláusulas gerais exercem esse papel com preponderância na jurisprudência teremos de fato uma constituição principiológica. ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado** (REDE), Salvador, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf> . Acesso em: 2 out. 2014. p. 1-19.

países em desenvolvimento com baixo capital humano se mostraria problemática, uma vez que um resultado socialmente produtivo e eficiente estaria longe de ser alcançado.

Observe-se, todavia, que as externalidades negativas, relacionadas com os efeitos da opção por um sistema jurídico em que o *standard* exerça um papel central e a escassez de capital humano de qualidade, são de natureza probabilística. Apenas o teste no caso concreto, considerando a realidade concreta do país, tornará possível confirmar ou não a relação de causalidade apresentada por hipótese pela análise econômica anteriormente evidenciada. Importa perceber, ademais, que alguns *insights* lançados pela doutrina estrangeira assumem uma natureza paternalista com a preocupação acerca dos riscos de subversão dos *standards* em países pobres, cujo sistema jurídico não estaria consolidado ou maduro o suficiente para suportar esse ônus. Como proposta de análise concreta, serão investigadas as experiências positivas e negativas da Alemanha, no contexto de aplicação de normas jurídicas abertas, com enfoque específico na Cláusula Geral da boa-fé objetiva. Em seguida, o caso brasileiro será comparado e analisado.

3.4 A Função Econômica da Cláusula Geral da Boa-fé: redução dos custos de transação e inibição do comportamento oportunista

A discussão envolvendo a função econômica da Cláusula Geral da Boa-fé está inserida em um debate mais amplo sobre análise econômica das regras e *standards*, trabalhado nos itens anteriores. A investigação da função econômica de uma Cláusula Geral em específico, a boa-fé objetiva¹⁸², possibilitará explorar em concreto os efeitos práticos relacionados com a proeminência na aplicação de *standards* no sistema jurídico. Interessa, todavia, adiantar que a

¹⁸² A boa-fé que será objeto de análise nesse tópico é a boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), que está diretamente ligada ao conceito originário de Cláusula Geral, como princípio jurídico positivado no sistema jurídico alemão BGB § 242 e no Código Civil brasileiro, art. 422. Envolve a ideia de cooperação e compromisso com a palavra dada; diferindo, portanto, da boa-fé subjetiva, relacionada à ideia de erro, ignorância. No capítulo 3, esses conceitos jurídicos serão melhor estudados.

maioria dos estudos de economia sobre a boa-fé na teoria contratual têm enfatizado, sobretudo, seus efeitos positivos, mesmo existindo argumentos de bem-estar social (*welfare*) tanto a favor e contra a aplicação das normas abertas.

Recentemente, alguns doutrinadores da Análise Econômica do Direito, a exemplo de Hans-Bernd Schäfer, Ejan Mackaay, Viollete Leblanc, Jacques Ghestin, iniciaram a investigação sobre a função econômica do princípio da boa-fé como Cláusula Geral no Direito. Todavia, consoante revela Mackaay¹⁸³, ainda é muito difícil encontrar estudos de análise econômica da boa-fé. É um tema, portanto, aberto em processo de teorização.

Em termos gerais, o argumento econômico em favor das Cláusulas Gerais é de que normas mais vagas e abertas são mais eficientes do que normas mais precisas e específicas. Assim, Cláusulas Gerais como a boa-fé objetiva seriam capazes de reduzir os custos de transação, possibilitando as partes economizar no momento de elaboração do contrato ao não ter de especificar todos os termos, alocando os riscos para o futuro. Nessa hipótese, assume-se que os custos de especificação na elaboração do contrato são muito altos e a probabilidade de ocorrência de contingência é baixa. Desse modo, um possível evento imprevisível que suscite uma revisão contratual é mais eficientemente resolvido se for possível ser aplicada uma Cláusula Geral aberta como a boa-fé objetiva.

Diversamente, os argumentos econômicos contrários à boa-fé objetiva enfatizam a incerteza e não clareza que pode ter lugar a partir da aplicação de Cláusulas Gerais abertas como a boa-fé. A Cláusula Geral é entendida como ineficiente na medida em que abre a porta para um ativismo judicial arbitrário, aumentando a insegurança jurídica. Previsões legais e contratuais menos claras e mais vagas desencorajam o investimento. Ademais, o perigo dos Tribunais realizarem uma aplicação equivocada de uma Cláusula Geral como a boa-fé objetiva multiplica os custos para a celebração de contratos futuros. Outro efeito pode ser

¹⁸³ MACKAAY, Ejan & Leblanc, Viollete. The Law and Economics of Good Faith in the Civil Law of Contract. In: **European Law and Association Conference**, Nancy, p. 9, sep. 2008.

percebido: normas abertas e Cláusulas Gerais podem induzir a uma maior informalidade que destrói o incentivo das partes em celebrar contratos em linguagem formal jurídica¹⁸⁴.

Ao se investigar a função econômica da Boa-fé Objetiva, procurou-se descobrir características práticas para agregar conteúdo à finalidade normativa dessa Cláusula Geral, que envolve essencialmente a proteção jurídica da confiança para incentivar a cooperação¹⁸⁵. Observou-se como esse instituto jurídico da boa-fé exerce um papel determinante no comportamento dos indivíduos, lubrificando a relação obrigacional, para um resultado que seja de ganha-ganha para todos envolvidos. O método da análise econômica da teoria dos jogos permite visualizar esse potencial resultado (ganha-ganha, ,perde-ganha, ganha-perde, perde-perde) ao demonstrar que em um contexto de assimetria de informação¹⁸⁶, em que as partes não confiam uma nas outras, a estratégia dominante da escolha racional é a deserção (não-cooperação), em que todos perdem. Se não houver um instituto jurídico para proteger e incentivar a cooperação nos contratos, essa não vai acontecer naturalmente, pois na lógica do homem do estado de natureza, o comportamento oportunista acaba sendo a estratégia calculada pela mente egoísta maximizadora do interesse.

Na análise, foram identificadas duas importantes características práticas da Cláusula Geral da Boa-fé que coincidem com o propósito último do Direito Contratual, na perspectiva

¹⁸⁴ AUER, Marietta. **The Structure of Good Faith**. A Comparative Study of Good Faith Arguments, p. 61, nov. 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=945594>. Acesso em: 23 abr. 2010

¹⁸⁵ Observa-se nesse ponto a fertilidade da análise econômica no estudo da boa-fé, pois a finalidade econômica converge com a jurídica “..l’espirit de coopération indispensable à l’efficacité économique. GHESTIN, Jacques. L’Analyse Économique de la Clause Générale. *In: General Clause and Standards in European Contract Law*. The Hague: Kluwer Law International, 2006, p. 177.

¹⁸⁶ A assimetria de informação é considerada uma falha de mercado grave. O dilema do prisioneiro é um exemplo clássico para demonstrar que em um contexto de desconfiança (assimetria de informação), a estratégia racional dominante é a não-cooperação, quando na prática a cooperação era a escolha que iria trazer o resultado mais benéfico para todos. Esse conceito de teoria dos jogos não-cooperativo será melhor trabalhado no tópico seguinte.

da análise econômica neoinstitucionalista¹⁸⁷ – a redução dos custos de transação e inibição do comportamento oportunista.

Assim, a Cláusula Geral da boa-fé pode ser um eficiente instrumento jurídico para economicamente incentivar a cooperação entre pessoas que não se conhecem, reduzindo os custos de transação. O desenvolvimento econômico que incentivará a inovação e a redução da pobreza das nações precisa de uma cooperação em larga escala para envolver desconhecidos nas relações contratuais. Sem uma eficiente proteção jurídica da confiança a partir da Cláusula Geral da boa-fé, o resultado socialmente produtivo não tem lugar¹⁸⁸. Por isso, uma norma aberta como a boa-fé objetiva é um importante remédio jurídico para inibir o oportunismo. Comportamento oportunista não é um conceito unívoco da teoria econômica, mas está relacionado de modo mais amplo à ideia da escolha racional egoísta do homem no estado de natureza teorizado por Hobbes, em que o “homem é lobo do próprio homem”. É esse conceito que interessa para a pesquisa da função econômica da Cláusula Geral da Boa-fé. Essa lógica será trabalhada no tópico seguinte. Além dessa perspectiva hobessiana, é possível encontrar na análise econômica a associação do comportamento oportunista com conotações específicas, que resultam em ineficiência, a citar: *free rider* (caroneiro), *hold-out* (baluarte), *moral hazard* (risco moral), *adverse selection* (seleção adversa), *agency problem* (problema principal-agente), *hold-up* dentre outros.

¹⁸⁷ A escolar da nova economia institucional, inaugurada pelo Prêmio Nobel Ronald Coase, se opõe à teoria econômica clássica, que se preocupa em estudar o mercado como se as transações ocorressem sem atrito, pouco desenvolvendo atenção para os conceitos como custos de transação e oportunismo. Williamson um dos integrantes da escola da nova economia institucional e discípulo de Coase define oportunismo no contexto dos contratos incompletos, como sendo a busca do interesse pessoal como um elemento de engano “By opportunism I mean self interest seeking with guile. This includes, but is scarcely limited, to more blatant forms, such as lying, stealing, and cheating. Opportunism more often involves subtle forms of deceit. Both active and passive forms and both ex ante and ex post types are included.” Cf. WILLIAMSON, Oliver. **Economic Institutions of Capitalism: Firms, Market and Relational Contract**. Free Press, 1985. p. 47.

¹⁸⁸ COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans Bernd. **Solomon’s Knot: How Law Can End the Poverty of Nations**. Chapter 1, 2009 p. 90.

A proteção da confiança a partir do instituto jurídico da boa-fé objetiva é também apontado por Schäfer e Ott¹⁸⁹ como relevante, especialmente em contextos econômicos em que há falha de mercado, como os resultantes da assimetria de informação. Recupera-se aqui a fertilidade do método econômico desenvolvido por Akerlof¹⁹⁰ em seu trabalho *Market of Lemons*, em que descobre e demonstra que na presença de informações assimétricas em relação à qualidade do objeto, as mercadorias de baixa qualidade (*lemons*) acabam expulsando do mercado as de boa qualidade. No exemplo por ele trabalhado, a desconfiança no mercado de carros usados (*lemons*) e o contexto de assimetria de informação entre comprador e vendedor criam incentivos para o comportamento oportunista que acaba expulsando os bons carros do mercado (resultado não socialmente produtivo). Essa foi a lógica descoberta e demonstrada por Akerlof¹⁹¹. A sua aplicação é potencialmente interessante para essa pesquisa por revelar um dado mais grave: em um contexto de assimetria de informação, o prêmio pelo comportamento oportunista é superior ao prêmio pelo comportamento baseado na boa-fé. Assim, esse método econômico dos *lemons* pode ser usado para explicar como comportamento desonestos tem expulsado comportamentos honestos no mercado. Akerlof reconhece esse fenômeno como um problema severo enfrentado pelos países subdesenvolvidos.

O comportamento oportunista encontrará terreno fértil nos contratos de troca diferida no tempo. Isso porque, se não houver confiança ou um instrumento jurídico que a garanta, a parte que cumpre primeiro sua obrigação pode sofrer a defecção da outra parte que irá cumprir sua obrigação no futuro. Isso pode acontecer, por exemplo, em um contrato de

¹⁸⁹ Cf. SCHÄFER, Hans-Bernd & OTT, Claus. **The economic analysis of civil Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2004.

¹⁹⁰ AKERLOF, George A. The Market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. **Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, p. 490, 1970.

¹⁹¹ AKERLOF, George A. The Market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. **Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, p. 490, 1970.

empréstimo, em que as prestações não são simultâneas. Direito Contratual é assim necessário para mitigar o risco de defecção e induzir a cooperação das partes que integram o contrato.

De acordo com Trebilcock¹⁹², o Direito Contratual na análise econômica deve (i) desempenhar um importante papel na prevenção do comportamento oportunista em acordos de cumprimento não simultâneo; (ii) economizar os custos de transação; (iii) preencher eficientemente as lacunas dos contratos incompletos; (iv) distinguir e garantir o cumprimento eficiente dos contratos. Essas finalidades poderiam ser observadas pela doutrina e jurisprudência para aprimorar a técnica de concretização do conteúdo da Cláusula Geral.

Segundo Schäfer e Ott¹⁹³, quatro condições econômicas alertam para a necessidade de uma concretização jurídica eficiente da Boa-fé objetiva. A Boa-fé exercerá um papel proeminente especialmente quando: 1. os custos de informação forem assimétricos; 2. a informação for socialmente produtiva; 3. existir um *premium* da Boa-fé; 4. existir a possibilidade de *premium* de comportamento oportunista.

A aplicação da Boa-fé objetiva, atenta aos efeitos práticos, contribui para redução dos custos de transação e para a inibição do comportamento oportunista, com o prêmio pela cooperação. Para um resultado socialmente produtivo, os Tribunais deveriam preencher as lacunas do contrato, com a Cláusula Geral da Boa-fé, alocando o risco para a parte que tem menos custos para evitá-lo (*cheapest cost avoider*), como se o contrato pudesse ter sido plenamente especificado pelas partes *ex ante*, imaginando-se um contexto ideal em que não houvesse custos de transação (*fully specified contract*).

Assim, a Cláusula geral também poderia reduzir concretamente o oportunismo na fase pré-contratual ao estabelecer regras de dever de informação que sejam socialmente produtivas. Os custos de oportunismo pós-contratual, por sua vez, pode ser mitigado pela aplicação da boa-fé objetiva para que os Tribunais criem regras para proteger as partes contra

¹⁹² TREBILCOCK, Michael J. **The Limits of Contract**. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 16.

¹⁹³ SCHÄFER, Hans-Bernd & OTT, Claus. **The economic analysis of civil Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 375.

a exploração oportunista após uma das partes ter realizado um elevado investimento específico que não pode ser compensado¹⁹⁴.

Observa-se, desse modo, que um sistema jurídico que cria incentivos para premiar a aplicação eficiente do *standard* da boa-fé objetiva, colabora para uma maior cooperação nas relações contratuais, desestimulando comportamentos oportunistas. Por outro lado, se o modo de aplicar o *standard* da boa-fé objetiva pelos Tribunais desvia-se da eficiência e premia o comportamento oportunista, esta cláusula geral transforma-se em uma porta aberta para a insegurança jurídica, instabilidade e descrença nas instituições jurídicas.

A grande questão está em saber se os Tribunais, na prática, estão premiando os comportamentos oportunistas e, conseqüentemente, desvirtuando a contribuição que o *standard* da boa-fé objetiva pode proporcionar. Essa é uma importante consideração de cunho pragmatista que aplicação da teoria da análise econômica na avaliação das regras e *standards* pode ensejar.

3.5 A cooperação na racionalidade hobbesiana e a sua funcionalidade na Análise Econômica da Cláusula Geral.

Esse tópico investiga a contribuição da racionalidade hobbesiana, aproveitada como método da análise econômica da teoria dos jogos (dilema do prisioneiro), para compreender os incentivos do comportamento oportunista, que resultam em prejuízos para a sociedade. A funcionalidade econômica da Cláusula Geral da boa-fé está diretamente relacionada com a

¹⁹⁴ SCHÄFER, Hans-Bernd & OTT, Claus. **The economic analysis of civil Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 342.

compreensão do resultado não-cooperativo em um contexto de assimetria de informação (desconfiança do estado de natureza hobbesiano).

Interessa observar que Hobbes inaugura uma razão calculante¹⁹⁵, no sentido de uma razão instrumental, na qual o homem é capaz de analisar e formular estratégias tendo em vista o objetivo da auto-preservação da vida. Esse cenário esboçado por Hobbes em sua filosofia política passou, no século XX, a ser descrito de maneira formal por matemáticos e economistas em modelos de jogos. Tem-se a contribuição hobbesiana como primeiro pensador a notar as dificuldades que o comportamento racional acarreta, as quais são hoje expressadas em problemas de teoria dos jogos do tipo o dilema do prisioneiro.

Importante, assim, resgatar o pensamento de Hobbes. Antes de fazer a correlação de sua racionalidade com a teoria dos jogos, importa destacar que na teoria do contrato social de Hobbes, o Estado hobbesiano (Leviatã) e o estado de natureza hobbesiano são situações distintas, momentos distintos do jogo. No primeiro, tem-se o estado de paz, garantido pelo centro coercitivo no Estado criado por Hobbes, enquanto que no segundo tem-se o estado de guerra de todos contra todos, reflexo da condição humana¹⁹⁶. A criação do Leviatã é a solução desenvolvida por Hobbes frente ao problema da não cooperação (homem lobo do próprio homem) no estado de natureza pensado por ele, o qual é a mesma lógica do “dilema do prisioneiro”, teorizado pela matemática.

A narrativa do dilema do prisioneiro foi apresentada na década de 50 por Albert W. Tucker da seguinte forma:

Dois homens são levados até a prisão por terem cometido um crime grave. O delegado, no entanto, não pode atribuir culpa a um ou outro sem ao menos um deles confessar o crime, pois não existem provas, mas só indícios contra eles. Dessa sorte, encontrando-se os suspeitos em celas isoladas e tomando como o pressuposto de que os indiciados se comportam a partir de uma racionalidade egoísta, o delegado

¹⁹⁵ CRUSIUS, Carlos Augustos. **O estado de natureza, em Hobbes, e o “dilema do prisioneiro”**. Programa de Pós-Graduação em Economia – UFRGS. Porto Alegre: UFRGS/PPGE/IEPE, 1996. p.1. A idéia de razão calculante em Hobbes é creditada pelo autor às aulas do Prof. Dr. Balthazar Barbosa Filho do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da UFRGS.

¹⁹⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. Alex Marins. Martin Claret: São Paulo, 2003. cap. 14. p. 101.

oferece a cada um deles a oportunidade de confessar o crime ou ficar calado. No caso de um dos suspeitos denunciar o comparsa e outro ficar calado, o denunciante obterá a liberdade, por colaborar com a justiça, enquanto seu colega arcará sozinho com a pena máxima de 10 anos. Se ambos ficassem em silêncio, pegariam uma sentença mais branda de 2 anos pelo crime leve que os levaram à prisão em flagrante. Diversamente, caso os dois se delatem mutuamente serão punidos com uma mesma condenação: menor do que a máxima, mas maior do que a pena leve, ou seja, 6 anos.¹⁹⁷

Nesse jogo há duas estratégias disponíveis: cooperação (permanecer em silêncio) ou deserção (denunciar o outro prisioneiro pelo crime). A tendência é cada um delatar o comparsa, pois um não confia no outro e cada qual se antecipa procurando garantir o ganho maior, a sua liberdade. A estratégia dominante de cada prisioneiro, então, é a de não cooperação. O resultado, no entanto, da combinação de tal ação racional de cada um é negativo para os dois, pois ambos acabam tendo de ir a prisão por 6 anos.

Veja no diagrama abaixo a representação desse jogo dilema do prisioneiro, com os respectivos *payoffs*, resultantes dessa interação em um contexto de desconfiança (assimetria de informação):

		Prisioneiro 1	
		Em silêncio	Delatar o comparsa
Prisioneiro 2	Em silêncio	2 anos , 2 anos	10 anos, Liberdade
	Delatar o comparsa	Liberdade, 10 anos	6 anos , 6 anos *

Mudando a narrativa, mas mantendo-se a forma do raciocínio apresentado, vê-se que o dilema do prisioneiro é uma reprodução das implicações decorrentes do estado de natureza

¹⁹⁷ BAIRD, Douglas G. at all. **Game Theory and the Law**. Harvard University Press: Massachusetts, 1998. p. 33.

Essa matriz informa os possíveis resultados da interação estratégica entre os prisioneiros. O resultado destacado com asterisco de 6 anos de prisão para o *Prisioneiro 1*, bem como 6 anos para o *Prisioneiro 2* é fruto da estratégia racional de cada um delatar o outro.

humano tratado por Hobbes no século XVII. Mais do que uma simples aplicação do pensamento hobbesiano, os estudos em teoria dos jogos no que pertine ao jogo simples do dilema do prisioneiro vieram a demonstrar a correção da racionalidade desenvolvida pelo filósofo e a atualidade de sua obra.

Assim, no jogo do estado de natureza hobbesiano o objetivo é garantir a conservação da vida¹⁹⁸. A racionalidade de um homem X em relação a outro homem Y, ou o resto do mundo, é representada pela desconfiança. Isso porque sendo os homens iguais por natureza, se dois homens desejam a mesma coisa, como é impossível que ela seja gozada pelos dois ao mesmo tempo eles se tornam inimigos e um se esforça em destruir o outro¹⁹⁹.

Interessante esta passagem de Hobbes que trata do conflito entre 2 (dois) homens pois isso representa os dois jogadores que estão no modelo formal do dilema do prisioneiro. E a racionalidade que informa a ação desses homens é a desconfiança, sendo a antecipação a maneira mais razoável de se garantir contra a astúcia ou força do outro²⁰⁰.

Essa ideia trazida por Hobbes é a exata racionalidade usada na teoria dos jogos. Como os dois prisioneiros que estão isolados e não possuem informação sobre a decisão do outro, o homem hobbesiano desconfia do outro e não sabe a efetiva opção do adversário. Dessa sorte, desconhecendo se o outro é ou não uma ameaça que pode ou não o atacar, o mais razoável é se antecipar e atacar primeiro. Tem-se que a estratégia dominante na racionalidade hobbesiana é a não cooperação.

Hobbes rompe, assim, com a racionalidade aristotélica, segundo o qual o homem seria um *zoon politikon*, sociável por natureza. Doutra sorte, a racionalidade que informa a ação é a suspeita razoável em relação ao outro. Da natureza humana emanam as três principais causas principais de discórdia – a competição, a desconfiança e a glória²⁰¹.

¹⁹⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. Alex Marins. Martin Claret: São Paulo, 2003. cap. 13. p. 97.

¹⁹⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. Alex Marins. Martin Claret: São Paulo, 2003. cap. 13. p. 96.

²⁰⁰ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. Alex Marins. Martin Claret: São Paulo, 2003. cap. 13. p. 97.

²⁰¹ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. Alex Marins. Martin Claret: São Paulo, 2003. cap. 13. p. 97.

O resultado do jogo no estado de natureza hobbesiano é o ataque e a destruição de um contra os outros. O perigo da morte violenta faz com que cada um se antecipe. A racionalidade hobbesiana adota o critério *maxmin*²⁰², ou seja, é tomada como preferível a alternativa que gere o máximo dos mínimos entre os resultados possíveis. O *maxmin* em teoria dos jogos representa exatamente a estratégias dominante dos jogadores, que no dilema hobbesiano é a atitude de não cooperar.

Essa estratégia dominante pode ser decomposta da seguinte forma: se X escolher por cooperar, o pior que pode acontecer é Y não cooperar, resultando na derrota de X em preservar sua vida. Caso X decida por não colaborar o pior que lhe pode ocorrer é Y também não cooperar e ambos viverem o estado de guerra. Neste sentido, o pior que se mostra menos desfavorável é não cooperar. Tem-se aqui o pressuposto da assimetria de informação (desconfiança) de que um não pode conhecer com segurança a escolha do outro. Em Hobbes “todo homem é opaco aos olhos de seus semelhantes”.²⁰³

A racionalidade da lógica hobbesiano poderia ser compreendida no jogo desenhado abaixo elaborado, com os respectivos *payoffs* (ganha, ganha), (perde, ganha), (ganha, perde), (perde, perde):

		Ação de Y	
		Colabora	Não colabora
Ação de X	Colabora	X ganha, Y ganha (Leviatã)	X perde, Y ganha

²⁰² CRUSIUS, Carlos Augustos. **O estado de natureza, em Hobbes, e o “dilema do prisioneiro”**. Porto Alegre: UFRGS/PPGE/IEPE, 1996. p. 6.

²⁰³ RIBEIRO, Renato Janine. Hobbes: o medo e a esperança. In: WEFFORT, F.C. (Org.). **Os clássicos da Política**. v.1. p. 55.

Não colabora	X ganha, Y perde	X perde , Y perde (Guerra Civil)
---------------------	------------------	-------------------------------------

Como se observa no quadro, da combinação da ação racional de X com a ação racional de Y, tem-se o seguinte resultado: estado de guerra de todos contra todos. Isso porque segundo a racionalidade hobbesiana a estratégia preferível pelos atores sociais é não cooperar, ou seja, atacar o adversário. No estado de natureza, há o medo de um matar o outro e o homem vive em constante rivalidade, com as armas apontadas e cada um de olhos fixos nos outros²⁰⁴.

Tem-se, assim, que as escolhas racionais individuais conduzem a um resultado negativo e nefasto, que contraria o objetivo de preservação da própria vida, qual seja: ao estado de guerra civil.

A solução de Hobbes para este problema é todos adotarem a estratégia racional de colaborar, mas isso só se mostra possível com a instituição do Estado hobbesiano, e a renúncia coletiva ao direito de natureza. Não se logra a cooperação espontaneamente, sendo indispensável a existência de um poder coercitivo para refrear a ambição, a avareza, a cólera e outras paixões dos homens. Sem um Estado civil, não haveria garantia de um que cumprisse primeiro o contrato, tivesse este também cumprido pelo segundo. Imprescindível um poder comum acima dos contratantes²⁰⁵.

Os homens criam, assim, um homem artificial ao qual chamam de Estado – Leviatã – para conseguir a paz e, assim, sua própria conservação²⁰⁶. É realizado, dessa forma, um pacto *sui generis*, da qual o soberano não participa. Em nome de sua segurança, os súditos é que realizam o contrato entre si, concedendo poderes ilimitados ao soberano, a quem devem

²⁰⁴ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. Alex Marins. Martin Claret: São Paulo, 2003. cap. 13. p. 99.

²⁰⁵ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. Alex Marins. Martin Claret: São Paulo, 2003. cap. 14. p. 106.

²⁰⁶ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. Alex Marins. Martin Claret: São Paulo, 2003. cap. 21. p.159.

obediência. Renunciam ao seu direito de proteger a própria vida, pois que este conduziria a guerra de todos contra todos.

Pontue-se que a obediência ao soberano só tem razão de ser na medida em que este logre atender o fim para o qual foi instituído – a preservação da vida dos súditos. Ninguém pode renunciar o seu direito de evitar a morte. Aí está a liberdade do súdito, pois apesar de confiarem ao soberano um poder ilimitado, na qual todas as ações são autorizadas, este não pode se furtar ao fim para o qual foi criado – garantir a paz e a segurança dos súditos; caso contrário, a obediência não lhe é devida²⁰⁷.

É admirável a construção argumentativa de Hobbes em torno da proteção à vida e do *salus populis*, como em passagens onde o filósofo legitima as ações em estado de necessidade, na qual o soberano não está lá para proteger o súdito, subsistindo o direito de resistir à violência e a busca a própria preservação²⁰⁸. Outro caso, que causa estranhamento aos olhos atuais, é a legitimação do crime famélico no Estado hobbesiano. Se alguém se vê privado do alimento e não o consegue por caridade ou porque não tem dinheiro para adquiri-lo, desculpado está aquele que o arranca das mãos de outrem, pois que tal atitude se faz necessário à preservação de sua vida²⁰⁹.

Pode-se concluir, assim, que a criação do Estado soberano – Leviatã seria, no dizer da teoria dos jogos, a solução ótima para o dilema hobbesiano do prisioneiro? O pressuposto da racionalidade egoística conduziria inevitavelmente a não cooperação e a estado de guerra civil?

Na análise do jogo do dilema do prisioneiro simples a resposta seria afirmativa, mas no caso de realizarem múltiplas rodadas, ou melhor, “super jogos”, onde o jogo hobbesiano se reproduza várias vezes?

²⁰⁷ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. Alex Marins. Martin Claret: São Paulo, 2003. cap. 21. p. 164.

²⁰⁸ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. Alex Marins. Martin Claret: São Paulo, 2003. cap. 27. p. 220.

²⁰⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Trad. Alex Marins. Martin Claret: São Paulo, 2003. cap. 27. p. 222.

Esse foi o questionamento lançado contemporaneamente por Axerold²¹⁰. Ele contesta a racionalidade hobbesiana, ao demonstrar que repetições do dilema hobbesiano do prisioneiro tendem a conduzir espontaneamente à cooperação. Para este autor a cooperação na ausência do Leviatã é possível, pois em “super jogos” surge o aspecto comunicacional ausente numa única rodada, proporcionando uma situação de possível diálogo tácito entre os jogadores, em que “a sombra do futuro garante a base da cooperação, mesmo entre egoístas”.

Não obstante seja válida a contribuição de Axelrod trazida na teoria dos jogos, deve-se atentar para o fato que na lógica hobbesiana o jogo não é reproduzível entre o mesmo par de jogadores. Veja-se que numa primeira rodada a racionalidade hobbesiana que informa a ação dos homens conduz ao estado de guerra. Desse modo, falhando-se na preservação da vida, uma segunda rodada entre os mesmos jogadores não é mais possível, pois pelo menos uma deles sucumbiu e a aprendizagem para cooperação através de jogos múltiplos não se sustenta.

Esse resultado inexorável da “não cooperação” na racionalidade do homem mau foi mitigada na edição inglesa do Leviatã publicada em 1951, capítulo XV, na qual Hobbes aconselhou aos tolos que o racional para aquele que estivesse na segunda posição era executar o contrato. Dessa sorte, a reputação seria forte o suficiente para garantir a realização do contrato, tendo em vista a repetição dos jogos e a conclusão para se chegar ao Leviatã estaria fragilizada. Na edição de 1668 em latim do Leviatã, Hobbes parece reconhecer o perigo que a reputação representava na sua teoria e corrige o seu conselho aos tolos, esclarecendo que conselho é dirigido a alguém que já se encontra numa sociedade com o soberano constituído e não no estado de natureza.²¹¹

A partir da investigação da racionalidade hobbesiana, com o auxílio da teoria dos jogos da análise econômica, pode-se concluir o seguinte para o Direito:

²¹⁰ “The shadow of the future provides the basis for cooperation, even among egoists.” AXEROLD, Robert. On six advances in Cooperation Theory. *Analyse & Kritik*. n. 22, p. 134, jul. 2000.

²¹¹ FERREJOHN, John; PASQUALE, Pasquino. A Teoria da Escolha Racional na Ciência Política: Conceitos de racionalidade em teoria política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 16. n. 45, p. 13-23.

Em um contexto em que as partes desconfiam uma das outras, ou seja, em que houver assimetria de informação, a estratégia racional dominante é a “não cooperação” (perde, perde) mesmo a cooperação sendo o melhor resultado para todos (ganha-ganha). O contrato social (Estado Leviatã) precisaria existir, enquanto instituição coercitiva, para incentivar a cooperação que não acontece espontaneamente. Na abordagem jurídica, recupera-se a lógica de Hobbes para substituir o Leviatã pela a norma jurídica ou mesmo pelo contrato. Assim, a norma jurídica funcionaria de modo mais eficiente se for precisa para incentivar a cooperação, como era a cláusula do contrato social do Leviatã e tiver seu cumprimento (*enforcement*) garantido pelo Judiciário. Uma norma jurídica aberta ou cláusula geral só favoreceria a cooperação em um contexto em que não houvesse desconfiança entre as partes envolvidas. A cooperação poderia ter lugar espontaneamente em uma sociedade de elevado capital social²¹², em que as pessoas acreditam que as outras também vão cooperar.

Isso implica dizer que, em uma situação em que os indivíduos confiam uns nos outros, pode-se ganhar com a utilização de normas abertas e cláusulas gerais (o exemplo típico na doutrina econômica é o contrato entre amigos e pessoas próximas). Todavia, num contexto em há assimetria de informação entre desconhecidos ou entre pessoas que não confiam umas nas outras, regras mais precisas, com *enforcement* externo do Estado, funcionam mais eficientemente para se criar incentivos à cooperação.

No capítulo seguinte, esses instrumentos da análise econômica das regras e *standards* serão recuperados como método para verificar se a concretização judicial da Cláusula Geral da Boa-fé Objetiva no Brasil cumpriu a finalidade normativa para ao qual foi criada – proteger a confiança e incentivar a cooperação.

²¹² Esse é um conceito, que envolve o papel da cultura na análise da nova economia institucional a ser trabalhado no capítulo 3 para a investigação do real desenho institucional da Boa-fé na prática judicial brasileira.

4 AS “REGRAS DO JOGO” DA CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA

4.1 Cláusula Geral e a qualidade do Ativismo Judicial na perspectiva do neoinstitucionalismo econômico.

Estudos comparados que avaliem o papel da abertura das cláusulas gerais como variável dependente relevante – *explanandum* – para compreensão da expansão do ativismo judicial e suas externalidades positivas e negativas ainda estão por se desenvolver na Análise Econômica do Direito. Pode-se afirmar que Hedemann foi o precursor nessa análise pragmática para o Direito, ao apontar os riscos de acomodação, da insegurança jurídica e da arbitrariedade judicial, relacionados com a abertura dada pelas Cláusulas Gerais²¹³. As pesquisas comparadas que investigam o fenômeno do crescimento da atuação do Poder Judiciário no mundo ocidental enumeram diversas causas como variáveis dependentes (democracia, direitos humanos no pós-guerra, direitos difusos e coletivos e constitucionalização dentre outros fatores), sem explorar o papel de normas jurídicas mais abertas ou mais precisas.

Segundo Anthony Pereira²¹⁴, ainda não existem estudos comparados sistematizados na Ciência Política voltados a estudar os diferentes regimes políticos e o sistema jurídico dos países, com a atenção para manipulação do Direito em períodos autoritários e democráticos. Nesse sentido, o sistema jurídico com normas jurídicas mais abertas pode funcionar bem em um regime democrático, como em um autoritário. Recuperando a analogia de Schäfer, anteriormente mencionada, a Cláusula Geral da boa-fé é como o melhor dos carros existentes,

²¹³ HEDEMANN, Justus Wilhelm. **Die Flucht in die Generalklauseln**: Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen: Verlag von J. C. Mohr Paul Siebeck, 1933.

²¹⁴ PEREIRA, Anthony W. **Political (In)Justice**: Authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile, and Argentina. Pittsburgh: University of Pittsburgh, 2005. p.5.

demandando o melhor dos motoristas para se chegar ao destino com segurança, ou, então, espere um acidente.

Interessa destacar que a expansão do Poder Judiciário não se deu de modo uniforme no mundo todo, assumindo características distintas em diferentes Estados. O caso da América Latina interessa pela sua peculiaridade e, em especial, o Brasil. São democracias recentes, muitas ainda em fase de consolidação, em que o abismo entre o Direito dos livros *law-in-books* e o Direito em funcionamento *law-in-action*²¹⁵ está presente. É nesse sentido que Stephen Holmes²¹⁶ admite a existência de um chamado *Rule by Law* (Estado apenas justificado pelo Direito) na América Latina em oposição ao conceito clássico de *Rule of Law* (Estado de Direito). As regras formais aparecem como uma casca a justificar o suposto cumprimento de uma regra que de fato é violada na sua essência.

A realidade brasileira é um tipo exemplar interessante da América Latina para avaliar os efeitos do uso inadvertido das cláusulas gerais pode acarretar em países de desigualdade social. Reflexões críticas como a de Adeodato²¹⁷ desmistificam a concepção idealizada de que o Judiciário teria a capacidade de resolver uma infinidade de demandas sociais, como fome, educação, previdência dentre outros. A análise do problema através da abordagem pragmática possibilita investigar as premissas que ficam ocultas na fundamentação legal das decisões do Judiciário.

Assim, a expansão do Poder Judiciário, favorecida a partir de 1988 com a redemocratização e a introdução de Cláusulas Gerais, não coincide necessariamente com a realização dos avanços sociais alegados pelos juízes em suas sentenças, sob a rubrica de Princípios, Cláusulas Gerais, Normas Abertas, dentre outros. Ao contrário, há fortes indícios

²¹⁵ As expressões Law-in-Action em oposição a Law-in-Books ficaram famosas com os escritos de Roscoe Pound, integrante do realismo jurídico norte-americano.

²¹⁶ Os processos de re-democratização recentes na América Latina foram capazes de criar um Estado de Direito que existe formalmente, mas não de fato. HOLMES, Stephen. **Lineages of the rule of law**. In: Democracy and the Rule of law. Cambridge, 2003. p.21.

²¹⁷ ADEODATO, João Maurício . **A retórica constitucional** - sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 147.

de terem sido produzidos efeitos adversos negativos que afetaram a própria credibilidade e legitimidade dos Tribunais face o uso indiscriminado e inadvertido de Cláusulas Gerais.

Têm lugar, então, questões como as que seguem. Como explicar o sucesso institucional da expansão de Judiciário que na Europa favoreceu o fortalecimento das relações jurídicas e garantiu o desenvolvimento? Por outro lado, como explicar o fracasso institucional verificado em boa parte dos países periféricos, onde o descompasso entre direito formal e o direito real acende a crise de legitimidade e a descrença no Poder Judiciário? Um dos fatores parece estar relacionado com o grau de maturidade institucional de cada Estado. Neste ponto, o neoinstitucionalismo histórico apresenta-se como fértil referencial teórico por resgatar o papel da cultura e história na investigação do real desempenho institucional. A fim de esclarecer o significado do ativismo judicial, explorado na pesquisa, é necessário diferenciar dois conceitos muito próximos que se confundem no estudo da expansão do Poder Judiciário. São eles: i. o ativismo judicial e ii. a judicialização da política.

Seguindo a linha distintiva elaborada por Maravall²¹⁸, o ativismo judicial (i) se verifica ora quando o Judiciário atua em matérias que originalmente estariam a cargo dos agentes políticos da administração e do parlamento; ora quando opera como árbitro em contendas tipicamente políticas que poderiam ser resolvidas em outras arenas decisórias, que não a judicial. Esta última atuação é mais acentuada quando o sistema político e a gestão do Estado se encontra fragmentada, indecisa ou congestionada. Já a judicialização da política (ii) se verifica quando os Tribunais se tornam atores-marionetes em estratégias políticas que procuram alterar as regras da competição democrática. Tais estratégias incluem o uso das cortes para criminalizar os adversários políticos. Este é um recurso que, ora é utilizado pela oposição, ora pelo governo.

²¹⁸ MARAVALL, José Maria. Rule of law as a Political Weapon. In: **Democracy and the rule of law**. New York University, 2003. p. 277

O tipo de expansão judicial objeto de investigação nesta pesquisa foi o relacionado ao conceito de ativismo judicial e não o da judicialização da política. A delimitação diz respeito também aos efeitos da aplicação das Cláusulas Gerais como uma porta aberta para o ativismo judicial²¹⁹. Importa observar que o papel das Cláusulas Gerais ainda é pouco desenvolvido pelos pesquisadores que se propuseram a categorizar as causas da crescente ampliação do Poder Judiciário recentemente, como se depreende do parágrafo abaixo.

Tate e Vallinder²²⁰ desenvolveram um estudo minucioso elencando alguns fatores que colaboraram para a expansão do Poder Judiciário no Ocidente. Os autores apontam as seguintes variáveis dependentes que explicam esta expansão: a) a democracia; b) a separação de poderes; c) a política de direitos, em que o direito de minorias encontra voz frente à supremacia da maioria; d) o uso dos tribunais pelos grupos de interesse, com percepção da potencialidade utilitária dos tribunais para a realização de seus objetivos; e) o uso dos tribunais pela oposição, especialmente quando se encontram impotentes para decidir as questões no parlamento porque são minoria. Recorrem com frequência ao judiciário a fim de frear, obstaculizar e até mesmo inviabilizar as alterações em curso; f) inefetividade das instituições majoritárias, verificada especialmente em situações de ingovernabilidade quando o executivo não possui capacidade de governar com a maioria do parlamento e a disputa acaba nos tribunais; g) percepções das instituições políticas, em situações de crise aguda de governabilidade; h) instituições majoritárias que delegam a matéria para ser decidida na arena judicial. É verificada em situações em que o custo político de uma decisão política é tão alto que é mais interessante transferir o debate para os tribunais, como a questão do aborto e células-tronco.

²¹⁹ZEITLER, Helge Elisabeth. Good Faith in WTO Jurisprudence: Necessary balancing element or an open door to judicial activism? *Journal of International Economic Law*, v. 8, n. 3, p. 721–758.

²²⁰TATE, N. e VALLINDER, T. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. p. 27-32.

De uma forma mais sistemática o ativismo judicial foi estudado por Hirschl²²¹. Seguindo sua classificação, a expansão do Poder Judiciário para áreas que antes eram restritas à atuação da Administração Pública e o Parlamento é explicada por teorias: i. funcionalistas, que estabelecem uma correlação necessária entre a consolidação da democracia e o ativismo judicial; ii. evolucionistas, que associam a expansão da atuação do Judiciário como um curso progressivo, resultado da nova e recente universal priorização dos direitos humanos após a II Guerra Mundial e a iii. neo-institucionalismo econômico, que percebe a intervenção judicial como mecanismo capaz de resolver problemas de ação coletiva, relativos ao cumprimento da lei, dos contratos; à redução das assimetria de informação; ao fortalecimento das garantias e maior confiança do investidor nas instituições.

A explicação ‘iii’ integra os estudos do neo-institucionalismo histórico que relaciona a expansão do Poder Judiciário na Europa com o momento de maturidade institucional, o qual possibilitou o crescimento econômico sustentável de longo prazo. O prêmio Nobel Douglass North²²² enfatiza o importante papel desempenhado pelos tribunais que tornaram possível o desenvolvimento em larga escala da Revolução Industrial no contexto europeu. Desse modo, o desenvolvimento nesses países se consolidou com a expansão do Poder Judiciário que garantia o cumprimento dos contratos e protegia as inovações tecnológicas, criando incentivos para a sociedade civil investir, inovar e se desenvolver mais. Em resumo, o judiciário interveio reduzindo os custos de transação e aumentando as relações de confiança entre os indivíduos. North alerta, todavia, sobre o diferente funcionamento dos mesmos institutos em outros Estados, especialmente os que integram o grupo dos periféricos e subdesenvolvidos.

²²¹ HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: The origins and the consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 31-43.

²²² NORTH, Douglass. **Institutions, Institutional Change and Economic performance**. 22. ed. New York: Cambridge University Press, 2006. p. 6.

Em oposição ao exemplo de sucesso institucional verificado na Europa, Prillaman²²³ vai enfatizar a questão do fracasso institucional na América Latina. A decadência e a crise do Judiciário são apontadas tendo em vista o enorme hiato existente entre o que está previsto na regra formal – desenho institucional formal²²⁴ – e o que acontece na realidade – a real performance dos Tribunais. A simples expansão da atuação do Poder Judiciário nas novas democracias não fornece nenhum dado concreto acerca da qualidade das decisões judiciais. É preciso, portanto, investigar a real performance dos Tribunais, levando-se em consideração o conjunto das consequências concebíveis e potenciais, no sentido empregado pelo Pragmatismo Filosófico de Peirce²²⁵.

Além dos fatores como democracia e reconhecimento dos direitos humanos, tradicionalmente apontados como causas que possibilitaram uma maior intervenção do Poder Judiciário, é preciso chamar a atenção para outro fator que tem colaborado e aberto o caminho para o ativismo judicial – as Cláusulas Gerais. A grande questão é: qual é a qualidade desse ativismo judicial decorrente da aplicação das Cláusulas Gerais? Quais são as externalidades positivas e negativas para a sociedade? Quais são seus custos e benefícios?

4.2 “Regras do jogo” para se investigar o real desenho institucional da Boa-fé Objetiva

A proposta metodológica da nova economia institucional para pesquisar o Direito converge com os objetivos da investigação pragmática dessa tese. Se o objetivo é investigar o real desenho institucional da Boa-fé objetiva como “law-in-action” (direito em ação), isso significa conhecer as “regras do jogo” , resultante da interação entre a formalidade e

²²³ PRILLAMAN, William C. **The Judiciary and Democratic Deacy in Latin America**. London: Praeger, 2000. p. 3

²²⁴ A denominação desenho institucional é a utilizada pelo neo-institucionalismo histórico inaugurado por Douglass North, prêmio Nobel de economia em 2003.

²²⁵ “Consider what effects, that might conceivably have practical bearings, we conceive the object of our conception to have” PEIRCE, Charles Sanders. How to make our ideas clear. *In: Philosophical writings of Peirce*. Org. Justus Buchler. New York: Dover Publication, 1955. p. 31

informalidade, que na prática criam incentivos para os indivíduos de comportarem de uma forma ou de outra. Essa concepção de instituições como sendo “regras do jogo” é dada pelo neoinstitucionalismo econômico, cuja história é relativamente recente, especialmente a partir dos anos 80, com destaque para a abertura de estudos interdisciplinares na área de sociologia, ciência política, economia, administração e história que resgatam a importância do estudo das instituições, dando-lhe nova significação. Essa abordagem foi reforçada nos anos 90, com prêmio Nobel atribuído a Ronald Coase (1991) e ao mais recentemente com a abordagem histórica e cultural do economista Douglass North (1993), que desenvolveu estudos na área.

Percebe-se de antemão que natureza interdisciplinar da análise neoinstitucional se coaduna com a proposta da Metodêutica da investigação científica em Peirce. Ao se procurar conceituar o que seja instituição se convive com um pluralismo teórico fornecido pelas diversas áreas do conhecimento. Mesmo em torno dessa multiplicidade, é possível identificar um ponto de convergência entre os doutrinadores das escolas da nova economia institucional²²⁶, qual seja: a definição de instituições como sendo as “regras do jogo” no ambiente estatal. Ao se falar em “regras do jogo” deve-se ter em consideração tanto as regras formais como as regras dadas pela informalidade, pois para se identificar a instituição o que interessa são as “regras do jogo” que operam na prática²²⁷.

Essa é uma das grandes contribuições de Douglass North. É a partir da interação entre as instituições formais e as instituições informais que poderemos identificar o que é a instituição efetivamente. A informalidade vai representar a consideração dos elementos culturais que podem reforçar positivamente o desenho institucional formal (e.g. redes de cooperação comunitárias que convergem espontaneamente para a realização do interesse

²²⁶ Há pelo menos três versões do neoinstitucionalismo enquanto escola de pesquisa: o neoinstitucionalismo histórico, o da escolha racional e o sociológico. HALL, Peter A. e TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. *Lua Nova*, n. 58. p. 197, 2003.

²²⁷ NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic performance*. 22. ed. New York: Cambridge University Press, 2006.

público), como também podem esfacelar e até mesmo competir negativamente com instituição formal (e.g. clientelismo e paroquianismo que aflui para a realização do interessa particular, privado)

Adiante-se neste momento que instituições informais não se confundem com instituições fracas²²⁸. O fato de a instituição ser forte ou fraca diz respeito a uma relação de correspondência com a finalidade ao qual se destina. No contexto das instituições estatais, cujo escopo é a promoção do interesse público, entende-se instituição fraca como sendo aquela que deixa de cumprir sua função, a exemplo de uma administração corrupta e ineficiente.

Ademais, poderemos encontrar instituições informais fortes que exercem um importante papel de “regras do jogo” estimulando a cooperação positiva entre os indivíduos e criando redes de confiança que aumentem a capacidade institucional do Estado e diminuem os custos de transação. De outra parte, poderemos verificar a existência de instituições informais fortes que competem com instituições formais do Estado, enfraquecendo-o (e.g. o crime organizado que impõe regras de comportamento que passam a valer para um grupo de indivíduos que a eles se submetem). Por último, pode haver ainda instituições informais fracas que não interferem e não tem o poder de influenciar na definição das “regras do jogo” estatal.

Desse modo, a relação entre instituição e indivíduo se dá da seguinte forma: As “regras do jogo”, ou melhor, as instituições, sejam elas formais ou informais, atuam constringendo os comportamentos dos indivíduos, ora criando incentivos para estimular determinado comportamento de cooperação em torno do bem comum, ora para desencorajar comportamentos que tragam resultados nocivos do ponto de vista coletivo. Da mesma forma que as instituições constringem as ações individuais, os indivíduos alimentam as instituições

²²⁸ HELMKE, Gretchen and Levitsky. **Informal institutions and Democracy**. John Hopkins University Press, Baltimore, 2006.

com interesses particulares, bem como valores culturais, influenciando na definição do desenho institucional e das “regras do jogo”.

A dificuldade de se capturar o que efetivamente são instituições é apontada por Douglass North, em especial no seu escrito recente de 2005 – “Understanding the Process of Economic Change”. Neste último trabalho, privilegia o enfoque no aspecto compreensivo (cognitivo), que reconhece não ter enfatizado em seus estudos anteriores. Em seus primeiros escritos a instituição é colocada no centro da compreensão econômica como as estruturas de incentivo da economia, sem considerar, todavia, o modo como os homens compreendem e agem sobre a compreensão da mudança na sociedade²²⁹. Ele aponta que a compreensão é o requisito necessário que se perde na maior parte dos modelos sobre mudança e desenvolvimento econômico. E ainda se está muito longe de se compreender esse processo.

North destaca que a utilização não crítica do pressuposto da racionalidade por muitos cientistas sociais está a bloquear o progresso na pesquisa futura. Aponta, ainda, que o pressuposto da racionalidade (escolha racional) não é equivocado, mas serve para analisar apenas alguns fenômenos específicos de modo simplificado. A consciência acerca disso é fundamental. Ele destaca que se deve descer mais a fundo no problema e se procurar compreender o processo cognitivo, o qual envolve a investigação dos sistemas de crenças e da cultura. Põe sua questão nos seguintes termos: como as crenças individuais relacionadas com o contexto social proveem uma série de mecanismos pela qual a cultura e instituições sociais entram mais diretamente na explicação da mudança econômica²³⁰.

²²⁹“ What I did not consider in earlier studies was the character of societal change and the way humans understand and act upon that understanding of societal change”. NORTH, Douglass. **Understanding the Process of Economic Change**. New Jersey: Princeton, 2005. p. 7.

²³⁰ O objeto dessa tese não é a mudança econômica, mas interessa a preocupação do neoinstitucionalismo de North com o aspecto cognitivo e a cultura. NORTH, Douglass. **Understanding the Process of Economic Change**. New Jersey: Princeton, 2005. p. 23.

A ideia de Daniel Etounga Manguelle “A cultura é a mãe e as instituições são os filhos”²³¹ aparece presente neste escrito de North. A cultura é colocada em destaque²³². Esta dá vida e alimenta os artefatos estruturais que formam as instituições e tem um papel essencial não apenas para modelar as escolhas individuais imediatas dos indivíduos na sociedade, mas também para prover pistas e auxiliar a compreensão da dinâmica do sucesso e do fracasso institucional em algumas sociedades no tempo. Segundo ele, quanto mais rico o contexto cultural em termos de proporcionar experimentação múltipla e competição criativa, maiores o sucesso da sobrevivência da sociedade²³³. Na essência, quanto mais os artefatos estruturais (instituições) estiverem fortalecidos pela herança cultural, maior a redução da incerteza na tomada de decisões ao longo do tempo.

O modo como se percebe o mundo e se constroem as explicações sobre este mundo envolve uma investigação acerca de como o pensamento funciona. E este não opera como um computador. O pensamento do indivíduo é o ponto de partida para se compreender as crenças e culturas sociais. Segundo North, é possível compreender questões que são suficientemente similares a outros eventos, porque reconhecidas pela experiência de cada um. De outra sorte, ideias que estão muito distantes da cultura na qual o indivíduo se insere não podem ser inseridas facilmente nessa cultura. As ideias só são reconhecidas se elas compartilham alguma coesão que não se afaste muito das normas que regem o comportamento dos indivíduos²³⁴.

²³¹ HARRISON, Lawrence; HUNTINGTON, Samuel. **A cultura importa**: os valores que definem o progresso humano. São Paulo: Record, 2002. p. 30.

²³² Pontue-se aqui que a expressão trazida de “a cultura mãe e as instituições são os filhos” não significa que se defenda uma causalidade linear nesse sentido. O pressuposto do novo institucionalismo é que o aspecto cultural alimenta a instituição e esta também seja por aquele alimentado. A frase é colocada como objetivo de enfatizar a importância da cultura nas análises institucionais. Como o próprio Putnam disse “o debate do tipo *ovo ou galinha* sobre cultura *versus* estrutura é essencialmente infrutífero” Segundo ele a maioria dos estudiosos isentos entende cultura e estrutura numa relação de mútuo reforço. PUTNAM, Robert D. **Comunidade e Democracia**: a experiência da Itália moderna. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: FGV, 2005. p. 190.

²³³ NORTH, Douglass. **Understanding the Process of Economic Change**. New Jersey: Princeton, 2005. p. 36.

²³⁴ NORTH, Douglass. **Understanding the Process of Economic Change**. New Jersey: Princeton, 2005. p. 27.

Assim, para capturar efetivamente o que seja instituição, é fundamental considerar o contexto sociocultural no qual se encontra inserido. A importação de instituições estrangeiras também é algo problemático. Podem ter formalmente o mesmo desenho institucional como no caso da Boa-fé Objetiva, inspirada no modelo de Cláusula Geral da Alemanha, mas assumem contornos distintos pelo modo como os indivíduos o compreendem e o percebem. A cultura e os valores sociais são relevantes na investigação dessa informalidade. O que importa para o novo institucionalismo, como método para essa tese, é investigar os desenhos institucionais reais e não simplesmente os aparentes.

A ideia de consciência é central na preocupação de North na relação entre cultura e instituições. A consciência possibilita expandir o potencial criativo do homem e em combinação com a cultura pode promover respostas produtivas para os problemas. O aumento da consciência pode conduzir os homens a um esforço mais elaborado para estruturar o ambiente em volta que torne possíveis formas de organização mais complexas e aprimoradas. Alerta, todavia, que nem sempre o resultado vai ser criativo ou produtivo²³⁵. Segundo North, às vezes o modo como a experiência interage com a consciência pode conduzir a instituições que resultem estagnadas, frustradas. O sucesso institucional depende desse fator consciência, em especial consciência dos custos que envolvem a concretização de normas jurídicas abertas.

A preocupação com aspecto cognitivo, compreensão acerca do que as instituições são efetivamente, é encontrada também no trabalho conjunto de North, Weingast e Wallis²³⁶. Entendem por instituição as regras do jogo e modelo de interação que governam e constroem as relações individuais. O maior problema está, todavia, em definir as regras sob os quais as pessoas interagem, o qual é extremamente difícil. Esse é o grande desafio do pesquisador que se propõe a estudar instituições. É complicado defini-la e identificá-la

²³⁵ NORTH, Douglass. **Understanding the Process of Economic Change**. New Jersey: Princeton, 2005. p. 44.

²³⁶ NORTH, Douglass; WALLIS, John Joseph; WEINGAST, Barry. A conceptual framework for interpreting recorded human history. In: **National bureau of economic research**. Cambridge, december 2006. p. 19. Disponível em: [Http://www.nber.org/papers/w12795](http://www.nber.org/papers/w12795). Acesso em: 30 maio 2007.

precisamente porque incluem normas escritas, convenções sociais, normas informais de comportamento, crenças compartilhadas.

O recurso, através da ilustração abaixo sobre a velocidade limite²³⁷, permite ter mais clara a definição que a instituição assume ao incorporar elementos complexos da informalidade, como valores e cultura.

Segundo North, Weingast e Wallis, a teoria econômica clássica pensava em instituições como constrangimento do comportamento individual como este operasse de modo individualizado (isolado). Nesses termos, a questão é assim posta: se a velocidade limite é 60 mph, com qual velocidade se deve dirigir? Para melhor compreender o papel das instituições para com o comportamento humano, todavia, há de se considerar que os indivíduos formam suas crenças e opiniões sobre como as outras pessoas vão se comportar. Ainda no mesmo exemplo, a questão seria melhor colocada nos seguintes termos: se o limite de velocidade é 60 mph, qual a velocidade que os outros motoristas devem adotar? Essa questão complexa sugere que instituições abarcam as regras formais (leis), normas informais de comportamento e crenças compartilhadas pelos indivíduos. Indivíduos numa mesma cultura retêm ideias comuns de como os outros indivíduos vão se comportar. A cultura envolve essas ideias sobre o comportamento humano, que são passadas em gerações sucessivas pela educação e experiência. Por esses fatores, não se pode esperar que a Cláusula Geral da Boa-fé funcione no Brasil igual na Alemanha.

Essas redes e laços de confiança, uma vez existentes, podem compor a norma ou convenção informal que constrange o comportamento dos indivíduos. Isso se associa à ideia de capital social já adiantada no final do tópico 2.5 sobre a lógica da cooperação. Capital Social tem seu sentido originalmente dado por Tocqueville para a democracia americana, o

²³⁷NORTH, Douglass; WALLIS, John Joseph; WEINGAST, Barry. A conceptual framework for interpreting recorded human history. In: **National bureau of economic research**. Cambridge, p. 20, dec. 2006. Disponível em: [Http://www.nber.org/papers/w12795](http://www.nber.org/papers/w12795). Acesso em: 30 maio 2007.

qual é aplicado por Putnam ao caso italiano: “Quanto mais elevado o nível de confiança numa comunidade, maior a probabilidade de haver cooperação”²³⁸. A confiança promove redes de cooperação e a própria cooperação gera confiança. Esse capital social atua, assim, como instituição informal. As pessoas confiam e acreditam que as outras vão cumprir a norma formal e tem incentivo para também cooperar.

Segundo Sthéfan Straub²³⁹ da Universidade de Edinburg o capital social é um arranjo institucional informal. Explica ele que o capital social é algo que gera externalidades positivas para os membros do grupo, através de normas compartilhadas (confiança, crença, valores) e afeta o comportamento dos indivíduos. Na perspectiva econômica da teoria dos jogos, o capital social garante um resultado cooperativo em que todos ganham (ganha-ganha). Esse papel poderia ser exercido pela boa-fé objetiva.

De modo diverso, se em outro contexto cultural diferenciado, as pessoas têm razões para desconfiar das outras e há a crença de que a maioria dos motoristas não vai cumprir a norma escrita precisa do limite de velocidade, o sistema de regras formais é não mais do que aparente. Segundo Gambetta, sem confiança é impossível se estabelecer um equilíbrio cooperativo²⁴⁰. Instituições formais não são capazes de por si só assegurar e induzir a cooperação entre os indivíduos, por mais sofisticado e eficiente que seja o desenho institucional tido em abstrato.

²³⁸ Segundo ele a acumulação de capital social (confiança, normas, cadeias de relações sociais) é uma das principais responsáveis pelos círculos virtuosos da Itália cívica.. PUTNAM, Robert D. **Comunidade e Democracia**: a experiência da Itália moderna. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: FGV, 2005. p. 180.

²³⁹ STRAUB, Sthéfan Coordination and institutions: A review of game-theoretic contributions. In: **ESNIE**, Corsica, 2007.

²⁴⁰ GAMBETTA, Diego. **The Sicilian Mafia**: the Business of private protection. Cambridge, MA: Harvard University press, 1993. p. 224. Apud ROTHSTEIN, Bo. **Social Traps and the problem of trust**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 6.

Bo Rothstein²⁴¹ cita, por exemplo, o caso estudado por Gambetta, em Palermo, na Itália, como uma situação na qual as instituições formais não são suficientes para induzir a cooperação. Nessa cidade foi criada uma instituição que iria trazer benefício para todos que cooperassem com a nova regra – foi desenvolvido um sistema central de rádio-táxi, para o qual o consumidor pudesse ligar e usufruir do serviço do táxi que estivesse mais próximo dele, economizando assim tempo. Os taxistas seriam beneficiados por pegarem mais corridas e rotas com percurso mais curto. O que aconteceu? Para auferir mais dinheiro os taxistas mentiram sobre o local em que se encontravam (perto ou longe de determinado ponto). Como os taxistas não confiavam uns nos outros, eles mentiam para a rádio-central dizendo: “já estou perto da esquina” para pegar mais corridas. A questão é que não havia evidência incontrovertida de que a maioria dos taxistas de fato violou a regra estabelecida, mas a crença da maioria deles de que maioria violava já foi suficiente para que eles não cooperassem. A ausência de confiança de um em relação aos outros conduziu a uma situação de perda-perda, mesmo eles sabendo que todos seriam beneficiados, se eles tivessem cooperado.

Essa situação no qual pessoas, grupos e organizações são incapazes de cooperar, em função de desconfiança mútua e falta de capital social, mesmo que a cooperação fosse beneficiar a todos, é denominada por Bo Rothstein de *social trap*, armadilha social; terminologia essa cunhada, pela primeira vez, em 1973, pelo psicólogo John Platt,. Isso significa que as pessoas só vão cooperar se elas acreditam e confiam que as outras também vão cooperar. O desenho institucional formal dado não é capaz de garantir, por si só, a cooperação.

²⁴¹ ROTHSTEIN, Bo. **Social Traps and the problem of trust**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 5-7.

Convém aqui explicar que em North e Weingast não é apropriado dizer que crenças são instituições²⁴². Coerente é dizer, segundo a metodologia por eles proposta, que crenças compartilhadas por um grupo podem fazer parte da estrutura institucional. Essas crenças compartilhadas podem modelar a informação que o grupo de pessoas tem sobre como as outras vão se comportar. É de se atentar que nem todas as crenças têm essa funcionalidade e, portanto, não tem sentido identificá-las como instituição, por não fazerem o papel de regras do jogo.

Lawrence Harisson na Introdução “Por que a cultura importa”²⁴³ destaca que a relação entre instituições e cultura é abordada repetidamente por Douglass North. Na sua obra “Institutions, Institutional Change and Economic Performance”, North já aponta as coações informais na evolução institucional como oriundas de informações transmitidas socialmente, parte da herança do que se chama de cultura – arcabouço conceitual para codificar e interpretar as informações que os sentidos apresentam no cérebro.

Inspirado na análise de North sobre a evolução divergente das colônias da Grã-Bretanha e da Espanha no Novo Mundo²⁴⁴, Lawrence Harisson põe a seguinte questão: “Por que a América Latina demorou mais de 150 anos para se chegar à democracia, especialmente considerando-se o fato de que a América Latina é um ramo do Ocidente?” Para Harisson, as

²⁴² NORTH, Douglass; WALLIS, John Joseph; WEINGAST, Barry. A conceptual framework for interpreting recorded human history. *In: National bureau of economic research*. Cambridge, p. 19, dec. 2006. Disponível em: [Http://www.nber.org/papers/w12795](http://www.nber.org/papers/w12795). Acesso em: 30 maio 2007.

²⁴³ HARRISON, Lawrence; HUNTINGTON, Samuel. **A cultura importa**: os valores que definem o progresso humano. São Paulo: Record, 2002. p. 30.

²⁴⁴ “No primeiro caso, desenvolveu-se um arcabouço institucional que permitiu o complexo intercâmbio impessoal necessário à estabilidade política e à captura de lucros potenciais da tecnologia moderna. No último, as relações personalistas ainda são a chave para a maior parte do intercâmbio político e econômico. Elas são consequência de um arcabouço institucional em desenvolvimento que não produz nem estabilidade política nem a realização consistente da tecnologia moderna.” North, Douglass *In: Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Apud. HARRISON, Lawrence; HUNTINGTON, Samuel. **A cultura importa**: os valores que definem o progresso humano. São Paulo: Record, 2002. p. 31.

ideias de North são pertinentes para se entender a fragilidade da experiência democrática na América Latina²⁴⁵.

Isso significa que a consideração da cultura importa para a compreensão das efetivas “regras do jogo” que definem o real desenho institucional, que na prática constroem o comportamento dos indivíduos.

Esse método é assim aplicado ao objeto de estudo dessa tese – A Cláusula Geral da Boa-fé Objetiva. Importa investigá-la não apenas tendo em consideração o seu desenho institucional dado formalmente pelo Código Civil (*law-in-books*), mas conhecer um pouco mais do desenho institucional real (*law-in-action*). A cultura, os valores sociais de confiança e/ou desconfiança exercem um papel fundamental na definição do real desenho institucional das Cláusulas Gerais no Brasil. Assim, é possível que a Cláusula Geral da Boa-fé objetiva tenha adquirido um significado novo no contexto cultural brasileiro, distanciando do conceito original pensado pelo sistema alemão. Para ilustrar essa hipótese, considere as palavras de um pesquisador como observador externo do contexto brasileiro: Nas palavras de Jan Peter Schmidt²⁴⁶:

[...] Não é de se surpreender quando, em um país com tamanhas desigualdades sociais como o Brasil, não se atribui prioritariamente ao direito a tarefa de proteger expectativas, mas, sim, de ajudar os socialmente desfavorecidos. [...]

Essa constatação acima motiva a pesquisa para uma breve investigação sobre o sentido que a Boa-fé objetiva adquiriu no sistema alemão, suas experiências positivas e negativas, para se identificando possíveis semelhanças e diferenças, lançar hipóteses sobre o modelo de boa-fé objetiva que está se desenhando no Brasil como a nova “regra do jogo”.

²⁴⁵HARRISON, Lawrence; HUNTINGTON, Samuel. **A cultura importa**: os valores que definem o progresso humano. São Paulo: Record, 2002. p. 30-32.

²⁴⁶SCHMIDT, Jan Peter. **Zivilrechtskodifikation in Brasilien**: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. p. 456-457.

4.3 A experiência alemã com a Cláusula Geral da Boa-fé Objetiva

4.3.1 Breve histórico do conceito

O grande debate alemão sobre a função das Cláusulas Gerais nos contratos surge com o art. 242 do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), o Código Civil Alemão de 1896. O referido artigo traz a previsão da boa-fé objetiva – *Treu und Glauben* – como uma Cláusula Geral a ser observada no Direito Contratual. Assim, a boa-fé é compreendida como uma norma aberta que compreende uma Cláusula Geral (*standard*) de conduta a que as partes estão sujeitas. Interessa destacar que a boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) não se confunde com a boa-fé subjetiva²⁴⁷ (*guter Glauben*), que está relacionada com a ideia de erro, ignorância. Somente a primeira tem natureza de norma aberta e Cláusula Geral²⁴⁸. O conceito de Boa-fé objetiva do sistema jurídico alemão é definido com clareza pelo professor português Menezes de Cordeiro, a quem Jan Peter Schmidt credita a melhor pesquisa histórica sobre o conceito da boa-fé no Direito alemão. Assim, nas palavras de Menezes de Cordeiro²⁴⁹, boa-fé como Cláusula Geral *Treu und Glauben*, ainda que tenha as suas raízes no direito romano *bona fides*, tem fundamentalmente um conteúdo tipicamente medieval (juramento de honra):

[...] Seja como for e ainda que tardiamente e ainda que tardiamente, a boa fé germânica relaciona-se com o “juramento de honra”. Apesar da existência documentada da “quebra da honra”, motivada não apenas pelo desrespeito do juramento de honra e a utilização da boa-fé germânica e a utilização da boa-fé germânica fora do conceito desse juramento, o contacto existiu e foi determinante: **a boa fé assumiria o conteúdo do juramento de honra, traduzido no dever de garantir a manutenção e o cumprimento da palavra dada.** Nessa linha evolutiva, a boa fé germânica traduziria, ainda, a **confiança** [...] (Grifos nossos)

²⁴⁷ A boa-fé subjetiva se refere “à convicção íntima do sujeito de que a sua conduta não lesa direito alheio” GOMES, Elena de Carvalho. Sobre a cláusula geral de boa-fé e sua abordagem por Pontes de Miranda no Tratado de Direito Privado. In: **ROMA E AMERICA DIRITTO ROMANO COMUNE**, Mucchi Editore, 35, 2014. p. 336.

²⁴⁸ ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. Good faith in European Contract Law: surveying the legal landscape. In: **Good Faith in European Contract Law**. Cambridge Press, p. 23, 2000.

²⁴⁹ MENEZES CORDEIRO, Antonio, **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 173.

Esse significado de cumprimento da palavra dada, proteção da confiança e cooperação estão relacionados com a funcionalidade econômica que é atribuída à boa-fé. Assim, a boa-fé objetiva germânica não se preocupa com os estados de ciência ou com a boa intenção (essa ideia é característica da boa-fé subjetiva); antes acentuando o ritual, o padrão social, a exterioridade (efeitos), ou na expressão de Menezes Cordeiro como “elemento afectivo exterior”²⁵⁰. As palavras *Treu* e *Glauben*, que exprimiam as ideias de crença, confiança, honra e lealdade à palavra dada, foram acopladas na criação da fórmula par *Treu und Glauben*. Interessa destacar que diferentemente da *bona fides* romana já usada pela jurisprudência alemã, a *Treu und Glauben* germânica nunca atingiu até a codificação do BGB em 1896 um emprego técnico jurídico²⁵¹. Esse dado trazido por Menezes de Cordeiro é importante para comparar com uma semelhança no sistema jurídico brasileiro, em que a boa-fé passou a ser aplicada como Cláusula Geral também somente após a sua codificação, em 1990, com o Código de Defesa do Consumidor e em 2002 com o novo Código Civil. A previsão da boa-fé no antigo Código Comercial 1850 e em outros instrumentos legais não imprimiu à boa-fé a natureza de Cláusula Geral, estando relacionado à boa-fé subjetiva (boa intenção do agente)²⁵².

No Brasil, Clovis Couto e Silva²⁵³ é pioneiro ao associar a *Treu und Glauben* alemã com mandamento de conduta para cooperação. Reconhece, todavia, que esse princípio não foi consagrado no Código Civil de 1916, como Cláusula Geral, como o fora no Código Civil alemão de 1896.

A novidade com a positivação do princípio *Treu und Glauben* no BGB da Alemanha foi percebida tanto com otimismo quanto com pessimismo. A lubrificação do direito como o

²⁵⁰ MENEZES CORDEIRO, Antonio, **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 162.

²⁵¹ MENEZES CORDEIRO, Antonio, **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 170.

²⁵² MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé como Modelo**: Uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale. p. 347-379.

²⁵³ COUTO e SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 33.

óleo social²⁵⁴ foi o *slogan* daqueles que defendiam os benefícios da aplicação das Cláusulas Gerais. De fato, o ambiente de industrialização do séc. XX demandava uma pressão por questões sociais. O episódio concreto reportado pela literatura como uma aplicação eficiente da Cláusula Geral da boa-fé objetiva diz respeito à revisão dos contratos que sofreram aumentos desproporcionais em função da inflação no período entre guerras²⁵⁵. Além deste exemplo, o período posterior à Segunda Guerra Mundial e a recente unificação alemã criaram um ambiente favorável para a aplicação da Cláusula Geral da boa-fé objetiva.

O risco e o medo de subversão na aplicação da Cláusula Geral também estiveram presentes na doutrina Alemã. Hedemann expressa esse sentimento ao escrever em 1933 *Die Flucht in die Generalklauseln – eine Gefahr für Recht und Staat*. Em português, “Fuga para as cláusulas gerais – um perigo para o Direito e Estado”. Hedemann alertou sobre o voo suicida que as Cláusulas Gerais possibilitariam. Ele destacou o problema do ativismo judicial decorrente da aplicação da Cláusula Geral e as possíveis injustiças e arbitrariedades que poderiam ser cometidas em consequência. As Cláusulas Gerais seriam também uma porta aberta para pressão política e uso ideológico do Direito²⁵⁶. A história alemã revela que essa preocupação se mostrou plausível, especialmente no período nazista quando juízes e Tribunais aplicaram a Boa-fé objetiva ideologicamente para prejudicar os judeus nas relações contratuais e com o Estado.

4.3.2 O trade-off entre o mergulho no óleo social e o voo suicida para as Cláusulas Gerais.

²⁵⁴ A expressão inglesa que remete ao slogan da época é ‘a drop of social oil’.

²⁵⁵ EBKE, F. Werner & STEINHAEUER, Bettina M. The Doctrine of Good Faith in German Contract Law. In: BEATSON; FRIEDMANN (Ed.). **Good Faith and Fault in Contract Law**. Oxford: Clarence Press, 1995. p. 183.

²⁵⁶ WIEACKER, Franz. **El Principio General de la Buena Fe**. Traduzido por J. Carro. Título original em alemão: Zur rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB. Madrid: Civitas, 1997. p. 29.

O título deste tópico é trazido intencionalmente para evidenciar o *trade-off* decorrente da decisão do órgão julgador em aplicar as Cláusulas Gerais. As terminologias são inspiradas em duas abordagens opostas pesquisadas na realidade alemã. Como mencionado anteriormente, a Alemanha, berço da doutrina sobre cláusulas gerais, vivenciou experiências positivas e negativas relacionadas ao uso das Cláusulas Gerais.

Nesse sentido, este trabalho entende que a boa-fé objetiva aprovada no art. 242 do Código Civil Alemão (BGB) de 1986, suscita o debate sobre duas questões fundamentais: i. a lubrificação do sistema jurídico pelo óleo social e ii. o voo suicida para as Cláusulas Gerais. Em razão de sua importância histórica, essas expressões foram dispostas de forma dicotômica para revelar o *trade-off* decorrente da escolha por um ou outro tipo de aplicação da boa-fé objetiva. A primeira expressão está associada a uma visão otimista em relação aos benefícios da aplicação judicial da Cláusula Geral da boa-fé objetiva; enquanto a segunda é associada com a versão pessimista que investiga os seus riscos e custos para a sociedade.

4.3.2.1 O otimismo do mergulho no óleo social

Auer²⁵⁷ menciona a expressão “o pingo do óleo social” como o *slogan* comumente usado na Alemanha para enfatizar o progresso e as vantagens que o uso de Cláusulas Gerais Morais como a boa-fé objetiva representaria para a lubrificação do sistema jurídico. O princípio formal clássico do *pacta sunt servanda*, segundo o qual o termo dos contratos não poderiam ser modificados, poderia ser mitigado com a introdução da Cláusula Geral da boa-fé objetiva. Ela funcionaria como uma válvula através do qual as demandas ético-sociais teriam lugar.

²⁵⁷ AUER, Marietta. **The Structure of Good Faith**. A Comparative Study of Good Faith Arguments, v. 17, p. 25, nov. 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=945594>. Acesso em: 23 abr. 2010

No estudo seminal publicado inicialmente em 1955, Wieacker²⁵⁸ interpretou o art. 242 do Código Civil Alemão, alertando sobre o exagerado entusiasmo com o princípio da Boa-fé objetiva percebido como então uma ferramenta jurídica hábil a depurar eticamente os contratos e solucionar o problema dos efeitos da crise econômica nos contratos. Wieacker tinha consciência da limitação que boa-fé objetiva em vista desses ambiciosos objetivos.

Por outro lado, o mesmo autor destaca os benefícios dessa cláusula geral para adaptar as obrigações jurídicas às mudanças sociais vivenciadas pelo Estado e pela sociedade. Do ponto de vista metodológico, representaria uma mudança de um modelo formalista positivista para uma abordagem mais contextualizada do Direito que favoreceu a Jurisprudência dos Interesses *Interessenjurisprudenz*. A Cláusula Geral da Boa-fé objetiva era vista como o instrumento jurídico mais adequado para resolver o problema de lacunas e superar a rigidez do ordenamento jurídico, preenchendo-o com soluções razoáveis e equitativas²⁵⁹.

A nova atmosfera da sociedade industrializada do século XX desencadeou uma crescente demanda por questões de natureza social. A ordem jurídica anterior não seria capaz de atender as novas pressões sociais que surgiam nas sociedades modernas do Ocidente. Nesse sentido, a boa-fé objetiva aparece como um remédio jurídico que possibilitaria a nova ordem jurídica receber o pingo do óleo social. Como a Cláusula Geral da boa-fé é possível se pensar na integração do ordenamento jurídico e questionar o dogma da completude. Os juízes e tribunais teriam, assim, o poder de ajustar os contratos, com a discricionariedade adequada tendo em consideração as vicissitudes da vida real.

O episódio concreto reportado na literatura como uma aplicação eficiente e benéfica da Cláusula Geral foi no período entre guerras (1920s) quando teve lugar uma hiperinflação²⁶⁰ na Alemanha. Após a primeira guerra mundial, esta hiperinflação causou um impacto

²⁵⁸ Cf. WIEACKER, Franz. **El Principio General de la Buena Fe**. Traduzido por J. Carro. Título original em alemão: Zur rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB. Madrid: Civitas, 1997. p. 29.

²⁵⁹ COLOMBO, Sylviane. **The Implications of Good Faith in culpa in contrahendo**. Juris Doctor Thesis. Supervisor: Anthony Kronman. Yale Law School, 1990. p. 68.

²⁶⁰ Fenômeno também reportado como *endogenous legal boom* pela literatura estrangeira.

desproporcional nos contratos de longo prazo, onerando demasiadamente uma das partes do contrato. A partir da aplicação da boa-fé objetiva, os contratos deixaram de ser cumpridos em termos literais para serem revisados a fim de incorporar o índice de inflação de modo a ajustar os preços a nova realidade econômica e social não prevista originalmente pelas partes. Nesse contexto, os devedores moveram ações judiciais contra os credores com a finalidade de adaptar as obrigações contratuais às novas circunstâncias. Os Tribunais decidiram pela aplicação da Cláusula Geral da boa-fé objetiva para restaurar o equilíbrio das promessas assumidas pelas partes²⁶¹.

Interessa observar, nessa fase, que o Judiciário alemão realizou uma revolução jurisprudencial que quantitativamente e qualitativamente ampliou o significado da boa-fé objetiva, criando as subcategorias de regras específicas como da “*culpa in contrahendo*”, “quebra da base do negócio jurídico”, “exercício inadmissível do direito”, dentre outros. Essa atividade foi exercida com clareza de critério, com a utilização do método do grupo de casos, gerando externalidade positivas com a concretização da Cláusula Geral da boa-fé objetiva. No caso da hiperinflação, os julgadores se limitaram²⁶² a mudar as regras do jogo apenas nos casos de extrema desproporção, que representavam os eventos que os devedores não poderiam controlar e estavam fora de sua esfera de influência. Nesse contexto, a aplicação da boa-fé se mostrou benéfica e eficiente.

O perigo que se identificou na pesquisa trazida para o contexto brasileiro está em, ao invés de haver a abertura para gota do óleo social lubrificante mencionado pela doutrina alemã, haver o risco de um mergulho profundo no óleo social que sufoca e afoga as relações jurídicas contratuais.

²⁶¹ PISTOR, Katharina. **Legal Grounds Rules in Coordinated and Liberal Market Economies**. ECGI - Law Working Paper n. 30, p. 15, 2005.

²⁶² EBKE, F. Werner & STEINHAEUER, Bettina M. The Doctrine of Good Faith in German Contract Law. *In*: BEATSON; FRIEDMANN (Ed.). **Good Faith and Fault in Contract Law**. Oxford: Clarence Press, 1995. p. 183.

O problema da abordagem otimista está em supervalorizar os benefícios da aplicação da Cláusula Geral da boa-fé e negligenciar seus custos sociais. O fascínio pelas Cláusulas Gerais como lubrificantes da ordem jurídica podem ofuscar o prejuízos decorrentes de seu uso inadvertido e inadequado.

4.3.2.2 *O Voo suicida para as Cláusulas Gerais*

Ao mesmo tempo em que a boa-fé objetiva fascinou alguns acadêmicos, ela também preocupou outros. O mais cético e crítico das Cláusulas Gerais, como mencionado antes, foi Hedemann que em 1933 publicou o livro “Voo para as cláusulas gerais – um perigo para o Direito e Estado”. O medo estava relacionado com a degeneração do Direito a partir da aplicação de normas jurídicas abertas como a Cláusula Geral da boa-fé objetiva. A crítica é dirigida ao risco do uso ideológico das Cláusulas Gerais, pois isso representaria uma porta aberta para a arbitrariedade judicial. Ademais, há uma preocupação sobre a possibilidade de maior influência política e pressão do Estado no processo de tomada de decisão através do uso das Cláusulas Gerais, especialmente em regimes totalitários.

Os três perigos são claramente relacionados por Hedemann²⁶³ como decorrentes da utilização da Cláusula Geral: 1. A acomodação mental, frivolidade (preguiça do julgador), 2. A insegurança jurídica e 3. A arbitrariedade judicial.

Em relação a essa primeira característica, Hedemann se incomoda com o novo esporte da atual geração de juízes de sua época – enfeitar decisões com “fórmulas salvadoras” da boa-fé objetiva, mesmo que a sentença tenha sido construída de forma meticulosa. Segundo ele, para as mentes mais fracas, pode soar tentador recorrer à cláusula geral para ser “mensageiro do pensamento estatal, bastião da ideologia” ou mesmo “supremo da representante da

²⁶³ HEDEMANN, Justus Wilhelm. **Die Flucht in die Generalklauseln**: Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen: Verlag von J. C. Mohr Paul Siebeck, 1933. p. 66.

justiça”. Ele mostra preocupação com o pesado abalo da fidelidade contratual. Para Hedemann, aliviar ou anular o contrato pela evocação da boa-fé objetiva colide com o próprio significado dessa Cláusula Geral. Assim, o juiz que acatou o afrouxamento ou a anulação do contrato, sob a égide de boa-fé objetiva, decidiu contra a própria boa-fé objetiva, num jogo de palavras. Segundo Hedemann, ninguém mais sabe o que é boa-fé objetiva. Tornou-se um conceito pseudo-ético, vazio de conteúdo, favorecendo a insegurança jurídica²⁶⁴.

Interessa aqui resgatar uma citação histórica de Hedemann para se compreender melhor a sua inquietação no período em que a Alemanha vivenciou intensamente a inundação de princípios, a fim de traçar alguma semelhança com o que hoje se vivencia no contexto brasileiro. Investigar essa experiência no direito comparado   relevante para inspirar hipóteses abdu ivas que possam antever potenciais consequências para o sistema jurídico nacional. Lembra Hedemann que, no ano de 1932, em reunião de uma grande Federa o da Indústria, expressamente organizada sob o título “Para a boa-fé objetiva”, o presidente da Sociedade de Advogados da Alemanha, presente como convidado, resumiu o que fora ouvido nas seguintes palavras: “A boa-fé objetiva ameaçada pela Lei e pelo Direito: **a mais terrível e louca deturpa o de conceito que pode alcançar um povo**”.²⁶⁵(grifos nossos). Nesse momento, segundo ele, a insegurança da vida jurídica na Alemanha tinha atingido o pico.

Segundo Hedemann, essa insegurança jurídica levaria   arbitrariedade. Reconheceu, todavia, que esse era um caminho longo. Nesse caminho, haveria primeiro a deturpa o  tica e depois a econômica e política. Isso teria lugar pelo fato de o cont do material das cláusulas gerais não ser homog neo e constante e a  preponderaria o cont do  tico. O mais grave, todavia,   quando esse cont do  tico, o qual já   vago e incerto, ganha um deslocamento para o lado econ mico e para a formula o política. Nessa hipótese, as cláusulas gerais podem

²⁶⁴ HEDEMANN, Justus Wilhelm. **Die Flucht in die Generalklauseln**: Eine Gefahr f r Recht und Staat. Tübingen: Verlag von J. C. Mohr Paul Siebeck, 1933. p. 66-76.

²⁶⁵ HEDEMANN, Justus Wilhelm. **Die Flucht in die Generalklauseln**: Eine Gefahr f r Recht und Staat. Tübingen: Verlag von J. C. Mohr Paul Siebeck, 1933. p. 70.

abrir, de fato, o caminho para a ascensão e justificação dos regimes totalitários, como, na época, alertou Hedemann²⁶⁶ sobre o regime soviético. Segundo ele:

[...] **O que acontece quando num país o povo é dividido em duas metades, classes, posições sociais, religiões, ideologias e uma metade coloca a frase: No somos os guardiões de bons costumes, vocês, outros, não sabem nada a este respeito? Esta questão deve merecer toda nossa atenção. A atual Rússia soviética fornece um exemplo de significância histórica.** Moral, sentimento de justiça, ideologia extraída do sistema soviético, são aqui estabelecidos, conscientemente, como determinantes para o todo do sistema jurídica e est ideia fundamental é externada em vários pontos na forma de cláusulas gerais. No início do Código Civil de 1922 consta a frase: “Os direitos do cidadão gozam da proteção da Lei, com exceção daqueles casos em que são realizados *contrariamente a sua determinação socioeconômica.*” Logo em seguida (§ 4) consta: “*Para o desenvolvimento das forças laborativas do país a Republica das republicas soviéticas reunidas concede ao cidadão capacidade jurídica.*” Por ambos quer se dizer: **o que for contrario ao sistema, esta fora da proteção jurídica.** É obvio que somente o próprio Estado soviético pode determinar e dispor sobre o que é conforme ou não ao “sistema produtivo”, ao sistema socioeconômico [...] (grifos nossos)

Observa-se no exemplo acima, assim, que a análise de Hedemann foram além de considerações técnico-jurídicas sobre as Cláusulas Gerais. Ele se preocupou com os efeitos e as consequências (acomodação mental, insegurança jurídica e arbitrariedade) das Cláusulas Gerais na autonomia das pessoas, na sobrevivência das instituições democráticas e na distribuição de Poder, explorando os riscos concretos. Sylvanie Colombo²⁶⁷ credita a Hedemann o mérito de ter introduzido a expressão “Cláusula Geral” na literatura jurídica alemã, reconhecendo a importância de sua construção teórica sobre os perigos concretos que a discricionariedade ilimitada, oportunizada pelo uso das Cláusulas Gerais, pode ensejar para o Direito e para o Estado. Os pilares do Estado de Direito podem ruir com a aplicação das Cláusulas Gerais sem controle. Essas considerações de Hedemann reforçam a hipótese do Capítulo 2, sobre o custo de monitoramento (controle da arbitrariedade) na aplicação das Cláusulas Gerais serem muito alto.

²⁶⁶ HEDEMANN, Justus Wilhelm. **Die Flucht in die Generalklauseln:** Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen: Verlag von J. C. Mohr Paul Siebeck, 1933. p. 72.

²⁶⁷ COLOMBO, Sylviane. **The Implications of Good Faith in culpa in contrahendo.** Juris Doctor Thesis. Supervisor: Anthony Kronman. Yale Law School, March, 1990. p.72.

Colombo identifica os exemplos dramáticos da ditadura Nazista e Fascista como evidências históricas da fuga para as Cláusulas Gerais. Ironicamente Hedemann, segundo reporta Colombo²⁶⁸, acabou se ajustando muito bem ao nacional-socialismo, período em que teve uma carreira jurídica brilhante e recebeu várias condecorações do regime nazista. Essa informação é trazida apenas a título de curiosidade não para desmerecer sua contribuição teórica e histórica, que é muito rica, mas para entender porque Hedemann não produziu uma continuação do seu trabalho, classificando o nazismo nas hipóteses por ele levantas. Como destaca Stolleis²⁶⁹, muitos professores de direito na Alemanha tiveram de se adequar ao regime nazista para manter sua vida e seu trabalho.

Desse modo, observa-se que um lado obscuro na história da Alemanha confirmou a hipótese levantada por Hedemann, especialmente com a verificação dos casos no período nazista em que os juízes aplicavam a Cláusula Geral da boa-fé objetiva ideologicamente pra prejudicar os judeus²⁷⁰. A literatura reporta aplicações perversas das Cláusulas Gerais da boa-fé objetiva para retirar completamente o direito legítimo de pensão de judeus aposentados²⁷¹.

Ainda de acordo com Sylviane Colombo, as doutrinas fascistas²⁷² e nazistas deformaram o conceito de solidariedade invocando a ideologia do nacional socialismo para construir um sistema jurídico em favor da função social do Direito. A aplicação da Boa-fé

²⁶⁸ Essa curiosidade sobre a carreira jurídica de Hedemann no período nazista é trazida por Colombo na nota de rodapé 72. COLOMBO, Sylviane. **The Implications of Good Faith in culpa in contrahendo**. Juris Doctor Thesis. Yale Law School, 1990. p. 74

²⁶⁹ STOLLEIS, Michael. Reluctance to Glance in the Mirror: the changing face of German Jurisprudence after 1933 and post-1945. In: **Darker Legacies of Law in Europe**, Hart Publishing, 2003. p. 17.

²⁷⁰ Comprovando o alerta de Hedemann dado em 1933, Rüter constatou o perigo da Cláusula Geral na sua tese de 1973 (*Die unbegrenzten Auslegung*), na qual investigou o passado negro da interpretação ilimitada no direito privado alemão durante período do nacional-socialismo. Monateri e Somma destacam o trabalho pioneiro de Rüter por ter registrado historicamente as distorções que o nazismo imprimiu ao direito privado alemão. MONATERI, Pier Giuseppe; SOMMA, Alessandro. *The Fascist Theory of Contract*. In: **Darker Legacies of Law in Europe**, Hart Publishing, 2003. p. 58.

²⁷¹ AUER, Marietta. **The Structure of Good Faith**. A Comparative Study of Good Faith Arguments, n.17, p. 30, nov. 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=945594>, Acesso em: 23 abr. 2010.

²⁷² O que é interessante notar é que no sistema italiano não se nota o entusiasmo dos juízes como executores do regime político fascista, como se verificou no nazismo da Alemanha. MONATERI, Pier Giuseppe; SOMMA, Alessandro. *The Fascist Theory of Contract*. In: **Darker Legacies of Law in Europe**, Hart Publishing, 2003. p. 69.

como “função social do contrato” é mencionada expressamente por Monateri e Somma²⁷³, o qual pode se depreender do comitê jurídico Italo-Germânico que teve lugar em Viena em março de 1939, com a estratégia de clara de usar a Cláusula Geral para manter o poder político totalitário. As Cláusulas Gerais funcionaram tão bem para os objetivos do regime nazista na Alemanha que eles abandonaram a ideia de aprovar um novo código.

Mesmo pavimentando o caminho de abertura para a concretização dos valores²⁷⁴ do regime totalitário nazista, as Cláusulas Gerais não foram responsáveis por sustentar e legitimar juridicamente o regime político. Existiu aí uma causalidade reversa²⁷⁵, em que poder político do nacional-socialismo foi moldando o sistema jurídico para atender a seus interesses. Uma vez esse regime totalitário se consolidando, pode o regime político abandonar a interpretação flexível e restaurar positivismo rígido.

Depois da experiência negativa no período Nazista, houve a grande preocupação na Alemanha em “domesticar o monstro”²⁷⁶, criado pela Cláusula Geral da Boa-fé Objetiva. Zimmerman destaca a introdução de outra Cláusula Geral de natureza constitucional para inibir possíveis abusos que a aplicação da Boa-fé Objetiva poderia ensejar. Foi positivada para essa finalidade a Cláusula Geral da dignidade da pessoa humana no texto constitucional. Interessa observar que no Direito Alemão a dignidade da pessoa humana vem como princípio, no sentido de Cláusula Geral, para frear e controlar possíveis excessos no uso de outras

²⁷³ MONATERI, Pier Giuseppe; SOMMA, Alessandro. The Fascist Theory of Contract. In: **Darker Legacies of Law in Europe**, Hart Publishing, 2003. p. 66.

²⁷⁴ Marcelo Neves destaca que os professores a despontarem nas cátedras no período de ascensão do nacional-socialismo foram os que deram importância aos princípios, orientadores de valores e ideologias, como o caso de Karl Larenz. Os ditos formalistas e do positivismo jurídico democrático, a exemplo de Kelsen foram perseguidos e não tiveram espaço acadêmico. Uma pergunta que surge, segundo essa lógica apresentada por Marcelo Neves, é: como justificar a ascensão acadêmica de Hedemann, destacada por Colombo em sua tese, sendo ele um ferrenho crítico aos princípios e cláusulas gerais? Essa é uma sugestão para investigação futura. NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 173.

²⁷⁵ “It also meant that general or blanket clauses found favour as points where the new political order could revert to older law, precisely repeating the patterns of 1933 - though this time it seemed excusable because the 'contents' were now right” STOLLEIS, Michael. Reluctance to Glance in the Mirror: the changing face of German Jurisprudence after 1933 and post-1945. In: **Darker Legacies of Law in Europe**, Hart Publishing, 2003. p. 2.

²⁷⁶ ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. Good faith in European Contract Law: surveying the legal landscape. In: **Good Faith in European Contract Law**. Cambridge Press, 2000. p. 22.

Cláusulas Gerais como a boa-fé objetiva. No Brasil, inversamente, apela-se para a dignidade da pessoa humana²⁷⁷ para ampliar o voo suicida das Cláusulas Gerais.

Interessa destacar, ainda, o debate atual presente na Europa diante da necessidade de elaboração de um Código Civil comum para toda Comunidade Europeia. A discussão que se coloca é se devem ou não inserir nesse Código a previsão de Cláusulas Gerais e quais serão seus custos e benefícios. Como mencionado no tópico 2.1, o sistema inglês é mais conservador e resistente à positivação de Cláusulas Gerais. Parafrazeando Teubner²⁷⁸, os ingleses seguem “irritados” com a possibilidade de positivação de Cláusulas Gerais no Direito Comum Europeu. Os britânicos percebem a Cláusula Geral da Boa-fé objetiva como um vírus do Direito Continental que pode contaminar e ruir o tradicional direito privado inglês de base *common law*, favorecendo uma discricionariedade perversa.

4.4 O resultado socialmente produtivo depende da performance dos Tribunais de cada país

A dicotomia explorada nos do tópico 3.3.2. foi disposta intencionalmente para destacar alguns argumentos históricos a favor e contra o uso das Cláusulas Gerais. Os adjetivos otimista e pessimista foram utilizados para mostrar que uma e outra abordagem esteve cega à contribuição da outra. Como cada abordagem foi apresentada em seus extremos, uma enfatizou em demasia os benefícios, enquanto a outra destacou os custos.

A aplicação judicial da boa-fé como lubrificante do sistema jurídico seria desejável quando ela conseguisse contrabalançar e compensar os efeitos perversos do voo suicida para as Cláusulas Gerais. O maior problema é que a dimensão dos custos e benefícios não podem

²⁷⁷ VILLELA, João Baptista. Variações Impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. In: **Superior Tribunal de Justiça**: Doutrina . Edição Comemorativa 20 anos. Brasília, 2009. p. 562-581.

²⁷⁸ TEUBNER, Gunther. Legal irritants: Good Faith in British Law or Unifying Law ends up in new divergencies. **The Modern Law Review**. MLR 61:1, p. 20, jan. 1998.

ser antecipadas aprioristicamente. Sua extensão e materialização dependem de uma importante variável que interage determinando o resultado qualquer que seja a abordagem (otimista ou pessimista) – a performance dos Tribunais.

Em relação à performance dos Tribunais, interessa mencionar a crítica de Maria Sepe²⁷⁹ à percepção otimista da Análise Econômica do Direito, que enfatiza os benefícios da aplicação da Cláusula Geral da boa-fé como remédio jurídico para reduzir os custos de especificação na elaboração dos contratos e inibir o comportamento oportunista. Nessa abordagem do tema, os pesquisadores esquecem de sopesar a alta probabilidade de o Tribunal poder errar na sentença e preencher lacunas do contrato modo ineficiente, afastando-se de um resultado socialmente produtivo, gerando externalidades negativas e incentivos para a não-cooperação. Sepe, ademais, entende que o teste de eficiência acerca da aplicação mais adequada da Cláusula Geral da boa-fé objetiva passa antes pela discussão hermenêutica sobre qual interpretação é preferível (formalista ou contextualista).

Juízes independentes e bem treinados são fundamentais nessa tarefa. Assim, em alguns casos uma interpretação mais formalista²⁸⁰ (dedutivista) pode ser preferível para um resultado socialmente produtivo; enquanto que para outros casos uma interpretação mais contextualizada (abdução) de investigação do fato novo surpreendente para criação de nova regra do caso concreto a partir da Cláusula Geral alcança melhor os objetivos. Apenas com o caso concreto, sujeito à análise, será possível avaliar qual método se mostrará mais adequado no contexto da tradição jurídica do país pesquisado.

Uma vez que a performance dos Tribunais irá importar na análise econômica aqui desenvolvida, a questão do erro judicial aparece como problema concreto. Erro é entendido

²⁷⁹ SEPE, Simone Maria. **Good faith and Contract Interpretation: A law and economic perspective.** Siena Memos and Papers in Law & Economics - SIMPLE Paper, n. 42, p. 28, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1086323>. Acesso em: 23 abr. 2010.

²⁸⁰ A utilização do silogismo dedutivo na comparação de casos semelhantes no Método Grupo de Casos tem sido uma prática comum na jurisprudência em casos semelhantes de baixa complexidade. Os problemas de essa prática engessar a abertura dada pela Cláusula Geral são discutidos por Ralph Weber e Axel Beater na doutrina alemã. Menke, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista da AJURIS**, v. 36, n. 103, p.70-94, set, 2006.

nessa tese como aquela decisão que foge do parâmetro do resultado socialmente produtivo, com externalidades negativas, em um jogo de perda-perda, como o do dilema do prisioneiro trabalhado no final do Capítulo 2. Desse modo, deve ser questionado se as partes querem enfrentar os custos de uma decisão errada. Como esses custos variam em diferentes jurisdições, o contexto cultural do país em análise deve ser levado em consideração. Além disso, a *expertise* do juiz irá também interferir no resultado. De acordo com a hipótese trabalhada no Capítulo 2, o contexto de escassez de recursos dos países pobres e subdesenvolvidos, em que o judiciário está ainda amadurecendo institucionalmente, os perigos anunciados na aplicação de Cláusulas Gerais por Hedemann são multiplicados.

Por outro lado, normas mais abertas se mostram mais eficientes em países, cujas instituições judiciais tenham uma maior maturidade institucional e historicamente tenham aprendido com os erros e acertos do passado. Nesse outro contexto, os países desenvolvidos com um sistema jurídico bem estabelecido e um judiciário independente *de facto*, o erro judicial é minimizado.

Para contextualizar a significância ou não da pobreza ou riqueza do país na aplicação do Direito e na performance do sistema da justiça, dados do Banco Mundial, do Relatório “Doing Business de 2015” foram utilizados. Nesse propósito alguns Estados foram selecionados para comparação (países europeus de renda elevada, países da América Latina de renda média superior e baixa, Estados Unidos, além das economias emergentes). Os dados considerados foram o ranking da “facilidade de se fazer negócios”(coluna 1) e o da capacidade de o sistema jurídico garantir o “cumprimento do Direito na execução dos contratos” *contract enforcement* (coluna 2), quantificado em número de dias desde o momento em que o requerente entra com o processo até o cumprimento final da obrigação por ordem e intervenção judicial²⁸¹:

²⁸¹ BANCO MUNDIAL. Relatório Doing Businnes, 2015.

PAÍS	Facilidade de se fazer negócios	Execução de Contrato (dias)
Alemanha	14	394
Bélgica	42	505
Bolívia	157	591
Brasil	120	731
Chile	41	480
China, República Popular da	90	452,8
Colômbia	34	1.288,00
Estados Unidos da América	7	420
França	31	395
Países Baixos	27	514
Peru	35	426
Portugal	25	547
Reino Unido	8	437
Rússia, Federação da	62	267

Esses dados quantitativos agregados acima devem ser analisados com muita cautela, pois que são imperfeitos na medida em que não capturam particularidades locais da tradição jurídica e cultural de cada país. Por outro lado, eles são de grande relevância numa avaliação inicial, pois que ajudam a perceber a significância da correlação entre o desempenho “performance” dos tribunais e a elevada/baixa renda da economia dos Estados. Observa-se, assim, que países ricos como Estados Unidos, Reino Unido, Alemanha estão bem classificados no topo do ranking da facilidade de fazer negócios, com um sistema jurídico mais eficiente na garantia do cumprimento contratual. Em oposição, países de média e baixa renda não estão bem posicionados nesse ranking. Dois casos extremos (*outliers*), que não seguem essa correlação significativa, são o da Rússia e da Colômbia. A existência deles já alerta para a necessidade de uma pesquisa qualitativa que desça à investigação das “regras do jogo” na realidade concreta. A velocidade e o tempo gasto para solução da disputa também não permitem dizer muito sobre a qualidade da decisão judicial, mas por outro lado dizem

muito sobre os custos suportados pelos indivíduos e pelo país na Administração da Justiça. O caso brasileiro, é especialmente interessante, pois sendo um país classificado pelo Banco Mundial como de renda média superior, encontra-se com um dos piores indicadores em relação à performance dos tribunais na capacidade de fazer cumprir os contratos, além de se classificar como um dos Estados mais difíceis de se fazer negócios. Esses indícios da análise quantitativa precisam ser complementados pelo estudo qualitativo da realidade concreta do Estado. Só, assim, será possível se aproximar da realidade e descobrir as “regras do jogo” que na prática constroem o comportamento dos indivíduos para se comportar de uma forma ou de outra e criam incentivos para cooperação ou deserção.

Recuperando a analogia da Boa-fé objetiva como a Lamborghini, Schäfer destaca o custo da Cláusula Geral, que demandaria o mais hábil dos motoristas, ou então esperem um acidente. Assim, segundo ele, juízes qualificados com excelente base educacional, que compreendam bem a lógica dos negócios, rejeitem propina e resistam à influência política podem usar bem a discricionariedade da Cláusula Geral para interpretar os contratos de modo flexível²⁸². Diversamente, quando o sistema jurídico falha em recrutar juízes qualificados e quando sua independência está comprometida, regras precisas funcionam melhor do que normas abertas. Para ilustrar, foi trazido o exemplo das 4 maiores economias emergentes, envolvidas em tradições jurídicas distintas (Índia, Rússia, China e Brasil):

O exemplo da Índia é usado por Schäfer para confirmar a hipótese de que os juízes da Suprema corte daquele país, por serem altamente qualificados e bem educados, estariam capacitados para usar o princípio da boa-fé para desenvolver o direito. De 1950 a 2007, a Suprema Corte da Índia teria aplicado o Princípio da Boa-fé, como Cláusula Geral, 731 vezes. Por outro lado, os juízes da base do sistema jurídico indiano com fraca base educacional e muitas vezes corruptos, não estariam autorizados a usar a boa-fé para desenvolver o direito.

²⁸² COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans Bernd. **Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations.** Chapter 1, 2009. p. 94.

Assim, a formalidade nesse país teria a função de proteger as partes dos erros (*quirks*) dos juízes, como também insular esses mesmos juízes da interferência política²⁸³.

Essa estratégia da formalidade foi adotada pelo sistema jurídico russo atual para proteger os juízes de 1ª instância da pressão política que poderia ter lugar com a abertura das Cláusulas Gerais. A Suprema Corte da Rússia segue relutante em desenvolver o direito civil a partir de princípios abstratos de justiça, como a Cláusula Geral da Boa-fé. Esses princípios não foram mencionados expressamente no Código Civil Russo de 1994 e o judiciário russo em muitos casos demonstrou desinteresse em aplica-los ou desenvolvê-los na Rússia²⁸⁴.

Em oposição ao modelo Russo, o Direito Contratual Chinês²⁸⁵ de 1999 reconhece o princípio da Boa-fé como Cláusula Geral, mas não há notícia ou registro de que os Tribunais Chineses o tenham aplicado²⁸⁶. O caso Chinês é interessante uma que incorporou a boa-fé objetiva com o mesmo desenho formal da Cláusula Geral *Treu und Glauben* da Alemanha. A doutrina chinesa se refere a esse princípio pela fórmula par, traduzida literalmente “*honesty and trust*”. Observa-se aqui a fertilidade do método do neoinstitucionalismo econômico de North para investigação do real desenho institucional, em que a cultura importa. Por essa abordagem, pode-se entender que no sistema jurídico chinês a boa-fé objetiva só existe no “law-in-books”, mas não no direito em ação “law-in-practice”, distanciando-se da funcionalidade dada pela Cláusula Geral inspirada no sistema jurídico alemão.

No contexto brasileiro, como já anteriormente antecipado, a boa-fé com a natureza de Cláusula Geral só foi positivada no sistema jurídico brasileiro em 1990 no Código de Defesa do Consumidor e em 2002 com o novo Código Civil, que também trouxe outra cláusula geral intrigante “a função social dos contratos”, o qual passou a ser aplicada juntamente com a boa-

²⁸³ COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans Bernd. *Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations*. Chapter 1, 2009. p. 94.

²⁸⁴ COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans Bernd. *Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations*. Chapter 1, 2009. p. 248.

²⁸⁵ O artigo 6º do Direito Contratual Chinês prevê que 'the parties shall observe the **principle of honesty and good faith** in exercising their rights and performing their obligations.' (grifos nossos).

²⁸⁶ FU YU, Michael Moser. *Doing Business in China*. New York: Juris Publishing, 2014. p. 1-6.1.14.

fé após 2003 para ampliar seu voo suicida. No Brasil, diversamente da Rússia e China, a Cláusula Geral da Boa-fé objetiva é aplicada largamente em todas as instâncias, desde o juiz singular aos tribunais colegiados e superiores. Não houve medo ou resistência na sua aplicação, mas entusiasmo e orgulho. Essa atitude da jurisprudência brasileira a partir da década de 90 em dar proeminência e papel de destaque às cláusulas gerais na fundamentação de suas sentenças, aproxima-se muito da experiência vivenciada pela Alemanha com a inundação de princípios, descrita por Hedemann após a positivação da Cláusula Geral da Boa-fé no BGB, que entrou em vigor em 1900 (precisamente um século antes do fenômeno brasileiro eclodir). A questão de saber se a Cláusula Geral da Boa-fé assumiu no Brasil o mesmo desenho institucional da Alemanha será investigada no tópico seguinte.

Assim, a maturidade institucional do sistema judicial, a disponibilidade de capital humano qualificado e a independência *de facto* dos juízes são fatores que colaboram para minimizar o erro judicial (decisão que se afasta do resultado socialmente produtivo) na aplicação de normas jurídicas abertas. Nesse sentido, o cuidado com a aplicação de Cláusulas Gerais deve ser redobrado, especialmente, em países cujo Judiciário possa ser facilmente influenciável por ideologias ou movimentos políticos. Nessa hipótese, a boa-fé objetiva pode acabar por favorecer a arbitrariedade judicial.

A eficiência e a justiça da Cláusula Geral dependem do uso que os Tribunais farão dela. E eles, por sua vez, estão imersos em um contexto histórico-político-cultural. Para conhecer as potenciais externalidades positivas ou negativas é preciso conhecer o desenho institucional real. No tópico seguinte, cuidar-se-á de revelar alguma das a “regra do jogo” da Boa-fé Objetiva no Brasil.

4.5 A “regra do jogo” da Cláusula Geral da Boa-fé Objetiva no Brasil: caso da soja verde

Como já explorado anteriormente no tópico 3.3. sobre a experiência alemã com a Cláusula Geral da Boa-fé objetiva desde 1900 com a entrada em vigor do BGB, a experiência brasileira com a Cláusula Geral é relativamente recente e coincide com a positivação do Princípio da Boa-fé por técnica legislativa em 1990 com o Código de Defesa do Consumidor²⁸⁷ e em 2002 no Código Civil²⁸⁸. Não obstante a boa-fé já estar presente anteriormente no sistema brasileiro em outros instrumentos legais e no antigo Código Comercial, o papel dado a ela pela jurisprudência era discreto, envolvendo mais a ideia que se aproxima da boa-fé subjetiva e da boa-fé como princípio geral do direito.

Assim, é no contexto da constitucionalização do direito privado, vivenciado após a Constituição de 1988, reforçado com as codificações do princípio em 1990 e 2002, que a boa-fé assume a função de destaque como Cláusula Geral e passa a ser denominada de “boa-fé objetiva” pela doutrina e jurisprudência brasileira, numa clara referência à correspondente alemã *Treu und Glauben*. Segundo Jan Peter Schmidt, o art. 422 do novo Código Civil, que dispõe sobre o princípio da boa-fé objetiva remonta de maneira bastante significativa às influências do Direito alemão, possuindo um desenho institucional formalmente muito semelhante.²⁸⁹ No art. 421, imediatamente antes ao que dispõe sobre a Boa-fé objetiva, o

²⁸⁷ A boa-fé foi consagrada como cláusula geral das relações de consumo em geral no art. 4º, III do CDC e também para controle de cláusulas abusivas, art. 51, IV do CDC.

²⁸⁸ CÓDIGO CIVIL de 2002 “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

²⁸⁹ SCHMIDT, Jan Peter. **Zivilrechtskodifikation in Brasilien**: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. p. 498.

legislador brasileiro inovou com a cláusula geral “função social dos contratos”²⁹⁰, sem correspondente no direito comparado²⁹¹.

A maioria da doutrina brasileira²⁹² menciona a previsão constitucional do princípio da solidariedade do 3º, I, da Constituição Federal, como um princípio fundamental vinculante da República Federativa a ser reconciliado com a liberdade dos contratos. Essa concepção doutrinária repercute na prática da jurisprudência²⁹³ que defende os efeitos diretos e imediatos (*unmittelbare Drittwirkung*) dos direitos humanos no direito privado no Brasil²⁹⁴. Esse entendimento encoraja o papel do juiz como emancipador daquele que está em desvantagem (parte mais vulnerável e fraca) a partir da utilização das Cláusulas Gerais²⁹⁵.

Assim aos olhos desse movimento doutrinário que foi se consolidando na jurisprudência, a Constituição de 1988 foi o “*turning point*” da mudança da antiga ordem jurídica individualista, baseada em regras precisas, para uma do Estado do bem-estar social, orientado por princípios. Miguel Reale, filósofo brasileiro, responsável pela elaboração do novo Código Civil de 2002, esclarece no projeto do Código três paradigmas informadores da nova ordem jurídica: 1 – eticidade, para superar a formalidade antiga do Código Civil de 1916, destacando o papel novo a ser exercido pelas Cláusulas Gerais e valores; 2 – solidariedade, para enfatizar o paradigma social do novo código e 3- operabilidade, para facilitar a interpretação e aplicação. Sob essa perspectiva, o fenômeno da hiperinflação de princípios, positivados como cláusulas gerais, favoreceu o desenvolvimento de um sistema

²⁹⁰ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²⁹¹ SCHMIDT, Jan Peter. **Zivilrechtskodifikation in Brasilien**: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive, Tübingen: Mohr Siebeck, 2009. p. 476.

²⁹² SARMENTO, Daniel. A normatividade da constituição e a constitucionalização do direito privado. In: **Revista EMERJ**, v. 6, n. 23, p. 272-297, 2003.

²⁹³ Entendimento majoritário das cortes brasileiras é pela eficácia direta e horizontal dos direitos humanos nas relações de direito privado. Conferir STF, Segunda Turma, RE 201.819/RJ, Relator Ministro Gilmar Mendes

²⁹⁴ A diferença para a prática do Direito alemão é que lá eles adotaram a doutrina do efeito indireto (*mittelbare Drittwirkung*) dos direitos fundamentais no direito privado. Entendimento explicitado por Günther Dürig, *Grundrechte und Zivilrechtsprechung*.

²⁹⁵ Nessa lógica o juiz teria a função de emancipar o hipossuficiente. Recetemente o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA introduziu o conceito de parte hipervulnerável. Para mais detalhes sobre essa concepção conferir MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 184.

jurídico do tipo *judge-made law*, em que o papel primordial de criar está centrado na figura do juiz, com a missão de realizar a “justiça social”. Questiona-se aqui se essa mudança favoreceu um ativismo judicial de baixa ou boa qualidade, enfraquecendo ou fortalecendo o cumprimento dos contratos, aumentando ou diminuindo a incerteza, incentivando a cooperação ou favorecendo o comportamento oportunista.

Para responder às perguntas acima colocadas e descobrir o real desenho institucional que a boa-fé objetiva veio assumindo no contexto brasileiro após a sua positivação no Código Civil de 2002, investigou-se o *leading case* da soja verde, como caso teste. Esse foi o primeiro grande caso a chegar de modo repetido ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro, reclamando a concretização da Cláusula Geral da Boa-fé, após a sua entrada em vigor do Código Civil.

O objeto da demanda judicial foi a revisão dos contratos de compra e venda de soja futura das safras de 2002/2003 e 2003/2004, em várias cidades produtoras de Goiás, celebrado entre os agricultores e *traders* (negociadores), que realizavam a compra antecipada da produção de soja da safra futura. Esse modelo contratual permitiu o desenvolvimento de uma fonte de crédito alternativo para o produtor, com vantagens para o agricultor e para os *traders*, em um jogo de ganha-ganha. Nesse tipo de contrato, o preço da soja era antecipado e os riscos do lucro ou prejuízos são partilhados pelas partes. Assim, se a cotação da soja na bolsa de Chicago no momento da entrega da soja fosse a menor do que o preço antecipado, os *traders* arcariam com o prejuízo, pois pagaram caro por um produto que vale menos no mercado. Se o preço da cotação da bolsa fosse a maior do que o fixado na compra antecipada, os *traders* aufeririam mais lucros. Para o agricultor, esse contrato dava uma certeza do financiamento da produção da soja, a qual está sujeita a muitos riscos, como enchentes, pragas, excesso de oferta, variação na cotação dos *commodities* na bolsa de Chicago. O produtor, assim, elimina

esses riscos do preço, garantindo já no plantio a sua margem de lucro e transferindo para o mercado os riscos do negócio.

Objetivamente essa novidade contratual trouxe externalidades positivas e socialmente produtivas, possibilitando a capitalização do agricultor em um negócio de risco, em que a obtenção do crédito bancário é mais difícil e exige garantias maiores, como as garantias reais sobre o direito de propriedade em caso de adiantamento de recursos. Essa nova modalidade contratual de compra e venda de soja futura favoreceu a expansão do agronegócio no Centro-Oeste brasileiro, chegando a representar 25% da comercialização de soja no Brasil²⁹⁶.

Observe-se, todavia, que os resultados desse modelo contratual só foram positivos em função do prêmio pela cooperação, no arranjo institucional criado pelas partes, que funcionava como a “regra do jogo”. Assim, os jogos repetitivos com o mesmo *trader* e agricultor, criaram uma rede de confiança em que se acreditava que a outra parte também iria cumprir com a palavra dada. Esse modelo contratual atendia a finalidade da análise econômica de trazer benefícios mútuos para ambas as partes envolvidas, gerando externalidade positivas para a sociedade.

Esse tipo de contrato, todavia, por envolver cumprimento de prestações diferidas no tempo, envolve potencialmente o risco comportamento oportunista de uma das partes, que pode desertar e tirar vantagem do investimento específico já feito pela outra, o qual não poderia ser mais recuperado. A proteção contra esse risco seria dada pela Cláusula Geral da Boa-fé objetiva aqui estudada. Assim, o judiciário teria o papel de preencher o conteúdo da boa-fé no sentido de garantir a premiação da cooperação, evitando a premiação pelo comportamento oportunista que potencialmente poderia haver.

No ano de 2003/2004, houve uma valorização do preço da soja na Bolsa de Valores de Chicago e o preço que tinha sido antecipado nos contratos de compra e venda futura de soja

²⁹⁶ JANK, M. S.. Sistema de comercialização antecipada de soja sob ameaça. **Valor econômico**. São Paulo, Opinião, p. 10, maio 2004.

com os *traders*, de U\$\$ 10,24 (dez dólares americanos e vinte e quatro centavos) por cada saco de 60 kg de grãos de soja, passou a ser cotado pela bolsa de valores U\$\$ 16,00 (dezesesseis dólares) no momento da entrega da mercadoria. Na visão dos produtores esse evento implicaria em lucro maior para os *traders* naquele ano. Inconformados, procuraram a justiça para anular os contratos e poder vender a soja para terceiros pelo preço mais atrativo com a recente valorização da bolsa. Na sua fundamentação alegaram a aplicação da Cláusula Geral da Boa-fé Objetiva e da Função Social dos contratos para corrigir a injustiça do pacto contratual.

Os órgãos colegiados do Tribunal de Justiça de Goiás deram decisões expressivamente favoráveis aos agricultores. Foi o primeiro exercício concreto de aplicação da Cláusula. Pesquisando as decisões no site do Tribunal de Justiça de Goiás, em mais de 40 casos se pode observar o seguinte argumento de fundamentação: “... a teoria contratual pauta-se não mais pela rigidez do princípio *pacta sunt servanda*, mas sim, pelos princípios da **função social do contrato**, da **boa fé** e do **equilíbrio econômico**, (ARTIGOS 421,422, DO CODIGO CIVIL)...”²⁹⁷

Observa-se, assim, que as Cláusulas Gerais “Boa-fé”, “Função Social do Contrato” e “Equilíbrio Econômico” foram aplicadas como “varinha de condão” para o fim nobre de proteger a parte supostamente mais fraca na relação jurídica e realizar a justiça do caso concreto. O otimismo do julgador fica evidente ao evidenciar que não mais se vive em um sistema preso a regras ou ao *pacta sunt servanda*. O que importa destacar aqui é a crítica adiantada no início do capítulo 1 – não se pode decidir com princípios apenas evocando sua aplicação, é preciso concretizar seu conteúdo e descobrir a regra do jogo que foi criada para o caso concreto;

²⁹⁷ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS. APELACAO CIVIL, 86604-3/188. DES. Luiz Eduardo de Sousa. 1ª Câmara Civil. 13/06/2006.

Usando o método pragmático para investigar a nova “regra do jogo” no caso da soja verde, tem-se concretamente a criação de uma decisão judicial que premia o comportamento oportunista e não premia a cooperação. Assim, pode-se perceber a regra perversa de incentivo a não-cooperação que essas decisões judiciais criaram – se uma parte observar a possibilidade de um lucro maior fora do contrato, pode desertar procurando o judiciário que o eximirá da obrigação, anulando o contrato para uma mais justa redistribuição de riquezas. Esse foi o conteúdo concreto que o tribunal deu para o a Cláusula abstrata da boa-fé e da função social do contrato à época.

Entre as externalidades negativas, reportadas na época, tem-se a diminuição significativa na oferta desses tipos de contrato para o agricultor financiar sua produção. Após as primeiras decisões de 2003 proferidas pelo Tribunal de Justiça de Goiás, esse contrato que era celebrado por 80% dos produtores da região, caiu para o patamar de 20%, segundo dados da Associação.²⁹⁸ Além desse dado, Décio e Lara Rezende²⁹⁹ constataram em suas pesquisas de que não apenas os produtores que acionaram a justiça foram punidos pela ausência de oferta desse modelo contratual de financiamento as safras dos anos seguintes. Os produtores que optaram por se manter fiéis ao acordo pactuado sofreram os efeitos da seleção adversa, pois os *traders* passaram a avaliar os riscos da intervenção judicial.

Esse caso foi revisado pelo Superior Tribunal de Justiça somente em 2007, quando se entendeu que os termos contratuais deveriam ser mantidos em atenção à finalidade econômica

²⁹⁸ De acordo com Alberto Bellintani Jr é difícil dizer com exatidão esse número, em razão do segredo do negócio, pois muitos *traders* competem entre si e são concorrentes no mercado. É um valor estimado Associação Brasileira de Óleos Vegetais” FRISCH, Felipe. Briga dos contratos de soja verde começa a chegar no STJ. *In: Valor Econômico*, feb. 2006.

²⁹⁹ “Those soybean farmers who did not breach their contracts have also been negatively affected by the strategic reactions of trading and processing companies. The concept of “social function of the contract” introduced in Brazilian civil code led to a higher degree of instability in contracts, raising transaction costs and motivating private economic sanctions” Rezende, Christiane Leles; Zylbersztajn, Décio. *Pacta sunt servanda* versus the social role of contracts: the case of brazilian agriculture contracts. **Rev. Econ. Sociol. Rural**, v. 50, n. 2, p. 207-221, apr./jun. 2012.

do contrato³⁰⁰ e a proteção à cooperação, dando-se um conteúdo claro à Cláusula Geral da Boa-fé objetiva, voltada à premiação da cooperação.

Observe-se que nesse caso específico houve a oportunidade do aprendizado da base para o topo, com a revisão do entendimento jurisprudencial, restaurando-se novamente as “regras do jogo” original daquele modelo contratual. Importa constatar, todavia, que esses custos de harmonização da jurisprudência para definição do conteúdo foram muito altos para o caso da soja verde, uma vez que as externalidades negativas das primeiras decisões produziram seus efeitos na realidade concreta.

A investigação das diferentes “regras do jogo” resultantes da aplicação da Boa-fé objetiva servem como alerta para o julgador ficar cada vez mais atento aos efeitos práticos da fuga para as Cláusulas Gerais, com uma consciência maior de seus custos para a sociedade.

O caso teste da soja estudado não permite afirmar que o Brasil vive uma transição bem sucedida para um sistema jurídico mais aberto, em que a Cláusula Geral desempenha um

³⁰⁰ DIREITO CIVIL E AGRÁRIO. COMPRA E VENDA DE SAFRA FUTURA A PREÇO CERTO. ALTERAÇÃO DO VALOR DO PRODUTO NO MERCADO. CIRCUNSTÂNCIA PREVISÍVEL. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO, BOA-FÉ OBJETIVA E PROIBIDADE. INEXISTÊNCIA. *A compra e venda de safra futura, a preço certo, obriga as partes se o fato que alterou o valor do produto agrícola não era imprevisível. Na hipótese afigura-se impossível admitir onerosidade excessiva, inclusive porque a alta do dólar em virtude das eleições presidenciais e da iminência de guerra no Oriente Médio – motivos alegados pelo recorrido para sustentar a ocorrência de acontecimento extraordinário – porque são circunstâncias previsíveis, que podem ser levadas em consideração quando se contrata a venda para entrega futura com preço certo. O fato do comprador obter maior margem de lucro na revenda, decorrente da majoração do preço do produto no mercado após a celebração do negócio, não indica a existência de má-fé, improbidade ou tentativa de desvio da função social do contrato. A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato, como aqueles derivados das condições da lavoura. A boa-fé objetiva se apresenta como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever de que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse modelo, agindo como agiria uma pessoa honesta, escorreita e leal. Não tendo o comprador agido de forma contrária a tais princípios, não há como inquirar seu comportamento de violador da boa-fé objetiva. Recurso especial conhecido e provido (grifos nossos).*

papel proeminente, havendo ainda um longo caminho de aprendizado a ser explorado pela jurisprudência brasileira, proporcionado pela fertilidade do método pragmático e da análise econômica do direito.

A contribuição que essa tese pretende trazer é que esse processo de aprendizado envolve custos e é necessário que haja consciência acerca da existência deles.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, a tese se propôs a investigar as repercussões advindas da transição para um sistema jurídico predominantemente do tipo *standard-based*, o que favorece o aumento do poder decisório do judiciário, com a definição do conteúdo do direito *ex post*. A inundação por princípios no Brasil foi analisada a partir do desempenho dos tribunais na utilização da boa-fé objetiva. As potenciais consequências a longo prazo da aplicação da referida Cláusula Geral favorecem o ativismo judicial, que se transformam em custos e benefícios para a sociedade. O uso do método pragmático do raciocínio abduutivo permitiu uma abordagem crítica e não idealista do problema, com ênfase nas consequências prováveis. Desse modo, oportunizou-se a aplicação das ferramentas da Análise Econômica do Direito na investigação dos potenciais efeitos da aplicação inadvertida da Cláusula Geral da boa-fé objetiva no país.

Cláusulas Gerais como a função social do contrato e a boa-fé objetiva, positivadas no ambiente pós 1988 da redemocratização, não necessariamente têm favorecido a cooperação no âmbito contratual no Brasil. A forma como essas Cláusulas Gerais tem sido aplicadas pelos Tribunais tem dado lugar a um tipo de ativismo judicial supostamente voltado para a redistribuição de riquezas³⁰¹ e justiça social, com resultados adversos que potencialmente estimulam a não cooperação, gerando externalidades negativas, com um longo e custoso caminho de aprendizado, como o verificado no caso da soja.

Como já mencionado, o sucesso e fracasso institucional, a expansão do Judiciário na Europa ocidental tornou possível o desenvolvimento em larga escala em decorrência da habilidade dos Tribunais em assegurar o cumprimento eficiente dos contratos e proteger a

³⁰¹ TIMM, Luciano Benetti. **Ainda sobre a Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro:** justiça distributiva versus eficiência econômica. In: Direito e Economia. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 66.

inovação tecnológica. Na América Latina ainda esse sucesso é questionado, relativamente à atuação do Poder Judiciário³⁰².

Pinheiro e Cabral³⁰³ mencionam que o ativismo judicial decorrente do novo constitucionalismo brasileiro, que enfatiza a função social do direito e aplicação inadvertida de princípios, tem enfraquecido a proteção dos direitos do credor e do investidor. Esses mesmos autores verificaram que a atuação deficiente dos Tribunais na revisão contratual como uma barreira significativa para a expansão do mercado de crédito e abertura de investimentos. No mesmo sentido, Arida, Bacha e Lara-Rezende³⁰⁴ já destacaram a ausência de mercado de crédito de longo prazo em função da incerteza judicial relativa ao cumprimento dos contratos. Essas discussões ganharam força no período pós 1988 quando as Cláusulas Gerais passaram a ser aplicadas mais amplamente pelos Tribunais, abrindo a porta para uma intervenção paternalista na esfera contratual.

O problema da débil efetividade dos direitos de propriedade e o ineficiente cumprimento dos contratos são enfatizadas por Cooter e Schäfer³⁰⁵ (2009, p. 22) como o obstáculo principal ao crescimento econômico nos países subdesenvolvidos. Segundo esses autores, o problema da **mútua desconfiança entre investidores e inventores**³⁰⁶ só pode ser superado através de um sistema jurídico eficaz que faça valer as regras e favoreça o cumprimento dos contratos.

³⁰² PRILLMAN, William C. **The Judiciary and Democratic Decay in Latin America**: declining confidence in Rule of Law. London: Praeger, 2000. p. 2.

³⁰³ PINHEIRO, Armando Castelar; CABRAL, Célia. **Credit Markets in Brazil: the role of judicial enforcement and other institutions**. Banco Interamericano de Desarrollo, BID, Documento de Trabajo R-268, p. 14, jun. 1999.

³⁰⁴ ARIDA, Pérsio; Bacha, Edmar L.; Lara-Rezende, André. *Credit, Interest, and Jurisdictional Uncertainty: conjectures on the case of Brazil*. Rio de Janeiro: PUC/RJ, 2004. Disponível em: <http://www.econ.puc-rio.br>. Acesso em: 17 maio 2010. p. 7.

³⁰⁵ COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans Bernd. **Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations**. Chapter 1, 2009. p. 22.

³⁰⁶ A utilização da expressão inglesa '*double trust dilemma of innovation*' para se referir ao problema da mútua desconfiança entre financiadores e inventores é original de Cooter e Schäfer, apesar de a idéia estar presente em rica e vasta literatura prévia. Conferir em Edmund W. Kitch. "The Law and Economics of Rights in Valuable Information". J. Legal Studies 9 (1980).

O Direito é, assim, apontado como importante instrumento para resolver o dilema da dupla (des)confiança relativa à inovação. A discussão sobre o problema do desenvolvimento em países pobres passa primeiro pela solução do dilema da inovação³⁰⁷. O caminho para superar esse problema está em criar redes de incentivos que favoreçam a cooperação entre investidores e inventores.

Nesse sentido, Cláusulas Gerais como a boa-fé objetiva podem ser utilizadas para estruturar *payoffs* nas relações contratuais de modo que os investidores e inovadores valorem mais a cooperação do que a não-cooperação (deserção). O desenho institucional eficiente a ser pensado para o contrato deve ser tal que o investidor tenha incentivos em ganhar mais pela cooperação do que pela subtração do segredo do inventor e este, por seu turno, tenha incentivos para ganhar mais pela cooperação do que pela apropriação do investimento feito pelo financiador da pesquisa.

Ao invés de a intervenção judicial favorecer o cumprimento dos contratos de modo eficiente, incentivando a inovação e o desenvolvimento; decisões do Poder Judiciário podem estimular a deserção, como nas decisões do Tribunal de Justiça de Góias no caso da soja. Por este motivo, a aplicação de Cláusulas Gerais pelos Tribunais deve ser criteriosa. A Boa-fé objetiva pode ser utilizada eficientemente de modo a estimular a cooperação entre as partes contratantes, inibindo ações oportunistas.

A experiência verificada na Alemanha com a introdução de Cláusulas Gerais como a boa-fé objetiva e a dignidade da pessoa humana são fundamentais para que se percebam os efeitos da inversão que vem acontecendo em países de economia emergente como o Brasil. Enquanto que os Estados europeus privilegiam uma aplicação criteriosa das Cláusulas Gerais, na maioria das vezes, subsidiária, observando a eficiência e a repercussão social a longo prazo; o que se verifica no Brasil é uma crescente banalização das Cláusulas Gerais que são

³⁰⁷ COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans Bernd. **Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations.** Chapter 1, 2009. p. 5.

chamadas para fundamentar (justificar) toda sorte de decisões, como uma “varinha de condão”.

O caminho para responder a essas questões foi explorar a contribuição da análise econômica do direito das Cláusulas Gerais desenvolvida ao longo da tese. A escolha por normas jurídicas mais vagas e abertas, como *standards*, deve vir associada com a consideração de seus custos e benefícios. Antecipadamente *standards* ou regras não são melhores ou piores, mas podem funcionar de modo mais eficiente em determinados contextos. A clareza sobre os custos que a sociedade está a arcar com opção por *standards* é fundamental para se repensar o desenho institucional que o sistema jurídico brasileiro está assumindo. Nesse ponto, o grau de maturidade institucional de cada Estado importa.

Estados que já alcançaram um grau de maturidade e puderam aprender com os erros do passado, como o caso da Alemanha aqui estudado, podem hoje se beneficiar das externalidades positivas da aplicação das cláusulas gerais. Como trabalhado na tese, a introdução de *standards* demanda profissionais com formação altamente especializada, o que é um paradoxo no sistema brasileiro com o Judiciário mais caro do mundo, em que juízes lidam diariamente com uma quantidade enorme de processos, submetendo-se a metas de produtividade que não avaliam a eficiência³⁰⁸ de sua decisão, nem a sua repercussão no bem-estar social a longo prazo.

Desse modo, a disponibilidade de capital humano preparado para a concretização de Cláusulas Gerais é um custo a ser considerado. O alerta que a pesquisa desta tese coloca é que ao invés de Cláusulas Gerais reduzirem os custos de transação, o efeito pode ser exatamente o inverso: na ausência ou deficiência de capital humano especializado – aumento exagerado dos

³⁰⁸ Destaca-se o trabalho coordenado pelo Professor Luciano Timm que desenvolveu pesquisa empírica sobre problema da morosidade do judiciário brasileiro, aplicando concretamente o referencial teórico da análise econômica do direito e avaliando a eficiência da prestação jurisdicional em unidades da federação no Brasil. Uma das sugestões apresentadas no relatório está na criação de um critério específico para punir o litigante de má-fé. (Timm, 2012, p. 199). Timm, Luciano (2012). Working Paper, Demandas Judiciais e Morosidade da Justiça Civil, Relatório CNJ – PUC-RS. In: *16 Conferência Annual da ALACDE*, Lima.

custos de transação. O Brasil está inserido no contexto daqueles países que mantêm uma ampla e custosa estrutura judiciária³⁰⁹ e a aplicação de Cláusulas Gerais em decisões em quantidade (de modo massificado) pode criar um “monstro” jurídico, que depois será muito difícil domesticar.

³⁰⁹ Relatórios anuais do Conselho Nacional Justiça indicam um Judiciário caro, mas não eficiente. Alta taxa de congestionamento e incapacidade de atender às demandas em tempo razoável. (Conselho Nacional de Justiça, 2010).

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício . **A retórica constitucional** - sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- AKERLOF, George A. The Market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. **Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, p. 490, 1970.
- ANDERSON, Douglas R. **Creativity and the Philosophy of C. S. Peirce**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
- AUER, Marietta. **The Structure of Good Faith**. A Comparative Study of Good Faith Arguments, n. 17, p. 25, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=945594>. Acesso em: 23 abr. 2010.
- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, n.17, jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila.pdf>. Acesso em: 2 out. 2014.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da História: a Nova Interpretação Constitucional e o papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BERGER, Klaus Peter. **The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria**. The Hague: Kluwer Law International, 2010.
- BERGH, Roger Van Den; VISSCHER, Louis. The Principles of European Tort Law: The Right Path to Harmonization? **European Review of Private Law** 4, 2006.
- BOBBIO, Noberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. In: **Teoria Geral do Direito**. Trad. Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- CAMPOS, Juliana; ALBUQUERQUE, Felipe. Nova Hermenêutica Constitucional e (In)segurança Jurídica: características e crítica da virada linguística no interpretar da Constituição. **Quaetio Juris**, v. 8, n. 2, p. 774-772, 2015.
- CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COLOMBO, Sylvania. **The Implications of Good Faith in culpa in contrahendo**. Doctoral Thesis. Yale Law School, March, 1990.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Trad. Luis Sander, Francisco Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans Bernd. **Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations**. Chapter 1, 2009.

COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans-Bernd. **Solomon's knot: how law can end the poverty of nations**. Princeton: Princeton University, 2011.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 4. ed. New York: Addison Wesley, 2004.

COTTER, Thomas F. Legal pragmatism and the law and economics movement. **Georgetown Law Journal**, v. 84, n.6, jun. 1996. Legal Pragmatism Law and Economics.

COUTO e SILVA, Clóvis V. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

DAWSON, John. The General Clauses, viewed from a Distance, **Labels Zeitschrift** 41, 1977.

DEWEY, John. Logical Method and Law. **The Philosophical Review**, v. 33, n. 6, nov. 1924.

MONATERI, Pier Giuseppe; SOMMA, Alessandro. The Fascist Theory of Contract. *In: **Darker Legacies of Law in Europe***, Hart Publishing, 2003.

DWORKIN, Ronald. The Model of Rules. **The University of Chicago Law Review**, v. 35, n. 1.

EBKE, F. Werner & STEINHAEUER, Bettina M. The Doctrine of Good Faith in German Contract Law. *In: BEATSON; FRIEDMANN (Ed.). **Good Faith and Fault in Contract Law***. Oxford: Clarence Press, 1995. p. 183.

EIDENMÜLLER, Horst. **Effizienz als Rechtsprinzip: Möglichkeiten und Grenzen der Ökonomischen Analyse des Rechts**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Julgar não é gerenciar. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 29 set 2014. Opinião. Caderno Tendências/Debates.

FRISCH, Felipe. Briga dos contratos de soja verde começa a chegar no STJ. *In: **Valor Econômico***, feb. 2006

FRITZ, Karina Nunes. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual: A responsabilidade pré-contratual por ruptura nas negociações**. Curitiba: Juruá, 2009.

FU YU, Michael Moser. **Doing Business in China**. New York: Juris Publishing, 2014. p. 1-6.1.14.

GHESTIN, Jacques. L'Analyse Économique de la Clause Générale. *In: **General Clause and Standards in European Contract Law***. The Hague: Kluwer Law International, 2006.

GOMES, Elena de Carvalho. Sobre a cláusula geral de boa-fé e sua abordagem por Pontes de Miranda no Tratado de Direito Privado. *In: **ROMA E AMERICA DIRITTO ROMANO COMUNE***, Mucchi Editore, 35, 2014.

GONZÁLEZ, José María Miquel. "Cláusulas generales y desarrollo judicial del derecho". **Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid**. n. 1, Madrid, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. São Paulo Malheiros, 2009.

GRECHENIG, Kristoffel; GELTER, Martin. The Transatlantic Divergence in Legal Thought: American Law and Economics vs. German Doctrinalism, The . 31 **Hastings Int'l & Comp. L. Rev.** n. 295, p. 312, 2008.

HAACK, Susan. On legal pragmatism: Where does "the path of law" lead us? **American journal of jurisprudence**, n. 50, 2005.

HALL, Peter A. e TAYLOR, Rosemary C. R. As três versões do neo-institucionalismo. **Lua Nova**, n. 58, 2003.

HARLAN, John Marshall. J. Disseting, *Lochner vs New York* 198 **U.S. Supreme Court**, v. 45, n. 76, 1905.

HARRISON, Lawrence; HUNTINGTON, Samuel. **A cultura importa: os valores que definem o progresso humano**. São Paulo: Record, 2002.

HEDEMANN, Justus Wilhelm. **Die Flucht in die Generalklauseln: Eine Gefahr für Recht und Staat**. Tübingen: Verlag von J. C. Mohr Paul Siebeck, 1933.

HELMKE, Gretchen and Levitsky. **Informal institutions and Democracy**. Baltomire: University Press, 2006.

HERDY, Rachel; TAEKEMA, Sanne. Pragmatism and Legal Theory. *In: World Congress of Philosophy of Law and Social Philosophy*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: The origins and the consequences of the New Constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

HOLMES JÚNIOR, Oliver. J. Dissenting *Lochner vs New York* 198 **U.S. Supreme Court** 45-76, 1905.

HOLMES JÚNIOR, Oliver. J. Dissenting. *Northern Securities Co. v. United States*, 193 **U.S. Supreme Court**, n. 197, 1904.

HOLMES, Oliver W. O caminho do Direito. *In: MORRIS, Clarisse (Org.). Os Grandes Filósofos*. Trad. Reinaldo Guarany. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HOLMES, Oliver W. The Path of Law. *In: MARKE, Julius. The Holmes Reader*. Ocean Publications: New York, 1955.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes**. New York: WW Norton, 1999.

HOLMES, Stephen. Lineages of the rule of law. *In: Democracy and the Rule of law*. Cambridge, 2003.

IMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. Good faith in European Contract Law: surveying the legal landscape. *In: Good Faith in European Contract Law*. Cambridge Press, 2000.

ISTOR, Katharina. **Legal Grounds Rules in Coordinated and Liberal Market Economies**. ECGI - Law Working Paper, n. 30, 2005.

JAUFFRET-SPINOSI, Camille. Theorie et Pratique de la Clause Generale em Droit Français ei dans les autres systemes Juridiques Romanistes. *In: General Clause and Standards in European Contract Law*. The Hague: Kluwer Law International, 2006.

JAUFFRET-SPINOSI, Camille. Theorie et Pratique de la Clause Generale em Droit Français ei dans les autres systemes Juridiques Romanistes. *In: General Clause and Standards in European Contract Law*. The Hague: Kluwer Law International, 2006. REICH, Norbert. **General Principles of EU Civil Law**. Cambridge: Intersentia Publishing, 2014.

KAPLOW, Louis. Rules versus standards: an economic analysis. **Duke Law Journal**, v. 42, n. 3, p. 557-629, dec. 1992.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. Trad. Antonio Ulisses Cortes. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2004.

KELLOGG, Frederic R. The Abuse of Principle: Analytical Jurisprudence and the Doubtful Case. **University of Edinburgh School of Law Working Paper**, n. 4, p. 1-9, 2010. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1549331> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1549331>. Acesso em: 30 jul. 2015.

KELLOGG, Frederic R. **The Social Dimension of Legal Induction: The Problem of Legal Similarity and the Process of Entrenchment**, p. 6, apr. 2014. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2424467>. Acesso em: 5 set. 2015.

KUHN, Thomas S. **A Estrutura das revoluções Científicas**. Trad. Beatriz Vianna. Perspectiva: São Paulo, 2003.

LANINGAN, Richard. L. From Enthymeme to Abduction: The Classical Law of Logic and The postmodern Rule of Rethoric. *In: Recovering Pragmatism Voice*. New York: State University of New York Press, 1995.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LISZKA, James Kakób. Peirce's New Rhetoric. **Transactions of the Charles S. Peirce Society**, v. 36, 2000.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação Jurídica Teoria do Direito**. Trad. Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Interpretação da boa-fé nos contratos brasileiros: os princípios jurídicos em uma abordagem relacional (contra a euforia principiológica). *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina. **Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MACKAAY, Ejan; LEBLANC, Violette. The Law and Economics of Good Faith in the Civil Law of Contract. *In*: **European Law and Association Conference**, p. 9, sep. 2008.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Trad. Rachel Sztajn São Paulo: Atlas, 2014.

MACKAAY, Ejan. History of Law and Economics. *In*: **Encyclopedia of Law and Economics**, 1999. p. 65-92.

MARAVALL, José Maria. Rule of law as a Political Weapon. *In*: **Democracy and the rule of law**. New York: University, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé como Modelo**: Uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale, 2001. Trabalho apresentado Convegno la formazione del sistema giuridico latinoamericano: codici e giurist, amafi, abr. 2001.

MATHIS, Klaus. **Efficiency Instead of Justice?** Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Trad. Deborah Schannon. Springer, 2009.

MENEZES CORDEIRO, Antonio. **Da Boa Fé no Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 2007.

MENKE, Fabiano. A Interpretação das Cláusulas Gerais: A subsunção e a concreção dos conceitos. **Revista da AJURIS**, v. 36, n. 103, p.70-94, sep. 2006.

MICHELON, Claudio. Princípios e coerência na argumentação jurídica. *In*: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina Barbieri. **Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONATERI, Pier Giuseppe; SOMMA, Alessandro. The Fascist Theory of Contract. *In*: **Darker Legacies of Law in Europe**, Hart Publishing, 2003.

MORISON, Wayne. **Filosofia do Direito dos Gregos ao Pós-Modernismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MURPHEY, John. **O Pragmatismo**: de Peirce a Davison. Tradução Jorge Costa. Porto: Edições Asa, 1993.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NORTH, Douglass C. **Understanding the Process of Economic Change**. Princeton: Princeton University, 2005.

NORTH, Douglass; WALLIS, John Joseph; WEINGAST, Barry. A conceptual framework for interpreting recorded human history. *In*: **National bureau of economic research**.

Cambridge, p. 19, dec. 2006. Disponível em: [Http://www.nber.org/papers/w12795](http://www.nber.org/papers/w12795). Acesso em: 30 mai. 2007.

NORTH, Douglass. **Institutions, Institutional Change and Economic performance**. 22. ed. New York: Cambridge University Press, 2006.

NORTH, Douglass. **Understanding the Process of Economic Change**. New Jersey: Princeton, 2005.

PAAVOLA, Sammi. Abduction through Grammar, Critic, and Methodetic. **Transactions of the Charles S. Peirce Society**, v. 40, n. 2, 2004.

PARISI, Francesco & FON, Vincy. On the Optimal Specificity of Legal Rules. **Journal of Institutional Economics**. George Mason Law & Economics Research Paper, v. 32, n. 4, p. 4, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=569401>. Acesso em: 23 abr. 2011.

PEIRCE, C. S. Economy of Research. **Collected Papers**. Cambridge: Harvard University Press, 1958. v. 7.

PEIRCE, C. S. Pragmatism and Abduction. **Collected Papers**. Cambridge: Harvard University Press, 1934. v. 5.

PEIRCE, C. S. The Fixation of Belief. **Collected Papers**. Cambridge: Harvard University Press, 1934. v. 5.

PEIRCE, C.S. Lessons from the History of Science. **Collected Papers**. Cambridge: Harvard University Press: Ed. Artur Burks, 1958. v. 7.

PEIRCE, C.S. Os Três Tipos do Bem. *In: Semiótica*. Perspectiva: São Paulo, 2003.

PEIRCE, C.S. Três tipos de raciocínio. *In: Semiótica*. Perspectiva: São Paulo, 2003.

PEIRCE, Charles S. Abduction. **Collected Papers**. Cambridge: Harvard University Press: Ed. Artur Burks, 1958. v. 7.

PEIRCE, Charles S. Pragmatism and Abduction. **Collected Papers**. Cambridge: Harvard University Press: Ed. Artur Burks, 1934. v. 5.

PEIRCE, Charles S. Deduction, Induction and Hypothesis: Rule, Case, and Result. **Collected Papers**. Cambridge: Harvard University Press. 1934. v. 2.

PEIRCE, Charles S. Divisão dos Signos. *In: Semiótica*. Perspectiva: São Paulo, 2003.

PEIRCE, Charles S. How to make our ideas clear. *In: Selected Writings*. New York, Dover Publications.

PEIRCE, Charles S. Some Consequences of Four Incapacities. **Collected Papers**. Cambridge: Harvard University Press. 1934. v. 5.

PEIRCE, Charles Sanders. Pragmatismo e Abdução. *In: Semiótica*. São Paulo: Perspectiva, 2003.

PEIRCE, Charles Sanders. How to make our ideas clear. *In: BUCHLER, Justus. (Org.). Philosophical writings of Peirce*. New York: Dover Publication, 1955.

PEREIRA, Anthony W. **Political (In) Justice: Authoritarianism and the Rule of Law in Brazil, Chile, and Argentina**. Pittsburgh: University of Pittsburgh, 2005.

POGREBINSCHI, Thamy. **Pragmatismo: teoria social e política**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2005.

POSNER, Richard A.; EHRLICH, Isaac. An Economic Analysis of Legal Rulemaking. **The Journal of Legal Studies**, v. 3, n. 1, p. 257-286, jan. 1974.

POSNER, Richard. What has Pragmatism to offer law? *In: Pragmatism in Law and Society*. Boulder: Westview Press, 1991. p. 30.

POSNER, Richard. **Creating a Legal Framework for Economic Development**. World Bank Research Observer, v. 13, n. 1, p.1-11, feb. 1998.

PRILLAMAN, William C. **The Judiciary and Democratic Deacy in Latin America**. London: Praeger, 2000.

PUTNAM, Robert D. **Comunidade e Democracia: a experiência da Itália moderna**. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

ROSA, Antônio Machado. **O conceito de continuidade em Charles S. Peirce**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

Luciano Ros - Custos da Justiça no Brasil. Newsletter. **Observatório de elites políticas e sociais do Brasil**. v. 2, n. 9, 2015. Disponível em: <http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf>. Acesso em: 15 out. 2015.

ROTHSTEIN, Bo. **Social Traps and the problem of trust**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

SABRE, Ru Michael. Peirces's Abductive Argument and the Enthymeme. **Transactions of the Charles S. Peirce Society**. v. 26, n. 3, Summer, 1990.

SANTAELLA, Lucia. **O Método Anticartesiano de C. S. Peirce**. São Paulo: UNESP, 2004.

SCHÄFER, Hans-Bernd & OTT, Claus. **The economic analysis of civil Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2004.

SCHÄFER, Hans-Bernd. Legal Rules and Standards. **German Working Papers in Law and Economics**, Bepress, 2002.

SCHÄFER, Hans-Bernd. Rule Rule Based Legal Systems as a Substitute for Human Capital. Should Poor Countries Have a More Rule Based Legal System? **German Working Papers in Law and Economics**, v. 1, n. 20, 2001.

SCHÄFER, Hans-Bernd. Rules versus Standards in Rich and Poor Countries: Precise norms as Substitutes for Human Capital in Low-Income Countries. **Supreme Court Economic Review**, v.14, p. 128, 2006.

SCHÄFER, Hans-Bernd. Rules versus Standards in Rich and Poor Countries: Precise norms as Substitutes for Human Capital in Low-Income Countries. **Supreme Court Economic Review**, v. 14, 2006.

SCHAUER, Frederick. **Playing by the rules: a Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life**. Oxford: Clarendon Press, 2002.

SCHLAG, Pierre J. Rules and Standards. **33 UCLA Law Review**, n. 379, p.14, dec. 1985.

SCHLECHTRIEM, Peter. The Functions of General Clauses, exemplified by regarding Germanic Law and Dutch Law. *In: General Clause and Standards in European Contract Law*. The Hague: Kluwer Law International, 2006.

SCHMIDT, Jan Peter. **Zehn Jahre Art. 422 Código Civil – Licht und Schatten bei der Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben in der brasilianischen Gerichtspraxis**. Instituto Max Planck de Direito Privado e Direito Internacional, apresentado em 2014 para tradução ao português pelos pesquisadores visitantes e colaboradores.

SCHMIDT, Jan Peter. **Zivilrechtskodifikation in Brasilien: Strukturfragen und Regelungsprobleme in historisch-vergleichender Perspektive**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2009.

SCHUM, David A. Species of abductive reasoning in fact investigation in law. **Cardozo Law Review**, v. 22. jul. 2001.

SEPE, Simone Maria. **Good faith and Contract Interpretation: A law and economic perspective**. Siena Memos and Papers in Law & Economics - SIMPLE Paper, n. 42, p. 28, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1086323>. Acesso em: 23 abr. 2010.

SHOOK, John R. **Os pioneiros do pragmatismo Americano**. Trad. Fábio M. Said. Rio de Janeiro: D&P Editora, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇ 13.04.2010, REsp Nr. 981.750/MG, Relatora: Nancy Andrighi, DJe 23.4.2010.

STOLLEIS, Michael. Reluctance to Glimpse in the Mirror: the changing face of German Jurisprudence after 1933 and post-1945. *In: Darker Legacies of Law in Europe*, Hart Publishing, 2003.

STRAUB, Sthéfan Coordination and institutions: A review of game-theoretic contributions. *In: ESNIE*, Corsica, 2007.

STROH, Guy W. **A Filosofia Americana**: Uma introdução (De Edwards a Dewey). Trad. Jamir Martins. São Paulo: Cultrix, 1968.

SUNDFELD, Carlos Ari. O Direito Administrativo entre os clips e os negócios. *In: Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é Preguiça? *In: MACEDO JR., Ronaldo Porto; BARBIERI, Catarina. (Org.). Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.

TATE, N. e VALLINDER, T. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TEUBNER, Gunther. Legal irritants: Good Faith in British Law or Unifying Law ends up in new divergencies. **The Modern Law Review**. MLR 61:1, p.11-32, jan. 1998.

TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo; GALDINO, Flavio (Org.). **Dicionário de Princípios Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TREBILCOCK, Michael J. **The Limits of Contract**. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 16.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GÓIAS. APELACAO CIVIL, 86604-3/188. DES. Luiz Eduardo de Sousa. 1ª Câmara Civil. 13/06/2006

TUZET, Giovanni. Legal Abduction. **Cognitio**, v. 6, n. 2, p. 265-284, jul./dez. 2005.

UER, Marietta. **The Structure of Good Faith**. A Comparative Study of Good Faith Arguments, p. 30, nov. 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=945594>. Acesso em: 23 abr. 2010.

VILLELA, João Baptista. Variações Impopulares sobre a dignidade da pessoa humana. *In: Superior Tribunal de Justiça: Doutrina, Edição Comemorativa 20 anos, Brasília, 2009*.

WEBER, Ralph. Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen. **Archiv für die civilistische Praxis**, 192. Bd., H. 6, 1992.

WIEACKER, Franz. **El Principio General de la Buena Fe**. Traduzido por J. Carro. Título original em alemão: Zur rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB. Madrid: Civitas, 1997. p. 29.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: o Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZEITLER, Helge Elisabeth. Good Faith in WTO Jurisprudence: Necessary balancing element or an open door to judicial activism? **Journal of International Economic Law**, v. 8, n. 3, p. 721–758.

ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. Good faith in European Contract Law: surveying the legal landscape. *In: **Good Faith in European Contract Law***. Cambridge Press, 2000.

ZWEIGERT Konrad; KÖTZ ,Hein. **An Introduction to Comparative Law**. Trad. Tony Weir. Oxford: Clarence Press, 1998.