

# Doutrina

## NOTAS DE ANÁLISE ECONÔMICA: CONTRATOS E RESPONSABILIDADE CIVIL

RACHEL SZTAJN

Quando se pensa em análise econômica do direito imagina-se, por vezes, que se estará no campo do direito econômico ou do direito comercial, ou ainda naquele em que preponderam os modelos econométricos sobre as regras jurídicas. Nada mais enganoso. A análise econômica do direito pretende aferir a maior ou menor eficiência das operações negociais.

O pensamento econômico funda-se no pressuposto de que os agentes econômicos são racionais, e, portanto, agem racionalmente, e que os recursos são escassos e têm valor, a busca da melhor, mais eficiente alocação, a maximização do seu uso, deve produzir o máximo de bem-estar. Da combinação desses pressupostos resulta que os agentes, de forma racional, visam a maximizar sua satisfação individual, transferindo seus recursos para aquelas posições e/ou situações que lhes ofereçam o máximo bem-estar, ou o mínimo prejuízo.

A idéia de eficiência alocativa leva a propiciar a mobilidade de posições e relações negociais que, no plano jurídico, implica reconhecer, ou não, a propriedade privada e a admitir a apropriação e a acumulação de riquezas; daí porque uma das posições em que se funda a análise econômica do direito indaga da alocação que as normas jurídicas determinam nos diferentes modelos negociais, enquanto a racionalidade econômica encontra, no plano jurídico, sua expressão nas idéias de capacida-

de e autonomia do agente no tráfico negocial.

Assim, fica claro que, sob o aspecto econômico, a busca do próprio interesse nas condutas humanas é admissível. Não se quer com isso dizer que o egoísmo absoluto seja desejável nem que deva ser premiado, mas sim que o interesse individual deve ser reconhecido e admitido, pois as pessoas reagem conforme os incentivos que lhes sejam oferecidos. As normas penais, por exemplo, em geral servem como incentivo para que determinadas condutas sejam evitadas para que não se sofra as penalidades nelas previstas.

Portanto, entre duas ou mais alternativas, o agente racional escolhe aquela que lhe seja mais favorável ou menos gravosa. Essa idéia está presente no pensamento de Norberto Bobbio quando discute a fixação de prêmios, recompensas e punições que deve, de alguma forma, permear o sistema jurídico de forma a se obter certos comportamentos desejáveis e inibir os indesejáveis.

Igualmente demonstra-se em modelos de jogos de cooperação que, comportamentos adotados pelos agentes econômicos, em geral, perseguem a maximização de eventos cujos resultados sejam mais favoráveis, ou menos danosos, mesmo que as condutas sejam egoísticas.

Quem pensa em condutas egoísticas está seguindo o modelo descrito por Adam

Smith em que a soma de interesses individuais acaba por aumentar a riqueza e bem-estar coletivos, mesmo quando as condutas individuais forem egoístas.

Assim, escopo da discussão é a análise da responsabilidade civil à luz das chamadas "leis da economia", ou seja, a lei da oferta e da demanda, da procura de maximização de valor, utilidade e eficiência — produtiva e alocativa — nas relações interindividuais e coletivas ou sociais.

Antes de prosseguir é preciso entender o que, em termos econômicos, é mercado e como o mercado pode, ou não, contribuir para aumentar a eficiência na circulação e acumulação da riqueza, e ser considerado no plano das discussões jurídicas, pois direito e economia não devem ser mutuamente excludentes na análise dos comportamentos humanos.

Veja-se, a propósito, o que diz Ronald H. Coase:<sup>1</sup> "Economics is the science which studies human behaviour as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses" (*An Essay on the Nature and Significance of Economic Science*, 2ª ed., Londres: Macmillan & Co., 1935, p. 16). Seguindo tal entendimento, de que a economia é ciência que estuda o comportamento humano, e sendo o direito, também, ciência que estuda, para prescrever regras de conduta, o comportamento humano, da combinação dessas duas áreas de conhecimento, pode-se imaginar a aplicação de regras econômicas ao direito.

Mercado é, para aquele economista, uma instituição, ou uma estrutura, que existe para facilitar as negociações, as trocas econômicas; os mercados servem, pois, para diminuir o custo de agentes econômicos racionais, na busca de maximização de utilidade para os recursos escassos, satisfazendo seus desejos ou interesses.

Vale lembrar as feiras e mercados medievais, organizados por particulares

previamente autorizados pelo soberano, em que se punha à disposição das pessoas locais para que elas se encontrassem, locais esses em que eram oferecidos produtos e serviços, facilitando o comércio, oferecendo diversão pública, facilitando o contato entre quem dispunha de bens para ofertar e os que deles necessitavam de forma "eficiente". Anote-se que nas feiras também se cuidava da segurança e se administrava justiça em Tribunais locais.

A idéia de mercado está fundada no princípio da racionalidade e na concorrência. Duas questões são, então, propostas. Sob que condições é racional supor a cooperação de agentes racionais entre si? Qual a forma e o conteúdo de uma cooperação racional?

Pode-se considerar dois modelos de racionalidade, o coletivo e o individual. Neste o que se visa é maximização de utilidade, enquanto a racionalidade coletiva se funda no denominado Teorema de Pareto. Assim, a racionalidade coletiva implica um Pareto ótimo, que se define conforme um Pareto superior. Logo, um estado de Pareto ótimo é aquele em que não há qualquer Pareto superior que seja melhor.<sup>2</sup>

Cada pessoa, isolada do grupo, não define, racionalmente, nenhum tipo de Pareto superior, porque o indivíduo pode obter alguma vantagem isolada, individual, que o ponha em posição melhor mas causando alguma perda a outrem. O resultado a que chegam os economistas é que, um estado Pareto superior é aquele racional para todos os agentes.

A teoria dos jogos demonstra que se A fizer empréstimo a B, sem ter certeza de receber de B, voluntária ou coercitivamente

2. Pareto superior é definido em relação a preferências individuais em face de estados sociais. Exemplifica-se: Um estado S' é Pareto superior em relação a outro estado S, se ninguém preferir S sobre S' e se, ao menos uma pessoa preferir S em relação a S'. Ou de outra forma, o estado S' é Pareto superior ao estado S se ninguém ficar pior em S' do que em S e, ao menos uma pessoa estiver melhor em S' do que em S.

1. *The Firm, The Market and The Law*, The University of Chicago Press, 1988, p. 1.

te, o valor mutuado acrescido de juros — o preço do dinheiro — não haverá mútuo, o que deixa A e B em situação pior do que se o mútuo for ajustado. E que B ficaria melhor se não tivesse de devolver aquilo que lhe fora emprestado à custa da perda de A.

Mas, a possibilidade de se concretizar essa hipótese faz com que A nada empreste a B.

Sabendo-se que dizer mercado implica supor racionalidade, mas nem sempre justiça ou equidade, que não estão, necessariamente, presentes no critério de escolha racional, os valores éticos e morais da sociedade ficam, em geral, distantes da idéia de mercado, que se apóia na busca de eficiência.

Mas, se a conduta racional explica a motivação do homem e, politicamente, constitui justificativa para a dicção de normas jurídicas, normas que as pessoas estarão motivadas a observar já que, para elas, racionalmente, é de seu interesse, é lógico que o direito favoreça a posição de uma pessoa em face de um bem da vida ou da utilidade que pode obter de bens da vida, num modelo de convívio estruturado para a cooperação.

Aqui se percebe que a relação entre lei, moral e cooperação racional constitui interação vantajosa para a comunidade especialmente porque a cooperação racional é produtiva e distributiva. Cooperação racional significa escolha racional, elemento fundante do paradigma de mercado. Aceita essa idéia, pode-se avançar e relacionar mercado e liberalismo e o crescimento do poder da razão individual na autodeterminação dos próprios interesses.

A propriedade, o reconhecimento do direito de propriedade, é fundamental para a troca e, portanto, para a existência do mercado. A relação entre propriedade privada e mercado de um lado e a disponibilidade do processo de produção da riqueza destinada ao mercado de outro demonstram que o mercado existe quando se reconhece seja a propriedade privada seja a apropria-

ção da riqueza pelos particulares, servindo o contrato, instituto que representa o acordo sobre o que as partes, racionalmente, querem e entre si ajustam, como instrumento que melhor se refere aos mercados.

Ora, como os mercados promovem a melhor utilidade dos bens por meio dos ótimos de Pareto (nenhuma troca poderá ser feita sem que alguém perca para que outrem se beneficie, isto é, todas as pessoas envolvidas devem manter seu nível de bem-estar e satisfação) ou (2) dos ótimos de Kaldor-Hicks (que diz que a transação é eficiente quando as partes que se relacionam consideram que estarão em situação melhor do que antes, desde que o dano (perda) causado a terceiros não exceda a soma do benefício das partes que satisfazem seus interesses), os contratos acabam por ser a forma que torna menos onerosa a circulação dos bens.

Se cada indivíduo se dá conta de que cumprir as regras de cooperação racional é de seu interesse, chega-se ao modelo do contratualismo e do *pacta sunt servanda*. O contrato como instrumento de alocação de restrições ou de interesses individuais reflete a escolha racional em modelos de cooperação.

Ao contratar, cada parte deseja maximizar sua parcela de benefícios ao mesmo tempo que busca minimizar os ônus que sobre ela devam recair. Nem por outra razão é que se chegou aos contratos contendo cláusulas abusivas. Fica claro como e porque os mercados têm por função tornar eficiente a troca econômica, a troca de utilidade por utilidade, não de bem por preço, muito embora o preço possa ser a medida de utilidade.

Também fica patente ser o contrato o instituto, por excelência, de que se servem os agentes econômicos para realizar e dispor dos próprios interesses, facilitar a circulação dos recursos dos usos menos valiosos para aqueles em que a utilidade seja maximizada, nem que esse direito seja o instrumento do processo de mercado.

Desenhado o conteúdo contratual é de se supor que qualquer alteração das regras poderá beneficiar uma das partes em detrimento da outra, o que explica a proibição de alterações unilaterais que afetariam a utilidade inicial acordada entre as partes. Em Direito poderíamos pensar esse aspecto como o sinalagma inicial ou genético do negócio, sinalagma esse que supõe-se há de persistir.

Da possibilidade de ajustar, por via de contrato, a responsabilidade de cada uma das partes contratantes, em relação a cada negócio, passa-se, nos modelos contratuais legalmente tipificados, às regras alocativas determinadas em lei. Assim, cada tipo contratual apresenta regras que permitem à parte lesada, conforme o modelo, pleitear danos (lucro cessante e dano emergente) na medida do que a sociedade entende a eficiente distribuição dos recursos e dos estímulos para sua utilização.

Tornar eficiente a troca significa aumentar a utilidade ou a velocidade em que chega à utilidade ao menor custo. A idéia de custo de "transação" dos economistas resulta da análise da maior ou menor velocidade na obtenção da utilidade, com garantia. Por isso dizem que no mercado a troca de informações reduz o custo de transação.<sup>3</sup> Por que a informação é valiosa, e obtê-la significa custo ao mesmo tempo que reduz a incerteza, quanto melhor e mais acessível for a informação, menor será o custo de transação, logo, melhor será o funcionamento do mercado.

As normas jurídicas voltadas para garantir o cumprimento das obrigações, reduzindo o risco de inadimplemento, são fundamentais na valoração econômica do custo de transação. A certeza da aplicação das normas, tal como deduzidas e aceitas socialmente, integra a estrutura dos merca-

dos eficientes. Nem por outra razão se ouve de empresários que podem sobreviver com regras ruins, com regimes ditatoriais, mas que não podem investir, por falta de "garantias" em países em que as regras mudam facilmente, pois isso representa aumento do custo de transação.

Sobre a ligação da lei com a alocação eficiente dos recursos, creio que, como muitos estudiosos, o melhor exemplo da idéia de custo de oportunidade é apresentado no chamado Teorema de Coase, designação atribuída a George Stigler, a estudo apresentado por Ronald H. Coase no artigo "The Federal Communications Commission" em que afirma: "A propriedade de uma caverna recém-descoberta caberá ao descobridor, ao proprietário da área em que se localize a entrada, ou a quem tenha a propriedade da área sob a qual está situada, dependendo do que a lei disponha sobre propriedade. Mas a lei apenas determina a que pessoa deve-se ajustar o uso da caverna. Se a caverna for usada para armazenar arquivos bancários, como reservatório de gás natural, ou para cultivar cogumelos, isso será resultado não da lei de propriedade mas de se o banco, a companhia de gás ou a produtora de cogumelos, pagará o máximo valor desejado pelo proprietário para ceder o uso da caverna"<sup>4</sup> (tradução livre). Partindo dessa explicação Coase passa a analisar outras situações em que direitos poderiam ser exercidos por quem tivesse com isso a máxima utilidade.

Assim, prossegue o economista: "the delimitation of rights is an essencial prelude

3. A palavra transação não está empregada no sentido técnico jurídico de modo de extinção ou prevenção de litígios mediante mútuas e recíprocas concessões entre as partes, como prevê o CC no art. 1.025.

4. Coase, ob. cit., p. 157, "Whether a newly discovered cave belongs to the man who discovered it, the man on whose land the entrance to the cave is located, or the man who owns the surface under which the cave is situated is no doubt dependent on the law of property. But the law merely determines the person with whom it is necessary to make a contract to obtain the use of the cave. Whether the cave is used for storing bank records, as a natural gas reservoir, or for growing mushrooms depends, not on the law of property, but on whether the bank, the natural gas corporation, or the mushroom concern will pay the most in order to be able to use the cave.

to market transactions ... the ultimate result (which maximizes the value of production) is dependent of the legal decision".<sup>5</sup> Coase afirma que as empresas (*firms*) são centros ou feixes de contratos e existem para buscar reduzir o custo de transação. Por isso que o crescimento da firma depende de, a cada operação, saber se aquele custo a ser incorrido será maior ou menor, se recair sobre a firma existente ou por outra, nova. Logo, conclui, se inexistir custo de transação a alocação inicial do bem ou da propriedade não será feita levando em conta o uso mais eficiente que é o que se busca em teoria econômica.

A idéia de custo de transação é importante quando se discute eficiência alocativa, mesmo no campo do direito, pois as normas de tutela das partes mais fracas numa relação jurídica, para corrigir falhas de mercado, podem provocar distorções impedindo a normal e eficiente alocação da riqueza, assim como podem facilitar as operações no mercado por oferecer maior segurança, reduzindo os custos de transação.

Se os agentes econômicos forem racionais e os recursos escassos, o uso dos recursos tenderá a migrar para ou a gravitar em torno da troca voluntária mais benéfica que o mercado permitir ou oferecer eficiência produtiva. Exemplo dessa migração é a Lei de Condomínios Horizontais que aumenta o valor da propriedade imobiliária ao permitir a edificação em planos horizontais de unidades distintas atribuindo-as a diferentes proprietários.

O valor econômico de um bem é determinado pelo montante em dinheiro que se esteja disposto a pagar por ele ou, inversamente, quanto exige o proprietário para dele se desfazer. Imagino que o valor dos imóveis em que se possa edificar segundo a Lei n. 4.591 de 1965 é significativamente superior ao daqueles de mesma área física situados em região sobre as quais pesem

limitações ao direito de edificar. Com isso chega-se à idéia de utilidade.

A palavra utilidade indica, em economia, o valor do custo ou benefício esperado em face de opções diversas para usos daquele específico bem. A utilidade leva em conta o risco, a álea, que se reflete na utilidade marginal do bem. Explica-se: se alguém pretender adquirir um veículo automotivo, por exemplo, cujo valor de usado, na revenda, implicar perda, procurará adquirir o veículo cuja perda, naquela forma, seja a mais reduzida possível. Esse comportamento descarta as compras por impulso, que não seguem o modelo de racionalidade proposto.

Conforme di Majo,<sup>6</sup> utilidade e tutela de interesses andam juntas, de forma que os remédios ou instrumentos para as hipóteses em que os interesses (ou utilidades) não sejam satisfeitos ou sejam satisfeitos de forma incompleta permite supor que as utilidades constituem, embora de forma subjacente, elementos fundantes dos sistemas jurídicos.

Por fim, eficiência indica que, na alocação de recursos, a maximização da utilidade é a meta. A eficiência interessa enquanto instrumento útil na busca de metas e não como elemento valorável do ponto de vista moral. Há quem aplique o critério de eficiência apenas àquelas operações voluntárias de troca econômica. Apreciar a eficiência, no plano jurídico, porém, deve levar em conta valores éticos e sociais.

Retomando agora a idéia de mercado, cabe ressaltar as duas vertentes em que é encontrada nos textos dos economistas. Uma que entende que o paradigma do mercado é importante por criar eficiência alocativa, outra por ligá-lo à escolha livre, o que gera estabilidade social. A escolha livre depende de haver regime democrático, reconhecendo que nem todas as normas, nas democracias liberais, são desenhadas

5. *Ibid.*, p. 158.

6. Adolfo di Majo, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè Editore, Milão, 2ª ed., 1993.

de modo a tornar os mercados possíveis ou corrigir suas falhas.

Propriedade e contrato, instrumento de troca voluntária, estão ligados na promoção do bem-estar social e, havendo custos de transação nas trocas, as regras de responsabilidade civil constituem o remédio, por excelência, de tutela dos interesses das partes não cumpridos após o ajuste.

É de se supor que, no campo do direito dos contratos, as regras sejam desenhadas de forma a facilitar a troca, provendo salvaguardas contra inadimplementos ou falhas de mercado. Por isso que o inadimplemento, culposo ou doloso, há de prever penas maiores para o causador do que o involuntário. É clara a facilidade de aplicação da análise econômica a figuras jurídicas como o contrato e a responsabilidade civil.

As normas contratuais servem para definir a moldura das permissões ou autorizações individuais, ou seja, as regras que permitem às pessoas dispor de seus bens ou interesses como melhor lhes aprouver, no campo de manifestação da autonomia privada, das declarações livres, do agir humano, em contraste frontal com o modelo do direito penal que é de proibições.

Já a outra face da análise da distribuição dos direitos e ganhos (riqueza) decorrentes da atividade e dos danos por ela causados, leva às regras de responsabilidade civil. Quando se fala em responsabilidade civil não se visa a proibir condutas moralmente reprováveis, mas sim a alocar riscos de forma a que as condutas culposas sejam inibidas, ou que o causador de danos pague pelos prejuízos que vier a causar.

Jules L. Coleman,<sup>7</sup> lembra que Guido Calabresi propõe que o direito de *torts*, semelhante à nossa responsabilidade civil, ocupa no sistema jurídico a posição entre os contratos e os delitos. Se as regras sobre direitos reais definem a propriedade e ou-

tros títulos dominiais, o direito dos contratos constitui a área em que se dispõe sobre a forma pela qual as pessoas fazem o que desejam com seus bens, mediante o desenho de modelos que devem ser atendidos para a validade e eficácia do negócio, enquanto o direito penal define as proibições, que são categóricas, ainda quando se esteja disposto a compensar a violação da norma penal.

Seguindo o ensinamento de Guido Calabresi observa-se que a diferença entre responsabilidade civil e penal está em que naquela estão incluídos atos cuja prática é admitida desde que se pague o preço do prejuízo causado a uma pessoa ou grupo de pessoas, enquanto nesta o pagamento é de outro tipo, pois responde-se pelo dano causado não a uma pessoa, isoladamente, mas à sociedade, por isso as penas privativas de liberdade, proibição ou inabilitação para exercer atividade além das multas pecuniárias são a regra.

Dessa forma responsabilidade civil pode servir de freio no desenho das regras na procura da eficiência alocativa dos recursos no mercado. Não muito distante dessa idéia está Grant Gilmore que em *The Death of Contract*<sup>8</sup> afirma "... 'contract' is being absorbed into the mainstream of 'tort'. Until the general theory of contract was hurriedly run up in the nineteenth century, tort had always been our residual category of civil liability ... Classical contract theory might well be described as an attempt to stake out an enclave within the general domain of tort. The dykes which were set up to protect the enclave have, it is clear enough, been crumbling at a progressively rapid rate".

Será que o jurista entrevia alguma forma de retorno ao modelo do direito romano em que as ações, mais do que as promessas, as declarações ou manifestações livres de vontade, indicariam o norte da bus-

7. *Risks and Wrongs*, Cambridge, University Press, 1992, p. 74.

8. Ohio State University Press, Columbus, Edited and with a Foreword by Ronald K.L. Collins, 1995, pp. 95 e ss.

ca de eficiência? Tais considerações não fogem muito do que ocorre no Brasil atualmente. O crescente número de microsistemas normativos, o aumento das hipóteses de responsabilidade objetiva, a vinculação forçada, não são estranhas ao jurista pátrio, ampliando o leque das ações para compensar falhas de mercado, reduzir as diferenças de poder de barganha entre as partes.

Coleman, por sua vez, entende que a responsabilidade civil constitui mescla entre direito e moral, que no plano da análise econômica do direito a responsabilidade civil constitui elemento que serve para trazer os ideais de justiça e moralidade na contraposição da pura e não valorativa idéia de eficiência alocativa da economia quando há falhas de mercado, quando a concorrência não é perfeita, quando há posições dominantes, quando há ignorância de qualquer das partes sobre os elementos em que se baseia o negócio, por exemplo. Ressalte-se que eficiência sem estabilidade social representa valor completamente despido de interesse para que cultue ciências humanas, como o direito.

Quem opta por analisar contratos e responsabilidade civil deve distinguir entre direitos reais e obrigacionais. No direito de propriedade está subjacente a certeza de que a tutela da propriedade constitui tutela contra atos de terceiros que possam reduzir-lhe o valor ou limitar-lhe o uso; a relação do proprietário com a propriedade, móvel ou imóvel, é exclusiva e exclusivista, por isso a propriedade garante ao titular o poder para excluir quaisquer terceiros em relação ao bem, assim como o poder para alienar, e/ou permitir o uso e/ou o gozo da coisa.

Richard Posner vê no direito de propriedade dois aspectos, o estático e o dinâmico. No primeiro caso não se considera a questão temporal, ou decurso do tempo, o que significa que todas as mudanças temporais presumem-se refletidas instantaneamente sobre o valor da propriedade.

Sob o aspecto dinâmico, porém, os eventos ocorridos ao longo do tempo são

valorizados. Assim os frutos do trabalho agrícola — plantações, criações — devem ser tutelados separadamente da tutela do imóvel, evitando que haja apropriação desses valores por qualquer pessoa que não o agricultor, o criador, o que desestimularia as atividades.<sup>9</sup> Logo, a lei deve disciplinar direitos de vizinhança, direitos de comúneiros, usuários e usufrutuários, apenar a invasão de animais em propriedade alheia, compor danos daí derivados, para que haja estímulo aos produtores, proprietários, ou não, da terra.

Igualmente no caso de exploração minerária, em que o proprietário da terra deve permitir que terceiros possam escavar o subsolo e extrair minérios, mediante pagamento de direitos ao titular da propriedade. Com essas regras aumenta-se a eficiência alocativa e melhora-se a distribuição da riqueza. Seria possível demonstrar, pela teoria dos jogos, que todos estarão melhor se as regras forem observadas do que se violadas.

A natureza do direito, exclusivo quanto ao uso de recursos valiosos, dá origem a um conjunto de remédios próprios como as ações reivindicatórias, as reipersecutórias, e os interditos, por exemplo, que se exercem *erga omnes*. O direito de propriedade garante ao titular a disponibilidade e utilidade do bem e o poder de obter indenização, até por via da responsabilidade civil, por prejuízos e/ou perda de valor que venha a sofrer, decorrentes de danos a ou perda da propriedade por ato de terceiro.

Seguramente o legislador há de ter em conta que nem sempre a só eficiência alocativa, a maximização da utilidade, deve ser analisada quando se discute a propriedade e direitos conexos. Se assim fosse admitir-se-iam momentos em que pessoas, de mais poder econômico, causassem danos a terceiros simplesmente por terem capacidade econômico-financeira para ressarcilos. Isso levaria a sociedade a comporta-

9. Posner, ob. cit., pp. 29 e ss.

mentos inaceitáveis do ponto de vista da moral e indesejáveis para o bom convívio social, razão suficiente para que se fixem limites claros ao "direito absoluto do proprietário" de aumentar seus benefícios, maximizar sua utilidade.

Em tais situações o que se faz, em análise econômica das normas, é tentar encontrar o ponto de equilíbrio, ou o melhor Pareto, de forma que todas as partes, independentemente de seu poder econômico, auferam benefícios dos recursos e suportem, equilibradamente os danos.

Essa a orientação do legislador de 1988 que, na Constituição Federal, trata da função social da propriedade. Reconhece a propriedade privada mas impõe que o proprietário exerça o direito tendo em vista interesse social. Da mesma forma, a política fundiária que cria o Imposto Territorial Rural progressivo para áreas improdutivas. Proteção ambiental, limitação de emissão de poluentes, proibição de desmatamento, ruído excessivo em certas áreas ou decorrentes de certas atividades, restrições ao direito de edificar, entre outras, constituem modalidades de restrição ao direito de propriedade na forma clássica.

Outras restrições, de caráter privado, podem resultar de contratos e, diferente das regras de domínio, que se exercem contra todas e quaisquer pessoas, só se refletirão sobre as partes contratantes. Exemplo seriam loteamentos em que se restringe o tipo de edificação, a ocupação da área edificanda, a livre transmissão da propriedade.

Já os direitos puramente obrigacionais, decorrentes de posições jurídicas que não a de propriedade, dão ao prejudicado por ato de terceiros o direito de exigir compensação, não, porém, o poder de excluí-los da posição que ocupam. Não podem ser exercidos contra todas e quaisquer pessoas, mas, sim e só contra o violador causador do dano. O remédio para tais casos são as medidas ressarcitórias ou compensatórias, aí incluído o ressarcimento de danos não patrimoniais como prevê a Constituição

Federal de 1988. O que interessa é garantir que a pessoa não seja onerada, prejudicada quando seus direitos forem violados.

Lembrando estudo de Calabresi-Melamed, já citado, diz di Majo,<sup>10</sup> "La distinzione tra regole di proprietà (property rules) e regole di responsabilità (liability rules) è propria a scrittori americani, i quali privilegiano massivamente la c.d. analisi economica del diritto, e, in tale contesto, si chiedono in quali circostanze un immaginario giurista deciderebbe di utilizzare a fini di tutela una regola di proprietà o una di responsabilità. Essi aggiungono a tali regole una terza regola, definita di inalienabilità (inalienability rule) alla stregua della quale un qualsiasi diritto si palesa alienabile solo in presenza di determinate condizioni. L'ordinamento così interviene non solo per proteggere un determinato bene od utilità ma anche per stabilire le condizioni in presenza delle quali quel bene od utilità può essere ceduto".

Essa posição dupla que distinguiria de forma absoluta propriedade de obrigação como instrumento de tutela de direitos é contraditada por Antonio Gambaro, o qual diz que mesmo as regras de responsabilidade podem ser empregadas na tutela da propriedade. Exemplo proposto por Ronald Coase,<sup>11</sup> quando explica que, nos casos de responsabilidade civil é preciso decidir, entre duas partes, quem suporta um determinado dano, havendo nexa de causalidade entre dano e conduta de um dos agentes esclarece a questão. Invasão de área agrícola pode ou não ser admitida e como indenizar o proprietário?

A decisão de tolerar a invasão sem reparação do dano acaba por desestimular o plantio e reduzir a produção; deixar que o gado invada a área estimula descuido do criador; propõe se estime o quanto o agricultor deveria receber do criador para man-

10. Ob. cit., p. 85.

11. *The Problem of Social Cost in The Journal of Law and Economics* 3 (outubro, 1960), pp. 1-44, University of Chicago Press.

ter um trato da sua área improdutivo, tendo em vista que o criador ganha com não ter de se preocupar com vigiar seu gado.

O ponto ideal será aquele em que o agricultor ainda obtenha lucros plantando milho na área remanescente depois de receber indenização do criador de gado. Se, porém, a indenização somada ao resultado do plantio sobre o trato restante for inferior ao resultado que obteria plantando milho em outra área, então, diz Coase, o melhor é procurar outra área pois haverá uso ineficiente dos recursos produtivos se continuar no mesmo local, ainda que seja sempre indenizado. A posição do professor Antonio Gambaro parece bem coincidir com a explicação do economista norte-americano.

As tutelas ressarcitórias baseiam-se na reparação dos danos e, como levam em conta a liberdade das pessoas, devem limitar-se ao caráter pecuniário da coação, no campo da responsabilidade patrimonial, que pode levar à execução forçada, sob forma de valor abstrato de troca.<sup>12</sup>

Comparando contrato e responsabilidade civil, com ou sem culpa, pode-se observar que o primeiro instituto promove a circulação de bens, de usos menor para os mais pobres, de forma voluntária; já a responsabilidade civil fá-lo, igualmente, mas de forma coercitiva, involuntária.

No primeiro caso tem-se consenso, no segundo compensação; o contrato é instrumento de mercado, a responsabilidade civil serve para correção das falhas do mercado, ou seja, um constitui instrumento direto e, o outro, indireto de chegar à eficiência alocativa no mercado. Assim, no campo dos direitos de crédito, fala-se em pretensões e em dever de cumprir as obrigações ou indenizar o dano causado, decorra ele de inadimplemento ou adimplemento imperfeito, incompleto, tardio.

Analisando a responsabilidade civil Coleman<sup>13</sup> explica que "... liability rules

secure rights when transaction costs are too high." (... as regras de responsabilidade garantem os direitos quando os custos de transação são muito elevados), isso por que, quando se aplicam as regras de responsabilidade as perdas são apreciadas segundo as regras de mercado (dano emergente e lucro cessante), enquanto no caso de disputas sobre a propriedade a questão se põe em relação ao excedente, que, por definição, ultrapassa o valor de mercado do direito ofendido, o qual está preso ao custo de obter a transferência da propriedade. Alfonso di Majo explica o fato da seguinte forma: "... il valore da corrispondera è quello di mercato e non di affezione (come postulerebbe una regola proprietaria)..."<sup>14</sup>

Nas economias liberais (ou neo-liberais) a alocação dos recursos, via de regra, se faz pelos mecanismos de mercado. Mas se os custos de mercado forem altos, superando os da lei, ela será o meio mais eficiente para que se proceda à alocação. Daí porque não se pode afastar a interferência do legislador quando se discute o uso mais eficiente dos recursos. A principal distinção entre lei e mercado, como instrumentos de alocação de recursos, é que, em geral, o mercado é mais eficiente na avaliação de usos concorrentes ou alternativos, pois as pessoas podem, por si, decidir o que sacrificar, se houver mais de uma opção viável, enquanto a lei, comando abstrato e impessoal, não avalia preferências individuais.

Porém, não diferente do mercado a lei pode usar o mesmo critério de precificação, considerando o custo marginal como instrumento para estimular os agentes a maximizarem os recursos. Assim, nos casos de compensação por danos causados a terceiros, o que a lei faz é impor que se pague o preço da decisão, mas não se obrigue o agente a se abster, a não fazer o que lhe parece melhor; pagando o preço do dano pode o agente, livremente, determinar sua conduta, ainda que danosa para terceiros e que apenas quando se verifica que há inte-

12. Di Majo, ob. cit., p. 157.

13. Op. cit., p. 85.

14. Ob. cit., p. 92.

resse em exigir certa conduta é que se aplicam penalidades? Não, as regras assim estruturadas favoreceriam as pessoas de maior poder econômico, o que seria, como já se viu, não só imoral como injusto.

As regras de responsabilidade civil não desenham modelo incondicional do dever de reparar danos, à semelhança do dever incondicionado de respeitar a propriedade alheia, mas avaliam, comparando-os, os interesses em conflito. Presente isso é fácil pensar em modelos de responsabilidade civil, no quadro do custo social, pois decisões judiciais, bem como normas legais, afetam a alocação de recursos nos sistemas produtivos.

Aplica-se o modelo acima quando há interação entre partes que podem avaliar, de forma similar, os danos e benefícios, sendo indiferente a cada uma delas obter o resultado econômico por meio da atividade ou por meio de compensação. Havendo avaliações distintas o modelo não produzirá os mesmos resultados.

Isso explica muitos dos preceitos legais que admitem o dano justificado, que decorre de avaliação desigual dos resultados e da composição. Exemplo desse dano admissível está no art. 170, § 1º, da Lei n. 6.404/76 que admite lançamento de ações a preço inferior aos parâmetros fixados na lei, desde que justificado. (A lei diz injustificadamente, o que a contrário senso, implica dizer que justificadamente é permitido causar dano aos acionistas). O legislador admite que o interesse da companhia de obter recursos é mais digno de tutela do que os interesses individuais de seus acionistas prejudicados.

No mesmo sentido o art. 160 CC que não considera ilícito, logo não impõe o dever de indenizar, o ato praticado em legítima defesa ou exercício regular de direito reconhecido, ou quando a deterioração ou destruição da coisa alheia for promovida para remover perigo iminente, hipótese em que a legitimidade do ato depende de ser absolutamente necessário e ficar dentro dos

limites exigidos para a remoção do perigo. O balizamento é o perigo iminente ou a necessidade imperiosa de um lado e o equilíbrio no exercício de outro.<sup>15</sup>

São situações em que o dano imposto a terceiro encontra justificativa na preservação de bem jurídico cuja tutela se reputa mais valiosa. A alocação da utilidade decorre da lei que imputa o ônus ao titular da coisa destruída e distribui desigualmente a utilidade.

George P. Fletcher, em *Fairness and Utility Theory*,<sup>16</sup> propõe a discussão da responsabilidade civil não apenas sob as formas subjetiva e objetiva, mas partindo de dois paradigmas. Um, o da reciprocidade, o outro, o da razoabilidade. Segundo o primeiro, a dúvida está entre saber se a vítima tem direito de receber e o causador o dever de indenizar, e de outro lado o da razoabilidade que tem ligação com o bem-estar da comunidade.

Assim, danos reciprocamente causados pelas pessoas umas às outras devem ser suportados por todos indistintamente, enquanto é razoável que as vítimas suportem os riscos (razoáveis, ordinários) desde que haja maximização da utilidade total da comunidade, ainda quando não sejam resultado de ações recíprocas.

Claro que muitas vezes a regra da reciprocidade apresenta exceções, que são as hipóteses de dano "justo", não indenizável. Mais ainda, o homem médio, as cautelas que toma ou deveria tomar na proteção de seus interesses, passam a influir sobre a medida da razoabilidade. Portanto há, na discussão da responsabilidade civil, embaite entre duas estratégias. Uma privilegia a utilidade e propõe que, quando haja benefício para a comunidade, a vítima suporte o ônus, enquanto a outra partindo dos di-

15. Remete-se a discussão a Richard Posner em "Killing or Wounding to Protect a Property Interest", in *The Journal of Law and Economics* 14, 1971, pp. 201 e ss., The University of Chicago Press.

16. In *The Harvard Law Review* 85, pp. 537 e ss., 1972, Harvard University Press.

reitos individuais se apóia no comportamento da vítima e sua contribuição, ou não, para o dano.

O projeto de Código Civil (Projeto n. 118/84) trata dos atos ilícitos nos arts. 186 a 188. No primeiro deles dispõe sobre ações ou omissões voluntárias que causem dano, inclusive moral, e que implicam na reparação em benefício da vítima. A regra do art. 188 repete o atual art. 160 CC.

A novidade vem no art. 187 que inclui, entre os ilícitos, os atos praticados no exercício de direito legítimo, mas de forma que exceda os limites impostos pelo fim econômico ou social, pela boa-fé e os bons costumes. Os parâmetros para avaliação da licitude do ato, que elimina o dever de indenizar, são definidos e incluem, na minha visão, tentativa de ajustar a alocação dos efeitos danosos segundo padrões éticos e econômicos. A alocação legal favorece, no caso do projeto, art. 187, o paradigma da razoabilidade enquanto a regra do art. 186, assim como a do art. 159 CC vigente, se fundam no paradigma da reciprocidade.

Identifico tendência, no projeto de Código Civil, de não privilegiar isoladamente nenhum dos paradigmas apontados, mas, em certa medida, tendendo a modelo de justiça corretiva, cuja base econômica é, segundo Posner, com base em Aristóteles, a idéia de conduta injusta. A lei deve corrigir distorções na alocação de recursos pelo mercado, cada vez que a perda da vítima não puder ser superior ao ganho do causador do dano. A medida da compensação é, para o professor de Chicago, questão de apuração a cada caso visando a maximizar a alocação de recursos.

Sobre sistemas de responsabilidade por danos confronte-se o art. 159 do Código Civil brasileiro com os arts. 1.382 e 1.383 do Código Civil francês ("Tout qui fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. 1.383 - Chacun est responsable du dommage qu'il a causé nom seulement par son fait, mais

encore par sa négligence ou par son imprudence"). Ou ainda com o art. 2.043 do Codice Civile italiano em que se prevê a responsabilidade por dano culposo e que se refere a dano injusto ("Risarcimento per fatto illecito - Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno").

Nos dois sistemas apontados a regra é que a conduta culposa gera custo para o causador do dano, de forma que ele não se beneficie por agir de modo negligente, imprudente ou imperito, ou quando agir deliberadamente para causar o dano.

Calabresi e Melamed<sup>17</sup> propõem a interferência do Estado, medida que se faz necessária e desejável sempre que a alocação de recursos não possa melhorar a posição dos que ganham de forma a que possam compensar os perdedores pelos danos que experimentem.

A escolha baseia-se na decisão de tutelar direitos e impor regras de responsabilidade ou de inalienabilidade. As regras de responsabilidade, dizem os autores, demonstram como se decidiu privilegiar uma forma de alocação de recursos sobre outra, pois o recurso a tais normas resolve a incerteza. Quando há certeza o custo das regras de responsabilidade — avaliar quem admite e quem não admite o dano, mais o custo de pagar àqueles que não o admitem o valor do dano considerado —, será desnecessário.

As diversas posições dos jus-economistas servem para demonstrar a dificuldade na prática, em fazer alocação de direitos genérica e depois pensar em termos de tutela legal, de justiça distributiva ou compensatória.

Como é que se opta por fazer a distribuição dos recursos entre pessoas desiguais? Pode-se remunerar as pessoas por

17. Guido Calabresi e A. Douglas Melamed, "Property Rule, Liability Rules and Inalienability: One view of the Cathedral", in *Harvard Law Review* 85, pp. 1.089 e ss., Harvard University Press.

ristas e as empresas devem demonstrar a culpa da vítima para não suportarem o ônus da composição do dano.

Os direitos individuais das pessoas prevalecem sobre os benefícios comuns em ambos os casos provocando desvio de comportamento, pois se agindo diligentemente responde e agindo negligentemente também responde, por que deveria incorrer nos custos das condutas diligentes? A resposta é que há alguns bens, como a vida e a integridade física das pessoas, por exemplo, que não podem ser avaliados apenas sob o aspecto de alocação de recursos e, por isso, a alocação ineficiente é de ser aceita.

O campo da responsabilidade civil é muito mais interessante do que o dos contratos, ainda que o acordo entre particulares, que livremente podem dispor e reger seus interesses, possibilite ajustar salvaguardas para inadimplemento, pois a responsabilidade civil funciona como corretivo quando há irracionalidade ou a contrariedade é impossível ou impraticável.

De onde se conclui que as ineficiências do mercado ou os altos custos de negociação (transação) é que exigem a aplicação da responsabilidade civil, pois tratar previamente ou compensar posteriormente servem para estimular a alocação eficiente de recursos. Além disso, a responsabilidade civil, como instrumento inibitório de certas condutas, deve ser ainda analisada como promotora do bem-estar coletivo quando certos comportamentos sejam considerados nocivos ou indesejáveis pela comunidade.

Diz Coleman,<sup>19</sup> sem concordar inteiramente com o argumento, que a responsabilidade por culpa contém certa parcela de responsabilidade objetiva, cuja defesa não é moral, mas sim econômica. Ao buscar definir, do ponto de vista econômico, a estrutura da responsabilidade civil, deve-se ter em mente a relação entre vítima, quem o incentivo para buscar a composição

usarem, ou não usarem, seus recursos, podem se recompensar as que são vítimas do uso, ou abuso, dos recursos por outrem? Pode-se admitir certos danos recíprocos, voluntários ou não? São opções de política legislativa que, aos poucos, se ajustam às necessidades sociais e morais de cada país.

O art. 159 CC se refere a dano derivado de ação ou omissão e, por isso, se prevê o dever de indenizar, de recompor o dano causado ou imposto a outrem. Culpa mais nexo de causalidade, mais dano, são os elementos de causalidade da responsabilidade subjetiva. Nexo de causalidade mais dano, sem culpa, podem resultar ou em dano não indenizável ou em responsabilidade objetiva, conforme haja ou não previsão legal.

Por isso é que a imputação sobre os sujeitos se faz segundo critérios que buscam estabelecer liame entre a ação (ou omissão) e o dano, liame esse do tipo voluntário e/ou normativo de que resultam a responsabilidade subjetiva e objetiva, respectivamente.

Os ordenamentos modernos tendem a abandonar a responsabilidade subjetiva, ampliando os casos de responsabilidade objetiva de forma a garantir "uma distribuição (del peso) del danno sulla base di criteri socialmente ed economicamente giustificabili".<sup>18</sup> Tal critério parece ter sido privilegiado pela Lei n. 8.078/90, esta presente nos seguros obrigatórios de veículos automotores, em que a indenização independe de prova de culpa, entre outros.

Nos casos de responsabilidade objetiva a opção é pelo paradigma da reciprocidade modificado. Não importa que os pedestres e motoristas dispõem o mesmo espaço exíguo, nem que a atividade produtiva, por maior que seja o controle de qualidade, leve para o mercado produtos defeituosos, embora seja desejável ter veículos automotores para facilitar a locomoção das pessoas, ou bens de consumo que atendam e satisficam suas necessidades. Os moto-

18. Di Majo, ob. cit., p. 159.

19. Ob. cit., pp. 234 e ss.

do dano sofrido e de outro lado o causador que, a menor custo, pode evitar que o dano se espalhe. Isso significa que, no caso de responsabilidade subjetiva, o fundamento moral existe, no da responsabilidade objetivo desaparece.

Quando se impõe a alguém culpa, de que resulta o dever de indenizar, o que se faz, sob o aspecto econômico, é corrigir uma ação ou omissão ineficiente pois negligência, imprudência ou imperícia são comportamentos desse tipo já que o custo de prevenir a ação ou omissão deve ser menor do que indenizar, logo, mais eficiente. Se pode ser incerta a ocorrência do fato danoso, a prevenção daqueles eventos cuja ocorrência é mais provável e menos custosa deve ser feita.

Racionalmente avalia-se o custo da prevenção em termos de investimento em medidas acauteladoras, sua ocorrência, de sorte a maximizar a utilidade dos recursos. Se o custo da cautela for menor do que o valor da indenização a ser paga, está feita a mais eficiente alocação de recursos. Assim agir com culpa é não agir de forma racional do ponto de vista econômico.

Responsabilidade objetiva, porém, nada tem a ver com conduta racional. Aqui o argumento é outro. Responsabilidade objetiva aumenta o custo de exercer certas atividades e, portanto, desestimula o empresário. Racionalmente só se aceita quando o custo marginal do seu exercício for inferior ao lucro marginal dele resultante. Logo, impor o custo da atividade aos agentes econômicos depende de fixar os limites em que seja socialmente interessante tê-las e dar-lhes o parâmetro.

Por isso que, em termos econômicos, responsabilidade objetiva é a internalização de externalidades, o que permite supor que a responsabilidade objetiva serve para definir o limite ótimo da atividade, com alocação eficiente de recursos. (Externalidades são fatos ou eventos fora do controle das pessoas, que alteram regras econômicas sem que os agentes tenham sobre elas al-

gum controle direto. Exemplo — taxa de juros fixada pelo governo, controle de preços).

Mais ainda, a responsabilidade objetiva transfere riqueza dos agressores (autores) para as vítimas do dano, o que, ainda segundo a análise econômica do direito, reflete certa preferência social na distribuição da riqueza. Se os empresários acumulam riqueza à custa dos consumidores, é racional impor retorno de alguma parte para os que contribuíram para tal acúmulo, quando há dano, por meio da responsabilidade objetiva.

Por sua vez contratos constituem modelos de cooperação para benefício mútuo, daí por que aplicações da teoria dos jogos, no modelo de jogos de cooperação, pode servir para indicar a escolha racional das partes ao negociar, incluindo na negociação, regras para as hipóteses de inadimplemento do acordo por qualquer das partes.

Nesses modelos as partes considerariam, basicamente, as vantagens de contratar sobre as de agir individualmente; a impossibilidade de chegar a qualquer acordo e o que isso representa em termos de maximização de utilidade; e, ainda, como ponto importante, a hipótese de descumprimento do contratado, pois no contrato ajusta-se a alocação dos benefícios e custos diretamente pelos contratantes, do que resulta, indiretamente, a determinação da forma pela qual a alocação será feita em momento futuro.

Na falta de contrato o dano causado a outrem será composto seguindo modelo de responsabilidade aquiliana, observados os critérios de imputação, ou seja, busca-se eficiência alocativa por via indireta. Exemplo é a desconsideração da personalidade jurídica que altera o centro de imputação transferindo-o da pessoa jurídica para sócio(s) em certas situações.

O que separa os ajustes contratualmente dispostos das regras de responsabilidade — civil ou penal — é que a alocação de benefícios e ônus, nos contratos, se faz en-

tre partes que estão já em relação uma com a outra, enquanto na responsabilidade civil as partes não estão entre si, necessariamente, em relação contratual.

A compensação (indenização) repara o dano, não o retifica, logo não é o "preço" a ser pago para obter permissão para causar danos a terceiros. Ainda mais que nosso Código Civil não usa a idéia de dano injusto no caso de reparação como o italiano. A lei brasileira considera o ato danoso como lícito ou ilícito, este reparável, aquele não. Não se faz qualquer questionamento sobre justiça, ou não, da eficiência alocativa dos recursos, sobre a moralidade e distribuição social da riqueza, valores esses que devem ser apreciados pelo Direito segundo Posner.<sup>20</sup>

Por isso que as regras que tratam da responsabilidade civil podem ser consideradas como regras econômicas que determinam, anteriormente, a compensação de danos causados posteriormente. A culpa aquiliana ou a responsabilidade extracontratual se contrapõe à responsabilidade contratual.

A idéia de culpa, surgida no direito romano, servia para apurar a existência de dano(s).<sup>21</sup> Na análise econômica do direito, porém, a responsabilidade com ou sem culpa deve ser analisada em relação aos benefícios e desvantagens ou perdas que cada uma das partes, ofendido e ofensor, experimente.

Algumas regras gerais podem ser encontradas no Código Civil no capítulo das obrigações. Inicia-se com as obrigações de dar que admitem duas formas: dar coisa certa ou dar coisa incerta, cada uma produzindo conseqüências diversas no que concerne à responsabilidade do devedor.

A obrigação de dar coisa certa impõe ao devedor custo de exercer cautela na guar-

da da coisa a ser entregue, pois se a coisa perecer, antes da tradição ou pendente condição suspensiva, por culpa do devedor, fica ele obrigado a indenizar o credor pelo valor da coisa acrescido de perdas e danos. A mesma regra se aplica no caso de deterioração, quando caberá ao credor aceitá-la por valor inferior ou resolver a obrigação e, se houve culpa do devedor, poderá exigir o equivalente, mais perdas e danos.

A lei distribui o custo entre as partes, onerando aquele que tem a posse da coisa, pois ele se obrigou a entregá-la a outrem e, nessa medida deve "garantir" o cumprimento da "promessa", mas não o obriga a fazê-lo (arts. 865 e ss.).

O Projeto disciplina as obrigações de dar nos arts. 233 a 246 repetindo as fórmulas da lei atual seja qual for a modalidade da obrigação. Infere-se daí que a distribuição de benefícios e riscos é, do ponto de vista econômico-social, entendida satisfatória, dispensando alterações.

As obrigações de fazer, igualmente, podem ser divididas em obrigações de resultado, de meio e de garantia. Podem ser personalíssimas ou fungíveis. Quando personalíssimas o devedor responde se, por culpa ou voluntariamente, tornar a prestação impossível. Novamente a distribuição de custos faz com que o devedor avalie se é menos oneroso prestar o que prometeu ou arcar, para fins de recompô-lo, com o dano sofrido pelo credor.

A lei novamente faculta a valoração da conduta ao devedor. Quando fungível o prestador da obrigação fica o credor com o direito de exigir-la dos herdeiros do devedor (art. 928). Privilegia-se a posição credora sobre a devedora, o que leva a supor ter o legislador entendido que o benefício para o credor é melhor ou mais eficiente do que o custo de não receber a prestação, novamente maximizando a alocação.

Finalmente se a obrigação é de resultado o devedor só se libera quando o resultado é atingido. Se de meio libera-se demonstrando ter empregado seus melhores

20. Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little, Brown and Company, Boston and Toronto, 1986, p. 13.

21. Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*, 2ª ed., Forense, 1990, pp. 8 e ss.

esforços, se de garantia, prestando-a quando devido.

O Projeto altera um pouco o quadro das obrigações de fazer atual, dispondo que, em caso de urgência o credor poderá executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido, independente de autorização judicial. Essa nova regra (parágrafo único do art. 249) vem ao encontro da celeridade da vida atual facilitando a execução do fato pelo credor o que significa satisfazer logo seu interesse. Muda a tutela reconhecendo que manter o credor refém do devedor não aloca bem os riscos e, portanto, é ineficiente, gerando custos.

Passando à disciplina dos contratos, nota-se que o Projeto avança em relação ao Código, especialmente no que concerne ao poder de decidir sobre a distribuição de benefícios e custos, pois que se reporta à função social do contrato. A regra vem complementada com a exigência de que sejam observados os princípios da probidade e da boa-fé. Aproxima-se o Projeto do disposto no art. 1.322 do Codice Civile quando trata da autonomia contratual. Esse artigo do código civil italiano é o melhor exemplo do poder que a lei confere aos particulares para disporem sobre seus interesses.

Esse poder de reger, como melhor lhes pareçam, seus negócios evidencia a possibilidade que se dá aos agentes de buscarem o máximo de utilidade no negócio ao menor custo de transação.

A regra do art. 1.092 atual, que se aplica a contratos bilaterais toma, no Projeto, a forma de exceção de contrato não cumprido. Supondo que as duas prestações não sejam exigíveis imediata e simultaneamente, somente a parte adimplente pode exigir a prestação da outra. Mais, a modificação, para pior, do patrimônio ativo da parte que possa comprometer ou tornar duvidosa a sua prestação, dá à parte "solvente" e que deve cumprir sua obrigação, o direito de exigir garantias ou recusar-se a prestar o que se obrigara. Há forma mais expressiva

de demonstrar a força alocativa e compensatória das normas?

Quanto à possibilidade de revisão consensual dos contratos, Melvin Aron Eisenberg<sup>22</sup> entende que se, após a celebração, não fosse possível rever o acordo, não haveria como admitir que a comutatividade das prestações pudesse ter sofrido alteração por força de qualquer fenômeno estranho, não previsto à época da negociação. Um contrato celebrado conforme o mercado deve refletir a situação da mais eficiente alocação de recursos à época, mas não qualquer hipotética alteração posterior.

Fundamento seriam as seguintes premissas: a) que os bens sejam homogêneos; b) que mudanças de preço disponíveis se efetuem sem custo; c) que a mobilidade dos recursos produtivos que seja rapidamente refletida sobre sua alocação; d) concorrência perfeita ou próxima disso.

Como essas condições nem sempre estão presentes ao longo do período em que o contrato há de ser executado, a revisão dos contratos, especialmente os de execução continuada ou de trato sucessivo, ao lado daqueles de execução diferida, nada mais faz do que manter as regras de alocação eficientes em face de modificações ocorridas no tempo.

A norma do parágrafo único do art. 1.092 CC, quanto à resilição do contrato, acompanhada de perdas e danos, representa alocação legal de custos (quem já cumpriu sua prestação transferiu benefícios ou suportou custos), e se não receber o que lhe é devido, sofrerá prejuízo que pode ser superior ao ganho da contraparte. Tem-se patente a regra econômica da maximização da alocação, associada à da compensação que se apresenta sob a forma da responsabilidade contratual se prevista, e que pode ser acrescida de perdas e danos como penalidade adicional, o que previne a proliferação de reclamações subseqüentes por desequilíbrio

22. *The Bargain Principle and its Limit* Harvard Law Review 95, pp. 741 e ss.

patrimonial adverso. Também contribui para pôr a parte inocente na posição que teria se o contrato tivesse sido cumprido.

Responsabilidade contratual tem fundamento semelhante à aquiliana? Corresponde ao *alterum* ou *neminem laedere*? Há que entender que ao desenhar o contrato as partes predeterminam as respectivas áreas de responsabilidade havendo, no aceitar o vínculo, a promessa implícita de fazer tudo para respeitá-lo, observados os limites do comportamento razoável. Outro paradigma jurídico aparece aqui: o bom pai de família, que se esforça para cumprir a palavra empenhada (art. 1.176 cc it. "Dilligenza nell'adempimento - Nell'adempiere (1.218) l'obbligazione il debitore deve usare la dilligenza del buon padre di famiglia ..."; e art. 1.137 Code Civil francês: "L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui que en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille. Cette obligation est plus ou moins étendu relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent"; e art. 1.527 CC: "O dono, ou detentor do animal ressarcirá, o dano por este causado se não provar: I - Que o guardava e vigiava com cuidado preciso. II - Que o animal foi provocado por outro. III - Que houve imprudência do ofendido. IV - Que o fato resultou de caso fortuito, ou força maior").

Não de forma clara como nos ordenamentos francês e italiano, a idéia do bom pai de família, no que concerne à diligência, resulta evidente no que Geneviève Viney denomina de deveres extracontratuais não explícitos por disposição escrita.<sup>23</sup>

Nos casos acima referidos constata-se que há comportamentos previstos em lei e cuja inobservância pelo causador do prejuízo dá origem ao dever de indenizar o dano causado.

O que explica manter indenidos quaisquer terceiros por fatos não ligados a contratos? As regras visam a compor o resultado de certos comportamentos, embora involuntários, que, se não inibidos, acabariam por fazer com que a conduta dos agentes ficasse cada vez mais descuidada, transferindo o dever de diligência para a vítima. Se o causador do dano não sofrer as consequências patrimoniais ou penais de seus atos haverá estímulo para que não tome a mínima cautela ao praticá-los. Estendida a prática a todo o grupo social ter-se-á uma sociedade em que os recursos serão utilizados de forma menos valiosa, ineficiente, contrariando a racionalidade econômica.

Nos ordenamentos de base romano-germânica há ou não razão para o descumprimento ou cumprimento defeituoso do contrato? As regras da *exceptio non adimplete contractus* e da *exceptio non rite adimplete contractus* representam a tradução econômica dos paradigmas da reciprocidade e da razoabilidade existentes nos sistemas de base romano-germânica.

Portanto a responsabilidade contratual ao contrário da aquiliana, visa a garantir ao contraente e/ou credor, dentro de limites de possibilidade e/ou exigibilidade do comportamento, a correta execução do contrato e/ou da obrigação. Já a responsabilidade aquiliana visa a prevenir ou reprimir, *ex post*, os fatos danosos resultantes de culpa ou dolo por meio da reparação. No primeiro caso as partes ajustam entre si o que querem e se acautelam contra eventuais descumprimentos ou cumprimentos imperfeitos das promessas. No segundo caso não há promessa a ser observada, apenas deveres gerais de comportar-se de forma a não causar prejuízos a outrem dada alteração alocativa ótima dos recursos individuais e interferência no bem-estar geral, para diminuí-lo.

Para Geneviève Viney<sup>24</sup> os efeitos da responsabilidade contratual além da reparação do dano, pode levar a outros resulta-

23. "La Responsabilité: conditions", in *Traité de Droit Civil*, LGDJ, 1982, pp. 539 e ss.

24. *Les obligations, La Responsabilité: effets*, pp. 2 e ss.

dos como a resolução, a suspensão — total ou parcial —, a transformação de um tipo em outro, conforme cada sistema. Duas idéias prevalecem: a da satisfação ou composição do dano e a da pena privada, que pode ser resultado de se impor ao causador do dano o pagamento de valor superior ao do dano causado, como explica Coleman.

A pergunta que se deve fazer é se, eventualmente, inadimplemento ou adimplemento imperfeito podem ser eficientes. Do ponto de vista econômico, pode ser mais interessante, mais eficiente, que o agente racional, em face de oportunidade em que perceberá melhor resultado, deixe de cumprir o que anteriormente ajustara, e, se deve compensar o outro contratante, por que deverá ser compelido a cumprir o contrato?

Havendo remédio adequado, diz Posner,<sup>25</sup> a busca de eficiência alocativa deve ter a preferência dos Tribunais. Não se cogitaria, igualmente, de hipóteses de previsão contratual de danos, já que uma tal situação implica elevados custos de transação, sendo de todo indesejável.

Contra uma tal opinião está Daniel Friedmann,<sup>26</sup> que afirma que a afirmativa se amplia para indicar que qualquer um que esteja disposto a pagar por isso pode não observar os direitos alheios. O sistema jurídico seria, então, segundo o jurista, forma de definir preços que seriam devidos para induzir certas condutas.

Partindo da noção *entitlement* ou titularidade sobre propriedade, ou posição jurídica, e comparando-a com eficiência econômica, Friedmann conclui que a questão está em saber quem deve se beneficiar da quebra do contrato, daí que as medidas de execução forçada, perdas e danos, restituição dos ganhos adicionais com a operação, constituem os remédios para reduzir uma tal conduta, o que não significa impedi-la de forma absoluta.

25. Ob. cit., pp. 117-120.

26. "The Efficient Breach Fallacy", in *Perspectives on Contract Law*, Randy E. Barnett, Little, Brown and Company, 1995, pp. 42 e ss.

É preciso reconhecer, com Friedmann, que a busca de utilidade não pode estimular comportamentos deletérios que promovam a desconfiança dificultando as contratações porque os custos de negociação tornariam inatingível a alocação ótima dos recursos. Contratos preliminares, tão em voga, podem, de forma eficiente, estimular as partes a, de modo menos oneroso, encontrar o equilíbrio negocial, como se verá.

Cabe fazer algumas observações quanto ao desenho dos contratos, pois nos ordenamentos de base romano-germânica as normas predisõem as regras que, conhecidas ou não das partes, queiram elas ou não, saibam elas de sua existência ou não, aplicam-se, ao contrato legalmente tipificado que celebrem, sempre que cogentes. As normas dispositivas podem ser afastadas desde que as partes ajustem de forma diversa o que desejam.

Portanto o custo de prever todos os possíveis eventos futuros para eliminar os riscos de inadimplemento, total ou parcial, adimplemento imperfeito, ou inobservância de deveres laterais ou acessórios por qualquer das partes contratantes aparece nitidamente nos contratos atípicos, cuja importação e incorporação às práticas negociais no dia-a-dia dos operadores econômicos pode levar a que se considere, na análise dos contratos, os custos de transação.

A intervenção do Estado nas relações privadas, a criação de microsistemas normativos, como, por exemplo a Lei do Consumidor de 1990, o Decreto Lei n. 73/66 que dispõe sobre o sistema de seguros privados, a intervenção no sistema de seguro saúde, constituem exemplos de alocação ineficiente pelos mecanismos de mercado.

O reconhecimento da autonomia contratual dos particulares na determinação do conteúdo do contrato, criando esquemas novos de realização de negócios não previstos em lei, dá bem a importância do fundamento econômico dos direitos patrimoniais. O controle aqui é o da regularidade do processo formativo do contrato, das

manifestações de vontade livres, da confiança e boa-fé. Nesse ponto é que interferem as regras de nulidade e anulabilidade por vício de vontade — dolo, fraude, simulação, erro, coação, falta de informação. Publicidade enganosa é exemplo claro desse pressuposto no campo dos contratos.

Admitindo a pluralidade de fontes no regramento dos contratos a combinação entre eficiência de mercado e da lei, especialmente no sistema brasileiro, fica patente. As regras cogentes definem a alocação legal, as dispositivas, ajustadas entre e pelas partes, se fundam na existência de mercados.

Exemplo do poder que as partes têm para buscar a melhor alocação de recursos são as arras. O art. 1.095 do CC dispõe que as partes podem ajustar cláusula de arrendimento, mas as arras são perdidas em favor do outro contratante, ou devolvidas em dobro, dependendo de quem seja o desistente. Evidente que o escopo da regra é induzir um tipo de comportamento: cumprir a palavra dada ou suportar o custo de criar, para a outra parte, uma expectativa que se frustra. Poder-se-á imaginar que há aí a compensação pelo custo de oportunidade da parte prejudicada com a desistência, que poderia ter empregado seus recursos em outra operação, obtido alguma satisfação.

As disposições quanto a vícios redibitórios são igualmente forma de alocação legal, pois que o desconhecimento da existência do vício só escusa havendo ignorância do alienante e ressalva no contrato. Novamente o que se deseja é que a troca seja eficiente, boa para todos, e como o mercado poderia propiciar trocas ineficientes, a lei busca fazer com que a alocação dos recursos seja equitativa. Mesmas considerações poderiam ser feitas no caso de garantia por evicção. A devolução dos valores recebidos pelos alienantes constitui o instrumento da alocação ótima.

Igualmente a previsão quanto a frutos, prejuízos resultantes da evicção, demons-

trando que não só o valor do bem mas ainda o que poderia ter ganhado com o bem evicto são considerados. Exceção à regra geral está na deterioração do bem por culpa do adquirente evicto.

Ao dispor sobre contratos aleatórios sobre coisas futuras, o legislador de 1916 transfere o risco de existirem ou não e o da quantidade existente ao adquirente como a dizer: *acautele-se quem adquire coisa futura, caveat emptor*, pois só com a prova de dolo do alienante é que o adquirente se desobriga de pagar o preço total. Essa alocação, se feita via mercado, implicaria em custo muito elevado de negociação, inviabilizando contratos para entrega futura de coisas que deveriam ser produzidas. Para facilitar os negócios o legislador fixa regras delimitando o risco e distribuindo-o.

Usos e costumes muitas vezes integram o conteúdo contratual, quer por expressa disposição legal quer por vontade das partes, quer, ainda, por decisão judicial. Claro que nos sistemas em que o modelo econômico liberal impera, as partes, é premissa básica, têm igual poder de negociação e as iniciativas pessoais constituem o melhor mecanismo alocativo. Naqueles sistemas que reconhecem a desigualdade entre agentes o dirigismo, mesmo que atenuado, se faz presente. Exemplos são a Lei do Consumidor e a Lei de Repressão ao Abuso de Poder Econômico.

Há que apontar a inadequação das regras do Código Civil no que concerne aos serviços. O legislador de 1916 distinguiu locação de coisas e locação de serviços, disciplinada esta nos arts. 1.216 a 1.236, aos quais segue modalidade específica de locação de serviços, a empreitada (arts. 1.237 a 1.247 CC).

Serviços caracterizam-se por serem obrigações de fazer, sendo que na empreitada a obrigação de fazer pode ser combinada com a de dar quando incluir o fornecimento de materiais além da mão-de-obra. Entretanto, em relação aos demais serviços, o tipo contratual parece ter base em serviços agrí-

colas, cuja disciplina está prevista, mas não aqueles rotineiros como, por exemplo, serviços médicos, advocatícios, consultorias.

Resultado desse “esquecimento” é que os contratos de prestação de serviços, que na verdade se subsumem no de locação, acabam por receber dos particulares contornos distintos, conforme cada tipo de atividade. A par desse superpõe o regimento que seja determinado pelas instituições que disciplinem e fiscalizem o exercício profissional ou das atividades.

O art. 1.233 que prevê o término do contrato pela morte do locador, como se fosse impossível que outrem, não sendo o serviço personalíssimo, pudesse concluí-lo ou continuá-lo, ou ainda, que pessoas jurídicas possam prestá-los.

Muitas das obrigações de fazer são fungíveis quanto ao prestador e, mesmo assim, seria aplicável a regra do art. 1.226? A parca e anacrônica disciplina do Código Civil em face dos serviços se completa com as duplicidades de regras predispostas na Lei n. 8.078/90. Aqui o regime de responsabilidade por danos ao consumidor é duplo, responsabilidade objetiva para as empresas e subjetiva para os profissionais liberais, onerando aquelas e beneficiando a estes, numa forma de alocação social no primeiro caso e individual no segundo.

Regra alocativa interessante é a que resulta dos arts. 1.521, inciso III e 1.522, CC que determinam que empregadores, pessoas naturais ou jurídicas, respondem pelos danos causados por seus empregados. Qual a razão de uma tal imputação por fato de terceiro?

Do direito romano temos a regra *respondeat superior*, talvez com base no trabalho escravo; mais recentemente o fundamento está no poder que tem o empregador de selecionar seus empregados. Poder-se-á, de forma talvez um pouco mais objetiva, supor que a imputação legal seja transferida apenas para facilitar a composição dos danos, já que o empregador tem o que os norte-americanos denominam *deep pocket*.

Admitida a teoria do risco na atividade, o fato de que o empresário, por produzir para o mercado, pode dividir, espalhar o risco, seja mediante celebração de contrato de seguro, seja pelo aumento de preços, de forma a constituir um fundo, amortecedor econômico-financeiro, que lhe permita suportar o risco.

A tese permeia o Código de Defesa do Consumidor que impõe sobre os fornecedores responsabilidade objetiva por fato do produto ou do serviço. Seguro e aumento de preços são as respostas no mercado. Mas, seguro e aumento de preços recaem sobre os consumidores, que, por fim, acabam pagando o “custo da eficiência alocativa” no sistema de direito do consumidor. Pior do que isso, a distribuição recai sobre todos os compradores, enquanto a composição beneficia alguns, os que sofrem danos. O resultado se assemelha a organizar uma forma de mutualidade involuntária.

Quando se procura encontrar “quem paga” o dano, indagando se a vítima ou o causador devem arcar com o prejuízo, especialmente nos casos da chamada “culpa concorrente” ou do dano não indenizável, novamente a análise econômica ou a teoria dos jogos explicam que a vítima que, com sua conduta, coopera para o dano, deve suportá-lo. A idéia é de que sem o “estímulo” da não indenizabilidade do dano a “vítima” nada faria para evitá-lo.

Releva, ainda, notar que o legislador de 1916 não cogitou dos contratos preliminares, matéria tratada no Projeto de Código Civil. A importância do contrato preliminar na análise econômica do direito está em que, por ser preparatório para o contrato definitivo, serve para reduzir custo de transação, já que fixa as bases do negócio que será, em momento futuro, concluído.

O contrato preliminar segundo Giusti e Paladini<sup>27</sup> resulta da cisão no procedimento formativo do contrato, cuja função típica

27. Alberto Giusti e Mauro Paladini, *Il Contratto Preliminare, Il Diritto Privato Oggi*, Serie a cura di Paolo Cendon, 1992, p. 21.

ca é permitir que as partes, desejosas de contratar, mas não dispondo ainda de todos os elementos, ou não estando ainda "maduro" o negócio, protelam, para momento futuro, a celebração definitiva do negócio. O exemplo que oferecem é o da compra e venda imobiliária, quando se descobre que terceiros têm direitos sobre a coisa; ou a hipótese de haver vícios ou defeitos que tornem a coisa inadequada ou imprópria para o uso a que se destina.

Ora, dir-se-á, mas em qualquer daqueles casos há previsão de remédios legais aplicáveis. De um lado a resilição do negócio, de outro tanto a resilição quanto a ação *quanti minoris*. Verdade, mas a que preço? Pago o preço da coisa, a descoberta de que o vendedor não era o titular do domínio, ou não era o único titular, implica recorrer ao Judiciário. Se a coisa tem vício ou defeito, igualmente pago o preço, cabe ir ao Judiciário para reavê-lo, total ou parcialmente. Tais recursos acabam por tornar mais onerosa a circulação dos bens, com a conseqüente redução da eficácia alocativa do negócio.

Continuando com o exemplo de Giusti e Paladini<sup>28</sup> ao distinguir contrato de compra e venda de contrato preliminar de compra e venda, tem-se: "... l'intervenuto consenso tra le parti sulla cosa e sul prezzo dà vita ad un contratto produttivo degli effetti reali previsti dall'art. 1.376 c.c. solo in quanto la volontà delle parti sia diretta all'immediato trasferimento del bene in virtù del consenso manifestato, mentre se tale volontà è diretta ad assumere l'obbligo di prestare il consenso al trasferimento, in un momento successivo, della cosa per un determinato prezzo, si verte in tema di preliminare di vendita, nonostante la prestazione del consenso sulla cosa e sul prezzo" (Cass. 18 aprile 1970, n. 1.126, in MT, 1970, 725).

Entre os vários exemplos propostos pelos autores como contratos preliminares

estão a opção de compra, o contrato preliminar de permuta de coisa presente com coisa futura, o preliminar de compra e venda.

Acredito que nas opções a intenção das partes é não ficarem totalmente vinculadas, por isso me parece que a idéia de declaração unilateral gerando direito potestativo seja mais consentânea com a realidade negocial. Admitida a lógica do argumento, no plano econômico, o que se dá é permitir que, em momento futuro, uma parte tenha a possibilidade de decidir qual o melhor uso alternativo para os recursos de que dispõe, o titular da opção, ficando a outra parte, o lançador, subordinado à vontade unilateral do outro, por isso que recebe, previamente, o prêmio que é o "pagamento" por manter-se vinculado a alguém.

Conclusões: 1 - O sistema de direito codificado não impede a análise econômica nem afasta a discussão sobre a transferência de custos de forma a que os recursos sejam transferidos dos usos menos nobres para os mais produtivos.

2 - Fica evidente que o sistema dos contratos tipificados, com todos os efeitos previstos em lei, incluindo o alocativo, é, cada vez mais, insuficiente e inadequado, para que as partes ajustem seus interesses.

3 - Os contratos atípicos nem sempre encontram no direito das obrigações os remédios que melhor atendam à busca de maximização da utilidade, isto sem esquecer aqueles contratos que são socialmente desejáveis e que são vistos como forma "imoral" de negócio, especificamente os contratos a futuro.

4 - O Projeto, embora represente avanço no trato de alguns negócios como transporte, por exemplo, é incompleto e deveria ser revisto, tal como se fez na Alemanha em relação a regras do BGB, para abrigar, como parte geral do capítulo dos contratos, regras que facilitassem a maximização da utilidade, nos negócios novos, a fim de que a função econômica do negócio receba tutela especial em face do aumento do bem-estar que pode oferecer.

5 - Observar que as relações decorrentes da globalização produzem modelos negociais em que a economicidade do negócio ganha prioridade sobre regras codificadas; que o costume tem criado figuras complexas que, para o jurista, parecem não encontrar amparo legal, mas que para o economista nada mais são do que resultado das necessidades do tráfico e hão de se consolidar na vida social.

6 - Que talvez, da complexidade e do crescente entrelaçamento entre função econômica dos contratos e estrutura legal, as regras de responsabilidade sejam o instrumento para garantir a alocação eficiente dos

recursos, como imaginam vários autores norte-americanos, na falta de previsão legal ou convencional.

7 - Do exame de algumas das normas do Código Civil e do Projeto de Código Civil sob a óptica da eficiência alocativa dos recursos, parece que as observações de Gilmore, Coleman, Calabresi e Melamed, entre outros, são também sensíveis no Brasil.

8 - A análise econômica do Direito, aplicada em conjunto com princípios éticos e morais, pode constituir importante instrumento na construção de uma ordem jurídica justa e eficiente, voltada para o bem-estar geral.