

ANÁLISE ECONÔMICA DA TUTELA DA CONFIANÇA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Gláubia Amélia de Souza Lima Gil Rodrigues¹

Resumo: A finalidade do presente trabalho é analisar dentro de uma abordagem teórica, a ótica da Análise Econômica do Direito para aplicação da tutela da confiança aos contratos empresariais. Propõe no presente, revisitar o princípio da confiança, fundamental elemento das relações sociais e mercantis e, a partir de uma pesquisa bibliográfica das literaturas nacional e internacional, apresentar as particularidades da relação de confiança nos contratos empresariais, conduzindo, inicialmente, com introdução da teoria norte-americana aos princípios e conceitos da teoria econômica contratual, passando para as principais compreensões da teoria econômica contratual e da tutela da confiança nas relações empresariais e em arremate, a sua aplicabilidade nos contratos mercantis.

Palavras-Chave: Análise Econômica do Direito. Tutela da Confiança. Contratos empresariais. Boa-fé. Segurança Jurídica.

Abstract: The purpose of this work is to analyze, within a theoretical approach, the perspective of the Economic Analysis of Law for the application of trust protection to business contracts. At present, it proposes to revisit the principle of trust, a fundamental element of social and commercial relations and, based on a bibliographical research of national and international literature, to present the particularities of the trust relationship in business contracts, leading, initially, with the introduction of the

¹ Advogada. Mestranda em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito na Universidade de Lisboa (FDUL)| Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV/SP) e Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).

theory North American approach to the principles and concepts of contractual economic theory, moving on to the main understandings of contractual economic theory and the protection of trust in business relationships and, finally, its applicability in commercial contracts.

Keywords: Economic Analysis of Law. Trust Protection. Business contracts. Good faith. Legal Security.

1. INTRODUÇÃO.



Direito, ao passo do seu avanço e modernização dos tempos, não se inquieta em difundir sua amplitude com a realidade e cada dia está mais atento às transformações cotidianas, econômicas e sociais.

O princípio da tutela da confiança é de grande importância, principalmente considerando a vertente contratual e as relações que subsidiam a formalização desses instrumentos jurídicos antes, durante ou após a celebração do contrato.

Pretende-se expor a influente incidência da confiança no seio das relações contratuais dentro da perspectiva da análise econômica do direito, dando ênfase ao fato de, mesmo diante das situações que limitam e abalam inesperadamente a estrutura contratual, a confiança deve alastrar seus efeitos.

A influência da confiança como um princípio, a sua ocorrência revela-se em algumas situações banalizada e muitas vezes sem a importância da sua figura nas relações interpessoais.

Contudo, ao reverso, causa satisfação que a confiança permaneça e persista nas relações interpessoais e comerciais em tempos de tantos avanços tecnológicos, compartilhamentos em nuvens, redes sociais e outras inúmeras transformações comportamentais e sociais.

2. TEORIA ECONÔMICA DOS CONTRATOS.

2.1 A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E SEU DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO.

As bases da Análise Econômica do Direito (AED), encontram-se nos economistas da Escola Clássica, sobretudo, Adam Smith.

SMITH, em sua obra “Riqueza das Nações”², enfatiza sobre a liberdade de concorrência como a melhor solução para a alocação de recursos, uma vez que os preços seriam naturalmente formados pelo próprio mercado e, por conseguinte, alcançaria o cobiçado equilíbrio.

A expressão “mão invisível” foi criada por SMITH, ao fazer referência aos efeitos de um mercado livre, no qual não houvesse intervencionismo, o que seria, segundo o Autor, suficiente para regular os preços em prol de uma justa concorrência.

Ainda que haja questionamentos sobre a influência de Adam Smith por integrantes da Análise Econômica do Direito, a sua obra é base para o desenvolvimento de ideologias doutrinárias que pregam a não-intervenção do Estado, salvo falhas de mercado, não tratadas pelos economistas do século XVIII.

Posteriormente, ao final do século XIX e começo do século XX, outros economistas passaram a visualizar a existência da relação entre Economia e Direito.

Os tais ditos “novos” economistas identificavam-se como pertencentes a uma escola chamada “Institucionalista” que teve maior desenvolvimento nos Estados Unidos após forte influência das escolas Germânica e Inglesa.

O movimento denominado “Análise Econômica do Direito” avultou-se a partir de 1930, uma vez que os acontecimentos anteriores foram apenas no começo do que seria, de fato, o “*law and economics movement*”.

² SMITH, Adam – *A Riqueza das Nações*, vol. I, São Paulo, 1988, pp. 17-54.

A partir daí, a Análise Econômica do Direito ganhou grande número de partidários, com brilhantes juristas e economistas do século XX, premiados com prêmio Nobel, tornando-se teóricos de referência.

O movimento da Análise Econômica do Direito originou-se na Universidade de Chicago e em 1937, Ronald Coase, então Professor da Universidade de Chicago, publicou um artigo, cujo título denominava-o de: “*The Nature of the Firm*”³, no qual afirmou que as sociedades empresárias devem ser tidas como entidades que pertencem ao sistema econômico em si, ao passo que, sua existência, só se justificaria devido à presença dos “custos de transação”.

As sociedades empresárias só se justificam pelo fato de que os agentes consideram que realizar o máximo de operações dentro de uma mesma organização econômica, afastaria a ocorrência de acréscimos desnecessários, tais como os custos para elaboração de cláusulas contratuais, como cita PIMENTA e LANA⁴, com, posteriormente, o surgimento do movimento conhecido como “Nova Economia Institucional”.

Mesmo diante dos relevantes estudos anteriormente desenvolvidos, foi somente a partir da década de 1960 que se fundou efetivamente o movimento da Análise Econômica do Direito.

Alguns autores costumam dividir o movimento em dois momentos, sendo: “*new law and economics*” e “*old law and economics*”.

A referência temporal inicia-se a partir da publicação do renomado artigo de Ronald Coase “*The Problem of the Social Cost*”⁵ e, mencionava temas notadamente econômicos, tais

³ COASE, Ronald – *The Nature of the Firm*. *Economica*, 4, 16, 1937, pp. 386–405.

⁴ PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. Análise Econômica do Direito e sua relação com o Direito Civil. http://www.mpatrocinio.com.br/fotos_site/ANALISE-ECONOMICA-DO-DIREITO-E-SUA-RELA-CAO-COM-O-DIREITO-CIVIL.pdf. Último acesso em 14.08.2022.

⁵ COASE, Ronald – *The Problem of Social Cost*. *Journal of Law and Economics*, 3,

como custo social e os seus efeitos externos ocasionados pelo exercício da atividade econômica, possibilitando a interação entre os mundos econômicos e jurídicos.

Em 1991, em decorrência da sua respeitável obra, Ronald Coase, foi agraciado com o Prêmio Nobel de Economia.

Oportunamente, o trabalho desenvolvido por Guido Calabresi, Professor da Universidade de Yale, em obra denominada “*Some Thoughts on risk distribution and Law of Torts*”⁶ demonstra a importância da análise dos impactos econômicos da alocação de recursos, visando a regulação da responsabilidade civil no âmbito legislativo ou judicial.

Com o passar do tempo e o amadurecimento dos institutos, surgiram inúmeras críticas à Análise Econômica do Direito (AED) e dentre as críticas, baseavam-se em questionar que se o objetivo da Análise Econômica do Direito seria a eficiência, essa ideia não poderia ser estendida ao direito de propriedade, eis que sempre existiria uma hipótese na qual os recursos pudessem ser alocados de forma mais eficiente, conhecida crítica intitulada por “Tese Circular da Eficiência”.

Outra crítica subsidiava no fato de que não seria plausível colocar-se em questionamento a eficiência, uma vez que não teria como fixar os custos com certa antecedência para a alocação de todos os recursos em favor de um grau mais eficiente, o que certamente poderia ser desastroso uma vez que a própria tentativa poderia resultar em uma alocação menos eficiente de recursos.

Em que pese as diversas críticas à Análise Econômica do Direito, o fato é que cada vez mais a sociedade e o mundo jurídico buscam métodos razoáveis com a finalidade de alcançar, efetivamente, maior e melhor bem-estar, menor prejuízo, maximização de interesses, riquezas, assim como maior e melhor

1960, pp. 1–44.

⁶ CALABRESI, Guido – *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*. The Yale Law Journal, 70, 4, 1961, pp. 499-553.

eficiência na alocação de recursos escassos existentes.⁷

2.2. ABORDAGEM CONCEITUAL SOBRE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

Para a Análise Econômica do Direito há diversas denominações como Análise Econômica das Organizações, Nova Economia Institucional, entre outros, e que representam variações para o mesmo tema e para uma mesma teoria, contendo divergências principiológicas econômicas ou jurídicas daquele que estuda o instituto.

Embora seja um “movimento interdisciplinar” e aplicado às searas jurídicas da ciência econômica no tocante aos institutos atrelados a valor, utilidade e eficiência, a Análise Econômica do Direito não se confunde com o “Direito Econômico”.

Pode-se conceituar Análise Econômica do Direito (AED), como requalificação do direito, em sentido econômico, visando resolver problemas judiciais relacionados a eficiência do direito em si, como os gastos para a efetivação de seus institutos.

Nas palavras de N. GREGORY MANKIW⁸, a economia é o estudo da forma em que a sociedade administra recursos escassos. Os economistas estudam o cotidiano das pessoas, como tomam decisões, quanto compram, trabalham, poupam e investem.

Os princípios econômicos possibilitam o desenvolvimento da economia, assim como os princípios do Direito servem de embasamento para todo o sistema jurídico.

MANKIW, preleciona ainda diversos princípios que se entrelaçam às maneiras pelas quais os indivíduos se interrelacionam.

⁷ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira/GALESKI, Irineu Júnior – *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro, 2009, p. 89.

⁸ MANKIW, N. Gregory – *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. Rio de Janeiro, 2001, p. 5.

No entanto, basicamente, o objetivo da Análise Econômica do Direito não é aterrar todas as lacunas ou resolver todos os problemas do Direito, mas sim ofertar instrumentos úteis para casos que aceitam a lógica da maximização.

Para VAZ FREIRE⁹, pode-se afirmar que a análise econômica do direito, sob o prisma descritivo, tem como objetivo o estudo de “incentivos” criados pelas normas e, sob uma perspectiva prescritiva, propõe-se, a partir desse estudo, a definição de soluções normativas que incentivem a adoção de condutas mais eficientes, ou seja, condutas que maximizem o bem-estar social. Nesse sentido, o contributo da Análise Econômica do Direito é adotar condutas maximizadoras do bem-estar social.

2.3. OS CONTRATOS NA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

Falar em análise econômica do direito significa usar ferramentas da ciência econômica para compreender, explicar e resolver problemas, dentro de um fundamento filosófico do “consequencialismo”, diante de comportamentos sociais dentro da melhor escolha entre meios e fins.¹⁰

Um contrato pode ser compreendido como uma transação de mercado entre duas ou mais partes e como dito por ROPPO¹¹ “é a veste jurídica de uma operação econômica”.

Em teor econômicos, o termo contrato pretende designar, na sua acepção mais ampla, conforme entende ARAÚJO¹²:

um facilitador da circulação de titularidades de valores – entenda-se, de bens e serviços em direção àqueles que revelem maior necessidade de obtê-los, permitindo noutros casos,

⁹ FREIRE, Paula Vaz – *Análise Económica do Direito e a Crise*. Revista de Direito Público, VI, 12, 2014, p. 149.

¹⁰ TIMM, Luciano Benetti/BERNARDES, Lucas Petri – *Direito Empresarial in Estudos em homenagem ao Professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa*. São Paulo, 2015, p. 34.

¹¹ ROPPO, Enzo – *O contrato*. Coimbra, 2009, p. 22.

¹² ARAÚJO, Fernando – *Teoria económica do contrato*. Coimbra, 2007, p. 18.

atenta a liberdade de não contratar, a fruição de bens e serviços pelos seus titulares, livre de interferências externas - e de modos de governo conjunto de problemas atinentes ao conhecimento, ao poder e aos interesses.

Ainda para TIMM¹³, os contratos existem porque nenhum homem ou organização é autossuficiente.

A análise econômica do Direito analisará essa operação econômica e buscará aplicar qual a melhor forma em regulá-la de maneira que seja eficiente, que novas operações possam ocorrer e que o resultado social seja positivo.

Os contratos, na Análise Econômica do Direito, diferenciam-se daqueles defendidos pela dogmática jurídica. O contrato é, como também fundamenta o Direito, um encontro de vontades, habilidades e interesses.

Para ARAÚJO¹⁴, aquela abordagem interdisciplinar do “contrato” será um programa de colaboração que pertence a ações a serem tomadas, em resposta às contingências (ocorridas no futuro ou reveladas no futuro) que sejam relevantes para essa colaboração e para o respectivo equilíbrio interno.

Segundo RODRIGUES¹⁵, de uma forma mais exata, o termo “contrato” é visto pela Ciência Econômica como:

um conjunto de compromissos interdependentes que gozam de algum tipo de proteção legal, sendo que em caso de incumprimento, a parte prejudicada pode recorrer ao Estado para consoante as circunstâncias e o ordenamento jurídico, exigir o cumprimento, ressarcimento ou punição para o incumpridor.

Em regra geral, é inequívoco que os contratos são essenciais para a sociedade e para a economia. Os contratos permitem segurança e estabilidade nas relações negociais, além de investimentos visando redução de riscos futuros, gerando um cenário inteiramente favorável para a eficiência econômica, dependendo

¹³ TIMM, Luciano Benetti/BERNARDES, Lucas Petri – *Direito Empresarial cit.*, p. 35.

¹⁴ ARAÚJO, Fernando – *Prefácio de Manoel Gustavo Neubarth Trindade. Análise Econômica do Direito dos Contratos*, 8, 1, 2022, pp. 737-752, p. 738.

¹⁵ RODRIGUES, Vasco – *Análise econômica do Direito, Uma introdução*. Coimbra, 2007, p. 123.

das partes e do cumprimento das obrigações assumidas.

A eficiência aqui também é um termo técnico utilizado no sentido Pareto-eficiente, que significa simplesmente que não existe nenhuma outra alocação de recursos que não consiga melhorar a situação de alguém sem piorar a situação de outrem.

A Teoria dos Jogos é uma ferramenta originalmente desenvolvida por matemáticos e economistas, mas conquistou outros campos do conhecimento humano, porque permite a análise do processo de decisão das pessoas quando estas estabelecem relações racionais umas com as outras.

No direito, a Teoria dos Jogos ganha importância especialmente nas relações privadas, sobretudo nas relações empresariais, que admitem a negociação entre os envolvidos.

Na Análise Econômica do Direito, a Teoria dos Jogos incentiva a adoção de comportamentos estratégicos orientados para os resultados mais eficientes, tendo em vista a coletividade dos envolvidos, desestimulando as ações puramente intuitivas ou praticadas por conta da tradição.

Embora assumam outras definições mais amplas e divergentes da função econômica, tais como: distribuir ou mitigar riscos, com um objetivo ético -evitar obtenção de vantagem excessiva-, são, dentro de uma análise perfunctória, acordos de vontade que cumprem como função estabelecer e atender os interesses individuais de quem os contrata, como cita COELHO.¹⁶

A relação existente entre os contratos e a economia mostram-se evidentes, conforme advertia ROPPO¹⁷ ao citar que a disciplina legal dos contratos, longe de limitar as codificações impostas pela “natureza” ou pela “razão”, constituem intervenções positivas e deliberadas do legislador, destinadas a satisfação de interesses e o sacrifício de conflitos, conforme os interesses que se queiram tutelar.

¹⁶ COELHO, Fábio Ulhôa – *Curso de direito civil*. Vol. 2. São Paulo, 2004, p. 165.

¹⁷ ROPPO, Enzo – *O contrato cit.*, p. 22.

É incontestável a reservada ligação existente entre a Economia e o Direito. Enquanto a economia dedica-se em como a sociedade administra seus recursos escassos/finitos, o Direito prescreve relações sociais através de preceitos e normas jurídicas.

Sobre a interação do Direito e da Economia que devem ser vistos, não somente como duas disciplinas relacionadas, mas também como um “todo indiviso”, como um “verso e reverso” da mesma moeda, sendo difícil dizer até que ponto o Direito e a Economia influenciam-se simultaneamente, como adverte NUSDEO.¹⁸

O indivíduo para satisfação de suas necessidades, contrata, compra, efetua trocas. O Direito Contratual tenciona regular ditas trocas de bens escassos de maneira permissiva para a satisfação de necessidades e “impedir os indivíduos de se comportarem de forma oportunista em relação à contraparte, de forma a estimular o fluxo de operações no mercado e (ao mesmo tempo) substituir as medidas de autoproteção”, como definido por POSNER.¹⁹

Em outras palavras, por LARA²⁰, o direito cria garantias de que as transações possam suceder e que sejam executadas e eficientes.

O contrato, na concepção liberal, é definido por TIMM²¹

¹⁸ NUSDEO, Fábio – *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3ª ed. São Paulo, 2001, p. 30

¹⁹ POSNER, Richard – *Economic analysis of law*. Toronto, 1992, p. 91. *Apud*. LARA, Fabiano Teodoro de Rezende – *Nivelamento de Cláusulas Contratuais Gerais e o efeito de Akerlof: uma perspectiva da análise econômica do Direito*. Revista Virtual Milton Campos, vol. 4, 2010, pp. 1017-1054, p. 1021.

²⁰ “Os contratos exercem função essencial no sistema de mercado, propiciando e facilitando as trocas de bens jurídicos, aumentando seu valor. E cada aumento de valor propiciado por uma troca contratual equivale a um aumento de valor total dos bens na sociedade. Os contratos, portanto, têm importante função no aumento da riqueza total da sociedade.” LARA, Fabiano Teodoro de Rezende – *Nivelamento de Cláusulas Contratuais Gerais cit.*, p. 1021.

²¹ TIMM, Luciano Benetti – *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2ª ed. São Paulo, 2015, p. 35.

um acordo livremente manifestado pela vontade consensual das partes, independente da formalização para a concretização do instrumento.

No entanto, após o encontro de vontades, o consenso da proposta e aceitação, as partes estarão obrigadas a fazer, dar ou não fazer algo, não sendo lícita a desistência do negócio ou ainda a intervenção do Judiciário no que fora pactuado pelas partes.

Dessa forma, a análise econômica do direito, nos oferta um ponto de equilíbrio²² necessário na interpretação dos contratos, pois os conceitos econômicos utilizados, tais como utilidade, eficiência, racionalidade limitada, assimetria informativa e custos de transação, proporcionam uma análise com consequencialismo das normas e institutos.

Para os contratos empresariais ainda é mais forte, pois o direito contratual comercial inadequado à realidade econômica pode dificultar o desenvolvimento do país e incentivar comportamentos impróprios.

Os contratos empresariais ocorrem em três campos da vida social: no campo econômico, no jurídico e no de mercado, operacionalizando simultaneamente nas transações econômicas, produtivas e obrigacionais, no entendimento de TEUBNER²³.

Ainda para TEUBNER, os contratos empresariais devem

²² Há a necessidade de um controle que assegure o equilíbrio entre a necessária proteção do consumidor e o incentivo ao empresário em continuar no mercado provendo utilidades, produtos e serviços desejados pelo consumidor. Não se trata de manter um paternalismo contratual, mas de assegurar um nível de proteção que mantenha o consumidor estimulado a ir ao mercado e consumir, sabendo que terá uma proteção mínima assegurada. Do contrário, o consumidor teria uma atitude de precaução que inibiria o consumo, o que, evidentemente, é indesejado seja pelo empresário, seja pelo próprio consumidor. Em outras palavras, a proteção é desejável para o mercado, ainda que um empresário em particular sintasse restringido em seu poder de ação. FERNANDES, Wanderley – *Contratos de Adesão e a racionalização dos processos de produção e contratação* in LOPEZ, Teresa Ancona/AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado (Coord) – *Contratos empresariais: contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 332-338, p. 334.

²³ TIMM, Luciano Benetti/BERNARDES, Lucas Petri – *Direito Empresarial cit.*, p.

trazer segurança e previsibilidade, formando junto com outros institutos jurídicos, um quadro normativo capaz de proteger a legítima expectativa e tutelar o crédito. Os contratos empresariais devem incentivar a assunção de risco pelo empresário, sem fomentar o oportunismo.²⁴

Dessa forma, os contratos empresariais não podem ignorar a realidade de que as duas partes pretendem o lucro e que realizarão, dentro das balizas legais, todos os atos disponíveis para a maximização dos seus próprios interesses, incluindo eventuais explorações de cláusulas gerais, divergências jurisprudenciais, ambiguidades, lacunas, tais como, seleção adversa, risco moral e custos de transação²⁵.

Fatalmente, o empresário ao celebrar um contrato possui uma legítima expectativa pelo seu cumprimento, fazendo previsões, planejamentos, investimentos, contratações que geram novos instrumentos com base naquilo que muitas vezes acabou de ser pactuado.

Contudo, isso ocorrerá desde que haja segurança jurídica necessária para a tutela eficiente do contrato e, como proposta, para auxiliar na concretização de uma eficiência contratual, essa é a definição das melhores cláusulas para assegurar a qualidade e a quantidade de informações disponíveis no contrato mediante informações e transparência das partes.

2.4. COMPORTAMENTO DAS PARTES NA EXECUÇÃO DO CONTRATO.

Embora a busca pela eficiência no contrato empresarial seja sempre o propósito norteador do instrumento, há que se considerar que todos os contratos, ainda que em graus variados, são incompletos.

²⁴ TEUBNER, Gunther – *The Blind Spot: The hybridization of Contracting*. Theoretical Inquires in Law, vol. 7, Frankfurt, 2006, pp. 51-71.

²⁵ TIMM, Luciano Benetti/BERNARDES, Lucas Petri – *Direito Empresarial cit.*, p. 42.

Os economistas desenvolveram o conceito de “contrato perfeito” (*complete contract*)²⁶ para responder à incompletude contratual, evocando que as partes, perfeitamente informadas e agindo racionalmente, preveem solução para toda e qualquer eventualidade que possa ocorrer durante a execução do contrato.

No entanto, os contratos são, em graus variáveis, incompletos, pois o preenchimento de tais requisitos para a relação contratual, na atualidade, não é uma tarefa fácil, de modo que é interessante ter em mente as elucidativas observações indicativas de FREIRE²⁷ de que o caráter completo advém da capacidade das partes em diferenciarem circunstâncias futuras relevantes, prevendo, relativamente a elas, uma alocação eficiente dos direitos e obrigações dos intervenientes e em permitir que terceiros possam verificar se as ditas circunstâncias ocorreram efetivamente.

Para isso, a fórmula de minimização permite entender que haveria circunstâncias nas quais a intervenção legislativa ou jurisprudencial, em função dos ganhos de escala, permitiria reduzir custos totais de “acidentes de percurso”.

A regulação do contrato pelo juiz é conhecida como problema de interpretação de contratos. Com limitações, dada a dificuldade de acesso a informações específicas sobre o acordo entre as partes perante o judiciário.

Inclusive, para os contratos comerciais, o Judiciário deveria sempre privilegiar a interpretação literal dos termos e cláusulas dispostas no contrato, pois sobejam circunstâncias para além do restrito ao contrato, em que, caracterizado o oportunismo de uma das partes, já restaria justificada a intervenção

²⁶ MACKAAY, Ejan/ROUSSEAU, Stéphane – *Análise Econômica do Direito cit.*, p. 420 *apud* Cooter, Ulen 2004, 218; Schaefer, Ott 2004, 278; Slanié 1997, ch.6; Bolton, Dewatripont 2005, 36s, 487s, Furubotn/Richter 2000, c.5; Kornhauser 1986, 691; Ogus, Faure 2002, 97; Schwartz 1998, 277-283, Hart 1987; Holtzhauer, Teijl 1995, 92.

²⁷ FREIRE, Maria Paula Vaz – *Eficiência Econômica e Restrições Verticais. Os argumentos de eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência*. Lisboa, 2008, p. 289.

judicial.

O combate ao oportunismo é um dos princípios estruturadores do direito dos contratos, além dos princípios da atribuição dos riscos e o paternalismo legal.

2.4.1. OPORTUNISMO, BOA-FÉ E CONFIANÇA.

2.4.1.1. OPORTUNISMO.

Os custos de transação podem levar a comportamentos estratégicos ou, muitas vezes, oportunistas dos agentes. COOTER²⁸ considera que COASE se limita em seu Teorema, a tendência oportunista da natureza humana, aquela em que os agentes de boa vontade se reúnem para buscar um ganho comum.

WILLIAMSON²⁹, definiu o oportunismo como a busca do interesse pessoal com um elemento de engano. Opõe o oportunismo à relação de confiança (trust) e o associa a uma divulgação seletiva ou truncada de informação, promessas sobre sua futura conduta em que a própria pessoa não crê.

Para LEBRETON³⁰, sobre o oportunismo, esclarece que os ditos comportamentos oportunistas se materializam pela divulgação de informações incompletas ou descaracterizadas por calculados esforços para esconder, desnaturar, desfazer, desconcentrar confusão em transações comerciais e lançam uma evidente falta de lealdade e honestidade.

Assim, o oportunismo aparece quando um dos contratantes se comporta de maneira contrária à intenção do contrato, sem necessariamente ir contra a letra do acordo, mas de modo a fazer uma transferência de riqueza em seu próprio benefício e em

²⁸ COOTER, Robert – *The Cost of Coase*. Journal of Legal Studies, 11, 1, 1982, pp. 1-34.

²⁹ WILLIAMSON, Oliver E. – *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. New York, 1975, p. 73.

³⁰ LEBRETON, Sylvie – *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes: étude particulière aux contrats de distribution*. Paris, 2002, p. 4 e 57.

detrimento do outro.

Ou ainda, como todo comportamento, dentro do quadro contratual, por uma das partes contratantes, frequenta contra as expectativas razoáveis que a outra formou sobre sua fé no acordo, das normas contratuais ou da norma convencional, conforme considera COHEN³¹.

De um modo geral, é possível dizer que uma parte contratante age de maneira oportunista quando procura, por trapaça (meios diversionistas), coerção ou modificar em seu proveito e em detrimento da outra parte, a repartição de ganhos conjuntos do contrato que cada parte poderia obter no momento da sua conclusão.

Em uma exausta e cansativa tentativa de obter “mais que a outra parte”. O ato oportunista consiste em explorar de forma significativa uma assimetria na relação de pessoas em detrimento de outros participantes.

A assimetria pode existir no momento da conclusão do contrato ou ser ele superveniente, aparecer no transcurso da sua execução, como resultado de circunstâncias imprevistas em um contrato dito imperfeito, que não admite precisão sob o objeto.

Dessa forma, entende-se como oportunista quando o comportamento de um dos contratantes, por ânimo ou esperteza, tentam obter vantagem no contrato, em detrimento do outro contratante.

Portanto, o oportunismo surge sob infinitas formas e as variantes surgem segundo ou conforme os interesses humanos.

2.4.1.2. BOA-FÉ.

No discurso jurídico, a boa-fé é aplicada em vários sentidos. No direito dos contratos a boa-fé tem sentido diferente, usualmente designada com o termo de legalidade.

³¹ COHEN, George M. – *The Negligence-Opportunism Tradeoff in Contract Law*. Hofstra Law Review, 20, 1992, pp. 941-1016.

A doutrina civilista tende a ver a boa-fé como princípio geral.

No entanto, foi sob o domínio contratual (cumprimento das obrigações contratuais) que a norma do comportamento da boa-fé encontrou amparo.

A boa-fé é o princípio norteador da conduta das partes, de um padrão objetivo de comportamento³² e como uma regra de conduta³³⁻³⁴.

No comando do artigo 227 do Código Civil Português, a boa-fé surge como um padrão de comportamento que impõe a adoção de condutas leais e honesta, de maneira a evitar possíveis conflitos, com vista quer à proteção das expectativas e da confiança, quer à salvaguarda da parte economicamente mais fraca³⁵.

A doutrina civilista define uma regra geral de conteúdo impreciso e por ser em demasia amplo e por ter um conteúdo tão vasto, necessita de uma concretização.

A boa-fé tende a moralizar o direito civil, mas essa consideração não permite operacionalizá-la.

Nessa linha, para melhor elucidar a boa-fé recorre a termos como: “lealdade”, “honestidade”, “integridade”, “fidelidade”, “justiça”, “veracidade”, “comportamento leal”, “fonte de cooperação”, “ausência de má-intenção”, entre outros.

³² ALARCÃO, Rui de – *Direito das Obrigações*. Coimbra, 1983, p. 108.

³³ COSTA, Mário Júlio Almeida – *Direito das Obrigações*, 8.^a ed., Coimbra, 2000, p. 270

³⁴ O artigo 227.º consagra a boa-fé como regra de conduta, boa-fé objetiva, enquanto regra impositiva (quando a conduta humana deva obedecer às suas determinações), CORDEIRO, António Menezes – *Direito das Obrigações*, vol. I, Lisboa, 1990, pp. 134 e 135. O conceito de boa-fé deste autor é unitário, visto que considera que a boa-fé objetiva mais não será que a projeção da boa-fé objetiva, enquanto regra de conduta, na situação jurídica das pessoas. CORDEIRO, António Menezes - *Direito das Obrigações* cit., pp. 137 e ss. Sobre as consagrações objetiva e subjetiva (tanto em sentido puramente psicológico como em sentido ético) da boa-fé, veja-se também do mesmo autor, CORDEIRO, António Menezes – *Direito das Obrigações* cit., p. 180 e ss.

³⁵ PRATA, Frederico Afonso Cavaleiro – *Responsabilidade Pré-contratual por Ruptura Ilegítima das Negociações* - Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas com Menção em Direito Civil, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014, p. 34.

No Direito Civil Francês, a boa-fé “supõe que o consentimento seja válido, que as partes se abstenham de qualquer traição, violência, desonestidade, fraude, mas, também que seja plausível e razoável, ou seja, que o contrato não fira nem o direito divino, nem os bons costumes, nem sequer o “ganho comum”.³⁶

No Código Civil Holandês dispõe no artigo 3-12 que “ao determinar o que exigem a razão e a equidade, devem-se lançar em conta os princípios do direito geralmente reconhecidos, as concepções do direito adotadas pelas cortes nos Países Baixos, assim como os interesses sociais e pessoais em questão”.

O Art. 15 do Dec.-Lei n. 446/1985 contém o princípio geral sobre as cláusulas contratuais gerais proibidas: “São proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa-fé”.

Para ASCENSÃO³⁷, o conceito de boa-fé é explicado a partir da seguinte ideia:

o que significa a boa-fé, que assim se coloca no centro da valoração do conteúdo das cláusulas contratuais gerais? Distingue-se a boa-fé objetiva e a subjetiva. A boa fé subjetiva representaria de qualquer modo um estado de espírito: seja a dimensão psicológica, na boa fé psicológica, seja na dimensão valorativa, na boa fé ética, em que se pergunta se o agente conhecia ou deveria conhecer.

Para MENEZES CORDEIRO³⁸, a boa-fé objetiva é normativa. Traduz-se em normas de conduta, quer permitindo formulá-las para além de previsões legais ou cláusulas contratuais, quer condenando tipos de exercícios, como os comportamentos contraditórios, que violam a noção objetiva de boa fé.

A boa-fé objetiva introduziu a ética em todo o direito dos contratos, estabelecendo, em todas as fases da relação

³⁶ OURLIAC, Paul/ MALAFOSSE, J. de – *Histoire du droit privé - I/ Les obligations*. 2ª ed. Paris, 1969, p. 316.

³⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira – *Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa-fé*. Revista da Ordem dos Advogados, 60, II, Lisboa, 2000, p. 587.

³⁸ CORDEIRO, António Menezes – *Tratado do Direito Civil Português, Parte Geral*. Tomo V, 3ª reimpressão, Coimbra, 2021, p. 288.

intersubjetiva, a saber, nas fases pré-contratual, contratual e pós-contratual, padrões de comportamento ou deveres acessórios, distintos dos deveres-obrigações principais concretizados com a formação do contrato, consubstanciados nos deveres de proteção, de informação e de lealdade.

A autonomia privada, outrora preconizada como “garantia da liberdade dos cidadãos em face do Estado, é relativizada em prol da justiça substancial, como eixo da relação contratual se deslocando da tutela subjetiva da vontade à tutela objetiva da confiança”³⁹.

Com acerto, MENEZES CORDEIRO⁴⁰, conclui em suas investigações que a boa-fé subjetiva e objetiva estão ligadas à confiança: a primeira dá, desta, o momento essencial; a segunda confere-lhe a base juspositiva necessária quando, para tanto, falte uma disposição legal específica.

A boa-fé contratual traduz-se no dever de cada parte agir de forma a não defraudar a confiança da contraparte.

Para LARENZ⁴¹, o princípio da boa-fé é uma forma de convivência pacífica e próspera de pessoas numa comunidade ainda tão falha de coesão, e que, por isso, a boa-fé permaneça como possível enquanto fundamento das relações humanas. “Uma sociedade onde cada um desconfiasse do próximo assemelhar-se-ia a um estado de guerra latente entre todos, e em vez da paz dominaria a discórdia. Lá onde se haja perdido a confiança, a comunicação humana está perturbada no que tem de mais profundo”.

A conduta de boa-fé é orientada por um conteúdo ético, que emprega o respeito, a consideração e a lealdade. Considera as consequências da ação do indivíduo, como a expectativa que cria na parte a quem sua conduta se projeta.

³⁹ TEPEDINO, Gustavo – *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro, 2001, p. 176.

⁴⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Vol. II, Coimbra, 2001, p. 1250.

⁴¹ LARENZ, Karl – *Derecho Civil: parte general*. Vol. 2, Madrid, 1978, p. 58.

O princípio da boa-fé assegura a tutela da ordem encarada do ponto de vista Contratual com segurança. Tal segurança é essencial para o intercâmbio de bens e serviços e para o pleno funcionamento da economia e tem na sua base uma relação de confiança.

2.4.1.3. A CONFIANÇA.

A confiança é um estabilizador de expectativas sociais, morais, econômicas e normativas.

Para FUKUYAMA⁴² “a confiança é a expectativa que surge, numa comunidade, de um comportamento honesto e cooperativo por partes dos outros membros da sociedade, com base nas normas aceitas por todos.”

COLLINS⁴³, em *Regulating Contracts*, afirma que a confiança e a sanção são variáveis relevantes na análise do risco do contrato. A confiança decorre da fé de que a contraparte comercial irá adimplir com a sua obrigação e a sanção é a previsibilidade de punição em razão do inadimplemento, podendo acarretar perdas econômicas.

Apesar da confiança ser algo difícil de alcançar e manter, a confiança é mais eficaz do que a sanção para sustentar uma relação comercial.

Ainda para COLLINS “a confiança envolve acreditar no conhecimento que se tem sobre a outra pessoa. Esse conhecimento deriva desde a intimidade adquirida por transações passadas e interação social ou por meio de atribuídos da identidade da pessoa”.

Para ZUCKER⁴⁴, a confiança pode ser aprofundada ao

⁴² FUKUYAMA, Francis: *Trust: the social virtues & the creation of prosperity*. New York: The Free Press. 1995. p. 26.

⁴³ COLLINS, Hugh – *Regulating Contracts*. Oxford, 2004, p. 99.

⁴⁴ ZUCKER, L. G. – *Production of trust: institutional sources of economic structure, 1840-1920*. Research in Organizational Behavior, vol. 8. n. 53, 1986, pp. 53-111.

criar padrões de interações sociais por meio de código de condutas, associações comerciais e acordos comerciais.

Ademais, é o grau de confiança que dita a decisão de um agente em escolher determinado parceiro de cooperação e em confiar exclusivamente nele ou não, conforme entende FREIRE⁴⁵.

Diversas são as situações que poderiam ser enumeradas, pois em relação à confiança, muitas vezes, descortinam-se muitas relações jurídico-sociais, criadoras de expectativas e mobilizadoras de economia.

A confiança é um valor fundamental para a condição humana. Sua proteção pelo direito é indispensável para as relações interpessoais, circulação de negócios e que envolve aspectos legislativos, doutrinários e jurisprudenciais.

Os contratos baseiam-se nas relações interpessoais e contam em especial com a confiança das partes envolvidas. E diante desse envolvimento, analisar a importância da confiança para a análise econômica do direito e os elementos que contribuem para a existência fática e que subsidiam o reconhecimento jurídico desse valor.

LUHMANN⁴⁶ vê na proteção da confiança institucional a condição para o desenvolvimento das sociedades modernas. É um valor que se insere na estrutura organizacional, que se define com a elaboração de pautas de valores, com a tomada de decisões, com o agir individual e coletivo.

LORENZETTI⁴⁷ observa que “la desconfianza,

⁴⁵ FREIRE, Maria Paula Vaz – *Eficiência Econômica e Restrições Verticais. Os argumentos de eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência*. Lisboa, 2008, p. 284.

⁴⁶ LUHMANN Niklas – *Confiança*. Trad. Amanda Flores. Santiago, 1996.

⁴⁷ “La confianza de los acreedores em el cumplimiento de los compromisos asumidos por el deudor tiene un impacto directo em el costo de las contrataciones, puesto que los sujetos adoptarán mayores medidas de prevención del incumplimiento, si tienen desconfianza. Um ejemplo de ello ocurre em las relaciones Internacionales, em las que los países que no generan confianza em los inversores deben pagar una mayor tasa de interés em los préstamos que solicitan. En sentido inverso, los acreedores tomarán menos medidas si el deudor produce confianza, ya que em las economías

socialmente difundida, acarrea altos costos de transación”.

A confiança ultrapassa o âmbito das relações interpessoais e alcança a coletividade de tal forma que não é possível conceber uma ação sem uma correspondente confiança.

3. TUTELA DA CONFIANÇA.

3.1. DEFINIÇÃO DA TUTELA DA CONFIANÇA.

O princípio da confiança merece um debate mais aprofundado pelo direito, principalmente quanto à Análise Econômica do Direito.

Em um sistema jurídico existem determinados princípios que independem de disposição legislativa específica, já que sua presença no ordenamento jurídico não está sujeita à manifestação do legislador e ignorá-lo seria desconsiderar o ordenamento jurídico em toda a sua unicidade.

Assim, embora alguns princípios estejam além da norma formal, eles encontram respaldo e extraem sua força cogente da própria *ratio* do Direito.

Partindo-se da análise dos princípios, a confiança compreende a ideia de que os sujeitos se ligam a relações jurídicas ocasionais, específicas ou em virtude de representações manifestadas por terceiros, independentemente de uma maior ponderação sobre todas as consequências causais dessa adesão.

Em verdade, o conceito juridicamente protegido se liga à ideia de que a confiança consiste em uma necessidade social na medida em que os agentes precisam eliminar algumas

basadas en el crédito con la de USA, donde una persona que tiene prestamos, no es censurada por ser deudor, sino premiada con la concesión de nuevos créditos, porque es deudor confiable, todo lo cual importa una mudanza desde la culpabilización de la categoría de deudor hacia el premio del deudor confiable.” LORENZETTI, Ricardo Luis – *La oferta como apariencia y la aceptación basada em la confianza in* MARQUES, Cláudia Lima/ MIRAGEM, Bruno (org.) – *Direito do Consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais*. Vol. III, São Paulo, 2011, p. 623.

possibilidades que lhe são significativamente oferecidas, a fim de reduzir a complexidade social e permitir uma intervenção mais eficaz nas suas redes relacionais.

A confiança é um bem valorizado e protegido pelo direito, tendo em vista a sua importância relativamente à tomada de decisões, não apenas no aspecto econômico, como destaca LORENZETTI, mas em todos os setores da vida social.

A importância da confiança na doutrina de Manuel Antônio Carneiro da FRADA⁴⁸ é tamanha que a concebe como fonte autônoma de responsabilidade civil. A frustração da confiança implica na violação de valores fundamentais da sociedade e esta violação acarreta consequências jurídicas.

O princípio da confiança, no sistema europeu, decorreu da necessidade de justificar a vinculação de declarações, avenças, pactos, contra futuras alterações, no âmbito do direito privado.

A preservação da confiança tem a virtude de estabilizar os negócios, as situações criadas, as expectativas geradas, acarretando ao responsável pela frustração a obrigação de indenizar.

FRADA⁴⁹ e MENEZES CORDEIRO⁵⁰ vêm na confiança elemento da justiça corretiva e como elemento axiológico, respectivamente.

Para FRADA, a confiança é um mecanismo da justiça corretiva. A violação da confiança enseja a responsabilização civil, impondo-se ao violador a obrigação de recompor a situação violada ou suportar uma indenização, como forma de restabelecimento do equilíbrio da relação jurídica.

LUHMANN⁵¹ descreve a confiança como meio hábil a

⁴⁸ FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal Carneiro – *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil cit.*, p. 835.

⁴⁹ FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal Carneiro – *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil cit.*, p. 835.

⁵⁰ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha Menezes – *Da boa-fé no direito civil cit.*, p. 745.

⁵¹ LUHMANN Niklas – *Confianza cit.*

reduzir as complexidades sociais, pois tem a virtude de antepor o futuro, condicionando o agir presente, confiante na certeza do que ocorrerá.

O agir de uma parte tem por fundamento a conduta esperada da outra, suas decisões são pautadas pelas consequências que espera produzir, tomando-se por base a conduta que a outra parte adotará. Com isto, evita-se o caos, assegurando-se a liberdade e protege-se a autonomia. As decisões são finalmente orientadas, tomadas em função de uma expectativa de acontecimentos futuros.

LUHMANN ensina que “a confiança se apoia na ilusão”. A certeza dispensa a confiança, mas afirmar a existência de certeza encerra um paradoxo, pois ela própria pressupõe crença no fenômeno em que se acredita, isto é, no conhecimento apreendido.

A ideia é que a confiança avança quando as informações sobre determinadas situações são insuficientes, mas a ação se dá segundo as probabilidades de que algo ocorra no futuro. As decisões e ações presentes se desenvolvem em função de uma expectativa, do que ocorra no futuro. A confiança se estabelece presentemente em razão de um resultado vindouro.

3.1.1. A TUTELA DA CONFIANÇA E O ABUSO DE DIREITO.

A teoria do abuso de direito está intrinsecamente ligada à boa-fé objetiva e à litigância de má-fé. Em sequência, não poderia deixar de ser levantada a conexão com a vedação da conduta contraditória.

O abuso de direito é um fato, o qual possui como causa originária a má compreensão do direito. Assim, não se pode abusar de um direito que possui, nem de maneira proposital (litigância de má-fé), nem tampouco desrespeitando um padrão de comportamento (desobediência da boa-fé objetiva).

Embora haja, segundo a melhor doutrina, divergências, a vedação ao comportamento contraditório não deve ser considerada como uma espécie de abuso de direito e, sim, um desdobramento do princípio da boa-fé, como consequência de sua função de controle ao exercício dos direitos.

3.1.2. A TUTELA DA CONFIANÇA E A SEGURANÇA JURÍDICA.

A segurança jurídica consiste na possibilidade de alguém prever, concretamente, as consequências jurídicas de fatos ou de comportamento.

Sob um prisma axiológico a expressão “segurança jurídica”, denota-se por aquilo que se julga bom existir de acordo com determinado sistema de valores. A segurança jurídica pode ser determinada como um valor.

Não se pode reinar a justiça em uma sociedade em que não tenha uma ordem certa e segura. Não há direito onde não há uma ordem certa e segura.

Também não é somente uma ordem certa e segura, mas também deve ser justa e, não se pode ter justiça se não houver um Estado com segurança.

O Direito, em seu positivismo, deve criar condições de certeza e de igualdade. A inobservância do valor da segurança jurídica é a impossibilidade de realização dos demais valores sociais fundamentais, o prejuízo ao desenvolvimento econômico do país, além da desintegração ético-moral do sistema de organização social pela quebra de confiança e da boa-fé, tanto nas relações da esfera estatal e privada.

BORGES⁵² refere-se à segurança jurídica como valor transcendente do próprio ordenamento jurídico, delimitando que a segurança jurídica pode ser visualizada com um valor

⁵² BORGES, Souto Maior – *Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo*. Revista dos Tribunais, n. 63. São Paulo, 1997, pp. 203-249, p. 206.

transcendente no ordenamento jurídico no tocante que a sua investigação não se confina ao sistema jurídico positivo. Antes inspira as normas que, no Direito Positivo, lhe conferem efetividade.

A aplicação do princípio da segurança jurídica exige, contudo, correlação com a realidade jurídica: os efeitos das normas devem ser vinculados com um estado de coisas que se deseja realizar.

Tal noção trouxe à luz o princípio da confiança legítima, também chamado de princípio da proteção da confiança legítima, desenvolvido a partir da década de 1950 principalmente na Alemanha e no seio do direito comunitário europeu, mas também na Suíça, na Holanda, na Espanha e em Portugal.

Em linhas gerais, o princípio reflete a necessidade de segurança, fiabilidade e estabilidade em um mundo em mudança, mudança essa geradora de insegurança e caracterizada pela dependência crescente dos indivíduos pelas prestações, decisões e regramentos estatais.

Como antes mencionado, a origem do princípio da proteção da confiança legítima é corriqueiramente atribuída ao julgado precursor do Superior Tribunal Administrativo de Berlim (*Oberverwaltungsgericht*), de 14 de novembro de 1956.

Sobre os fundamentos da mencionada decisão, MAURER⁵³ esclarece que o ponto de partida foi o entendimento que a questão sobre a retratabilidade dos atos administrativos benéficos antijurídicos é denominado por dois princípios, sendo: princípio da legalidade da administração, que exige a eliminação de atos administrativos antijurídicos e o princípio da confiança, que pede a manutenção do ato administrativo benéfico.

Contudo, até chegar ao precedente jurisprudencial,

⁵³ MAURER, Hartmut – *Elementos de direito administrativo alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre, 2001, p. 70-71, *apud* ROCHA, Luciana Carla Braga Façanha/DINIZ, M.A. de V. – *A administração pública e o princípio da confiança legítima*. XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, Salvador, 2008.

cumpre registrar que o princípio da proteção da confiança legítima já vinha crescendo no âmbito do direito privado, a partir da evolução da teoria dos contratos, no início do século XX, como alerta WALD⁵⁴.

Ainda para WALD⁵⁵ leva em conta o desenvolvimento da teoria da responsabilidade contratual, em oposição à ampla liberdade vigente no âmbito do direito privado, confirmando que no século XIX, o Estado não deveria interferir nas relações econômicas consubstanciadas no contrato. A doutrina vigente à época era o “liberalismo jurídico”, da Emanação da vontade das partes, o contrato presumia-se justo pelo fato de decorrer do consenso dos interessados.

Ainda para o autor, a doutrina, até o início do século XX, não admitia que o exercício abusivo de um direito contratual ou não pudesse ensejar responsabilidades.

O Princípio da Confiança nasceu, portanto, muito atrelado à necessidade de se assegurar uma proteção especial ao contratante economicamente mais fraco.

Guardadas as devidas particularidades inerentes a cada situação (de Direito Privado ou de Direito Público), pode-se afirmar, com Wald, que existe uma patente relação entre os princípios da confiança e o antigo princípio fundamental de que os pactos devem ser cumpridos (*pacta sunt servanda*).

Há, igualmente, uma relação entre a confiança e a garantia do equilíbrio contratual. "Com efeito, partindo-se da premissa de que o acordo de vontade tenha sido comutativo, considera-se que há uma expectativa - que deve ser garantida - de que essa comutatividade seja mantida e respeitada durante toda a sua execução".

No entanto, para WALD, o princípio da confiança

⁵⁴ WALD, Arnaldo – *Princípio da Confiança (verbete)* in TORRES, Ricardo Lobo/TAKAOKA, Eduardo Takemi/GALDINO, Flavio (org.) /TORRES, Silvia Faber (superv.) – *Dicionário de princípios jurídicos, Campus Jurídico*. 1ª ed., 2011, pp. 174-175.

⁵⁵ Idem.

legítima deve ser compreendido “como princípio de conteúdo autônomo, que, apesar de ter fundamentos inerentes aos dois institutos citados, com eles não se confunde”

LARENZ⁵⁶ adverte que o princípio da proteção da confiança legítima possui um elemento de Ética Jurídica e outro que se dirige à Segurança Jurídica e estes elementos não podem se separar quando da atuação deste princípio, ou seja, ele não realiza a segurança jurídica formal, mas a segurança jurídica como Valor Ético.

A efetivação do princípio da confiança dá-se quando visto como um desdobramento da segurança jurídica, trazendo a esta uma solidez pois solidifica as definições de estabilidade jurídica, orientação adequada, clareza e previsibilidade.

Portanto, a proteção da confiança deve ser considerada como um princípio deduzido, do princípio da segurança jurídica e do Princípio do Estado de Direito, com precípua finalidade voltada à obtenção de um estado de coisas que pressuponha estabilidade, previsibilidade.

Assim, o princípio da proteção da confiança legítima, assegurando a justiça do caso concreto e a segurança como valor ético subjacente, acaba por legitimar determinada situação jurídica, comportamento precedência de confiança que sobrepuja a tutela jurídica.

4. A TUTELA DA CONFIANÇA NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS.

4.1. VEDAÇÃO AO COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO.

⁵⁶ LARENZ, Karl – *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid, 1985, pp. 90 e 98; O Mestre alemão, deixando claro o papel constante de vínculo existente entre a segurança e a justiça que cumprem estes princípios, afirma que têm um elemento componente de Ética jurídica e outro que se orienta em direção à segurança das relações, e que um e outro elementos não podem se separar. Idem, p. 95.

Para MENEZES CORDEIRO⁵⁷, a real expressão do “*venire contra factum proprium*” insere-se perfeitamente na sua tutela da confiança e na efetivação dos ditames da boa-fé, traduzindo uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido pelo exercente.

A boa-fé possui importante função na criação de deveres, independente da declaração de vontades e mesmo contra ela, como vedar o chamado *venire contra factum proprium*.

Venire contra factum proprium, significa vir contra um fato próprio. A teoria dos atos próprios prescreve que ninguém estaria autorizado a contrariar um comportamento por si mesmo praticado, conquanto este tenha uma função orientadora ou ainda, na medida que dirija a conduta dos sujeitos ou implique na tomada de decisões por parte deles, como afirma MENEZES CORDEIRO.⁵⁸

A vinculação pessoal deriva de ato próprio daquele contra quem se invoca o *venire*, a teoria que o visa coibir é também conhecida como teoria dos atos próprios.

Na pioneira obra de RIEZLER⁵⁹, que parece ter sido a primeira a tratar da matéria de modo sistemático, são identificadas quatro situações paradigmáticas, segundo informa MENEZES CORDEIRO⁶⁰, de *venire*:

- a) o cumprimento voluntário de negócio jurídico inválido,
- b) a constituição de uma determinada situação jurídica por decisão unilateral e potestativa de uma pessoa,
- c) a criação de situação de aparência em que as pessoas confiam e

⁵⁷ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes – *Da boa-fé no direito civil cit.*, p. 756.

⁵⁸ Idem. *Ibidem*.

⁵⁹ RIEZLER, Erwin – *Venire contra factum proprium – Studien im Romischen, Englischem und Deutschen Civilrecht*. Leipzig, 1912, p. 110 e ss e p. 131 e ss.

⁶⁰ CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes – *Da boa-fé no direito civil cit.*, p. 257.

d) criação de risco conexa a uma situação jurídica.

Isto porque, se exige um padrão de comportamento de um determinado indivíduo, pode se dispor que se encontra ínsita a necessidade de coerência, qual seja, que o indivíduo pratique os comportamentos necessários de acordo com o padrão do homem mediano e em harmonia com suas condutas anteriores.

Não seria exagero afirmar que a repugnância à incoerência é tão antiga quanto as noções do princípio da boa-fé objetiva e pode ser encontrada registrada na própria história universal, desde o grego e romanos, sendo até mesmo considerada como indispensável para a própria evolução humana, como entende SCHREIBER⁶¹.

No presente trabalho não se pretende explicar acerca do conteúdo e da importância das funções do comportamento contraditório, mas apenas salientar que o comportamento é decorrente de uma terceira função da boa-fé, qual seja, do controle do exercício do direito.

E esta função, tem o objetivo de impedir o exercício de direito ou de posições jurídicas em contrariedade à recíproca lealdade e confiança que devem permear as relações jurídicas.

Portanto, denota-se que a violação ao comportamento contraditório, ao mesmo tempo em que dirige, num sentido ou em outro, o comportamento dos indivíduos, é, ante todo o exposto, instrumento de realização do valor constitucional da confiança e da boa-fé.

⁶¹ “A repugnância à incoerência é um sentimento tão inato ao ser humano quanto à própria incoerência. O comportamento incoerente, entendido como aquele que se põe em desarmonia, em desconexão, e, especialmente, em contradição com um comportamento anterior, é condenado em inúmeros registros da cultura universal”⁷⁸. (...) “Sem embargo de tudo isto, e muito embora seja a coerência geralmente apontada entre as mais altas qualidades humanas, não se pode dizer que a incoerência, a contradição, as mudanças de comportamento estejam afastadas deste campo. De fato, a incoerência, no sentido de rompimento com o estado ou conduta anterior, aparece como passo necessário à própria evolução do homem”. SCHREIBER, Anderson – *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro, 2005, p. 9 e 12.

4.2 A ANÁLISE ECONÔMICA DA TUTELA DA CONFIANÇA COMO TUTELA DO INTERESSE NO CONTRATO.

Para PAIS DE VASCONCELOS⁶², cita que o comércio vive da confiança e na confiança e o mercado não funciona eficientemente, sem que haja confiança nos modos de contratar, nos processos de contratação e nos conteúdos contratuais.

Assim como o comércio se assenta no contrato e na contratação.

O contrato é um dos pilares do comércio, igualmente com o comerciante e o mercado. As obrigações e vinculações comerciais consistem (na totalidade ou não) através de contratos.

Objetivamente o comércio, em sentido amplo, vincula, diferentemente das relações civis-contratuais, as relações de vinculação comercial no mercado.

O mercado não funciona eficientemente sem que haja confiança nos modos de contratar, nos processos de contratação e nos conteúdos contratuais e afastar essa relação do mercado constitui sempre fonte de insegurança jurídica.

O direito contratual, portanto, para além de incentivos econômicos criados pelas partes, também tutela a confiança dos contratos empresariais.

Para ARAÚJO⁶³, o alicerce jurídico da confiança cria uma segurança para que as pessoas acreditem nas promessas ou tenham clareza jurídica das suas obrigações *vis a vis* do respectivo inadimplemento.

O fato é que o sistema jurídico protege a confiança legítima e, por meio do ambiente de estabilidade, segurança e confiabilidade das relações sociais é que o ordenamento jurídico

⁶² VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Confiança, Tipo e Cláusulas Contratuais*. Revista de Direito Comercial, 2018, pp. 1369-1386, p. 1369.

⁶³ ARAÚJO, Fernando – *Teoria econômica do contrato cit.*, p. 19.

cumpra seu papel de assegurar a própria autoconfiança do ordenamento jurídico.

Dessa forma, tutelar a confiança nas relações contratuais empresariais é de fundamental importância a estabilização da situação contratual e minimização de comportamentos oportunistas e, conseqüentemente, de custos de transação.

Tudo tem um custo, assim como toda negociação, toda formalização pré, durante e pós-contratos, seja no custo com o advogado, seja com o custo do tempo, das negociações que serão transformadas em cláusulas contratuais, deixar de fazer uma outra transação (custos de oportunidade).

Por essa razão, quanto maior a confiança maior será a interação entre os agentes e maior será o grau de eficácia contratual e, conseqüentemente menor será o custo empreendido para a transação.

Desse modo, o aumento da confiança pode ser traduzido como um redutor de custos de transação. Reduzir custos de transação é reduzir preço nas relações negociais, sociais e contratuais.

O direito, para além da economia, tutela o mundo do litígio, mas também tende a tutelar a prevenção, a arbitragem e o planejamento contratual.

A confiança pode ser tecido orgânico para a vestimenta social, mas sua sedimentação depende de elementos jurídicos.

A confluência entre oportunismo, racionalidade, estabilidade e assimetria informativa dá base para a organização contratual, de maneira que as regras impostas são reguladoras para um ambiente institucional de confiança e mostra-se como ferramenta indispensável para a estabilização de expectativas normativas em um ambiente de trocas.

5. CONCLUSÃO.

Como visto, a confiança pode ser tecido orgânico para a

vestimenta social, mas sua sedimentação depende de elementos legais e, por essa razão, merece atenção para o debate acadêmico.

Entende-se que o contrato, por mecanismos de alocação de riscos e mediação de interesses é um instrumento eficaz para a minimização de conflitos, embora, dependa de elementos econômicos, sociais e jurídicos para cumprir com sua finalidade.

Os contratos baseiam-se nas relações interpessoais e contam em especial com a confiança das partes envolvidas.

A confiança funciona como redutor de risco, fomentando a realização de transações. Quando se há maior previsibilidade de qual será o comportamento da contraparte, menor precisará ser o “investimento” em “aumentar a racionalidade” na previsão de situações futuras e, geralmente, evitar comportamentos oportunistas.

Se menor é o custo para se realizar aquela transação, mais fácil e eficaz será o cumprimento da negociação e o contrato pactuado.

Embora o Direito possa declarar a ilicitude das práticas e atos, há estudos jurídico-econômicos preocupados com as convenções sociais influenciadoras do comportamento humano, em que os resultados têm demonstrado uma inquietação crescente dos agentes econômicos em preservar a própria reputação.

De maneira que uma má reputação no mercado perante os agentes econômicos reduz substancialmente as perspectivas de negociações futuras e representa uma elevação de seus custos de transação, o que importa em perda de eficiência e até mesmo em não contratação, considerando que a confiança é um dos requisitos indispensáveis na decisão de contratar.

A vedação ao comportamento contraditório, abuso de direito como forma de reafirmar a aplicação da boa-fé, lealdade e confiança, são pilares para a segurança jurídica das relações contratuais.

Tutelar a confiança é um dos meios para combater o

oportunismo contratual, na medida da proteção e validação dos princípios tais como: boa-fé, lealdade, confiança, a fim de privilegiar e prover a eficiência e a segurança jurídica, inclusive o aumento nas trocas e investimentos.

Ainda com as limitações das partes e da previsibilidade de contratos incompletos, a lealdade e confiança devem presidir as relações entre as partes, onde os contratos empresariais devam prescindir em um ambiente correto, seguro, probo que possa permitir maior eficiência nas relações mercantis.

Assim, a confiança, não se trata apenas de questões ética e moral, a ela advém um papel duplo dentro do sistema jurídico, que gera proteção das expectativas e vinculação entre as partes, permitindo prosseguir com seus negócios sem o cometimento de alguma leviandade e por outro uma justificação na vinculação de obrigações.

As partes, seja pessoa física ou jurídica, que firmam contratos com projeção para realização futura, acreditam com os ganhos advindos dessa instrumentalização, de modo que, a confiabilidade das relações fomenta uma maior cooperação contratual.

Portanto, sob a análise econômica do direito da tutela da confiança nos contratos empresariais e na possibilidade do cumprimento contratual, suscita, inequivocamente, ganho de eficiência na medida em que dá maior dinamicidade ao negócio, à economia e ao ambiente corporativo.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALARCÃO, Rui de – *Direito das Obrigações*. Coimbra, 1983.
ARAÚJO, Fernando – *Análise Económica do Contrato de Trabalho in Estudos do Instituto de Direito e Direito do Trabalho*, vol. 1, Coimbra, 2001, pp. 189-268.

- ARAÚJO, Fernando – *Prefácio de Manoel Gustavo Neubarth Trindade*. *Análise Econômica do Direito dos Contratos*, 8, 1, 2022, pp. 737-752.
- ARAÚJO, Fernando – *Teoria económica do contrato*. Coimbra, 2007.
- ASCENSÃO, José de Oliveira – *Cláusulas Contratuais Gerais, Cláusulas Abusivas e Boa-fé*. *Revista da Ordem dos Advogados*, 60, II, Lisboa, 2000.
- BORGES, Souto Maior – *Princípio da Segurança Jurídica na Criação e Aplicação do Tributo*. *Revista dos Tribunais*, n. 63. São Paulo, 1997, pp. 203-249.
- CALABRESI, Guido – *Some thoughts on risk distribution and the law of torts*. *The Yale Law Journal*, 70, 4, 1961, pp. 499-553.
- COASE, Ronald – *The Nature of the Firm*. *Economica*, 4, 16, 1937, pp. 386–405.
- COASE, Ronald – *The Problem of Social Cost*. *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, pp. 1–44.
- COELHO, Fábio Ulhôa – *Curso de direito civil*. Vol. 2. São Paulo, 2004.
- COHEN, George M. – *The Negligence-Opportunism Trade-off in Contract Law*. *Hofstra Law Review*, 20, 1992, pp. 941-1016.
- COLLINS, Hugh – *Regulating Contracts*. Oxford, 2004.
- COOTER, Robert – *The Cost of Coase*. *Journal of Legal Studies*, 11, 1, 1982, pp. 1-34.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes – *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Vol. II, Coimbra, 2001.
- CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes – *Da Boa-Fé no Direito Civil*. 7ª reimpressão, Coimbra, 2020.
- CORDEIRO, António Menezes – *Direito das Obrigações*, vol. I, Lisboa, 1990.
- CORDEIRO, António Menezes – *Tratado do Direito Civil Português, Parte Geral*. Tomo V, 3ª reimpressão, Coimbra,

- 2021.
- COSTA, Mário Júlio Almeida – *Direito das Obrigações*, 8.^a ed., Coimbra, 2000.
- COSTA-MARTINS, Judith – *A ressignificação do princípio da segurança legítima na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança*. Revista CEJ, n. 27, Brasília, 2004.
- DAIMVUTU, Lino. A tutela da confiança nas negociações pré-contratuais. <https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Diamvutu-Lino-A-TUTELA-DA-CONFIANCA-NAS-NEGOCIACOES-PRE-CONTRATUAIS.pdf>, último acesso em 20.08.2022.
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte – *La Confiance Légitime et l’Estoppel*. Revue internationale de droit comparé, 59, 4, 2007.
- FERNANDES, Wanderley – *Contratos de Adesão e a racionalização dos processos de produção e contratação in* LOPEZ, Teresa Ancona/AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado (Coord) – *Contratos empresariais: contratos de consumo e atividade econômica*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal Carneiro – *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*. Dissertação de Doutoramento em ciências jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2007.
- FRADA, Manuel Antônio de Castro Portugal Carneiro da – *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. 1^a reimpressão, Lisboa, 2007.
- FREIRE, Maria Paula Vaz – *Eficiência Económica e Restrições Verticais. Os argumentos de eficiência e as Normas de Defesa da Concorrência*. Lisboa, 2008.
- FREIRE, Paula Vaz – *Análise Económica do Direito e a Crise*. Revista de Direito Público, VI, 12, 2014.
- FUKUYAMA, Francis: *Trust: the social virtues & the creation of prosperity*. New York: The Free Press. 1995.

- LARA, Fabiano Teodoro de Rezende – *Nivelamento de Cláusulas Contratuais Gerais e o efeito de Akerlof: uma perspectiva da análise econômica do Direito*. Revista Virtual Milton Campos, vol. 4, 2010.
- LARENZ, Karl – *Derecho Civil: parte general*. Vol. 2, Madrid, 1978.
- LARENZ, Karl – *Derecho Justo: Fundamentos de Ética Jurídica*. Madrid, 1985.
- LEBRETON, Sylvie – *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes: étude particulière aux contrats de distribution*. Paris, 2002.
- LORENZETTI, Ricardo Luis – *La oferta como apariencia y la aceptación basada em la confianza in* MARQUES, Cláudia Lima/ MIRAGEM, Bruno (org.) – *Direito do Consumidor: proteção da confiança e práticas comerciais*. Vol. III, São Paulo, 2011.
- LUHMANN Niklas – *Confianza*. Trad. Amanda Flores. Santiago, 1996.
- MACKAAY, Ejan/ROUSSEAU, Stéphane – *Análise Econômica do Direito*. Trad. Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo, 2015.
- MANKIW, N. Gregory – *Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia*. Rio de Janeiro, 2001.
- MAURER, Hartmut – *Elementos de direito administrativo alemão*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre, 2001.
- NUSDEO, Fábio – *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 3ª ed. São Paulo, 2001.
- OURLIAC, Paul/ MALAFOSSE, J. de – *Histoire du droit privé - I/ Les obligations*. 2ª ed. Paris, 1969.
- PEYREFITTE, Alain – *A sociedade de confiança*. São Paulo. 1997.
- PIMENTA, Eduardo Goulart; LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. *Análise Econômica do Direito e sua*

- relação com o Direito Civil. http://www.mpatrocio.com.br/fotos_site/ANALISE-ECONOMICA-DO-DIREITO-E-SUA-RELACAO-COM-O-DIREITO-CIVIL.pdf. Último acesso em 14.08.2022.
- POSNER, Richard – *Economic analysis of law*. Toronto, 1992.
- PRATA, Frederico Afonso Cavaleiro – *Responsabilidade Pré-contratual por Ruptura Ilegítima das Negociações* - Dissertação de Mestrado, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas com Menção em Direito Civil, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2014.
- RIBEIRO, Márcia Carla Pereira/GALESKI, Irineu Júnior – *Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro, 2009.
- RIEZLER, Erwin – *Venire contra factum proprium – Studien im Römischen, Englischen und Deutschen Civilrecht*. Leipzig, 1912.
- ROCHA, Ludiana Carla Braga Façanha/DINIZ, M.A. de V. – *A administração pública e o princípio da confiança legítima*. XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, Salvador, 2008.
- RODRIGUES, Vasco – *Análise econômica do Direito, Uma introdução*. Coimbra, 2007.
- ROPPO, Enzo – *O contrato*. Coimbra, 2009.
- SCHREIBER, Anderson – *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro, 2005.
- SMITH, Adam – *A Riqueza das Nações*, vol. I, São Paulo, 1988.
- SPINOZA, Benedictus de — *Traité de l'autorité politique*. Paris, 1978.
- TEPEDINO, Gustavo – *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro, 2001.
- TERRÉ, F./SMILER, P./LEQUETTE, Y. – *Les Obligations*. 8ª ed., Paris, 2002.

- TEUBNER, Gunther – *The Blind Spot: The hybridization of Contracting*. Theoretical Inquires in Law, vol. 7, Frankfurt, 2006, pp. 51-71.
- TIMM, Luciano Benetti – *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2ª ed. São Paulo, 2015.
- TIMM, Luciano Benetti/BERNARDES, Lucas Petri – *Direito Empresarial in Estudos em homenagem ao Professor Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa*. 1ª Ed. São Paulo, 2015.
- VASCONCELOS, Pedro Leitão Pais de – *Teoria geral do direito civil*. Coimbra, Reimpressão 2022.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de – *Confiança, Tipo e Cláusulas Contratuais*. Revista de Direito Comercial, 2018, pp. 1369-1386.
- VICENTE, Dário Moura – *Da Responsabilidade Pré-Contractual*. Coimbra, 2001.
- WALD, Arnoldo – *Princípio da Confiança (verbete)* in TORRES, Ricardo Lobo/ TAKAOKA, Eduardo Takemi/GALDINO, Flavio (org.) /TORRES, Silvia Faber (superv.) – *Dicionário de princípios jurídicos, Campus Jurídico*. 1ª ed., 2011, pp. 174-175.
- WILLIAMSON, Oliver E. – *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*. New York, 1975.
- ZUCKER, L. G. – *Production of trust: institutional sources of economic structure, 1840-1920*. (“Zucker, L. G. (1986). Production of trust Institutional sources of ...”) Research in Organizational Behavior, vol. 8, n. 53, 1986.