

CONTRATOS INTERNACIONAIS SOB O ENFOQUE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

INTERNATIONAL CONTRACTS UNDER THE FOCUS OF ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Thalles Alexandre Takada*

Tânia Lobo Muniz*

RESUMO: Unindo duas ciências humanas surge um rico movimento denominado de *Law and Economics*, que com os instrumentos da economia explica as transformações sociais dentro de um sistema normativo criado pelo direito. Com essas ferramentas econômicas, objetiva-se fazer uma análise sobre as relações internacionais, especificamente os contratos, em um espectro ainda pouco explorado. Fundamentado em teorias do direito e da economia, a Análise Econômica do Direito Contratual é o reflexo da interdisciplinaridade que o Direito e a Economia trazem ao campo epistemológico, em três teorias a serem demonstradas: do Contrato Incompleto, da Racionalidade Limitada e da Aversão ao Risco. Não tentando refutar a consagrada teoria do Direito Contratual, a Análise Econômica do Direito mostra outra visão, enriquecendo a criação literária que envolve esse ramo do Direito. O estudo denota que a fragilidade das relações internacionais abrangidas pelos contratos pode ser analisada por outro enfoque, o da economia comportamental, demonstrando que fatores exógenos à avença contratual determinam a estrutura e resolução desta. Demonstra, ainda, que a eficiência econômica é sopesada pela normatização do direito, respaldada pelos instrumentos normativos que o Direito Internacional criou. Utilizando do método analítico da economia, aliado a forma descritiva peculiar à Ciência do Direito, o trabalho investe em outras áreas do conhecimento, pretende-se trazer essa nova visão para o Direito Contratual e, com isso, proporcionar maior estabilidade às incertezas referentes aos estudos contratuais e ampliar a divulgação das teorias e instrumental que o movimento do *Law and Economics* oferece a doutrina jurídica.

Palavras Chaves: Direito e Economia; Análise Econômica do Direito; Contratos Internacionais; Relações Internacionais.

ABSTRACT: Joining two human sciences emerges a rich movement called Law and Economics, with the instruments of the economy explains the social changes within a regulatory system established by law. With these economic tools, the objective is to make an analysis of international relations, specifically the contracts, in a poorly explored range. Based on theories of law and economics, the Economic Analysis of Contract Law is the reflection of the interdisciplinary that the movement of Law and Economics bring the epistemological field

* Graduação em Ciências Econômicas pela Universidade Estadual de Londrina - UEL (2006) e graduação em Direito pela Faculdade Pitágoras de Londrina (2013). Mestrando em Direito Negocial – UEL.

* Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (1988), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1997) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2004). Atualmente é professora associada da Universidade Estadual de Londrina..

in three theories to be demonstrated: Incomplete Contract, the Limited Rationality and Risk Aversion. Not trying to disprove the theory of consecrated Contract Law, Economic Analysis of Law shows another view, enriching the literary creation that involves this branch of law. The study indicates that the fragility of international relations covered by the contracts can be analyzed by another approach, the behavioral economics, demonstrating that the contractual covenant exogenous factors determines the structure and resolution of this. Demonstrate further that economic efficiency is weighed by standardization of law, backed by legal instruments that international law has created. Using the analytical method of the economy, combined with the peculiar descriptive science of law, the work invested in other areas of knowledge, it intends to bring this new vision for the Contract Law and thereby provide greater stability to the uncertainties related to contract research and broaden the dissemination of theories and instrumental to the movement of Law and Economics offers legal doctrine.

Key Words: Law and Economics; Economic Analysis of Law; International Contracts; International Relations.

INTRODUÇÃO

Talvez fosse impossível a existência de relações negociais internacionais sem a figura do contrato. Este instrumento possibilita que agentes econômicos intercambiem bens e serviços no complexo sistema internacional, garantindo a segurança jurídica imprescindível às relações internacionais.

Este trabalho tem o fim específico de demonstrar que os contratos internacionais podem ser estudados por outro aspecto, unindo os institutos do direito às teorias econômicas. Essa união é possível graças ao movimento estadunidense denominado de *Law and Economics*, conhecido no Brasil como *Direito e Economia*, o qual criou a teoria da Análise Econômica do Direito (AED) possibilitando entender as transformações do direito com as ferramentas das Ciências Econômicas.

A principal ferramenta utilizada nessa análise pela AED é a economia comportamental, disciplina que consegue demonstrar que variáveis exógenas à avença contratual fortemente influenciam a confecção dos contratos internacionais. Desta forma, a explanação se estrutura, inicialmente, demonstrando como ocorreu o surgimento do movimento do *Law and Economics* e, principalmente, a teoria da AED e suas influências. A exposição sobre o surgimento do *Law and Economics* e da AED tem apenas o condão, de maneira sucinta, de demonstrar como as teorias econômicas podem relacionar-se ao direito e, dessa forma, dar fundamento ao estudo dos contratos.

Em um segundo momento, o trabalho faz uma breve explanação sobre os contratos internacionais no sistema econômico global, em que o Direito e a Economia têm papel fundamental para seu equilíbrio. Essa visão mais jurídica, todavia, vem relacionada ao

interesse econômico e internacional, que evidencia o objetivo do presente trabalho.

Após esses dois tópicos, a pesquisa adentra efetivamente na teoria econômica, em seu aspecto comportamental, abordando três teorias: i) teoria do contrato incompleto, em que se demonstra que a incompletude do contrato, no sentido da própria estrutura que o contrato deve ter, influencia a eficiência do cumprimento do objeto contratado e, conseqüentemente, altera suas implicações jurídicas; ii) teoria da racionalidade limitada, que utiliza um modelo de probabilidade do economista John Maynard Keynes, pela qual as tomadas de decisão dos agentes econômicos são determinadas por uma noção subjetiva de probabilidade, leva inicialmente em conta que as partes contratantes não possuem todas as informações necessárias para criação do contrato, logo a segurança jurídica não seria absoluta, logo o contrato poderá não ter a eficiência almejada; iii) teoria da aversão ao risco, que parte da premissa do princípio da economia de que o indivíduo responde a incentivos e, portanto, as incertezas e riscos influenciam a avença contratual, o que leva novamente a verificar que os aspectos relacionados à segurança, eficiência e eficácia são influenciáveis pelo comportamento do indivíduo.

Como se denota neste estudo, os contratos, por um lado, são regidos pela busca da eficiência econômica, não se importando quanto aos meios, mas mais aos fins, e, por outro lado, o direito preserva a eficácia, sendo mais relevante a segurança jurídica inerente aos princípios e instrumentos do direito.

O objetivo didático não é criticar a tradicional doutrina do direito contratual, mas demonstrar, através do estudo do direito, que os contratos internacionais podem ser explicados pelo viés econômico. Pretende-se oferecer uma nova perspectiva para o estudo do direito e demonstrar que as relações internacionais são o fruto do agir de seu principal autor, que é o ser humano. Mostrar que além da visão pragmática da economia, o direito reflete as formas de interação social, e o contrato é mais um instrumento jurídico que denota um complexo sistema de intercâmbio de teorias.

1. LAW AND ECONOMICS E A ANÁLISE ECONOMICA DO DIREITO

Não somente pelos lidos da rica doutrina jurídica que o Direito Contratual gera à criação literária, outra ciência social fortemente influencia essa abastada literatura. O *Law and Economics* foi o reflexo dessa influencia axiológica cujo desenvolvimento econômico busca incessantemente tornar à tona o aprimoramento social de uma cultura capitalista mercadologicamente guiada. *Law and Economics* foi um movimento que surgiu nos idos dos

anos 70, nos Estados Unidos da América, dos trabalhos de Richard Posner, Guido Calabresi e Ronald Coase (SZTAJN, 2005, p. 74), sendo um estudo interdisciplinar que utiliza instrumentos econômicos para a consecução de resultados na área jurídica. Esses resultados resultam dos mais diversos paradigmas analisados, ou seja, analisando a regulação do mercado, ou a eficácia da lei, ou até mesmo o modo comportamental dos indivíduos sujeitos a um regime normativo estabelecido. Qualquer campo social pode ser analisado pelas teorias do Law and Economics, desde estudos mercadológicos, jurídicos, até a teoria comportamental dos indivíduos.

Suas teorias surgiram em contra posição à Teoria Utilitarista, tendo como premissa que o indivíduo não busca somente a sua felicidade como apregoa a teoria utilitarista, mas age de acordo com a maximização da riqueza, denotando nítida influência do bem estar social, pois cada ação individual está intrinsecamente mergulhada em um âmbito coletivo. Jeremy Bentham (2000), expoente máximo da Teoria Utilitarista, logra que uma comunidade de indivíduos se orienta pelos ditames da felicidade pessoal. A teoria visualiza que o legislador deve ter sempre em vista a busca da segurança e do prazer social, sendo estas as variáveis necessárias para o entendimento da organização social.

O utilitarismo tornou-se uma corrente filosófica que relacionou o desenvolvimento social com o nível de utilidade de cada indivíduo que compõe a sociedade, pelo qual cada um tende a agir de maneira a aumentar sua felicidade pessoal ou seu nível de satisfação. Assim, a felicidade seria o grande oráculo guiador do desenvolvimento social, tendo como vetores norteadores a dor e o prazer, descritos como objetivos do legislador ao atuar, principal influência para o direito. A teoria focou sua análise a princípio nos líderes das comunidades substituindo-os posteriormente pelo Estado, demonstrando a forma de controle social, feita por meio de sanções, quer de cunho moral, religioso ou coercitivo. Relacionando a busca pelo desenvolvimento social à legislação, constituindo o marco precursor para o surgimento da ideologia do Movimento do *Law and Economics*.

A partir dessa sistematização teórica, o movimento passou a utilizar uma visão econômica para demonstrar as transformações ocorridas na sociedade, relacionando o desenvolvimento social com o *establishment* normativo existente, adaptando as teorias econômicas ao estudo do direito e trazendo novas ferramentas de análise para o imenso laboratório de pesquisa, que é a sociedade.

A Análise Econômica do Direito, termo criado por Richard Posner, foi uma dessas teorias, que se utiliza das ferramentas econômicas para melhor entender o Direito, e, por conseguinte, enxergar de outro ângulo as mutações ocorridas no bojo da sociedade. Teve forte

influência na teoria dos contratos a partir de 1970, sendo seu expoente em 1990 quando alcançou maior relevância consequentemente pela globalização econômica e influenciada pelos tratados. Fruto dessa nova dinâmica mundial, as relações jurídicas tornam mais vulneráveis as oscilações externas e alguns instrumentos jurídicos ganham mais importância à medida que o mercado exige uma maior proteção dessas relações. Nesse contexto, o contrato é o instrumento necessário para resguardar a segurança jurídica das transações de um mercado altamente competitivo e no qual se tornou figura importante para garantir a segurança das relações negociais em âmbito internacional, tendo a eficácia, como escopo jurídico, e a eficiência, como escopo econômico.

2. AS VISÕES DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

O contrato adquire importância significativa tanto para o Direito quanto para a Economia, contudo, para aquele significa o instrumento normativo regulador das relações negociais, para esta é o instrumento pelo qual as relações econômicas são cumpridas.

Orlando Gomes enfatiza que: “A vida econômica desdobra-se através da imensa rede dos contratos que a ordem jurídica oferece aos sujeitos de direito para que regulem com segurança seus interesses” (GOMES, 1990, p. 12). Além de toda a sua importância para o Direito Civil, o contrato influencia fortemente outras áreas do direito, como o Direito Administrativo, do Consumidor, Empresarial, de Família, Internacional, entre outros.

Na visão econômica, o contrato é o instrumento pelo qual os agentes formalizam a relação econômica, agindo racionalmente, e, pela manifestação volitiva, reconhecem para si a melhor medida a ser tomada (JUNIOR, 2001, p. 133). Nos países derivados do *Common Law*, berço da Análise Econômica do Direito, o direito contratual surgiu estritamente ligado à Teoria da Barganha, que está ínsita à cooperação entre os agentes contratantes; naqueles derivados do *Civil Law*, o Direito Contratual reveste-se fundamentalmente na Teoria Voluntarista. Todavia, ambas as concepções, em termos econômicos, buscam alocar os recursos de maneira mais justa, tornando mais eficiente o cumprimento do contrato.

Nesse contexto, Rousseau já previu no século XVIII que a ordem social é a base fundamental para coordenar o desenvolvimento das nações, sendo as convenções os instrumentos capazes de atingir esse enfoque, salienta: “Mas a ordem social é um direito sagrado que serve de base a todos os outros. Entretanto esse direito não é proveniente da natureza; funda-se em convenções. É preciso saber quais são essas convenções” (ROUSSEAU, 1981).

Claro que a concepção Rousseauiana não busca a máxima do direito internacional, que seria normatizar e regular as relações negociais entre agentes internacionais, do aqui analisado contrato interpartes, mas sim demonstra a relação do compromisso com um todo, o qual Rousseau denominou de pacto social. A ordem social é ligada diretamente ao aspecto econômico, tema debatido pela Análise Econômica do Direito, a qual se aprofunda a tentar resolver a celeuma que gira em torno do cumprimento dos contratos, quando estes necessitam de uma resolução forçada, seja na seara jurídica interna dos países ou pelos institutos internacionais. É dessa forma que a teoria visualiza seu principal campo de atuação, quando a necessidade de uma resolução forçada depende da maior eficiência deste – da maximização da riqueza.

Esse instrumento ganha muito mais relevância à medida que seu âmbito de abrangência se expande. Nas relações internacionais os contratos são objetos de devesas importância para a manutenção do mercado mundial. Poder-se-ia identificar, brevemente, os contratos internacionais em duas visões, a econômica e a jurídica.

Para a economia seriam compreendidos como contratos internacionais aqueles oriundos do intercâmbio entre países de bens e serviços, valendo-se pela influência nesse mercado quando de abrangência internacional, isto quer dizer, basta que o objeto do contrato atravesse fronteiras para que seja considerado um contrato internacional. Entende-se como uma ferramenta para um complexo sistema concorrencial, determinado por grandes corporações que atuam além das fronteiras dos países. Seu foco principal é a eficiência, adequando para atingir os objetivos pretendidos da forma menos dispendiosa possível.

Já para o direito, os contratos internacionais teriam uma visão objetivando sempre a segurança jurídica de suas relações, em que se incrustem todas as características do direito, como os princípios, normas, regras, instrumentos normativos, entre outros. Dessa forma, o Direito busca mais a eficácia do que a eficiência, levando em consideração todo o sistema inerente ao Direito Internacional.

Nesse sistema normativo-jurídico, em que o instrumento contratual torna-se cada vez mais importante em uma conjuntura global, o trabalho visa demonstrar outro aspecto do Direito Contratual, não refutando a já consagrada doutrina contratualista, mas a partir da AED possibilitar que se entenda por outro prisma os fatores que influenciam a elaboração dos termos contratuais utilizados em âmbito internacional.

Não interferindo no aspecto puramente jurídico de validade do contrato, a Análise Econômica do Direito utiliza de ferramentas econômicas para definir a postura e influência dos agentes contratantes, referindo-se ao quesito eficiência. Três teorias são utilizadas para

explicar essa abordagem: 1) teoria do contrato incompleto, 2) teoria da racionalidade limitada e 3) aversão ao risco.

4. TEORIA DO CONTRATO INCOMPLETO

A teoria do contrato incompleto surgiu de estudos de economistas que tentavam explicar a formação dos contratos pelo grau de restrição que estes tinham em sua estrutura. Para eles essa restrição seria um elemento que influenciaria a má formação do contrato, em relação às cláusulas que deveriam abranger o objeto a ser contratado.

Dessa forma, as vicissitudes que o estudo contratual gera, visualiza o entendimento econômico por outras óticas, seja as que envolvem a interpretação, a abusividade e proteção do consumidor, o poder de barganha ou fatores de limitações exógenos inerentes às relações internacionais. Elementos que seriam considerados restrições, gerando custos de transações, pela ótica econômica.

Por tais razões os contratos seriam em sua forma incompletos e regulados por normas contratuais explicadas por argumentos econômicos, de que os custos de transação podem ser proibitivamente ou quase proibitivamente caros, sendo um percalço na capacidade das partes elaborarem um contrato mais completo (CRASWELL, 2000, p. 8). Esse panorama indica que poderia haver ganhos irrealizados, gerando ineficiência em seu objeto e, conseqüentemente, gerando custos de transações não previstos.

Esses custos de transações também partiriam de certas condições de incertezas, como eventuais lides, ganhos potenciais irrealizados, variáveis exógenas que o oneram e outros fatores, como a própria legislação interna de um país. Os custos que envolvem a elaboração e aplicação do contrato serão proporcionais ao seu grau de risco e ao custo da informação que envolve a transação. Ou seja, a assimetria de informação cria um jogo¹ na avença dos contratos, pois cada parte tem consciência do seu objeto, omitindo certas informações na estratégia utilizada para obter melhores ganhos.

A omissão da informação pode traçar diferentes resultados, visto que o comportamento das partes é determinado com o grau de conhecimento do negócio jurídico que está sendo criado. Já o grau de risco da avença contratual é reflexo da própria incerteza da

¹These differences are often analyzed using signaling models from game theory. If sellers have no information about how much any given buyer would lose in the event of breach, the result may be a *pooling equilibrium* in which all buyers are charged an identical price. CRASWELL, Richard. Contract Law: General Theories. In: Bouckaert, Boudewijn; De Geest, Gerrit. *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The History and Methodology of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. P.8.

possibilidade de execução do contrato. A negociabilidade inerente às transações contratuais, por mais que exista a proteção do Direito, requer um desconhecimento de todos os fatores que envolvem o contrato. Esse é o ponto que a AED tenta decifrar, visto que se trata de fatores comportamentais.

Em relação aos contratos internacionais essa incompletude é ainda mais nítida, visto se tratar, na maior parte das vezes, de entidades de diferentes países. Evidente que a cultura internacional converge as avenças contratuais para uma só forma, seja pela *lex mercatoria* ou pela *soft law*. Todavia, mesmo a cultura contratual internacional tem suas regras no sentido abstrato, não garantindo a completude do contrato quanto aos seus elementos intrínsecos, seja a forma utilizada, a lei do lugar da celebração ou da execução. Ainda, tratando-se de relações entre países, muito mais evidente são os fatores alheios ao contrato que influenciam sua abrangência. Esses fatores exógenos dependem de diversas variáveis, podendo ser entrave na sua realização. Pode-se descrever, como exemplo, a própria cultura de cada país, pois o método de celebração do contrato pode variar de maneira extremamente relevante. Essa cultura abrange questões como religião, política, financeira, entre outras.

Não se busca uma investigação acerca da legalidade do negócio jurídico, mas sim um entendimento da (in)eficiência do contrato e seu conseqüente âmbito de abrangência. No âmbito internacional, a exequibilidade do contrato depende de fatores não dependentes de normas positivadas, mas da própria determinação descrita no contrato como cláusula arbitral, lei aplicável, foro competente, entre outros. Tais fatores corroboram para o aumento da possibilidade da confecção de um contrato incompleto, visto o grau de complexidade das relações internacionais.

Irineu Strenger relata que:

A eficácia dos contratos internacionais não pode ficar na dependência de padrões universais. Há premissas indispensáveis, que dependem, entretanto, da análise dos *standards* jurídicos. Exatamente esse postulado que torna maior a responsabilidade dos contratualistas internacionais, inevitavelmente dependentes de formação especializada, porquanto nenhuma experiência de Direito interno fornecerá subsídios suficientes para tal desempenho (STRENGER, 2003, p. 60).

Dessa forma, para o autor, algumas lacunas na proteção do contrato devem ser cuidadosamente analisadas, pois o resultado do *trade-off* entre o dano que o oportunismo pode causar pela lacuna (mesmo se tratando de contratos internacionais) por um lado, e os custos diretos e indiretos (incluindo o risco de erro) de um litígio, por outro lado, podem ser extremamente danosos ao contrato (POSNER, 1998, p. 104).

Esses fatores demonstram as falhas estruturais que um contrato pode ter, ou o grau de incompletude, pela teoria aqui analisada. Dessa forma devem ser levados em consideração os princípios que norteiam a formação dos contratos, principalmente as regras regidas pelo Direito Internacional, pois tanto os aspectos jurídicos quanto os econômicos devem estar inerentes às bases fundamentais para sua formação, e conseqüentemente para a completude do contrato. Vale citar algumas cláusulas utilizadas nos contratos internacionais que corroboram para a completude deste, como, por exemplo, as cláusulas de garantia, arbitragem, cláusula de *Hardship*, entre outros.

Não se tem aqui uma visão de validade e eficácia do contrato, mas uma teoria que utiliza uma abordagem econômica para entender os resultados das relações internacionais em que os contratos são utilizados. Claro que dessa forma, sendo uma teoria heterodoxa que aborda outro prisma dos contratos, a Análise Econômica do Direito também é criticada em alguns aspectos. Eric Posner (2010) é um dos grandes críticos, pois para ele, pela ótica que a teoria abrange, não revelaria a explicação da teoria contratual, mostraria apenas uma visão mercadológica que as relações contratuais desempenham. A Análise Econômica do Direito seria vaga em explicar a natureza jurídica dos contratos, sendo que a teoria somente busca demonstrar os reflexos econômicos que a teoria traz ao Direito Contratual.

Não obstante as críticas surgidas, a Teoria do Contrato Incompleto é apenas mais uma ferramenta para entender a estrutura do contrato, com um viés econômico determinado principalmente pela eficiência que a Economia preza, consequência direta da necessidade de se entender determinantes como informações assimétricas, condições de incertezas e variáveis exógenas.

Teria a AED pela Teoria do Contrato Incompleto buscado uma forma de demonstrar o contrato por uma diferente perspectiva. Ela não prega a necessidade de um contrato completo, pois a própria teoria entende que um contrato que especifique todas as características de uma transação pode tornar o contrato tão rígido que ele se tornaria inexecutável. A teoria propõe que um contrato deve mensurar o grau de completude de uma maneira tal que abranja o objeto determinado sem perder a eficiência pretendida.

5. TEORIA DA RACIONALIDADE LIMITADA

A teoria da Racionalidade Limitada foi proposta com o intuito de criar um entendimento teórico que verifique a tomada de decisões de maneira a explicar a cognição

humana. Os princípios clássicos da economia ensinam que os indivíduos são racionais e respondem a incentivos, ou seja, eles pensam na margem², alocando de maneira mais eficiente os recursos disponíveis que possibilitem um ganho maior.

Essa teoria é um instrumento da doutrina econômica de que a Análise Econômica do Direito se apoderou para demonstrar que, no campo do direito, os contratos são fortemente influenciados pela incapacidade dos agentes econômicos previrem os resultados do ato da contratação. A tomada de atitude pela parte contratante é o principal foco da teoria, sendo que esta está estreitamente correlacionada à incerteza e ao comportamento racional.

John Maynard Keynes, o economista que mudou o pensamento econômico do século XX, quando rompeu com o ideal do liberalismo clássico, criou uma fórmula baseada em um conjunto de premissas e demonstrou uma relação de probabilidade a qual comprova que as escolhas dos indivíduos e sua capacidade de perceber relações de probabilidade depende de fatores subjetivos. Fatores esses dependentes do tipo de informação disponível, experiência e intuição (CATÃO, 1992, p. 62). Dessa forma, o agente precisa conhecer uma relação de probabilidade para chegar a uma conclusão, mesmo não tendo consciência disso.

Pensamento contrário à outra corrente, conhecida como *Subjetivistas*, a qual entende que essa probabilidade depende do grau de confiança que um indivíduo tem na ocorrência de certo evento, variando a cada pessoa.

A ideia de Keynes sobre a racionalidade apresenta um modelo pelo qual os indivíduos tendem a agir com sua noção de mundo e na incerteza da decisão a tomar, o agente econômico assumirá o conhecimento da relação de probabilidade como um caso frequente da vida cotidiana (CATÃO, 1992, p.63). Ele entende que o indivíduo analisa cada fator cotidiano de sua vida e, inconscientemente, tem uma noção estatística da melhor decisão a ser tomada. A cada nova informação, que influencie na sua tomada de decisão, modificará o valor da relação de probabilidade. Logo, para Keynes a racionalidade humana está correlacionada à experiência adquirida por cada indivíduo, pois cada experiência vivida altera a noção que os indivíduos têm de probabilidade.

Ressalta-se que essa noção de probabilidade não é um agir consciente. É um conjunto de fatores que determinam a sua tomada de decisões. Daniel Kahneman aprofundou a análise na teoria comportamental focando na linha cognitiva e demonstrou que os indivíduos tendem a tomar decisões baseadas em questões objetivas, contudo influenciadas por suas

² O conceito de margem advém da expressão *alterações marginais* o qual os economistas empregam para descrever pequenos ajustes incrementais a um plano de ação incremental. Em suma seria o ponto ótimo, o qual um acréscimo ou decréscimo do fator utilizado resultariam em uma piora da situação.

crenças, emoções e intuições. Nessa linha, o autor revela que o indivíduo é muito mais influenciado por esses fatores do que em pensar estatisticamente. Para ele essa limitação revela uma dificuldade da confiança excessiva no que as pessoas acreditam saber, a aparente incapacidade em admitir a verdadeira extensão da ignorância e a incerteza do mundo (KAHNEMAN, 2012, p. 23). Como ele mesmo disserta:

Conforme determinamos o curso de nossas vidas, normalmente nos permitimos nos guiar por impressões e sentimentos, e a confiança que temos em nossas crenças e preferências intuitivas em geral é justificada. Mas nem sempre. Muitas vezes estamos confiantes mesmo quando estamos errados, e um observador objetivo tem maior probabilidade de detectar erros do que nós mesmo. (KAHNEMAN, 2012, p. 11)

A Teoria da Racionalidade Limitada evidencia que em uma área de incerteza, mesmo o agente dispondo de evidências relevantes para a consecução do contrato, é incapaz de verificar o grau de probabilidade devido às suas limitações subjetivas, o que causa um aumento dos custos de transação e conseqüentemente uma diminuição na expectativa da maximização da riqueza.

Entende-se, dessa forma, como uma análise voltada ao comportamento dos contratantes, em que a limitação cognitiva refletiria na formação contratual. O processo de decisão dos termos contratuais seria o objeto de estudo da teoria, sendo a incapacidade humana de prever e entender todos os fatores inerentes à avença contratual o seu fundamento.

6. TEORIA DA AVERSÃO AO RISCO

A Análise Econômica do Direito não só forneceu ao mundo um conjunto de teorias baseadas em valores matemáticos e probabilísticos, como também enriqueceu o conhecimento humano com um conjunto sistemático envolvendo a Teoria Comportamental.

Corolário da Teoria da Racionalidade Limitada, a Teoria da Aversão ao Risco é baseada fundamentalmente no mandamento da Ciência Econômica de que o homem responde a incentivos. É na ideia cognitiva de que o indivíduo é um ser racional e age de acordo com a incapacidade de entender as incertezas derivadas do risco que o contrato produz, que se cria a fórmula necessária para a Teoria da Aversão ao Risco se desenvolver.

Os incentivos aqui citados são os elementos endógenos e exógenos à avença contratual, que interferem na tomada de decisão pelo *Homo Economicus*, acarretando na diminuição da eficiência do contrato, podendo também ser chamado de aumento nos custos de transação, em uma linguagem mais *Law and Economics*. O risco advindo da celebração do

contrato é a possibilidade de insucesso em seu objeto, sendo desde sua inexecução, frustração, inadimplemento ou até sua nulidade.

Devido à complexidade da ordem internacional, alguns fatores são fundamentais para definir o grau de risco. A adversidade de sistemas jurídicos traz um grau de incerteza maior, visto a aplicação de princípios diversos em cada sistema normativo estatal. Ou seja, a atividade econômico-mercantil regida pelo instrumento contratual deve estar adaptada a uma ordem jurídica positiva, o que leva a fatores não previstos na avença contratual. Esse fator é fruto do conflito de lei que o Direito Internacional Privado abrange, sendo um problema da necessidade de se escolher uma lei aplicável à relação jurídica, na presença de um elemento de estraneidade (ARAÚJO, 2000, p. 3).

Claro que o Direito Internacional não ficaria inerte a essa incerteza gerada pelo conflito de lei. Tem-se um esforço, a tentativa de harmonização de normas indiretas, ao invés de todo um segmento de direito substantivo, como é o caso de algumas áreas do direito civil. Nadia Araujo descreve da seguinte forma o fator incerteza aqui discutido:

Na busca de uma solução para a incerteza jurídica, resultante do acordo entre soluções legais adotadas por diferentes foros ao apreciarem a matéria relativa aos contratos internacionais, vários métodos foram utilizados para atingir o objetivo da uniformização e harmonização, seja de regras conflituais, seja de regras materiais. (Araujo, 2000, p. 4).

Contudo as incertezas geradas nas relações contratuais do comércio internacional não se limitam apenas ao plano normativo. Irineu Strenger descreve que “[...]a gênese contratual está sempre por inúmeros, menores ou maiores, contratemplos, dependendo da complexidade das negociações, do processo de formação e da própria execução” (STRENGER, 2003, p. 206). Pode o contrato, conforme esses incidentes, tornar-se inexecutável ou inadimplido culposamente.

Os contratos, dessa forma, conforme o grau de imprevisibilidade das relações internacionais, estariam sujeitos a um risco maior de extinção, resolução ou rescisão. O autor avança dizendo que esses efeitos levariam ao campo da responsabilidade contratual, em que, normalmente, se revolve em perdas e dano (STRENGER, 2003, p. 206). Assim, três fatores são relevantes para explicar a aversão aos riscos que seriam: os riscos propriamente ditos, a inexecução e o inadimplemento. Variáveis essas assim entendidas:

“Risco” todo acontecimento, previsto ou não, que possa dificultar ou impedir o cumprimento do objeto contratual, sem que o nexo causal permita a caracterização da culpa de quaisquer dos parceiros contratuais.

A “inexecução”, consideraremos todos os meios que levariam à caracterização de um impedimento para a consecução das finalidades contratuais, no qual incorre a ação defeituosa de um dos contratantes.

O “inadimplemento” será o descumprimento, gerado por conduta culposa do contratante, impedindo que o contrato chegue a bom termo. (STRENGER, 2003, p. 206-207)

São essas condições imprevisíveis que aumentam os custos de transação, onerando a formulação do contrato, tornando-os por vezes inviáveis. Ainda, soma-se a tudo isso, o fator territorial das relações internacionais, em que os contratos estão inseridos. O insucesso das avenças e as resoluções contratuais seriam demasiadamente elevadas devido à consequente aversão ao risco do agir individual. Logo, a intervenção do Estado se faz necessária, na nítida concepção Keynesiana (KEYNES, 1996)³, regular toda essa sistemática, trazendo ao direito internacional as ferramentas necessárias para tentar equilibrar as distorções surgidas nesse sistema.

CONCLUSÃO

Esta outra visão do direito contratual internacional, sob a ótica da Análise Econômica do Direito, denota que o viés econômico está fortemente ligado à busca da eficiência dos contratos, expondo todas as fragilidades que a celebração deste instrumento pode ter.

O forte apreço pelo formalismo na avença contratual que a doutrina clássica do direito prega, é sopesado por uma constatação pela Análise Econômica do Direito, envolvendo desde uma concepção empírica derivada do pragmatismo do *Law and Economics* à influência da teoria comportamental. Ou seja, não descartando a teoria contratualista, a Análise Econômica do Direito demonstra que outras variáveis influenciam a questão.

É a clara visão de que a segurança jurídica não é absoluta, visto que perdas no contrato são consequências da limitação desse negócio jurídico, sendo muito maior nas relações internacionais, fruto da incompletude do contrato, da racionalidade limitada do indivíduo ou da aversão ao risco.

Nessa senda, mister se faz salientar que a Análise Econômica do Direito não refuta a teoria do direito contratual, mas busca uma visão utilizando a teoria analítica das ciências econômicas, muito mais preocupada com os fins do que com os meios, ou seja, enquanto o direito se preocupa com a ética e a responsabilidade, a teoria econômica enxerga mais a eficiência da realização do contrato.

Não são posições antagônicas, e sim teorias que se completam, eis que a incessante

³ John Maynard Keynes em contra posição à teoria clássica de Adam Smith criou sua teoria baseada na regulação do mercado pelo Estado.

busca da eficiência econômica é respaldada pela segurança que o Direito cria. Essa é a contribuição que o *Law and Economics* trouxe à epistemologia social, ou mais especificamente ao Direito Contratual Internacional, pois não há como tratar o direito sem a economia, ou vice versa, em um mundo globalmente interligado, em que as relações jurídicas atravessam fronteiras, sempre guiadas pelo viés econômico e pela proteção jurídica.

O Direito Internacional criou mecanismos para a solidificação dos contratos internacionais, no que tange à segurança jurídica, todavia muito se tem a melhorar. Esse trabalho trouxe uma visão de que, além das questões econômico-jurídicas, a criação dos contratos internacionais é influenciada por variáveis não abrangidas pela doutrina comum, mas que a Análise Econômica do Direito tem as ferramentas necessárias para entender pelo viés comportamental da Teoria Econômica. Essa teoria não seria uma ferramenta completa para trazer as soluções aos problemas os quais ocorrem nas relações contratuais no âmbito internacional, mas outra forma de entender esse sistema criado, na busca dessas ferramentas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Nádia. Contrato internacionais: autonomia da Vontade, Mercosul e convenções internacionais. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Batoche Books: Kitchener, 2000.

CATÃO, Luis. *Do tratado sobre a probabilidade à Teoria Geral: o conceito de racionalidade em Keynes*. Revista de Economia Política, vol. 12, n. 1, janeiro-março, 1992. p. 62.

COMPARATO, Fábio Konder apud GODOY, Claudio L. B. *Função Social do Contrato: Os Novos Princípios Contratuais*. São Paulo: Saraiva, 2004.

CRASWELL, Richard. Contract Law: General Theories. In: Bouckaert, Boudewijn; De Geest, Gerrit. *Encyclopedia of Law and Economics, Vol. III. The History and Methodology of Law and Economics*. Cheltenham: Edward Elgar, 2000.

GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil, vol. IV: Contratos, tomo 1: Teoria Geral*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1990.

JUNIOR, Irineu G. Economia dos Contratos. In: RIBEIRO, Marcia C. P.; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p.133.

KEYNES, John M. A teoria geral do emprego, do juro e da moeda. In: Os Economistas, Tradução de Mário R. da Cruz. Editora Nova Cultural Ltda: São Paulo, 1996

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*, 5 ed. Aspen Law and Business: New York, 1998.

POSNER, Richard A. *A Economia da Justiça*. Tradução: Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard A. *Direito, Pragmatismo e Democracia*. Tradução: Teresa Dias Carneiro. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social e Discursos Sobre a Economia Política*. Tradução: Márcio Pugliesi e Norberto de Paula. São Paulo: Hemus, 1981.

STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do comércio*. 4.ed. São Paulo: LTr, 2003.

SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.