

Direito, Economia e Mercados

Armando Castelar Pinheiro
Jairo Saddi



ELSEVIER

Luís Rodolfo Cruz e Cruz
OAB/SP 192.462



Concorrência Perfeita	55
Monopólio	58
A Teoria dos Custos de Transação (TCT)	60
Resumo do Capítulo	71
Glossário	74
Sugestões de Leitura	76
Exercícios	77
Notas	78
PARTE II – UMA ANÁLISE DE DIREITO & ECONOMIA	81
Capítulo 3 – Propriedade e Contratos em Direito & Economia	83
A Escola de Direito & Economia : Uma Introdução Teórica	83
A Teoria Econômica da Propriedade	93
O Teorema de Coase	102
Contratos: A Óptica Legal	109
A Importância dos Contratos	109
O Conceito de Justo Contratual	114
Contratos Incompletos	117
Eficiência Contratual	120
A Noção de Risco	124
A Teoria Econômica do Contrato	126
A Noção de Cooperação	126
A Responsabilidade pela Inadimplência	131
Resiliência	135
Contratos, a Teoria da Firma e Eficiência Econômica	138
Resumo do Capítulo	142
Glossário	146
Sugestões de Leitura	148
Exercícios	150
Notas	153
Capítulo 4 – A Teoria dos Jogos	157
Os Principais Conceitos	157
A Origem	161
A Teoria dos Jogos e o Direito	164
Racionalidade e a Teoria dos Jogos	168
O Primeiro Exemplo da Teoria dos Jogos: Jogo de Soma Zero	169
O Dilema do Prisioneiro	172
O Equilíbrio de Nash	176
Outros Tipos Clássicos de Jogos	181
Caça ao Cervo (<i>stag hunt</i>)	182
Cara ou Coroa?	184

Capítulo 3

Propriedade e Contratos em Direito & Economia

A Escola de Direito & Economia : Uma Introdução Teórica

A proposta do presente livro é tratar do funcionamento do Direito e de sua interseção com mercados e com a Economia. Na Parte I, as searas do Direito e da Economia foram tratadas de modo relativamente autônomo e isolado. No primeiro capítulo, fizemos breve explanação, para os não-juristas, de certos princípios do Direito, ilustrando como o sistema jurídico funciona, por meio de uma descrição dos principais instrumentos e instituições de direito e dos conceitos jurídicos mais importantes. No segundo capítulo, por sua vez, expusemos os conceitos microeconômicos de consumidor, empresa e mercado, que serão utilizados nos demais capítulos.

Nesta segunda parte, começamos a abordar a inter-relação entre as duas disciplinas, tratando dos temas cobertos pela teoria de Direito & Economia, nossa tradução para a expressão da língua inglesa *Law & Economics*. Essa teoria aplica algumas premissas econômicas – como a de que, em geral, as pessoas procuram aquilo que consideram melhor para si – para analisar como a legislação afeta a conduta dos agentes econômicos e as relações sociais.¹ Ao sobrepor à superestrutura legal as suposições tradicionais da análise econômica, a escola de Direito & Economia é capaz de utilizar o ferramental econômico não apenas para teorizar e analisar o impacto do direito sobre a economia, mas também para avaliar a própria qualidade dos instrumentos legais, de acordo com métricas econômicas predefinidas.

Assim, o movimento de Direito & Economia vem a ser uma corrente acadêmica de juristas e economistas que procura analisar o fenômeno jurídico sob uma óptica comum, baseada em princípios econômicos. Essa linha de

restante. O aluguel de determinados bens é um exemplo claro disso. Se todo bem fosse público, nenhum recurso seria gasto para sua captura.

Adaptado de BARZEL, Yoram. The property rights model. In: *Economic analysis of property rights*. Cambridge University Press. p. 6.

A discussão sobre os direitos de propriedade e sua correta assimilação pode ser melhor entendida com o Teorema de Coase.

O Teorema de Coase

Num artigo seminal, o economista inglês Ronald Coase revolucionou o modo de pensar de Direito & Economia.³⁰ Coase, que em 1991 ganhou o prêmio Nobel de Economia, vinha estudando os serviços públicos e uma das indagações que ele se fez foi: A deve ter o direito de prejudicar B e, se não, como refrear a ação de A? Para Coase, é errado assumir que se deve sempre refrear a ação de um agente que causa prejuízos a outro, porque se está lidando com o que ele denominou "problema de natureza recíproca". Para evitar o prejuízo de B, teria de ser infligido um custo (ou atribuída uma responsabilidade) a A; Coase acredita que a real questão não é julgar (se houvesse uma corte para tanto) se B deve reparar A, mas se B pode ser prejudicado (legalmente) por A, ou se deve ser permitido a B prejudicar A.

Esse raciocínio um tanto abstrato pode ser ilustrado por um exemplo de George Stigler, outro economista e professor da Faculdade de Direito de Chicago, citado por Coase, que considera o caso de uma fábrica que polui um rio em que há peixes. A verdadeira questão, segundo ele, não é automaticamente penalizar a fábrica por dano ambiental, e sim entender se o que a fábrica produz, causando a poluição do rio, é mais valioso do que os peixes (ou não). Ou seja, será que não é mais eficiente para a comunidade em que a fábrica opera permitir que ela polua (mesmo matando os peixes do rio), uma vez que ela gera empregos, impostos etc., do que interromper suas atividades?

Observe que a resposta a esse tipo de pergunta pode ser obtida mediante a análise do que ocorreria se um mesmo agente econômico detivesse todos os direitos de propriedade envolvidos no problema. No caso, o que faria uma empresa que poluísse o rio e, ao mesmo tempo, fosse prejudicada nas suas atividades de pesca etc. pela poluição por ela causada? Se a resposta for fechar a fábrica, é porque o prejuízo da poluição supera os ganhos com a produção poluidora, e vice-versa. A situação em que as duas atividades estão sob o comando de uma mesma organização fornece um contrafactual em que o custo de negociação entre as partes é zero e os direitos de propriedade são perfeitamente definidos.

Quadro 3.2: Ronald H. Coase, uma autobiografia

Meu pai, um homem metódico, registrou em seu diário que nasci às 15h25 min do dia 29 de dezembro de 1910. O lugar foi numa casa, que continha dois apartamentos, dos quais meus pais ocupavam o inferior, num subúrbio em Londres, Willesden. Meu pai era telegrafista nos Correios. Minha mãe era também empregada nos Correios, mas havia parado de trabalhar quando casou. Ambos deixaram a escola aos 12 anos de idade, porém eram completamente alfabetizados, embora não tivessem interesse em academia, e sim em esportes (...) Minha mãe me ensinou a ser honesto e verdadeiro e, apesar de ser impossível escapar a algum grau de autodecepção, minhas empreitadas para seguir os preceitos dela tiveram, acredito eu, alguma força nos meus escritos.

O herói de minha mãe era o capitão Oates, que, retornando com Scott do pólo Sul e descobrindo que estava atrasando os outros, disse aos seus companheiros que ia dar uma caminhada, saiu numa nevasca e nunca mais se ouviu falar dele. Sempre senti que não deveria ser um estorvo para os outros, mas nisso nem sempre fui bem-sucedido (...) Em uma das várias observações escritas por um professor na idade escolar lia-se: "(...) mais esperança, confiança e concentração são necessárias – não está apto para o lado mais competitivo e agressivo da vida de negócios. Uma ambição mais ativa seria benéfica". Também foi notado que eu era muito cauteloso. Dificilmente poderia se esperar que aquele menino franzino e tímido um dia seria laureado com o prêmio Nobel. Como isso aconteceu, foi o resultado de uma série de acidentes.

Como um garoto que sofria de fraqueza nas pernas, e que necessitava (ou que pensavam que necessitava) de muletas de ferro (...), fui parar numa escola de deficientes administrada pelo Conselho Municipal. (...) Em outubro de 1929, fui para a London School of Economics continuar meus estudos para o bacharelado em comércio. (...) Tive aí um extraordinário lance de sorte, outro fator acidental que afetaria tudo o que fiz subseqüentemente. Arnold Plant, que havia sido catedrático na Universidade de Cape Town, na África do Sul, assumiu como professor de Comércio na London School of Economics em 1930 (...) o que ele fez foi me introduzir à "mão invisível" de Adam Smith. Ele me fez entender como um sistema econômico competitivo poderia ser coordenado pelo sistema de preços. Contudo, ele influenciou não apenas as minhas idéias. Por encontrá-lo, minha vida mudou. (...)

Por influência de Plant, a universidade me concedeu a bolsa de estudos Sir Ernest Cassel e, ainda que eu não soubesse, estava no caminho de me tornar um economista. Passei o ano acadêmico de 1931-2 nos Estados Unidos estudando a estrutura das indústrias norte-americanas, com o objetivo de descobrir por que eram organizadas de diferentes formas. O que resultou de minhas pesquisas não foi uma teoria completa capaz de responder a todas as questões iniciais que eu havia levantado, mas uma introdução a um novo conceito da análise econômica, dos custos de transação e uma explicação que tentava elucidar o porquê de haver empresas. Tudo isso foi atingido no verão de 1932, como resultado de uma palestra que ministrei em Dundee, em outubro daquele ano, e cujas idéias centrais seriam a base para o meu artigo "The nature of the firm", publicado em 1937.

O atraso na publicação desse artigo se deve ao fato de eu estar relutante em publicar minhas idéias e também porque estava engajado em pesquisa e no ensino. Fui professor da Escola de Economia e Comércio de Dundee de 1932 a 1934 e na Universidade de Liverpool de 1934 a 1935, e desde 1935 na London School of Economics. Lá, dedicava-me a um curso de Economia de Serviços Públicos e, com a Segunda Guerra Mundial, em 1940, entrei na Forestry Commission e depois na Central Statistical Office, do Ministério da Guerra. Voltei à London School of Economics em 1946 e à pesquisa em serviços públicos, em especial nos Correios e na televisão. Passei nove meses nos Estados Unidos em 1948, graças à bolsa Rockefeller, estudando a indústria da televisão. Meu livro *British broadcasting: a study in*



monopoly foi publicado em 1950. No ano seguinte, migrei para os Estados Unidos. Primeiro fui para a Universidade de Búfalo e depois para a Universidade da Virgínia. (...)

Escrevi um artigo publicado em 1959 em que discutia os procedimentos de outorga de concessão para emissoras de televisão e em que defendia a idéia de que a concessão deveria ser determinada pelo sistema de preços, com o maior lance sendo o vencedor. Isso levantava a questão de quais seriam os direitos a serem assinalados ao vencedor e discutia o aspecto racional do sistema de direitos de propriedade. Parte do meu argumento foi considerado equivocado por inúmeros economistas da Universidade de Chicago e combinamos de nos encontrar numa noite na casa do diretor Aaron para discutir tais pontos. Apesar dos principais pontos já terem sido levantados no meu artigo "The Federal Communications Commission", escrevi um outro artigo, "The problems of social cost", em que expunha minhas idéias com maior profundidade e mais claramente, sem referência ao meu artigo anterior. Esse artigo, que foi publicado em 1961, diferentemente do meu outro artigo "The nature of the firm", foi um sucesso instantâneo. Foi, e ainda continua sendo, muito debatido. (...) Se não fosse pelo fato de aqueles economistas da Universidade de Chicago terem acreditado que eu tinha errado, é provável que "The problem of social cost" nunca tivesse sido escrito.

Em 1964, passei para a Universidade de Chicago e me tornei editor do *Journal of Law & Economics*, cargo que ocupei até 1982. Incentivei economistas e juristas a escreverem sobre o modo como os mercados operam e como os governos desempenham seu papel regrando ou empreendendo atividades econômicas. A revista foi um fator importante na criação de uma nova área: o "Direito & Economia". Minha vida tem sido interessante e, como um todo, bem-sucedida. Mas em quase todas as ocasiões o que eu fiz foi determinado por fatores que não faziam parte da minha escolha. Tive a "grandeza arremessada em mim".

Extraído de "Lês Prix Nobel", www.nobelprize.com, 1994.

Como observado na seção anterior, o Teorema de Coase ajuda a identificar qual a solução socialmente mais eficiente na ausência de custos de transação e com direitos de propriedade perfeitamente assinalados. A partir daí, pode-se analisar de que forma o direito deveria ser estruturado para que essa solução fosse alcançada quando há custos de transação e uma assinalação imperfeita de direitos de propriedade. Cabe à lei definir não apenas os direitos de propriedade a fim de obter a solução mais eficiente, como também os instrumentos a utilizar, considerando que uma das partes pode dispor de mais informação e capacidade de implementar a solução ideal do que a outra.

Para ilustrar esses pontos, tomemos o seguinte exemplo clássico: ao produzir, uma fábrica joga fuligem na roupa lavada que está para secar na casa de cinco vizinhos próximos (vamos supor, para fins de raciocínio, que essa é a única *externalidade* existente, de maneira que a fábrica não causa nenhum outro dano ambiental). Se não houver nenhuma ação corretiva, cada vizinho incorrerá em prejuízos de R\$175 por mês, num total de R\$875. O problema pode ser resolvido por dois meios diferentes: filtros que eliminam a fuligem podem ser instalados na fábrica ao custo de R\$500; ou máquinas secadoras

podem
saria de
filtros p
ou de
Aqu

1.

2.

Vim
tes lavar
tos de p
serem p
pelo cor
os vizin
máquin

O q
quem p
vizinhos
escolha
distribu

Obs

o custo
ótima se
que, inc
lados, e
em vez
suas pe
o filtro,

Port
realizaç
maximi
de que
simples

Q
çã
se
de

podem ser entregues a cada um dos vizinhos, a R\$130 cada, o que os dispensaria de secar a roupa ao ar livre. A solução eficiente é claramente instalar os filtros por R\$500 em vez de gastar R\$650 com os secadores para os vizinhos ou deixá-los sofrer um prejuízo de R\$875.

Aqui há duas possíveis alocações de direitos de propriedade:

1. Os vizinhos podem ter o direito de não ter suas roupas sujas pela poluição.
2. A fábrica pode ter o direito de poluir.

Vimos que, na ausência de custos de transação, a negociação entre as partes levará à adoção da solução eficiente independentemente de como os direitos de propriedade forem alocados. Se for dado aos vizinhos o direito de não serem prejudicados pela fábrica, esta será obrigada a instalar os filtros. Se, pelo contrário, não houver restrição às atividades da fábrica, fará sentido para os vizinhos negociar e pagar pela instalação dos filtros, em vez de comprar as máquinas secadoras, ou nada fazer.

O que muda com a forma com que se assinala o direito é a identidade de quem paga pela instalação dos filtros: a fábrica, na primeira situação, e os vizinhos, na segunda. Assim, se os custos de transação são iguais a zero, a escolha da solução legal para o conflito – isto é, quem tem direito – influi na distribuição de renda, mas não na eficiência.

Observe, porém, que a forma da regra legal é importante. Por exemplo, se o custo de instalação dos filtros fosse de R\$750, e não de R\$500, a solução ótima seria comprar as máquinas secadoras. Deixamos para o leitor verificar que, independentemente de como os direitos de propriedade fossem assinalados, essa solução seria atingida por meio da negociação. Entretanto, se a lei, em vez de determinar que os vizinhos têm o direito de não ter suas roupas sujas pela poluição, fosse mais intervencionista e obrigasse a fábrica a instalar o filtro, resultaria numa solução não eficiente.

Portanto, enquanto assinalar direitos de propriedade é essencial para a realização de transações de mercado, o resultado último (em termos de maximização do valor da produção) independe de como a lei os assinala, desde que não existam custos de transação. Podemos, então, definir uma versão simples do Teorema de Coase:

Quando os direitos de propriedade são bem definidos e o custo de transação é igual a zero, a solução final do processo de negociação entre as partes será eficiente, independentemente da parte a que se assinalam os direitos de propriedade.

Todavia, na maior parte das situações de conflito, a premissa de custo zero de transação é irreal. Por exemplo, as partes teriam de despende, no mínimo, tempo e dinheiro para negociar uma solução, concordar com os termos por ela propostos e eventualmente formalizar algum tipo de documento. Ou seja, em qualquer situação real, há o que se conhece como custos de transação positivos. Vamos voltar ao nosso exemplo da fábrica poluidora para explicar melhor esse conceito.

Coase chama a atenção para o fato de seu teorema ser usualmente mal compreendido pelos economistas: sua pretensão não é propor que não existam custos de transação no mundo, muito pelo contrário, mas entender quais medidas devem ser adotadas para evitar que a existência desses custos prejudique a eficiência econômica.³¹ No nosso exemplo, os custos de transação que resultariam de uma negociação entre os vizinhos e a fábrica podem ser significativos: haverá custos de agremiar, de identificar um interlocutor na fábrica, de vencer a hostilidade entre fábrica e vizinhos, de concordar quanto aos custos das diferentes alternativas, de discutir se todos os vizinhos são igualmente prejudicados ou capazes de contribuir para uma solução, de redigir um contrato, de desenhar indicadores e mecanismos de monitoramento do cumprimento do que foi contratado etc.

Cooter e Ulen argumentam que, quando os custos de transação são positivos, a lei pode exercer dois papéis:

1. Pode facilitar a negociação entre as partes, estimulando-a e reduzindo os custos de transação envolvidos.
2. Pode alocar os direitos de propriedade a quem os valoriza mais, desta forma garantindo que se implemente a solução mais eficiente para o conflito.³²

Tome-se como exemplo a segunda situação hipotética considerada no caso anterior, em que o custo de instalação dos filtros é de R\$750, superando o valor da compra das máquinas secadoras (R\$650). A solução mais eficiente é comprar as secadoras. Suponha, porém, que os custos de transação envolvidos na negociação entre fábrica e vizinhos – por exemplo, o custo de contratar um advogado e se reunir com ele – somem R\$150. Neste caso, se a lei atribuir aos vizinhos o direito de não serem poluídos, a solução ótima não será observada, pois o custo de comprar as secadoras mais o de chegar a um acordo totalizam R\$800 (R\$650 + R\$150), valor que supera o custo de instalação dos filtros. A lei pode, no entanto, dar à fábrica o direito de poluir, condicionando a ela garantir que os vizinhos não sofram danos ou sejam compensados pelos danos sofridos. Neste contexto, a fábrica pode simplesmente comprar as secadoras e dá-las aos vizinhos, sem incorrer em custos de transação. E, se os custos incorridos pelos vizinhos com a poluição fossem mais baixos – diga-

mos, E
monet
transa
sação
uma
a mais

Na
o custo
vimos
imple
serem
te sim
vizinh
juízo d
ciente
ção, d
poluig

Um
de pro
imple
Hotel
ria do
referia
xo de
sol de
a cons
hóspe
pela c
sem n
Fontai
ção de
prejuí
o anex
fício e

Es
tição p
resulta
Fontai
recurs
ainda

mos, R\$120 para cada um –, a fábrica poderia apenas fazer uma transferência monetária nesse valor. Assim estruturada, a lei estaria reduzindo os custos de transação para viabilizar a solução eficiente. É na presença de custos de transação que o conflito entre eficiência e equidade pode se mostrar relevante, uma vez que a solução legal que favorece a eficiência econômica pode não ser a mais equitativa.

Na segunda situação hipotética considerada no exemplo anterior, em que o custo de instalação dos filtros supera o da compra das máquinas secadoras, vimos que, na presença de custos de transação, pode se tornar inviável implementar a solução mais eficiente se for dado aos vizinhos o direito de não serem poluídos. Caso isso aconteça, a lei pode implementar a solução eficiente simplesmente concedendo à fábrica o direito de poluir, pois isso levaria os vizinhos a comprar as secadoras – já que seu custo (R\$650) é inferior ao prejuízo causado pela poluição (R\$875). Para muitos, esta solução, apesar de eficiente, pode parecer injusta, porque isenta a fábrica, responsável pela poluição, de qualquer ônus, transferindo-o para os vizinhos, que são vítimas da poluição.

Um exemplo verídico em que a lei (no caso, a justiça) assinalou direitos de propriedade diretamente a quem os valorizava mais, garantindo que se implementasse a solução mais eficiente, nos é dado pelo conflito entre o Hotel Fontainebleau, em Miami, e a Forty-Five, Twenty Five, Inc. (proprietária do Hotel Eden Rock), na Flórida, Court of Appeals, 1959. A disputa referia-se ao direito do Fontainebleau, na praia de Miami, construir um anexo de 14 andares. O problema é que a sombra cobriria a piscina e as áreas de sol de um hotel vizinho, o Eden Rock. Este ajuíza uma ação visando impedir a construção e pede o ressarcimento de perdas e danos, já que ficará sem hóspedes: a sombra seria uma externalidade negativa, um custo imposto pela construção do Fontainebleau que o Eden Rock seria obrigado a suportar sem nenhum benefício (aliás, só teria prejuízos). A Corte decidiu que o Fontainebleau não seria obrigado a indenizar o Eden Rock com base na noção de que o direito de construção não pode ser prescindido apenas pelos prejuízos causados ao Eden Rock, pois também era preciso considerar o que o anexo geraria como receita e lucro (usados, neste caso, para aferir o benefício econômico).

Essa é uma aplicação direta do Teorema de Coase, no contexto de competição pelo uso de recursos: na ausência de custos de transação, mesmo que o resultado da disputa fosse o oposto, o Eden Rock negociaria e venderia ao Fontainebleau o direito de construir o anexo e fazer sombra, em virtude de os recursos gerados serem suficientes para permitir compensar o Eden Rock e, ainda assim, obter lucro positivo com a operação. Na presença de custos de

transação, porém, essa negociação poderia custar mais do que o excedente que restaria ao Fontainebleau e tornar-se, por isso, inviável.

Esse exemplo ilustra a versão mais elaborada do Teorema de Coase:

Se existem custos de transação positivos, o resultado eficiente pode não ocorrer em algumas das possíveis alocações dos direitos de propriedade. Nessa circunstância, a regra legal deve ser utilizada para alocar os direitos de propriedade da forma que minimize os efeitos dos custos de transação sobre as atividades e as decisões dos agentes econômicos.

O Teorema de Coase oferece, portanto, meios para entender e enxergar os problemas legais sob a óptica da eficiência econômica, ou seja, de como uma dada regra legal deve ser considerada em termos de eficiência econômica. O que é importante nesse teorema é exatamente o entendimento de que existe um princípio de eficiência que pode ser usado para avaliar qualquer regra dada. Obviamente, a teoria de Direito & Economia não advoga que esse deva ser o único, ou mesmo o principal, critério a ser aplicado, ainda que ele ajude a entender o custo econômico de se adotar outro critério.

Entretanto, assinalar direitos de propriedade tem pouco a ver com a posse de direitos. Se um imóvel é usado para armazenar relatórios bancários ou botijões de gás, ou, ainda, caixas de cogumelos, depende não da lei de propriedade, mas da disposição do banco, da empresa de gás ou do produtor de cogumelos de pagar o máximo possível em dinheiro como aluguel para utilizar aquele imóvel cujos direitos de propriedade foram assinalados ao seu proprietário. O Teorema de Coase apresenta implicações relevantes para uma grande variedade de áreas do *direito substantivo*, já que pode ser explicado e compreendido em um contexto de competição pelo uso de recursos escassos.

Há, contudo, algumas dificuldades quanto à aplicação de certos conceitos derivados da teoria coasiana. Por exemplo, sabemos que assinalar direitos de propriedade custa (e, em geral, custa muito caro). Vamos tomar um exemplo comum. O metro quadrado na avenida Vieira Souto, no bairro de Ipanema, no Rio de Janeiro, pode valer até R\$15 ou R\$17 mil, a mesma faixa de preço de lugares como o Central Park, em Nova York, e os Champs-Élysées, em Paris, enquanto o metro quadrado em Madureira, outro bairro fluminense, custa R\$70,00 – e não há nenhum lugar em Nova York ou em Paris com imóvel a esse preço. Quando se compra um imóvel, está-se, na verdade, assinalando um certo direito de propriedade de um bem a alguém. Na análise coasiana, em que os custos de transação são positivos, há uma dificuldade na prática que é conhecer quanto cada parte valoriza para si tais direitos. No nosso exemplo, o apartamento da Vieira Souto custa mais porque há mais gente que



valor
imóve
Souto
renda

A
mos a
ou po
de ré
fluxo
como
não-p
dessa
reito
quer
valor
nasce
razão
torna
mora

Q
dade
previs
incert
Os in
para
o cult
lhos
prop
maior
do ag
tentar

Ap
transf
guir

Cont

A Im

N
mente

valoriza esse direito de propriedade do que o direito de propriedade de um imóvel em Madureira. Há outras razões, como o fato de o imóvel da Vieira Souto possuir características diferenciadas, como a capacidade da extração de renda.

A primeira noção refere-se à capacidade de um bem gerar receita. Voltemos ao caso do apartamento na avenida Vieira Souto. Ele pode ser alugado ou posso ainda (se a Convenção de Condomínio permitir) usá-lo para festas de *réveillon*. Ou seja, a habilidade de um determinado ativo gerar renda, ou fluxo de renda, é parte importante do direito de propriedade. No entanto, como lembra Barzel, na medida em que um ativo pode sofrer ações ou atos de não-proprietários que influenciem a geração de renda (sem arcar com o custo dessas ações – o conceito de externalidade negativa, como estudamos), o direito de propriedade diminui. Se o referido apartamento for invadido a qualquer momento por favelados-traficantes do morro e a polícia nada fizer, o valor do metro quadrado certamente cairá. Por outro lado, se alguém que nasce em Madureira se torna milionário e não quer sair de lá por alguma razão, claramente o fato de gerar renda, na percepção desse indivíduo, se torna irrelevante, já que há algo que ele valoriza mais, ou seja, continuar morando em Madureira.

Quando o fluxo é conhecido e constante, mensurar o direito de propriedade é muito mais fácil e preciso. Se tal fluxo for variável, mas totalmente previsível, também é possível mensurá-lo. O problema se dá quando o fluxo é incerto e imprevisível. Por exemplo, um pedaço de terra sem registro nenhum. Os interessados naquela terra vão despender tanto mais energia e recursos para obter o título legal quanto maior a renda que aquela terra promete com o cultivo. Por outro lado, ninguém se disporá a investir em, digamos, aparelhos de irrigação ou em melhorias do solo, se souber que não há direito de propriedade algum ali assinalado. Portanto, podemos afirmar que, quanto maior o fluxo esperado de renda de um dado ativo, maior será a propensão do agente econômico a assumir a defesa do seu direito de propriedade ou a tentar obtê-lo.³³

Após descrever alguns aspectos da propriedade, vamos passar à análise da transferência de tais direitos por meio dos contratos. É o que veremos a seguir.

Contratos: A Óptica Legal

A Importância dos Contratos

Numa economia moderna, todos os agentes fazem promessas continuamente, das mais variadas formas. Vendedores prometem felicidade, amantes

prometem casamento, gerais prometem vitória, e crianças prometem se comportar.³⁴ Interessa ao sistema legal não apenas a formalização dessas promessas por meio de instrumentos conhecidos como contratos, mas também a garantia de que os direitos poderão ser plenamente exercidos. Por exemplo, um sujeito promete vender a outro um aparelho de som por R\$100. O negócio é feito e, quando chega em casa, o comprador descobre que o aparelho de som não funciona com a TV, não dá a sensação pretendida de estar num verdadeiro cinema. Furioso, ele exige seu dinheiro de volta e quer devolver o aparelho de som. O vendedor se espanta com o comprador: ele achava mesmo que, por R\$100, estava adquirindo um som Dolby Pró-Logic de quarta geração? Num outro exemplo, um pai promete à sua filha uma maravilhosa festa de 15 anos. No entanto, ele entra em falência e não pode cumprir a promessa. A mãe da menina, e também ex-mulher, resolve processá-lo. Ainda, uma senhora resolve adquirir, pelo correio, um método de emagrecimento por R\$1.000. Quando chega a encomenda, ela descobre que o "método" nada mais era do que um rolo de esparadrapo com as seguintes instruções: "Feche a boca!".

Nesses exemplos, adaptados do livro de Cooter & Ullen, temos três hipóteses distintas. Primeiro, o que se conhece como *dissonância cognitiva*, uma situação de frustração recíproca de expectativas; não há necessariamente má-fé, somente uma comunicação equivocada e mesclada com uma dupla confusão daquilo que era esperado tanto do vendedor como do comprador. No segundo caso, não há um contrato, e sim uma promessa, já que o pai nada receberia em troca. Além de não ter se comprometido a fazer a festa, ele apenas se empenhou num plano futuro. Assim mesmo, viu-se surpreendido por circunstâncias muito diferentes daquela em que se encontrava por ocasião da promessa: a falência é, até nos termos legais, "uma notória mudança de estado". No terceiro exemplo, o do método do "regime", há propaganda enganosa; a consumidora esperava muito mais do que recebeu, e claramente o artifício empregado tem o intuito de obter vantagem para o vendedor, interessado em enganar a consumidora. Ora, nos três casos, como é que se materializam no futuro as promessas feitas, e como o sistema jurídico e judicial pode garantir que tais direitos serão plenamente exercidos?

Apesar de parecerem banais, os três exemplos ilustram bem o que pode acontecer rotineiramente. Em muitos casos da realidade diária, ocorre dissonância cognitiva, promessas não materializadas ou promessas ardilosas, que seduzem o consumidor com propaganda enganosa. E, em todos os casos descritos aqui, temos exemplos de contratos. O que materializa as promessas é um instrumento chamado *contrato*, tanto escrito e formal como não escrito e informal. Como fazer cumprir o contrato depende do sistema judicial de uma

sociedade. No entanto, o debate sobre contratos é muito mais amplo do que pode parecer, e é disso que vamos nos ocupar agora.

Primeiro, como garantir que as promessas sejam cumpridas? Por um lado, isso depende do ambiente institucional vigente; por outro, depende de como esse ambiente encara os contratos. Os contratos são os meios pelos quais os direitos são estabelecidos, transferidos, outorgados ou cedidos. Há, portanto, duas indagações fundamentais: quais são os direitos que podem ser estabelecidos, transferidos, outorgados ou cedidos (já que nitidamente há algumas promessas que não se caracterizam como “direitos”), e, em segundo lugar, como lidar com as promessas não cumpridas, ou seja, como “indenizar” (ou melhor, ressarcir) a transgressão de direitos que foram transferidos, outorgados ou cedidos?

Na tradição jurídica do século XVIII, firmou-se que o contrato é um acordo de vontades entre duas ou mais pessoas que transferem entre si algum direito, ou que se sujeitam a alguma obrigação. Trata-se de definição clássica adequada para aquela época, mas um pouco simplória num mundo em que a informação é o principal ativo e em que as mudanças ocorrem numa velocidade ímpar, transformando a realidade numa complexa e intrincada teia de relações jurídicas e econômicas.

Quadro 3.3: A história do contrato

O Direito romano certamente conheceu uma reflexão sobre os contratos. O sentido dos contratos, porém, não equivalia ao nosso. Na verdade, os contratos que passaram a ser protegidos pela ação do pretor eram uma inovação, em contraste com os negócios tradicionais do direito antigo e ritual (*sponsio* e *stipulatio*). Os quatro novos contratos da vida comercial, já conhecidos e praticados no Mediterrâneo, inclusive pelos gregos, tornaram-se tipos novos, desenvolvidos, fundados na boa-fé: a compra e venda (*emptio venditio*), a locação (*locatio conductio*, dividido em três subtipos: *locatio rei*, *operarum* ou *operios faciendi*), o mandato e a sociedade. São os contratos nascidos do consenso, ditos obrigações *consensuais*. Outras ações vieram proteger tipos não derivados dos ritos da *stipulatio*, ou seja, da obrigação nascida do uso das palavras sacramentais (obrigações *verbais*). Foram ações que garantiram a devolução de coisas (depósitos, mútuos, portanto ditas obrigações *reais*); que se provavam pelos escritos dos pais de família, ditas obrigações *literais* ou por escrito (*litteris*).

Admite-se hoje que os contratos no Direito romano eram verdadeiras fontes de obrigação. A fonte do vínculo era o contrato, e não a vontade das partes. Daí a convicção de que os pactos puros e simples não geravam ação (*ex nunc pacto actio non oritur*). De qualquer maneira, para o jurista romano, o que interessava não era uma teoria geral do contrato, pois todo o Direito romano estava construído sobre as defesas e ações possíveis (*actio* ou *remedy*, do Direito inglês), e não sobre um conceito substantivo de direito ou contrato. Assim, ou um ato solene gerava uma ação (os negócios da *stipulatio*, por exemplo) ou a ação se estendia a certas interações por meio da interpretação *bona fidei*. Não se esperava uma teoria geral dos contratos, mas da ação.



A idéia de que os contratos, e não somente a vontade das partes, geram a obrigação dominou também boa parte do direito medieval acadêmico e letrado, conhecido como *ius commune*. Havia dois pressupostos na teoria contratual do século XII ao século XVII: a) que os contratos eram tipos definidos, com finalidades específicas, aos quais as partes aderiam quando desejavam a certas conseqüências jurídicas; b) que o fundamento último dos contratos era realizar a justiça entre as partes, ou realizar a liberalidade, isto é, trocar igualmente entre iguais ou trocar porque um dos sujeitos desejava realizar uma liberalidade, aquela virtude que está entre a avareza e a prodigalidade e que consiste em doar segundo o mérito e a conveniência de cada um, e que permite ao homem alegrar-se ou entristecer-se com as aquisições e perdas na medida certa (Aristóteles). Ao trocar de forma justa, as partes dão-se reciprocamente o que é de cada um (pois a justiça consiste em dar a cada um o que é seu). Ao realizar a liberalidade, as partes dão do que é seu, e não do que é do outro, vão além do devido num sistema de trocas ou retribuição.

Fonte: LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na história. Lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 391.

A acepção moderna e mais clássica do contrato é encontrada no *Code Civil* de Napoleão, de 1804, que resume com precisão lapidar o que os liberais entendiam por contrato: "uma convenção pela qual uma ou várias pessoas se comprometem em relação a uma ou a várias outras a dar, a fazer, ou a não fazer, alguma coisa".³⁵ Pode ser bilateral (quando houver dois contratantes) ou multilateral (mais que dois) e conter obrigações e direitos recíprocos. Há, ainda, uma transferência dessa noção de contrato privado para o campo da sociologia política: quando se fala em contrato social, faz-se referência ao tipo de vida em sociedade que se almeja. Rousseau, por exemplo, em seu clássico *Du contrat social*, formula o seguinte enunciado: "Cada um de nós põe em comum a sua pessoa e toda a sua potência sob a suprema direção da vontade geral; e recebemos em bloco cada membro como parte indivisível do todo."³⁶ Mas, para a finalidade deste capítulo, definiremos contrato como um instrumento individual baseado no acordo de vontades.

A noção do contrato como um acordo de vontades tem sua acepção econômica em três processos diferentes: a oferta e a contrapartida da oferta, a aceitação da oferta e da contrapartida, e a liquidação da promessa. Vamos exemplificar cada uma dessas fases.

Um vendedor faz uma oferta de venda de um imóvel de praia ("Vendo um apartamento no Guarujá, SP, por R\$50 mil à vista"). Trata-se de uma *oferta* (venda de um tipo de imóvel que é o apartamento, com todos os seus atributos físicos), e como *contrapartida* dessa oferta, o vendedor espera receber R\$50 mil à vista, ou seja, no momento em que o título de propriedade (a escritura) for outorgado. O comprador, depois de avaliar e examinar o apartamento, decide aceitar a oferta, pagando o preço pedido. É aqui o momento da *aceitação*, tanto da oferta (do apartamento no estado em que se encontra) como da

contra
mome
cada u
re-se
dor dá
quand
outorg
de imo

São
meiro,
promit
feçou
seja, a
segund

A c
entreg
recebir
por ex
do rec
a expr
contra
feridos

Ap
com v
adiant
promet
balme
quand
exemp
algum
da pro
cumpr

No
logo n
é mais
há con
descur
sa: a c
nalme
consur

contrapartida (do preço pedido e nas condições exigidas, ou seja, à vista). É o momento de “fechar” o negócio. Até aqui, realmente imperou a vontade de cada um – um quer vender e o outro quer comprar. O último momento refere-se à *liquidação* (ou, em termos jurídicos, à “tradição”): é quando o comprador dá ao vendedor a motivação para entregar o imóvel, ou simplesmente quando ele paga o preço combinado. Quando o vendedor recebe o dinheiro, outorga a escritura e registra esse documento público no cartório de registro de imóveis, o negócio se encerra.

São dois aspectos que valem ressaltar nesse nosso exemplo corriqueiro. Primeiro, pode-se dizer que o contrato é incompleto até o momento em que o promitente comprador paga ao promitente vendedor. Depois, o contrato se aperfeiçoou quando o vendedor recebeu em dinheiro o valor exigido pelo imóvel. Ou seja, a liquidação da obrigação (ou da promessa) é o que completa o contrato. E o segundo aspecto, a contrapartida do contrato, é igualmente importante.

A contrapartida (ou, em termos contratuais, o “preço”) é o que define a entrega do objeto. Não haveria promessa a ser cumprida se não existisse o recebimento da contrapartida, que, no caso, é o preço. Poderia ser, contudo, por exemplo, um automóvel ou a prestação de determinado serviço, por meio do recebimento do imóvel em dação em pagamento. Podemos, assim, alargar a expressão desse “acordo de vontades” como um processo de oferta, de contrapartida, de aceitação e liquidação de direitos que são estabelecidos, transferidos, outorgados ou cedidos. É nisso que consiste, de fato, um contrato.

Apenas por meio dos contratos é que se podem realizar investimentos com vistas a reduzir riscos no futuro, tema de que vamos nos ocupar mais adiante. A natureza do contrato é a promessa de cumprimento recíproco – prometer vem do latim *promittere*, que significa “atirar longe”, “obrigar-se verbalmente ou por escrito a fazer ou dar”. Só há eficiência em uma economia quando é possível assegurar que tais promessas serão cumpridas. Ou seja, nos exemplos acima, só valeriam como verdadeiros contratos se pudessem ser de alguma forma liquidados ou, em oposição, se não houvesse o cumprimento da promessa, se algo pudesse ser feito para induzir aquele que prometeu a cumprir a palavra.

No exemplo citado no início desta seção, há oferta, aceitação e liquidação, logo não há o que discutir. Já no segundo, não há nenhum tipo de liquidação; é mais um presente que o pai se compromete a dar do que um contrato. Não há contrapartida pelo cumprimento da promessa, nem sanção por seu descumprimento, logo, não é um contrato. Já no terceiro, a oferta é enganosa: a consumidora é levada a aceitar um produto que não é aquele que originalmente constava na oferta; houve uma contrapartida que foi cumprida (a consumidora pagou pela promessa), há liquidação e há prejuízo. Neste caso,

portanto, cabe sanção. São os tribunais que podem coagir (no sentido de definir ou de forçar) a empresa a indenizar a consumidora.

Então, em resumo, pode-se afirmar que contrato é a promessa institucionalizada pelo sistema jurídico, sujeita que está à coerção, mas que é, sobretudo, estabelecida por mecanismos de incentivos entre agentes econômicos.

Mas pode-se argumentar que uma parte não cumpriu a sua promessa, ainda que a tenha celebrado anteriormente, porque tal contrato (ou as condições impostas por ele) era injusto. A primeira noção que precisamos discutir é exatamente o conceito de justo ou injusto.

O Conceito de Justo Contratual

Quando se fala em justiça, faz-se referência ao preço justo: é evidente que, do ponto de vista de uma teoria mais liberal, o preço justo é aquele que as partes entenderam como tal. A própria lei e a doutrina estabelecem critérios do que está abaixo ou acima do preço considerado "justo" e do que é "abusivo". Tal é o conceito de preço predatório, por meio do qual o fornecedor vende seus produtos, ativos ou serviços por preço baixo com o objetivo de conquistar monopólio; é prática anticompetitiva e o próprio Cade, tribunal administrativo que cuida da concorrência no Brasil (ver Capítulo 8), já entendeu que "inexiste ofensa à ordem econômica na venda de produto a preço inferior ao da concorrência, máxime quando consistente com os custos de produção. De igual modo, não há infração contra a concorrência na doação de produtos, em um único dia, à guisa de promoção".³⁷

Da mesma forma, há também preço abusivo, aumento abusivo de preços e imposição de margens de lucro abusivas quando, em mercados pouco competitivos ou pouco líquidos, há, por parte do fornecedor, vendedor do ativo ou do serviço, imposição de preço elevado em relação aos custos. Não é, claramente, matéria fácil, até porque muitas vezes a elevação de preço reflete apenas o ajuste a níveis mais elevados de demanda. Na interpretação do próprio órgão da concorrência, quando deparado com tais questões, "não há como falar em aumento abusivo de preços no repasse de majoração de custos de matéria-prima ou em decorrência de outra circunstância mercadológica."³⁸ Entende-se, ainda, que a infração primária à ordem econômica não é o preço abusivo, mas sim o cartel, o monopólio, enfim, a estrutura que permite cobrar preços com margens superiores às que prevaleceriam numa situação de competição.

Quadro 3.4: Preço justo ou injusto?

Corre a versão histórica de que a ilha de Manhattan foi comprada por US\$ 24. Aparentemente, a história representa um típico caso de desequilíbrio contratual. A baía de Manhattan



foi o
Fran
nom
tan
está
hola
com
não
ingl
de Y
do a
e tr
post
neg
mes
rece
Font

Na f
está cele
gem, a t
Nicômac
cumprim
tem, ori
sentido
Ora,
o "que e
promess
negocia
acordad
ele pod
original
contrato
Vamos a
ção cam
e enten
orçame
sa a flut
o dólar e
montan
de as co
Será que
ça camb

foi descoberta em 1524 pelo italiano Giovanni da Verrazano, que estava a serviço do rei Francisco I, mas somente em 1625 os holandeses ali se estabeleceram, dando à ilha o nome de Nova Amsterdam. No ano seguinte, em 1626, o holandês Peter Minuit, representando o governo de seu país, comprou dos índios canarsee a ilha de Manhattan, onde hoje está situada a cidade de Nova York, pela módica quantia de US\$ 24 (cerca de 60 florins holandeses). Seguindo a tradição dos comerciantes europeus, Minuit pagou os canarsee com os badulaques usuais nas trocas entre brancos e índios – espelhos, tintas, panos, e só não incluiu radinhos de pilha no negócio porque não haviam sido inventados. Em 1664, os ingleses tomaram posse do lugar e o chamaram de Nova York, em homenagem ao duque de York, enquanto a ilha ainda era habitada por holandeses. Em 1667, entretanto, diante do argumento irresponsável dos canhões da armada inglesa, os holandeses aceitaram sair e trocar a ilha de Manhattan pela Guiana, que passou a se chamar Guiana Holandesa e, posteriormente, Suriname, nome atual. Não se pode dizer que a troca representou um negócio da China para os holandeses, mas, afinal, a então Guiana valia mais de US\$ 24, mesmo em moeda e não em quinquilharias. Para os índios, certamente os badulaques recebidos deveriam ter mais valor do que uma ilha, em meio a tantas outras...

Fonte: ESCOBAR, Calvino, www.exclusivaup.com.br.

Na filosofia grega, a justiça (no sentido de ser característica do que é justo) está celebrada como uma das quatro virtudes cardeais: a prudência, a coragem, a temperança e a justiça (Platão, *República*, livro I; ou Aristóteles, *Ética a Nicômaco*). Para esses filósofos, a virtude resume a disposição permanente para cumprir e querer cumprir toda espécie de atos morais. Daí o fato de que o *jus* tem, originalmente, sentido religioso, que foi alargado com a história para o sentido do direito.

Ora, a noção de troca “justa” é o que embasa o contrato. O ditado de que o “que é combinado não é caro” resume a sabedoria popular de que, numa promessa, aquilo que é justo, acordado entre cada uma das partes de uma negociação, deve ser cumprido. Se o valor da contrapartida num contrato é acordado num instante de tempo, considerando certas condições, será que ele pode, no outro, não ser mais válido, porque se alteraram as condições originalmente combinadas, porque uma das partes não quer mais cumprir o contrato, ou porque o que era justo no momento da contratação não é mais? Vamos a um exemplo: alguém compra um automóvel financiado com correção cambial. O câmbio está R\$1 para U\$1, e o agente econômico faz as contas e entende que a prestação de R\$500 (equivalentes a U\$500) cabem no seu orçamento. No entanto, o governo muda a sua política cambial e o dólar passa a flutuar. Na liquidação da décima parcela de um total de 24, em razão de o dólar estar a R\$4,00, o valor da prestação não é mais de R\$500, e sim R\$2.000, montante que não cabe no orçamento do nosso agente econômico. Aconteceu de as condições a princípio pactuadas (com o câmbio a R\$1) se alterarem. Será que podemos afirmar que a prestação é justa, se, logicamente, a mudança cambial não é nem culpa nem responsabilidade do mutuário? Será que



o mesmo conceito pode se aplicar a uma indústria com um departamento de economia organizado, que conhece o mercado monetário internacional?

O conceito de justiça e do que é justo é extremamente fluido e impreciso. Podemos dizer que o valor justo de um contrato é aquele que as partes se empenham em cumprir. Mas isso é *tautológico*, já que estamos definindo o conceito por ele mesmo. É claro que é fácil observar e entender situações-limite de injustiça: uma delas é a da compra da ilha de Manhattan (ver Quadro 3.4); outra, a história bíblica de Esaú, que promete ceder seus direitos hereditários a Jacó por um prato de sopa. Contudo, no primeiro caso, para os índios, a ilha valia muito pouco, e, para Esaú, bens materiais nada representavam. Em resumo, o que é um *contrato justo*? Como medir a justiça contratual nesse sentido? Ou como tais contratos deveriam ser preenchidos? Não há respostas fáceis, nem há um modelo único que sirva a todos os casos. Mas, com certeza, o que é justo tem alguma conotação com o que é “de direito” – e deveria ter também com o que é “eficiente”.

Um segundo conceito importante é o de *equilíbrio contratual*. De acordo com Arnoldo Wald, trata-se da noção de, num contrato bilateral,

“resguardar, de um lado, o valor real das prestações, que não pode ser esvaziado pela inflação, e, de outro, o equilíbrio contratual inicial que deve ser mantido durante toda a execução do acordo firmado pelas partes. Trata-se de dar ao contrato um caráter dinâmico que se justifica pela fase de instabilidade e de mudanças rápidas que o Brasil e o mundo atravessam. Em vez de considerar as prestações das partes numa visão estática e literal, que pode ensejar iniquidades, devemos garantir o equilíbrio das situações dos contratantes de modo que prevaleça o vínculo entre eles existente no momento em que o acordo das partes foi celebrado.”

O equilíbrio contratual, além de refletir a preservação do preço contratado no tempo, desempenha outra função: refletir o tipo de compromisso que foi combinado entre as partes, para que nenhuma delas obtenha vantagens não previamente acordadas.

Na leitura de *Direito & Economia*, autores como Richard Posner acreditam que a distribuição de justiça é medida de eficiência econômica, já que o direito restabeleceria os princípios a ela inerentes. Posner escreveu:

“Um segundo significado para “justiça”, e o mais comum, eu argumentaria, é simplesmente eficiência. Quando descrevemos como injusta uma condenação sem provas, uma tomada de propriedade sem justa compensação, ou quando se falha em responsabilizar um motorista descuidado em responder à vítima pelos danos causados por sua negligência, podemos interpretar simplesmente que a conduta ou prática em questão *desperdiçou recursos*.³⁹

Ou
remos
precisa
contrat
“der en
O d
está ali
ções a
entrar
pode d
não ter
afirmar

Contra

É n
seja ele
síveis d
podem
de dos
no mon
deles ac
mento
É in
ter luga
preench
Soment
tivos ou
em faze
O m
para da
“preenc
onerosid
pressup
de reme
à econo
mental
não seja
de hardsh
original

Ou seja, para Posner, a justiça contratual está baseada em eficiência. Voltaremos ao conceito de eficiência, já discutido, mais adiante. Por ora, o que precisamos entender é que só existem contratos eficientes e justos quando há contratos exequíveis, ou seja, contratos que possam ser executados se algo “der errado”.

O que torna um contrato exequível? Se é por meio da liquidação do que está ali pactuado que qualquer contrato se realiza, com a extinção das obrigações a que deu origem, um contrato pode “dar errado” por várias razões. Sem entrar nas várias modalidades de erro – tratadas mais adiante –, um contrato pode dar errado, ou não ser exequível, primeiramente pela possibilidade de não ter previsto uma condição *ex ante* na sua elaboração. Por isso, podemos afirmar que todos os contratos são incompletos.

Contratos Incompletos

É necessário ressaltar um aspecto fundamental sobre qualquer contrato, seja ele oneroso ou não: contratos são sempre incompletos, imperfeitos, passíveis de alteração pelos eventos e pelas intempéries da natureza. Também podem ser alterados, na sua execução, simplesmente pela mudança da vontade dos agentes contratantes, ou em face de estes desconhecerem algum dado no momento de sua celebração, ou porque algum fato novo impediu a adesão deles ao que fora previamente combinado. Em todos os casos, tal comportamento leva ao questionamento do contrato.

É impossível pressupor todos os acontecimentos ou eventos que poderão ter lugar entre os seres humanos, em especial no futuro. Essas lacunas serão preenchidas *ex post*, uma vez iniciado o cumprimento (ou não) do contrato. Somente é possível alocar o risco com eficiência mediante a criação de incentivos ou de sanções no desenho do contrato se as partes forem bem-sucedidas em fazer com que, na execução, tais cláusulas sejam validadas.

O nosso sistema jurídico – e, em particular, o novo Código Civil, apenas para darmos um exemplo – esgotou em dois ou três institutos a hipótese do “preenchimento” dos contratos incompletos: a imprevisão (artigo 317), a onerosidade excessiva (artigo 478) a lesão grave (artigo 157), todos tendo como pressuposto a boa-fé objetiva.⁴⁰ O que se pretende é oferecer a possibilidade de remediar a previsão defeituosa com a correção de qualquer evento externo à economia do contrato. Já se pode perceber que a certeza contratual é fundamental para viabilizar qualquer investimento de longo prazo. Embora isso não seja novidade – já nos contratos internacionais antigos se previa a *cláusula de hardship*, dos eventos de força maior ou mesmo de mudanças nas condições originalmente pactuadas –, a compreensão dos contratos incompletos precisa

ser alargada. Grassa nos nossos tribunais o preenchimento equivocado das lacunas dos contratos incompletos, por meio de institutos que muitas vezes não podem ser aplicados ao caso concreto, ou da tutela sobre quem não deve ser protegido.

Apesar de estarem consagrados à cultura jurídica, a presença de alguns desses institutos positivados no sistema jurídico não resolve os problemas potenciais dos contratos incompletos. Por exemplo, a Teoria da Imprevisão ou a onerosidade excessiva não se constituem em métodos adequados para identificar contratos com essa característica. Mais do que isso, não apresentam formas de superar a incompletude contratual sem ter de renegociar ou discuti-lo *ad initio*. Em outras palavras, como lidar com contratos incompletos sem ter de arcar com todos os custos da novação ou da renegociação?

Trata-se de uma indagação fundamental, o que pode ser verificado quando se discutem concessões, parcerias público-privadas e tantas outras inovações que o Estado brasileiro pretende no âmbito administrativo. Por exemplo, quando se faz um contrato de longo prazo é natural que as partes contratantes esperem que não sejam implementadas modificações nas condições originalmente pactuadas. Suponha a concessão de uma rodovia, em que o parceiro privado fará investimentos de melhoria e receberá o direito de exploração do pedágio. Tal análise de investimento implica conhecer o fluxo de veículos e o preço do pedágio. Ora, se o Poder Público, por qualquer razão, decidir reduzir drasticamente o preço do pedágio a ser pago pelo usuário, todo o retorno do investimento poderá ser comprometido.

Tradicionalmente, o direito apresenta três instrumentos para lidar com os contratos incompletos: a hermenêutica contratual (que busca interpretar o contrato por sua finalidade, ou pelo que se entende como a finalidade do negócio jurídico); a lei (e a lei, ou suas normas positivadas, como aqui se afirmou, é esparsa e prolixa); e os usos e costumes, que tratam as lacunas contratuais valendo-se das analogias com experiências similares. Esses instrumentos não resolvem de maneira satisfatória os riscos contratuais, mas, entre nós, seria bom haver maior harmonia entre eles; o apaziguamento de doutrinas já testadas pelos tribunais superiores, por exemplo, só confirmaria que, ao preencher as lacunas dos contratos incompletos, os tribunais aumentariam a previsibilidade das soluções.

Os contratos são promessas que contêm um componente do ambiente institucional para aplicar sanção na hipótese de descumprimento.⁴¹ São contratos somente aquelas relações humanas que o sistema jurisdicional (o Poder Judiciário e as leis) entende e às quais pode aplicar sanção, caso necessário.

Dizem alguns que a incompletude dos contratos apenas dá início a um processo mais oneroso de negociação, o qual, porém, se mostra mais eficien-



te. V
"enfã
insist
prim
aos se
deve
pletu
Te
clien
(nos
tendo
eles t
simp
plo, s
estão
tura d
O
de of
um e
ampl
sua n
veis. S
pont
O
I. R.
meio
las pr
ber pr
das en
ções i
não é
 própr
uso da
tivam
reputa
quênc
Os
prime
nem s
tos úp
afirme

te. Victor Goldberg celebra a teoria dos contratos relacionais – aqueles que “ênfatisam o processo dos acordos em substituição ao seu detalhamento” –, e insiste em formas e técnicas de governança como meio de assegurar o cumprimento contratual. Para ele, os contratos *comunicam* determinados objetivos aos seus destinatários, com a intenção de alcançar resultados específicos, mas deve-se estar ciente de que podem surgir conflitos, em decorrência da incompletude.

Tome-se, por exemplo, uma relação bancária entre uma instituição e um cliente. Quando um cliente assina um contrato de abertura de conta-corrente (nos termos da Resolução CMN 2.025), ele está, na verdade, se comprometendo com muito mais do que depositar e sacar certos montantes; há entre eles uma relação de *fidúcia*, de *confiança*. Essa relação vai muito além do simples contrato (irregular) de depósito; implica outros serviços (por exemplo, sustar ordens de pagamento, obter um dado financiamento etc.) que não estão necessariamente descritos e estabelecidos naquele instrumento de abertura de conta-corrente, nem irão deslanchar-se no primeiro instante.

Outro exemplo é a relação entre franqueador e franqueado: uma circular de oferta de franquia não contempla todas as relações legais possíveis entre um e outro; não apenas as responsabilidades, os direitos e os deveres são mais amplos que o texto contratual, como também os contratos se relacionam com sua negociação e adaptação futura. E aí os custos do aprendizado são inevitáveis. Segundo Goldberg, o processo é longo e contínuo até que se atinja o ponto de uma relação duradoura e de confiança recíproca.

Ora, os contratos relacionais, corrente inaugurada por Victor Goldberg e I. R. Macneil, ênfatisam exatamente o ajuste de tais acordos no tempo, por meio do processo de negociação. Klein (1981) entende que contratos são aquelas promessas que engajam uma ação, mesmo se não forem passíveis de receber proteção jurisdicional. Nos contratos relacionais, as promessas são baseadas em salvaguardas e são ditadas por mecanismos reputacionais e por sanções informais, por aquilo que se conhece como *soft law*, isto é, o direito que não é direito posto e positivado, mas que muitas vezes funciona melhor que a própria lei. Por exemplo, a imprensa. Apesar de não ter a força da sanção, o uso da informação pelos meios de comunicação pode afetar (positiva ou negativamente) a credibilidade dos agentes envolvidos. Há muitos outros meios reputacionais que se prestam ao papel de *soft law* e que funcionam (com frequência) melhor do que os mecanismos legais.

Os contratos existem para comunicar a expectativa das condições de cumprimentos e objetivos das partes por um período de tempo. Regras formais nem sempre podem controlar as relações humanas; daí a importância de certos tipos de mecanismos que operam fora do contrato e exigem, como já se afirmou, negociação.

Para que os mercados funcionem adequadamente, e considerando que o contrato pode ser afetado por riscos imprevisíveis na data de sua assinatura, o Estado de direito prevê mecanismos de solução de disputas ou controvérsias – como o Poder Judiciário. Em face das regras estabelecidas, desenham-se contratos cuja função é criar mecanismos de salvaguarda para as partes se algo no futuro não resultar conforme o planejado. A arbitragem também desponta como eficiente meio de solução de controvérsia nos contratos incompletos.

Justifica-se, assim, a necessidade de tribunais e árbitros eficientes, preparados e especializados, habilitados a contribuir para que as partes contratantes transformem conflitos em soluções cooperativas, ou seja, disputas judiciais em provisão de justiça. O papel da justiça ou da arbitragem passa a ser a garantia do cumprimento das promessas mediante a criação de incentivos para uma cooperação eficiente, com mais e melhores benefícios econômicos na solução das controvérsias.

Finalmente, há o que se conhece como paradigma de Arrow-Debreu, segundo o qual os contratos emergem entre as partes com base na existência de uma espécie de “leiloeiro” que será um facilitador, alguém que passará as informações de consumo e de produção como se vivêssemos num mundo ideal com informação perfeita. O leiloeiro trará todas as informações relevantes para a tomada de decisão sem que exista nenhum outro tipo de conflito contratual. O modelo é usado para definir o que é uma relação ideal. Essa Teoria Contratual é semelhante à Teoria Econômica do Equilíbrio, em que se supõe que os agentes possam redigir e formalizar contratos a custo zero, sem custo algum de negociação, buscando sempre posições de equilíbrio. Existirá acordo sempre que houver negociação dos direitos de propriedade com a compensação das perdas e a melhoria das posições dos contratantes. De acordo com Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn, “o conceito de curva de contrato surge na análise de equilíbrio como sendo um conjunto de pontos associados a escolhas dos agentes que representam pontos do equilíbrio de Pareto.”⁴²

Eficiência Contratual

Tendo explicado até aqui os fundamentos dos contratos e a teoria dos contratos incompletos, é importante voltarmos ao conceito de eficiência, a que aludimos antes, em contraposição ao conceito de equidade (como aquilo que é justo).

O que é *eficiência*? Em termos estritamente econômicos, eficiência se refere à relação entre os benefícios e os custos agregados a uma situação.⁴³ Um conceito mais elaborado é a chamada eficiência de Pareto, ou *ótimo de Pareto*, relacionada ao economista italiano Vilfredo Pareto. Um ótimo de Pareto é aquela situação em que não há mudança que melhore a situação de um agen-

te sem piorar a situação de pelo menos um outro agente. Uma dada situação não é eficiente, neste sentido, se houver algo que possa ser feito para beneficiar alguém, sem gerar prejuízos para ninguém.

Há um segundo princípio de eficiência que, na mesma linha, avalia a eficiência de uma situação considerando se há outras que gerem benefícios líquidos mais elevados. Conhecido como princípio de Kaldor-Hicks, ele contrasta com o de Pareto, porém, por levar em conta a soma dos efeitos líquidos em todos os agentes, e não em cada um deles individualmente. Em especial, se uma situação gera um excedente total maior do que outra – isto é, o ganho dos vencedores excede o prejuízo dos perdedores –, ela é vista como mais eficiente que a outra. Isso é diferente da eficiência de Pareto, que prevê a necessidade de ganho agregado, mas sem que a situação individual de cada agente piore.⁴⁴

Ainda que menos exigente que o de Pareto, esse segundo critério de eficiência pode levar a uma situação equivalente se aqueles que, ao final têm ganhos, compensarem os que têm perdas, mantendo um ganho líquido positivo no final. A eficiência de Kaldor-Hicks se baseia, portanto, na possibilidade de compensação – em que os custos com o pagamento do prêmio são inferiores aos benefícios gerados, o que explica por que todos podem se encontrar em melhor posição.⁴⁵

A eficiência pelo critério de Kaldor-Hicks se confunde com uma situação de *maximização da riqueza*, na expressão de Posner, pois, numa situação mais eficiente, alguns estarão em posição melhor sem necessariamente piorar a situação individual de alguém. No limite, os ganhos potenciais (destinados a remunerar os perdedores e permitir um adicional de ganho a quem paga a compensação) farão com que toda a sociedade possa atingir um ponto de equilíbrio ótimo. A possibilidade de haver transferências compensatórias significa, por outro lado, que há mais flexibilidade em ser eficiente no segundo conceito do que no primeiro – um ótimo de Kaldor-Hicks é também de Pareto, mas a recíproca não é verdadeira.

Em matéria de contratos, típico mecanismo de distribuição de risco, a eficiência é um dos principais objetivos a ser atingido: um contrato deve permitir melhorar a situação individual dos contratantes, ou corre o risco de inexecuibilidade. Mas o conceito de eficiência contratual é mais antigo. Uma definição filosófica de eficiência resume “a qualidade de um conjunto de elementos que dependem reciprocamente um dos outros e que obedecem a um todo organizado”.⁴⁶ Depreende-se, assim, que se trata de uma característica própria de um sistema maduro e comprometido com sua manutenção, no qual regras, usos e costumes já estão suficientemente sedimentados para garantir que, na ocorrência de adversidades graves, estas não serão internalizadas,



nem causarão movimentos de ruptura.⁴⁷ Por eficiência, sempre se está entendendo a adequação dos meios aos fins.

“Eficiência é a causa que produz o seu efeito sem nada perder ou dispensar de si mesma”, escreveu o filósofo Malerbranche.⁴⁸ Para Aristotéles, a *causa efficiens* é fenômeno que produz outro fenômeno, que passa a ter ação.⁴⁹ Em termos econômicos, representa o uso racional dos recursos, maximizando seu resultado e transformando suas causas em ganhos.⁵⁰

Eqüidade tem uma disposição distinta – e muito mais abstrata: consiste na disposição de reconhecer *igualmente* o direito de cada um. Implica o tratamento igualitário para todos os agentes no que se refere à capacidade de absorção de regras genéricas. Para outros, como Posner, o conceito de eqüidade se confunde com o de eficiência. Sua dimensão moral é fundamental para que seja colocada em prática. De acordo com James Lynch, trata-se de uma dimensão que se cifra no conjunto de valores que governam o comportamento daqueles que estão engajados no oferecimento de quaisquer serviços e produtos no mercado. A responsabilidade (seja do acionista controlador, seja dos empregados que com ele trabalham) é um dos componentes dessa dimensão moral, se bem que possam existir outros.⁵¹

Citam-se dois tipos de eqüidade na literatura. Há a eqüidade *horizontal*, concernente ao tratamento igualitário de todos os agentes econômicos, e a eqüidade *vertical*, relativa ao tratamento proporcional ao tamanho do agente. Enquanto a eficiência diz respeito aos benefícios agregados a determinada situação, aos ganhos de um ou de outro, a eqüidade, em geral, é mais associada à distribuição igual de renda entre os indivíduos (ou proporcional à contrapartida dada pela pessoa).

Na discussão do Teorema de Coase, já tivemos a oportunidade de ver que nem sempre uma alocação eficiente de direitos de propriedade resulta em eqüidade. Outro exemplo ajudará a ilustrar o que vêm a ser eficiência e eqüidade contratual.

Vamos supor que sou dono de um bar situado ao lado de uma clínica de estética, e que os dois negócios são localizados em terrenos contíguos, separados apenas por uma faixa de terra de uso comum, em que uma grama rala e malcuidada insiste, sem sucesso, em crescer. Os proprietários dos dois negócios têm interesse em melhorar a apresentação do terreno, pois isso tornará os comércios mais atraentes para os clientes, o que aumentará as receitas e os lucros. Após alguma conversa e pesquisa, conclui-se que a faixa de terra só se manterá apresentável se um jardineiro for pago para cuidar dela.

Suponha ainda que meu lucro mensal é de R\$3.500 e o do meu vizinho, de R\$6.500. O custo anual com o jardineiro – incluindo salário, encargos e materiais – é de R\$3.900. Nossa estimativa é de que, com um jardim bonito

separar
dele, e
que set
por a
tar sozi
pesa, m
despes
mos co
permi
um o r
com qu
Não
mistas
que é e
não ser
poder
uma sit
no pró
riment
jogo, co

Dua
mos, R
outra (r
propos
dinheir
que são
idade, p
envolve
e a outr
tes dess
que elat
tra que
eficient
(os dois

A ef
sa nele
de exec
seja, qu
ção e nã
plo, qu

separando os terrenos, os meus lucros anuais aumentem em R\$2.000 e os dele, em R\$3.000. Claramente, a contratação do jardineiro é eficiente, porque seu custo (R\$3.900 por ano) é inferior ao aumento dos lucros (R\$5.000 por ano). Entretanto, não faz sentido nem ele nem, muito menos, eu contratar sozinho o jardineiro. Precisamos fazer um contrato para dividir essa despesa, mas como fazer com que seja equitativo? Devemos dividir igualmente as despesas com a contratação? Devemos fazer isso com os lucros? Ou deveríamos considerar que, como ele já tem um lucro maior que o meu, deveria permitir que eu ganhasse mais? Ou, pelo contrário, deveríamos dar a cada um o mesmo ganho proporcional em relação aos lucros atuais, o que faria com que ele abocanhasse uma parte maior do excedente?

Não há uma resposta objetiva para essas perguntas, e, por isso, os economistas não acreditam que tenham muito a agregar profissionalmente sobre o que é equitativo: o que é considerado mais equitativo em uma sociedade pode não ser em outra. Na prática, a divisão do bolo que prevalecerá depende do poder relativo de barganha e da seqüência temporal de sua realização. Essa é uma situação típica para ser trabalhada com a Teoria dos Jogos, que veremos no próximo capítulo. Os economistas vêm desenvolvendo uma série de experimentos práticos para analisar como as pessoas se comportam nesse tipo de jogo, conforme o exemplo a seguir.

Duas pessoas são colocadas em uma sala e a uma delas são dados, digamos, R\$100; esta pessoa deve, então, propor uma divisão dos R\$100 com a outra (isto é, oferecer um contrato), que só pode aceitar ou rejeitar a divisão proposta. Se a proposta é rejeitada, os dois jogadores ficam sem nada e o dinheiro é devolvido ao responsável pelo experimento. Os tipos de propostas que são aceitas variam segundo as características intrínsecas dos jogadores – a idade, por exemplo –, contudo, na maioria das vezes, aquelas que são aceitas envolvem uma divisão em que o proponente fica com algo da ordem de R\$60 e a outra parte, com R\$40. Para os economistas, um dos aspectos interessantes desses experimentos é que muitas pessoas rejeitam ofertas de divisão em que elas ganham algo, ainda que pouco, preferindo ficar com nada. Isso mostra que, na prática, muitas pessoas podem se recusar a entrar em contratos eficientes (para as partes, há um ganho de R\$100), que são Pareto eficientes (os dois ganham alguma coisa), mas que não são considerados equitativos.

A eficiência contratual depende igualmente da possibilidade de a promessa nele contida ser cobrada e cumprida. Ora, isso só é relevante em contratos de execução diferida, aqueles que avançam no tempo. Trocas imediatas, ou seja, que se dão concomitantemente à entrega do objeto, representam tradição e não demandam contratos, por não envolverem maiores riscos. Por exemplo, quando vou à padaria comprar pão, o padeiro me entrega o pão e eu

entregado a ele o dinheiro. Isso é diferente do que ocorre quando a execução é diferida: o pagamento antecipado para posterior entrega; a entrega do bem e o pagamento posterior; ou, ainda, a entrega do bem no futuro contra pagamento também no futuro.

A disciplina jurídica da compra e venda do pão é a da tradição, ou seja, a venda é perfeita e a entrega do produto comprado se dá no prazo determinado, segundo o que se estipulou no contrato, consoante os artigos 491 e 492 do novo Código Civil.⁵² A compra e a venda constituem ato jurídico perfeito a título oneroso, que se opera por meio da tradição. Alexandre Correa define a origem da *traditio* como "ato material da entrega de coisa (...) e portanto na sua tomada de posse, com a intenção de transferi-la e respectivamente de lhe adquirir a propriedade, em virtude duma causa hábil a transferir-lhe o domínio (*iusta causa traditionis*)".⁵³ Ele ainda revela que, para os romanos, havia modos distintos de tradição, e a mais conhecida era a *traditio ficta*, embora se distingam várias espécies e modos de tradição, entre elas a *traditio simbolica*, que ocorre quando se entrega apenas um símbolo – uma chave, por exemplo – como instrumento da propriedade (conhecido como o *traditio instrumentorum*).⁵⁴

Quando há execução no tempo – entrega ou pagamento no futuro –, a noção de risco é implícita. A seguir, vamos discutir o conceito de risco, fundamental à noção de contrato (que, como vimos, também funciona como um instrumento para mitigar e distribuir riscos).

A Noção de Risco

Pelo senso comum, risco é aquilo que pode representar perigo ou possibilidade de perigo, ou aquilo que é impreciso, incerto e que traz dúvidas. Num sentido econômico ou financeiro, o risco reflete o fato de que, dependendo de como evoluem as coisas – ou, mais formalmente, de que "estado da natureza" prevalece no futuro –, um mesmo empreendimento pode resultar em lucro ou em prejuízo financeiro. Num sentido jurídico mais amplo, pode significar mais precisamente a possibilidade de perda (ou ganho), ou a probabilidade de se inculcar responsabilidade pelo dano causado a outrem.

Risco é, portanto, em igualdade de condições e com o cumprimento de regras determinadas, a possibilidade de perda concomitante à de ganho. Risco é *álea*, ou seja, aquilo que traz, ao mesmo tempo, a chance de prejuízo e a possibilidade de lucro. Mas, acima de tudo, é lançar-se sobre o desconhecido. Todos os agentes econômicos no mercado estão sempre exercendo suas atividades econômicas com o fito de obter lucros e, em face disso, correm os correspondentes riscos. Já dizia o poeta Vinícius de Moraes que "são demais os

perigos desta vida"; não há, portanto, ganhos sem risco, e não há promessa que não invada o futuro, que, por definição, é imprevisível.

Há uma diferença fundamental entre *risco* e *incerteza*. Ambos são parte do jogo e denotam o caráter aleatório da vida e, em especial, da economia. Mas incerteza significa apenas que não se têm garantias sobre o que vai ocorrer, enquanto o risco é uma incerteza estatisticamente mensurável. A noção de risco embute, portanto, uma idéia acerca dos estados da natureza que poderão ocorrer no futuro e alguma avaliação, que pode ser mais ou menos robusta, a respeito da probabilidade de que cada um deles venha a se materializar. O próprio conceito de volatilidade é uma medida de risco.

O fundamental, no caso, é que o contrato pode ajudar os agentes econômicos a reduzir o ônus imposto pelo risco à atividade econômica, e, dessa forma, contribuir para que se chegue a uma situação mais eficiente – por exemplo, o contrato pode ditar as perdas e os ganhos das partes, em cada estado da natureza, de modo eficiente. Essa é uma das funções mais importantes dos contratos, e permite alocar o risco à parte mais capaz de lidar com ele – ou porque exerce alguma influência sobre ele, ou porque assumiu um risco que oferece ganhos ou perdas compensatórias. Muitas vezes, o governo assume a responsabilidade do risco político de certos investimentos, pois os estados da natureza que podem levar a perdas por conta disso estão, em grande medida, sob controle dos governantes. Igualmente, as empresas exportadoras aceitam assumir o risco de perdas financeiras em caso de desvalorizações cambiais, visto que, se isso ocorrer, suas receitas também aumentarão. Um risco pode ainda ser distribuído entre muitos agentes econômicos, que é como funcionam os esquemas formais ou informais de seguro.

A incerteza, ou o risco, dependendo do caso, também afeta diretamente a performance do contrato. Para efeitos desta análise, a incerteza contratual (em anteposição ao risco contratual) é uma variável não passível de descrição; por exemplo, não sei se posso ou não confiar no meu vizinho e na sua honradez de cumprir tudo aquilo que prometeu, porque não o conheço.⁵⁵ Já no que diz respeito ao risco de uma operação que estou correndo com o mesmo vizinho, a variável pode ser medida: posso incluir uma garantia contratual para mitigar minha chance de prejuízo, assim como uma obrigação de fazer por inexecução; ou seja, se não puder receber aquilo que me foi prometido, posso cobrar no mesmo contrato certas penalidades; por oposição, posso não entregar o que prometi se não receber, e assim por diante.

O risco existe e a forma de mitigá-lo (ou reduzi-lo) é celebrar um contrato em que se estimam condições e situações que possam ocorrer no seu cumpri-

mento. O contrato desempenha, assim, uma função econômica: reduzir e, principalmente, alocar e distribuir riscos entre as partes.

A Teoria Econômica do Contrato

Vimos que a eficiência de um contrato requer que a promessa nele contida seja cumprida se tanto o promitente (aquele que promete, que contrata) como o prometido (a quem se promete, o contratado) desejavam que isso ocorresse quando o contrato foi originalmente celebrado. A equidade é fundamental ao equilíbrio do contrato, ao passo que o conceito de dar a cada um o justo é difícil de precisar; logo, para evitar uma apresentação muito descritiva, optamos por descrever a Teoria Econômica do Contrato apenas pelo prisma da eficiência.

Há três indagações fundamentais a que é preciso responder para se entender melhor o tema da Teoria Econômica do Contrato. Vamos a elas:

- 1) Quais são as promessas que podem ser exigidas?
- 2) Quais são as alternativas se uma das partes descumprir o contrato?
- 3) Como garantir resiliência ótima?

Em relação à primeira pergunta, vimos que uma proposta exigida instantânea e simultaneamente não necessita de contrato; trata-se de tradição e envolve apenas tempo para a sua completude (por exemplo, o padeiro pegar o pão e receber o dinheiro pela venda da mercadoria). No entanto, naquelas promessas em que, além de diferidas no tempo, há incerteza – porque remetem ao futuro o seu cumprimento –, exige-se a firmação de contrato. E incerteza envolve o conceito de risco, como vimos anteriormente. Mas há um segundo conceito que é relevante e que diz respeito não mais a risco, e sim à cooperação.

A Noção de Cooperação

A cooperação está baseada na certeza firme e suficiente para a ação. Mas não é ação humana de todo rigorosa ou inflexível, seja porque repousa somente sobre certas probabilidades (inerentes à negociação), seja porque repousa sobre uma mistura de sentimentos ou emoções fortes. Por exemplo, num ato cooperativo, exige-se ação prática, mas não se sabe se o outro deseja igual ação; daí o conceito de probabilidade (ação e reação) de certas proposições, as quais, obviamente, podem estar influenciadas por fatores tais como desconfiança.

Vamos ilustrar esse conceito com um exemplo algo rotineiro, como a compra de um carro usado. Só consigo fechar qualquer negócio se tiver informação (veremos adiante a importância da informação para o contrato). Mas é preciso cooperar, ou seja, agir, para poder negociar. Preciso me sentar com o



vende
a pre
refere
estab
quer t
para o
pra e
precis
outro
A
em J.
dois o
comun
refere

Quadro

us
te
av
se
in
de
un
m
co
pa
alt
cia
co

Ma
e aceit
interes
duas ou
cia de
cooper
põe, co
transfo
transfo

vendedor do automóvel e buscar uma solução para o negócio no que se refere a preço, data, condições de entrega e financiamento, bem como no que se refere a certos opcionais que vêm ou não com o carro. A cooperação aqui se estabelece por convenção, é uma típica prática humana que determina qualquer tipo de troca monetária. Ou seja, é necessário estabelecer um enunciado para que se possa criar uma circunstância em comum: a circunstância da compra e da venda. Além disso, essa circunstância por si só de nada adianta; é preciso que haja nela algum tipo de causa ou efeito: um querer comprar e o outro querer vender.

A definição mais filosófica desse tipo de cooperação pode ser encontrada em J. S. Mill e é baseada no que ele denomina "método da concordância": se dois ou vários casos do fenômeno que se estuda possuem uma circunstância comum, e esta é a única pela qual todos os outros casos semelhantes se referenciam por ele, então o fenômeno será comum.⁵⁶

Quadro 3.5: Informação e assimetria informacional

Vamos tomar o exemplo da compra de um carro usado, o mesmo que George Akerlof usou em seu célebre artigo "The market for lemons" (*lemons*, nos Estados Unidos, é o termo que designa carros usados). Como os potenciais compradores não têm condições de avaliar de forma mais apurada ou precisa a qualidade e o histórico do carro (se já foi batido, se o motor está batendo pino etc.), ocorre um fenômeno que se conhece como *assimetria informacional*. Simetria (e seu antônimo, assimetria) vem da geometria. É a característica de duas figuras geométricas que podem ser colocadas de um modo tal que cada ponto de uma corresponda a um ponto da outra; assimetria é o oposto. No caso, o vendedor sabe muito mais sobre o carro que o comprador. E, levando esse mesmo raciocínio adiante, o comprador está em clara desvantagem, já que não dispõe de informações que são críticas para avaliar se o preço pedido pelo carro é "justo". Para lidar com esse problema, há duas alternativas: primeiro, usar a regulação, ou seja, o suprimento e a superação dessa deficiência informacional por meio do Estado; e, em segundo lugar, um certo monitoramento pós-contrato, como, por exemplo, estabelecendo uma garantia de uso pós-venda.

Mas cooperar implica também transigir, ponderar propostas divergentes e aceitar; nesse sentido, pode-se entender cooperação como convergência de interesses. Convergência, um termo oriundo da física, é a característica de duas ou mais trajetórias que se reúnem num só ponto; na óptica, a convergência de raios se dá num único ponto. Ou seja, no sentido figurado, a idéia de cooperação é atingir um só resultado. A convergência dos resultados pressupõe, contudo, ações convergentes, e, para isso, é preciso que nossas ações se transformem. Temos aqui uma nova definição: cooperação é um conjunto de transformações que têm por objetivo produzir um acordo, um resultado que

seja satisfatório para ambos; é semelhante a uma característica de ação em que os elementos se transformam.

Vamos, então, usar o exemplo anterior para ilustrar quando uma promessa pode não ser cumprida. Um vendedor de um certo automóvel pede ao seu comprador que pague agora e retire o veículo no futuro, talvez porque ele pretende adquirir outro carro e não quer ficar a pé, talvez porque quer dar uma última voltinha com seu veículo por questões afetivas. Esse tipo de promessa envolve um risco real, em que o vendedor do carro pode não entregar o carro como prometido. O comprador pode se recusar a pagar em dinheiro por não conhecer o vendedor, ou pode simplesmente não concordar com essa condição, por ser uma promessa que pode não ser exigida no futuro. Vamos supor que essa transação de compra e venda de carros se dê no meio da Guerra do Iraque, e estou contratando com um mulá corrupto local um pagamento que consumirá todas as minhas economias. É evidente que, por mais corajoso e destemido que eu seja, ficarei reticente em dar o dinheiro com a entrega do veículo no futuro.

A despeito de se tratar de um exemplo extremado, qualquer comprador cauteloso quer mais do que uma simples e mera obrigação moral de entregar a coisa no futuro (daí por que envolve risco). Mas, por outro lado, posso estar disposto a pagar por uma promessa que poderá ser exigida no futuro. Por exemplo, neste caso, posso contratar o auxílio das Forças norte-americanas, que se comprometem a prender o mulá caso ele não efetue o pagamento. No entanto, isso pode me custar algo: dinheiro ou outro favor. De todo modo, se o mulá sabe que tenho força coercitiva para fazer valer nosso contrato, pode haver maior cooperação entre nós.

É por isso que podemos afirmar que a possibilidade de cumprimento encoraja a troca e a cooperação. O papel de qualquer tribunal é exatamente este: garantir o cumprimento da promessa original, visto que tal instituição incentiva a redução do risco (supondo ser um tribunal eficiente e justo). Não por outra razão, Cooter e Ullen afirmam que um contrato que pode ser exigido é aquele que transforma um jogo de solução não cooperativa em outro com solução cooperativa. No nosso caso, se o mulá aceitar a negociação, mas não me entregar o carro aceito correr o risco com o apoio do Exército americano; fechamos o negócio e estou (relativamente) seguro de que as promessas serão mantidas.

Os mesmos Cooter e Ullen fornecem a resposta à primeira pergunta – quais as promessas que podem ser exigidas: aquelas que ambas as partes desejavam, quando da celebração do contrato, que fossem cumpridas. Essa é a primeira finalidade do direito contratual: permitir às partes transformar suas ações, de forma coordenada e em direção a uma situação desejada por ambas,

dando-lhes garantia do cumprimento do que foi originalmente combinado. Com isso, os contratantes podem seguir por caminhos que maximizam seu benefício. Lógico que há outros fatores em jogo que também podem conduzir à ação de colaboração. Caso tais condições não estejam presentes, resta a possibilidade de não contratar, ou seja, a não-celebração do negócio. Contudo, não é, em princípio, uma solução ineficiente. Ou seja, apenas a confiança no contrato (e nas instituições) permite e possibilita que as pessoas transformem jogos com soluções ineficientes em outros com soluções eficientes. Numa outra (e mais simples) explanação: os contratos que podem ser exigidos promovem a cooperação, e esta pressupõe um compromisso.

O compromisso é o resultado de promessas que podem ser exigidas e que se transformam em obrigações. Que tipo de promessa pode se transformar em obrigação? Aquelas que as partes desejam que sejam cumpridas e estão, inclusive, dispostas a pagar (e incorrer em custos de transação) por isso. Somente o compromisso crível permite ao contrato ser eficiente.

Voltemos ao exemplo da compra e venda de um veículo usado. Vamos supor (de forma tão pouco realista quanto no exemplo do mulá!) que eu queira, a todo custo, comprar uma Maseratti amarela usada, mas que não tenho à mão todos os recursos necessários para isso – preciso vender certos ativos (como meu apartamento) para obter dinheiro vivo (liquidez). Por sua vez, o vendedor da Maseratti deseja utilizar o dinheiro da venda de seu carro para viajar pelo mundo. Para viajar, porém, precisa gastar em certos preparativos, comprar malas, botas especiais para o Ártico etc. Contudo, ele reluta em utilizar a sua poupança para isso, já que, sem a venda da Maseratti, não poderá pagar sequer a passagem e, caso a venda não se concretize, acabará com uma tralha inútil.

Conseqüentemente, o vendedor quer que a promessa possa ser exigida quando for celebrada. Por minha vez, eu não preciso vender meu apartamento, se não for comprar o carro. Ou seja, também quero que a promessa do vendedor seja mantida. Desta maneira, a garantia de que ambas as promessas serão cumpridas é essencial para a formalização do contrato e para a ação para cada uma das partes (vender o apartamento, comprar utensílios de viagem).

Apesar de parecer trivial, quando se trata de relações humanas, nada é tão óbvio. No nosso exemplo inicial na seção “Contratos: a ótica legal”, anteriormente neste capítulo, da venda de um som, em que o comprador acredita estar comprando um equipamento de última geração, ocorrem, entre comprador e vendedor, promessas diferentes: Cooter bem lembra que cada um tinha em mente expectativas distintas, não obstante tivessem firmado a mesma promessa. Não houve, portanto, um acordo de entendimentos sobre o que exatamente seria o som a ser vendido. Isso é tão verdadeiro que constam

no Direito norte-americano, desde há muito, definições contratuais. Por exemplo, em qualquer preâmbulo, definem-se termos que para muitos são óbvios: o claro intuito de tais definições é não restar dúvida alguma sobre o tipo de promessa em que alguém está se engajando. Num contrato de financiamento bancário, estaria nitidamente definido o que é o financiamento, o que se entende por carteira hipotecária, como se definem os juros e assim por diante.

No terceiro exemplo da seção anterior, o da dieta do esparadrapo, a intenção clara é de lesar, de enganar, de usar a boa-fé da compradora, induzindo-a ao erro.

Sobre esse ponto, é importante conhecer uma noção adicional acerca de partes contratantes, que envolve um conceito que não é econômico nem jurídico, mas moral. Não pode ser definido como tangível ou facilmente conquistável. É fruto e resultado de um longo e penoso esforço, aliado à experiência dos anos. Trata-se da confiança ou, em outras palavras, da *credibilidade*. A credibilidade, como se afirma comumente, é difícil de ganhar, mas fácil de perder.

Definida como a qualidade daquilo que se pode crer ou que se toma como verdade, implica julgamentos de confiança e segurança. Uma parte contratante que não goze de credibilidade faz com que os agentes econômicos errem ao estimar preços em função do risco. Por exemplo, quanto menos crível for o histórico de um devedor, maior será a taxa de juros que lhe será exigida pelo mercado para que seus títulos sejam detidos, sob o risco de ele não obter nenhum empréstimo.

Passemos agora ao segundo problema: o que fazer quando as promessas não são efetivamente cumpridas? No inglês, a expressão *remédio* é a resposta para a inadimplência contratual, no sentido de algo que cura, mas a melhor expressão em português é mesmo *penalidade*, ou imposição de sanções pelo não-cumprimento contratual.

Que tipos de penalidade podem existir para promessas não cumpridas? Primeiro, não se pode considerar a penalidade normal e previsível, pois não é – ela deve ser vista como punição, um castigo mesmo. O conceito de penalidade advém de *pena*, da noção de que a sociedade impõe uma correção a fim de reprimir uma contravenção ou um crime. Entretanto, em Direito & Economia, a penalidade é vista não como uma sanção, e sim como um preço a ser pago, acertado, *ex ante*, por aquele que prometeu – é, na verdade, uma típica hipótese contratual.

O preço a ser pago por não-cumprimento do contrato, fruto da cooperação e do compromisso, visa criar mecanismos de incentivo ao seu correto cumprimento. Como em qualquer mecanismo econômico de preço, quanto maior ele for, maior será o esforço (ou ao menos *deveria* ser) de quem fez a promessa

para c
tos, q
ranti

A
se, um
o seu l
lucro p
que ne
prome
des co
inexec
sentan

Par
respei
trato,

A Res

A i
cumpr
falta a
sidade
nal, é
lidade
culpos
respon
define
ou om
dano a

O a
troduç
comete
mente
pelos b

Ess
ção de
na lei
Código
doutrin
trazend

para cumpri-la. Isso nos leva a um segundo objetivo da economia dos contratos, que é assegurar o compromisso ótimo, elemento fundamental para garantir o desempenho, como veremos adiante.

As partes celebram um contrato considerando sempre o seu auto-interesse, uma vez que o ser humano é hedonista, isto é, seu propósito é maximizar o seu benefício e a sua satisfação. Num regime capitalista, o objetivo é o maior lucro possível, e, se levarmos em conta que o agente econômico é racional (o que nem sempre é verdade), em determinados contratos a garantia de que a promessa feita será cumprida só se torna crível se acompanhada de penalidades contratuais. Neste sentido, as multas por ruptura contratual ou por inexecução (quando alguém deixa de fazer aquilo que deveria fazer) representam uma forma expressa de incentivo.

Para entender a resposta à segunda indagação formulada por Coooter, a respeito das alternativas existentes quando uma das partes descumpre o contrato, precisamos analisar a responsabilidade pela inadimplência.

A Responsabilidade pela Inadimplência

A inadimplência ocorre simplesmente quando uma das partes deixa de cumprir uma obrigação. Em termos mais jurídicos, consiste naquele ato que falta a uma obrigação convencionada no prazo estipulado, o que gera a necessidade de responsabilizar a parte contratante por sua falta.⁵⁷ Na visão tradicional, é responsabilidade da parte faltosa assumir os atos praticados e a possibilidade de ter de responder por dano, desde que o dano seja causado por ato culposo ou doloso. Na dicção do novo Código Civil brasileiro, o conceito de responsabilidade vem inscrito no capítulo dos atos ilícitos. É o artigo 186 que define o que se conhece por *responsabilidade subjetiva*: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

O artigo seguinte complementa o conceito de responsabilidade com a introdução de um componente social. De acordo com o artigo 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Essa nova redação manteve os requisitos clássicos e necessários à obrigação de indenizar, quais sejam fato lesivo, dano e nexos causal. Foi introduzida na lei a possibilidade de reparação do dano moral puro, o que não existia no Código Civil de 1916, em consonância com o que já estava consolidado pela doutrina e a jurisprudência, com a substituição do termo “prejuízo” por “dano”, trazendo um significado mais amplo ao conceito.

No entanto, a versão que pretendemos expor é outra. Aqui, a inadimplência é vista como uma alternativa pela qual posso incorrer em perdas menores do que se fosse cumprir o contrato. A diferença está em que não se consideram os aspectos morais da questão, apenas a possibilidade de que se descumpra o prometido por conta de comportamentos oportunistas das partes. Depende do tipo de penalidade (e do custo que isso acarreta) a ruptura ou inadimplência contratual tanto por parte do promitente em desempenhar a sua promessa como do prometido em fazer a sua parte. Claro que existem outros elementos em casos mais específicos (por exemplo, manter a tradição ou a credibilidade do contratante), mas, usando um modelo simplificado, verificamos que são duas as possibilidades quando o promitente decide como um agente econômico racional:

1. Se o custo do promitente em cumprir o seu contrato for maior do que a responsabilidade contratual por inadimplência, então a ruptura é a melhor solução.
2. Se o custo do promitente em cumprir o seu contrato for menor do que a responsabilidade contratual por inadimplência, então cumprir o contrato é a melhor solução.

A aplicação dessa regra é relativamente intuitiva. Suponha que, no exemplo de compra e venda do Maseratti amarelo, eu possa comprar o carro recebendo-o agora e deixando para pagar mais tarde, quando conseguir vender o apartamento. Nada impede que eu saia por aí dirigindo o Maseratti, sem depois cumprir a minha promessa de pagar. Se não há nenhum tipo de penalidade pelo não-pagamento, o único prejudicado será o vendedor, que acreditou em mim. Mesmo que haja uma penalidade, se for inferior ao prazer que desfrutarei em passear com o Maseratti por um tempo, sem pagar por ele, ela não me deterá. Por outro lado, se as multas forem elevadas, certamente vou preferir vender o apartamento e pagar pelo carro a sofrer a penalidade.

Sabemos, então, que, fixando as penalidades em valor suficientemente alto, a inadimplência será desencorajada. Mas até que ponto é adequado impedir que as partes descumpram o prometido? Afinal de contas, às vezes as circunstâncias mudam, e o que era bom em uma situação pode deixar de ser em outra. Não fosse assim, não teríamos em todo o mundo tantas dissoluções de contratos matrimoniais, mesmo daquelas partes que prometeram ficar juntas até o fim da vida. Nesses casos, as sociedades modernas aceitam que a inadimplência (que corresponderia ao divórcio) é uma solução melhor do que obrigar o cumprimento da promessa original a qualquer custo.

Do ponto de vista normativo, e utilizando outra vez o conceito de eficiência, temos que, quanto maior o benefício agregado que se obtém quando as



parte
oposi
nor
cunsta
da, o
contra
bra C
prom
meti.
muda
Va
sor qu
tra en
assisti
para o
em qu
minist
ponto
sempre
é mais
Nessa
excede
nos lev

Per
inadim
ideal d
sabilid
nho de
for a g
levar e
gerado



partes honram o contrato, mais se deve desencorajar a inadimplência. Em oposição, quanto menor o excedente adicional gerado pela inadimplência, menor a importância de o contrato ser respeitado. E, se uma mudança de circunstâncias fizer com que o cumprimento do contrato gere uma perda líquida, o melhor é que ele não seja cumprido. Portanto, o cumprimento de um contrato pode ou não ser economicamente eficiente. Isso porque, como lembra Cooter, a promessa sempre precede a performance: eu primeiro me comprometo com uma promessa, e só depois vou cumprir ou não aquilo que prometi. É evidente que, nesse lapso temporal, acontecimentos externos podem mudar o custo de concretizar o que foi prometido.

Vamos ilustrar esse princípio com um exemplo. Suponha que um professor que vive no Rio de Janeiro tenha se comprometido a ministrar uma palestra em Manaus, pela qual receberia R\$1.000; para os alunos, o benefício de assistir a essa palestra é de R\$5.000. No entanto, e repentinamente, surge para o professor a oportunidade de prestar uma consultoria no Rio de Janeiro em que ele poderia ganhar R\$10.000. Nesse caso, ele deveria ser obrigado a ministrar a palestra e perder a oportunidade de prestar a consultoria? Do ponto de vista da eficiência econômica, a resposta é não, pois o custo de desempenhar a promessa original de ministrar a palestra em Manaus (R\$9.000) é mais alto que o benefício que os alunos teriam em assistir a ela (R\$5.000). Nessas circunstâncias, o custo de executar o contrato conforme prometido excede os benefícios, por isso rompê-lo é mais eficiente que cumpri-lo. Isso nos leva à seguinte regra:

Custo do promitente em cumprir a sua promessa \geq perda do prometido em função da inadimplência \Rightarrow a ruptura do contrato é a solução mais eficiente.

Custo do promitente em cumprir a sua promessa \leq perda do prometido em função da inadimplência \Rightarrow o desempenho do contrato é a solução mais eficiente.

Pensando em como os agentes reagem às penalidades em caso de inadimplência e em que situações ela é eficiente, podemos avaliar a forma ideal de fixar as penalidades por inadimplência. Na medida em que a responsabilidade pela inadimplência funciona como um incentivo ao bom desempenho do contrato, conclui-se que ela deve ser tão mais elevada quanto mais alto for o ganho de eficiência gerado. A fixação das penalidades também precisa levar em conta, porém, que não necessariamente a distribuição dos ganhos gerados por um contrato é simétrica, o que significa que as partes podem

sofrer perdas desiguais no caso de inadimplência. No exemplo anterior, o professor fica com todo o ganho como resultado de não cumprir o prometido, e as perdas concentradas cabem aos alunos. É óbvio que a parte que perde mais em caso de descumprimento tem um incentivo natural maior para cumprir o contrato, com o oposto valendo para a que perde menos. Em termos ideais, o valor das penalidades deve levar em conta essa assimetria.

Podemos agora derivar a regra ideal para fixar as penalidades por inadimplência. Para promover a eficiência, a penalidade por inadimplência imposta à parte que descumprir o contratado, seja o promitente ou o prometido, deve ser igual à perda sofrida pela outra parte em virtude desse descumprimento. Isso equivale a fazer o que se denomina "internalização" dos custos da inadimplência: cada parte passa a orientar as próprias decisões com base no seu impacto líquido sobre o bem-estar total, restando às partes incentivos eficientes para desempenhar o contrato.

No exemplo do professor, a multa por inadimplência deveria ser de R\$1.000 para quem o convidou para a palestra, e de R\$5.000 para o próprio professor. Se as perdas forem transferidas à outra parte, sob a forma de multas, teremos uma regra que atende não apenas ao princípio da eficiência de Kaldor-Hicks, como também ao de Pareto.

Na prática, a dificuldade é como medir a perda para a parte prejudicada pela inadimplência. Em face disso, o sistema jurídico criou uma figura de responsabilidade por inadimplência que vai além daquilo que está contratado. Isso se dá porque, diferentemente da compra e venda de veículos, algumas transações dizem respeito a atividades muito mais complexas, em que se incorre em riscos muitos maiores. Trata-se do conceito de *lucro cessante*, aquilo que se deixa de ganhar como resultado da inadimplência contratual. O lucro cessante tem uma característica que o distingue: é uma indenização que se dá a quem sofreu um prejuízo potencial (e não apenas o prejuízo real) pela perda do que poderia ser ganho, mas não foi.

Por exemplo, no artigo 389 do novo Código Civil, a previsão de lucro cessante é entendida como "perdas e danos" ("Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado"). Já nos artigos 949 e 950, a previsão de lucro cessante é assim expressa:

"No caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até o fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido (...) se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua a capacidade de trabalho, a indenização, além das



Res

rant

a "p

após

rial,

lher

de u

ções

do p

Sina

C

uma

reali

ção c

a sua

da op

mais

A

a pro

contr

resili

contr

uma

pelo

É

e as p

desc

cump

limita

mora

ou, en

"inex

limite

dame



despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.”

Resiliência

A última das perguntas da Teoria Econômica dos Contratos era como garantir resiliência ótima. Segundo o *Dicionário Houaiss*, resiliência, em física, é a “propriedade que alguns corpos apresentam de retornar à forma original após terem sido submetidos a uma deformação elástica”. Resiliente é o material, como o elástico, que pode ser impelido a voltar a ser o que era, a encolher-se, a diminuir. Igualmente, há outro conceito, que é o de sinalagma, ou de um contrato sinalagmático. Sinalagma é a mútua dependência de obrigações num contrato; são as relações de negócio que se estabelecem por meio do pacto, contrato ou o sinal que impõe a obrigação recíproca às partes. Sinalagma genético é aquilo que foi avençado no momento de sua celebração.

Com esses conceitos em mente, podemos definir *resiliência contratual* como uma mudança da posição de um dado promitente, em virtude da promessa realizada, que torna mais provável seu cumprimento. No exemplo da operação de compra e venda da Maseratti amarela, se comprar os apetrechos para a sua sonhada viagem, o dono do carro ficará mais interessado na concretização da operação – ou seja, seu custo de inadimplência fica mais alto e a promessa, mais valiosa para ele.

A resiliência é uma ação do promitente que aumenta o seu interesse em ver a promessa cumprida. Assim, uma das qualidades fundamentais de um bom contrato é a garantia de que a promessa será cumprida, ou seja, a garantia de resiliência ótima, com a criação de um incentivo adicional ao cumprimento contratual. Numa equação simples, podemos afirmar que “o ganho gerado por uma resiliência adicional equivale ao valor da execução contratual multiplicado pelo aumento na probabilidade de performance deste contrato”.

É evidente que resiliência em excesso – a noção de que nada pode evoluir e as penalidades serem tão excessivas a ponto de sempre desencorajarem o descumprimento do contrato – cria um problema oposto. O contrato não é cumprido em razão de não ser eficiente. Lógico que a lei e as cortes podem limitar indenizações ou prejuízos, mas tome-se a questão das indenizações morais: há um limite a partir do qual é melhor simplesmente não contratar ou, em se contratando, doar todo o patrimônio aos filhos e, assim, se tornar “inexecutável”. Ou seja, o Judiciário deve compensar o réu exatamente no limite de seu prejuízo e responsabilizar o autor por suas ações, e não ilimitadamente.

Neste ponto, podemos unir a Teoria Econômica dos Contratos aos contratos incompletos. Como preencher os contratos incompletos sem incidir nos problemas anteriormente mencionados? A resposta direta é o Judiciário e o processo de julgamento que preenche tais lacunas.

Preencher uma lacuna em um contrato certamente aumenta os custos de transação: se eu quiser detalhar melhor um contrato, exigir garantias adicionais, enfim, preenchê-lo melhor, mais caros se tornarão sua redação e seu cumprimento. Além disso, devo compatibilizar o que preencho contratualmente com o tipo de risco que desejo assumir, fator intrinsecamente vinculado ao tipo de prejuízo que aceito (ou que posso) assumir.

Ora, isso significa que o nível ótimo de lacunas contratuais de um contrato depende do seu risco e do custo de torná-lo mais completo. Pode-se depreender dessa afirmação que, na maioria das vezes, faz sentido deixar algumas lacunas contratuais. Suponha, por exemplo, que eu conheço o contratante há muitos anos e deposito nele grande confiança; é claro que, nesse caso, o contrato será mais amplo, no sentido de ser mais simples, exatamente em função dessa credibilidade. Alternativamente, se a transação envolver uma operação muito comum – um contrato de mútuo ou de emprego, por exemplo –, que já tenha sido objeto de conflitos e decisões judiciais reiteradas, é natural que eu prefira deixar uma lacuna contratual, por saber como o Judiciário, em caso de disputa, irá preenchê-la. Dessa forma, além de reduzido o custo de redação, negociação e execução do contrato, tem-se que o próprio fato de a outra parte também conhecer a jurisprudência nesse tipo de transação faz com que o risco envolvido em deixar lacunas contratuais seja menor. Obviamente, isso será tão mais efetivo quanto mais consolidado e uniforme for o posicionamento do Judiciário.

A primeira indagação que se faz é sobre fatos que podem mudar ao longo da execução do contrato, ou que não eram previsíveis no momento de sua celebração, ao que se dá o nome de Teoria da Imprevisão. A *imprevisão* é um elemento típico de relações contratuais que ajuda a ilustrar por que os contratos são sempre incompletos. Cabe aqui uma breve nota sobre as situações em que ocorre uma imprevisão.

Caio Mário da Silva Pereira lista quatro elementos imprescindíveis à Teoria da Imprevisão, a saber:

1. A vigência de um contrato de execução diferida ou sucessiva.
2. A alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto com o ambiente objetivo no momento da celebração.

3. A onerosidade excessiva para um dos contratantes, gerando um benefício exagerado para o outro.
4. A impossibilidade de antecipar, quando da celebração do contrato, que a dita alteração radical poderia ocorrer. Vale dizer que o estado da natureza que acabou por sobrevir não fosse considerado plausível de ocorrer no momento da contratação.⁵⁸

Obviamente, a separação entre o que são os riscos contidos em um contrato, e por ele assinalados a cada uma das partes, e uma situação não previsível é muito tênue e fadada a ser muitas vezes decidida com base em critérios subjetivos. Quanto menos judiciosa for a utilização dessa teoria, maior o risco de celebrar contratos incompletos, menor o nível ótimo de lacunas e maior o custo de transação envolvido na contratação.

Como identificar, então, uma situação de imprevisão contratual? Segundo Enzo Roppo, para que um desequilíbrio entre prestação e contraprestação possa ser caracterizado como imprevisível, é preciso que supere as oscilações normais de mercado observadas em geral para os valores trocados; ou seja, se as oscilações nas condições do contrato permanecerem dentro dos níveis normais, não podem ser consideradas imprevistas e não há razão para modificá-las. Diz ele:

“A lógica, em suma, é esta: cada contrato comporta, para quem o faz, riscos mais ou menos elevados; a lei tutela o contraente diante dos riscos anormais, que nenhum cálculo racional econômico persistiria considerar, mas deixa a seu cargo os riscos tipicamente conexos com a operação, que se inserem no andamento médio daquele mercado.”⁵⁹

Para Roppo, o ordenamento jurídico somente deve intervir para controlar o impacto/efeito do quadro externo das circunstâncias, dentro das quais aquelas opções e decisões do contrato foram assumidas – “quaisquer que sejam, forem assumidas ou devem ser executadas; ou seja, a correção formal das modalidades externas por meio das quais as trocas são decididas e realizadas”. A expressão “quadro externo das circunstâncias” tem mesmo o sentido dúbio de externo ao contrato, como não previsto pelas partes, mas também como variável independente e fora do controle dos contratantes.

Logo, é possível afirmar que, se há enriquecimento – e, portanto, desequilíbrio –, poderia se invocar a Teoria da Imprevisão, o que resultaria em um critério menos rigoroso de enquadramento de conflitos nessa teoria do que o proposto por Caio Mário da Silva Pereira. De igual forma, nosso Código Civil, em seu artigo 156, celebra tanto o instituto do estado de perigo como o de lesão como passíveis de serem invocados para caracterizar desequilíbrio contratual, concomitantemente e sempre com base na Teoria da Imprevisão.

O que isso tem a ver com eficiência? Ora, na medida em que a eficiência requer mais resiliência (com o objetivo de estimular o cumprimento do contrato e, conseqüentemente, a disposição das partes a celebrarem contratos), pode-se afirmar que o ganho esperado do contrato pode, em princípio, exceder os prejuízos imaginados no momento inicial da contratação, senão não haveria trocas e contratos. E, na medida em que os contratos possam ser executados (se não forem cumpridos), o sistema aumenta a sua eficiência.

Vistos os conceitos principais da chamada economia do contrato, podemos discutir o papel desempenhado por eles na Teoria da Firma, sob a óptica dos custos de transação, outro importante recurso para o entendimento dos direitos contratuais.

Contratos, a Teoria da Firma e Eficiência Econômica

Em geral, ao se discutir a Teoria dos Contratos, tem-se em mente a realização de transações entre agentes econômicos de outra forma não relacionados e mediados pelo mercado: a solução do problema causado pela poluição de uma fábrica aos seus vizinhos, a compra de um carro, a contratação de um palestrante etc. Mas a Teoria dos Contratos também é muito útil para entender as transações entre agentes econômicos dentro de uma mesma organização ou em relações de hierarquia – isto é, que não ocorrem ou são mediados pelo mercado. Por exemplo, o “contrato” entre um chefe e sua secretária sobre as obrigações e os privilégios de cada um, ou entre o acionista e os gestores de uma empresa.

De fato, como vimos no Capítulo 2, desde outro trabalho seminal de Ronaldo Coase, a empresa passou a ser vista como um feixe de contratos.⁶⁰ Nessa interpretação, a fronteira da empresa – isto é, o conjunto de contratos realizados no seu interior, em anteposição àqueles por ela firmados com outros agentes econômicos no mercado – é definida com base na minimização dos custos de transação. Vale dizer que contratos com menor risco e custos mais baixos de redação, implementação e monitoramento são executados pelo mercado; os demais são internos à empresa.

Como afirmam Decio Zylbersztajn e Rachel Sztajn, são os contratos que permitem

“que os indivíduos realizem investimentos e façam surgir o pleno potencial das trocas, por meio da redução nos custos associados a riscos futuros. Vistas como um conjunto de contratos, as empresas representam arranjos institucionais que são desenhados de modo a coordenar (governar) tal conjunto de contratos envolvendo diferentes atores. Assim, são considerados



arranjos contratuais aqueles internos às empresas que definem as relações entre agentes especializados na produção, bem como os arranjos externos às empresas que regulam as transações entre empresas independentes.”

E ainda:

“Um contrato significa uma maneira de coordenar as transações, provendo incentivos para os agentes atuarem de maneira coordenada na produção que permite o planejamento de longo prazo. A teoria prevê que os contratos poderão variar em termos de eficiência, conforme o seu desenho defina incentivos para os agentes operarem.”⁶¹

Nesta óptica, a função dos contratos na Teoria da Firma é, em larga medida, prover incentivos eficientes para que as partes tenham uma conduta coerente com os objetivos da empresa (Teoria da Agência), com a alocação eficiente dos riscos e a economia em custos de transação, em especial nos custos de monitorar a sua execução e remediá-lo em caso de inadimplência.

A Teoria da Agência foi bem descrita por Berle e Means já em 1933.⁶² Em síntese, o problema da agência se resume a uma situação em que os interesses de uma pessoa (o *principal*) dependem das ações de outra (o *agente*) – com a qual não compartilha os objetivos –, conforme regulado por um contrato entre as duas.⁶³ O principal deseja que o agente se comporte de forma a favorecer seus interesses (do principal), mas não possui as informações completas nem para definir exatamente o que o agente deve fazer, nem para monitorar o que ele de fato faz. Além disso, há incertezas externas à relação entre os dois que afetam o resultado final da ação do agente; por essa razão, o principal não tem como saber se um resultado menos favorável do que ele desejaria se deve a um comportamento não ideal do agente ou a outro fator externo. Isto é, não há possibilidade de individualizar o efeito da ação do agente, impedindo o principal de saber com certeza qual foi a conduta do agente.⁶⁴

Problemas de agência são muito comuns. Um exemplo típico é a relação entre o acionista (o principal) e o gestor (o agente) de uma empresa. O interesse do primeiro é que a empresa maximize seus lucros, já o segundo quer maiores salários, mais benefícios e privilégios e uma carga de trabalho não muito pesada. Se o lucro ficar abaixo do que deseja o acionista, ele não tem como saber se foi o gestor que não se esforçou ou se o mercado é que estava desfavorável. Outro exemplo: eu (o principal) contrato um encanador (o agente) para consertar um vazamento na parede no meu apartamento. Meu interesse é que ele faça a obra o mais rápido e ao menor custo possível, enquanto ele prefere compatibilizar o trabalho no meu apartamento com outras tarefas e pode não estar muito preocupado com o custo da obra. Se a obra demorar mais do que o previsto, eu terei dificuldade de saber se foi por conta de contratempo fora do

controle do encanador ou se foi pelo fato de ele ter arrumado um serviço novo, o que o impediu de dar a devida atenção ao vazamento no meu apartamento.

Esses exemplos ilustram os quatro aspectos característicos da relação entre principal e agente. Primeiro, sempre há algum valor econômico criado pelo agente, ou porque ele detém algum tipo de conhecimento técnico especial, ou porque possui mais informação, ou ainda porque conta com mais tempo. Todos esses fatores permitem a ele realizar a tarefa a um custo menor que o do principal. Segundo, os interesses do principal e os do agente são distintos – cada um visa maximizar os próprios interesses e recompensas, buscando o maior retorno possível mediante seus atos. Terceiro, o agente pode tomar algumas medidas que favorecem seus interesses particulares a expensas do principal. Finalmente, é difícil (e dispendioso), para o principal, monitorar ou verificar o comportamento do agente. Mesmo que ele possa controlar, intermitentemente o que o agente está fazendo, a avaliação do que deveria ter sido feito para atender aos anseios do principal é complexa.⁶⁵

A solução para o problema de agência passa essencialmente pelo estabelecimento, entre o principal e o agente, de um contrato que torne os interesses do segundo mais alinhados aos do primeiro – quanto melhor for esse alinhamento, menor o problema. Na elaboração de um contrato como esse, costuma-se enfrentar um dilema: de um lado, como o agente estará sempre focado no seu próprio interesse, quanto melhor for o incentivo dado pelo principal, mais ele será capaz de induzir o agente a se comportar conforme seus desejos, mas, de outro lado, tais incentivos exigem alguma transferência de recursos do principal para o agente. Nos exemplos acima, o acionista pode melhorar os incentivos do gestor dando-lhe uma participação nos lucros, e eu posso oferecer ao encanador um bônus se ele fizer a obra dentro do prazo e do orçamento propostos. Contratos com essas características terão melhores chances de atender aos interesses do principal. O desafio é, então, avaliar que preço é razoável pagar pelo incentivo extra.

Portanto, um elemento fundamental no desenho dos contratos é o estabelecimento de incentivos que estimulem as partes a cumpri-lo, em uma situação em que a outra parte não pode monitorar ou verificar (*ex post*) com precisão se a outra se comportou conforme o prometido. O direito é prescritivo, uma vez que estabelece normas de conduta que devem ser seguidas por todos e se vale de mecanismos de coação e sanção no seu descumprimento. O que estamos discutindo em *Direito & Economia* pode resumir-se à seguinte indagação: se queremos eficiência e o cumprimento dos contratos no sistema econômico, qual deve ser o padrão de incentivos para que se dê o correto cumprimento das normas?



Dentro dessa óptica, pode-se, por exemplo, interpretar a lei como um contrato entre a sociedade (o principal) e o cidadão (o agente), que busca criar um sistema de incentivos (majoritariamente calcado em penalidades) capaz de alinhar os objetivos individuais aos do coletivo social. Ronald Dworkin contesta essa visão, alegando que o direito é antes um meio *político* em que a comunidade atua e interage movida pelo propósito de manter coesos todos os princípios sociais; que existe livre-arbítrio, igualdade material e igualdade formal na lei, a qual garante, mais do que a maximização da riqueza, a existência da própria sociedade. Segundo Dworkin, muitas vezes as decisões individuais não se harmonizam necessariamente com os objetivos sociais, e a estrutura legal deve existir para incentivar comportamentos baseados não apenas na racionalidade econômica, como também em outros princípios não racionais, como a redução das desigualdades sociais.

A título de conclusão do capítulo, podemos afirmar que o argumento dos incentivos ao comportamento, entretanto, continua muito forte e deve pautar tanto a proteção dos direitos de propriedade como a realização de contratos.

As partes envolvidas podem ter incentivos diversos para litigar: algumas têm interesses de longo prazo, outras, de curto prazo. Há, ainda menor, ou maior interesse patrimonial no conflito e na sua solução. O argumento de Paul Rubin é que, se o sistema jurídico for eficiente, não haverá incentivo para desafiar as leis e os procedimentos que definem a sua aplicação, já que será caro desrespeitar os contratos. Se, por outro lado, as partes se beneficiarem das ineficiências – como acontece no Brasil –, tais direitos, leis ou normas serão contestados a todo instante.

Pode-se supor, contudo, que as partes também têm percepções diversas sobre as decisões judiciais precedentes. Por exemplo, se uma empresa em atividade contínua está constantemente envolvida em questões de igual teor (por exemplo, os bancos e o direito do consumidor), há um incentivo implícito para que antecedentes jurisprudenciais possam ser observados e para que isso implique o desenho de certos contratos mais eficientes (como os de atendimento bancário).

Por fim, o incentivo deve mesmo ser financeiro – monetário, por excelência. Schopenhauer definia *motivação* como a relação de um ato com outros que o justificam e explicam. Incentivos e desincentivos pecuniários se mantêm como a melhor orientação para o comportamento correto do cidadão. Discorremos no capítulo anterior sobre o conceito de custos de transação e seu impacto sobre as relações humanas. Todos querem reduzir os custos de negociar, formalizar e realizar direitos de propriedade. Redigir e formalizar bons contratos é um meio de reduzir custos de transação. Evitar promessas que não possam ser cumpridas ou formalizar a entrega de bens ou direitos no futuro é, também, um meio de reduzir custos de transação. E para tanto há incentivos.

Segundo Cooter e Ullen:

“O desenho ou a escolha dos termos dos contratos será função das regras legais, da capacidade de coerção das cortes de justiça e do surgimento de mecanismos privados de salvaguardas para os agentes envolvidos com os contratos. Uma vez que as empresas são vistas como arranjos alternativos, o desenho do contrato dependerá de considerações de eficiência, sendo superiores aqueles que oferecerem incentivos e mecanismos mais eficientes de resolução de disputas.”

Eis a visão que têm Cooter e Ullen sobre o papel do Judiciário em toda essa discussão: “Garantindo o cumprimento das promessas, as cortes criam os incentivos para cooperação eficiente.”⁶⁶

Resumo do Capítulo

1. Na introdução deste capítulo, vimos que a corrente de Direito & Economia é acadêmica e que comporta juristas e economistas que procuram analisar o fenômeno jurídico sob uma óptica única. Ela agrega certos princípios de economia à análise do direito e não é puramente anglo-americana, ou mera consequência da globalização. O assunto não é novo e se divide em diversas correntes de interpretação, apesar de ser uma única escola.
2. É sempre mais fácil compreender as duas áreas, direito e economia, juntas do que isoladas; o movimento de Direito & Economia busca explicar como funcionam todas as relações legais que governam a sociedade, além de determinar a influência exercida pelo Direito na Economia e, por seu turno, a influência da Economia no Direito.
3. O termo Direito & Economia refere-se aos métodos de economia para resolver os problemas legais e, inversamente, aos métodos do direito e das regras legais para impactar a economia e seu desenvolvimento. Para estudar a análise econômica do direito, nós a dividimos em duas correntes: uma corrente positiva (efeitos das várias regras legais) e uma normativa (com o estabelecimento de recomendações de políticas e regras legais baseadas nas várias consequências econômicas). Além delas, três premissas norteiam o movimento: existe maximização racional das necessidades humanas; os indivíduos obedecem a incentivos de preços para conseguir balizar o seu comportamento racional; e regras legais podem ser avaliadas com base na eficiência de sua aplicação.



4. As críticas feitas ao movimento são de quatro ordens: a primeira é feita quanto à metodologia adotada, a segunda quanto à conceituação, a terceira quanto à abrangência e, finalmente, a quarta quanto à historicidade.
5. A Teoria Econômica da Propriedade é a estrutura com que se constroem vários outros conceitos do movimento de Direito & Economia. Propriedade é o “direito daquele que possui ou pode reivindicar uma coisa em virtude de lei ou, historicamente, ao menos em virtude de um direito natural”, mas, pelo nosso prisma, trata-se “da habilidade de dispor de um ativo”, aquilo a que Barzel chama de *direitos econômicos de propriedade*.
6. O direito patrimonial se confunde com os direitos de propriedade como o conjunto de todos os direitos de dispor de um ativo, direta ou indiretamente, os quais, atribuídos a uma pessoa determinada, podem ser avaliados economicamente.
7. O papel dos direitos da propriedade e das instituições no desempenho econômico pode ser explicado em uma definição cíclica: a lei ou a estrutura legal influencia o comportamento ou a conduta da economia de mercado, o que, por sua vez, leva ao desenvolvimento econômico que, por fim, se volta à lei ou à estrutura legal.
8. Assegurado pelo Estado, o direito de propriedade afeta a segurança jurídica dos negócios. Conceber a segurança jurídica como ato de tornar definitiva uma decisão judicial faz da segurança e da justiça valores relacionados entre si, que não podem ser vinculados a instabilidades ou a conflitos alternativos, sob pena de afetar as decisões negociais, como o exemplo da oferta de crédito (quanto maior a segurança, maior a oferta).
9. O Teorema de Coase, que revolucionou o movimento de Direito & Economia, introduziu um modo de pensar em que existe um princípio de eficiência por trás de qualquer regra dada. Sua maior deficiência está no fato de que se dá num mundo em que inexistem custo de transação, o que nem sempre pode acontecer na realidade. A idéia é que, se há custos zero de transação, o resultado eficiente será atingido independentemente da escolha da regra legal e de quem seja o proprietário.
10. Um aspecto balizador do movimento de Direito & Economia são os *contratos*, utilizados para a materialização das promessas em uma economia moderna e para a garantia de que tais direitos poderão ser exercidos. Os contratos são os meios pelos quais os direitos são esta-



- belecidos, transferidos, outorgados ou cedidos. Uma definição clássica é: contrato é um acordo de vontades entre duas ou mais pessoas que transferem entre si algum direito ou que se sujeitam a alguma obrigação.
11. A noção do contrato como um acordo de vontades tem sua acepção econômica dividida em três processos diferentes: a oferta e a contrapartida da oferta, a aceitação da oferta e da contrapartida e a liquidação da promessa. Primeiro a oferta: um contrato é considerado incompleto até o momento em que o promitente comprador paga ao promitente vendedor; depois ele se aperfeiçoa quando o vendedor recebe o valor exigido e se liquida com a obrigação, com o que, então, é finalizado. Ou seja, a liquidação da obrigação (ou da promessa) é o que completa o contrato. 16.
 12. O conceito do justo contratual refere-se ao preço justo. A noção de justo é basilar para a formação do contrato. Numa promessa, aquilo que é justo, acordado entre cada uma das partes de uma negociação, deve ser cumprido. No entanto, o conceito de justo é extremamente fluido e impreciso. No mundo do Direito & Economia, *justo* tem conotação com o que é "de direito" e deveria ter também com o que é "eficiente". 17.
 13. Um segundo conceito importante é o de "equilíbrio contratual", que reflete a preservação do preço do contrato no tempo e o tipo de compromisso que foi combinado entre as partes, para que nenhuma obtenha vantagens não previamente acordadas. 18.
 14. Ainda sobre os contratos, pode-se dizer que todos são incompletos. Isso se dá pela possibilidade de não ser exeqüível em caso de uma condição não prevista *ex ante* na sua elaboração. Além de incompletos, eles são imperfeitos e passíveis de alteração pelos eventos e pelas intempéries da natureza. Também podem ser alterados, na sua execução, simplesmente pela mudança da vontade dos agentes contratantes ou em face de estes desconhecerem algum dado no momento de sua celebração, ou porque algum fato novo impediu sua adesão ao que fora previamente combinado. 19.
 15. As lacunas advindas da impossibilidade de previsão de todos os acontecimentos são sanadas *ex post*. Porém, somente é possível alocar o risco com mais eficiência mediante a criação de incentivos ou de sanções no desenho do contrato se as partes conseguirem incluir cláusulas capazes de maximizar os respectivos benefícios e se forem bem-sucedidas em prever que, na execução, tais cláusulas serão validadas. Já se pode perceber que a certeza contratual é fundamental para 20.

viabilizar qualquer investimento de longo prazo. Tradicionalmente, o Direito apresenta três instrumentos para lidar com os contratos incompletos: a hermenêutica contratual (finalidade), a lei e os usos e costumes (analogia). Tais instrumentos também não resolvem as questões da analogia processual, no entanto, uma harmonia entre elas traria maior previsibilidade das soluções – o que aumentaria a confiança nos institutos.

16. Todo contrato implica risco. *Risco* é, em igualdade de condições e com o cumprimento de regras determinadas, a probabilidade da perda concomitante à probabilidade de ganho, ou seja, aquilo que traz, ao mesmo tempo, a chance de prejuízo e a hipótese de lucro. Há uma diferença entre *risco* e *incerteza*. Risco é parte do jogo, é probabilística, algo estatisticamente mensurável, enquanto incerteza não é uma variável quantificável nem passível de descrição. A forma de reduzir o risco é celebrar um contrato em que se estimam condições e situações que possam ocorrer no seu cumprimento. O contrato desempenha, assim, uma função econômica – a de reduzir riscos.
17. A eficiência de qualquer contrato requer o cumprimento da promessa se tanto o promitente como o prometido desejarem o cumprimento pleno do contrato; assim, a Teoria Econômica do Contrato é descrita pelo prisma da eficiência, já que, apesar de fundamental, o conceito da equidade é de difícil descrição.
18. Por essa razão, é preciso cooperar, ou seja, agir, para poder negociar. A cooperação se estabelece por convenção e é uma típica prática humana quando se exerce o “método da concordância”, segundo J. S. Mill. Outro significado consiste na convergência de interesses. Em sentido figurado, a idéia de cooperação associa-se à consecução de um só resultado.
19. A força coercitiva de um dos agentes do contrato traz maior cooperação. É por isso que podemos afirmar que a troca e a cooperação são encorajadas pela possibilidade de cumprimento. O papel de qualquer tribunal é exatamente este: garantir o cumprimento da promessa original, instituição que incentiva a redução do risco (supondo que se trate de tribunal eficiente e justo). A cooperação, promovida pela exigibilidade dos contratos, implica a formação de compromisso, que, por sua vez, transforma a promessa em obrigação.
20. A obrigação conduz à exigibilidade dos contratos, em especial no que diz respeito à penalidade como uma das maneiras de prevenir a inadimplência. Não é algo normal nem previsível, tampouco uma



- punição. Em Direito & Economia, a penalidade é um preço a ser pago, acertado *ex ante*, por aquele que prometeu e que, por algum motivo, não cumpriu. Visa criar mecanismos de incentivo ao correto cumprimento do contrato.
21. Sobre a responsabilidade na inadimplência (isto é, deixar de cumprir uma obrigação), temos que a responsabilidade é vista como uma forma pela qual posso incorrer em menores ou maiores custos, de acordo com minhas escolhas. A ruptura ou inadimplência contratual depende do tipo de penalidade imposta – quanto menor a penalidade imposta, menos eficiente o desempenho do contrato.
 22. Na balança do cumprimento ou rompimento de contratos, temos o ponto ótimo, relativo à situação em que cumprir ou não a obrigação é equivalente. O ponto ótimo está exatamente no meio de duas situações: a primeira, em que cumprir o contrato é mais eficiente do que rompê-lo, e a segunda, em que é mais eficiente rompê-lo do que cumpri-lo.
 23. Assim, pode-se unir a Teoria Econômica dos Contratos aos contratos incompletos: Preencher uma lacuna no contrato envolve custos de transação: quanto mais lacunas forem preenchidas em um contrato, mais caro ele se tornará.
 24. Pela Teoria da Firma, existem três funções para o contrato, segundo Masten: prover a alocação eficiente do risco, prover incentivos eficientes e economizar em custos de transação (em especial *ex post*). A primeira, conhecida como Teoria do Agente, cuida da relação entre o agente e o principal, da assimetria de informação existente entre eles e da necessidade do principal em manipular o agente. A segunda visa promover os incentivos adequados (de preferência financeiros) para que as normas sejam cumpridas. Por fim, para economizar custos de transação, é preciso evitar promessas que não possam ser cumpridas e formalizar entregas de bens ou direitos no futuro.

Glossário

Axiomas: “Premissas consideradas evidentes e aceitas como verdadeiras numa demonstração (...) têm validade universal.” Modernamente, seu conceito está ligado “à premissa posta por ato decisório do espírito no início de uma dedução, e que se determina por seus atributos lógicos”. “Princípios axiomáticos [são] aqueles que servem para identificar certos requisitos formais ou externos que devem satisfazer toda a ordem jurídica.”

Cláusulas

nais,
Caio
um
con
com
um c
dade

Contratos

coer
entre
estab

Direito

absol
lame

Direito

subst
toda
por s
efetiv

Eficiência

no se
melh

External

seu b
Por e
uma c
a doe

Fungibili

razão
permi
vande
ção na
provo

Hipoteca

um av
mente

Ótimo de

com o
tuaçã