

elementos formais e informais. O quadro jurídico assume, assim, caráter múltiplo: é constituído por numerosos elementos, como um mosaico; mas, diferentemente de um mosaico, não é jamais estático e contempla uma interação contínua entre os vários elementos que o compõe".

A inclinação à harmonização das normas endógenas, decorrente da uniformização do comportamento dos *players*, incrementa-se de forma proporcional ao aumento do fluxo de relações econômicas. Quanto maior o comércio entre as nações, mais intensa a tendência de as práticas comerciais tomarem-se análogas.

A conclusão será de que hoje, mais do que nunca, o direito comercial assume seu viés cosmopolita e os contratos empresariais são projetados a partir desse complexo ambiente institucional, do qual não podem ser arrancados.

5.11 Custos de transação

A empresa contrata porque entende que o negócio trar-lhe-á mais vantagens do que desvantagens. As contratações são também resultado dos custos de suas escolhas; o agente econômico, para obter a satisfação de sua necessidade, opta por aquela que entende ser a melhor alternativa disponível, ponderando os custos que deverá incorrer para a contratação de terceiros ["custos de transação"].

Quanto menores os custos de transação, maior a fluência das relações econômicas e o desenvolvimento.

No momento da celebração, as partes acreditam que estarão "melhor com o contrato do que sem ele".¹²¹ O agente econômico celebrará o ajuste se entender que esta é uma boa alternativa para a satisfação de sua necessidade. Vale dizer, o negócio com terceiros será realizado apenas se a opção de produzir internamente determinado bem ou serviço não for mais vantajosa para a empresa.

A produção *interna corporis* envolve custos; a contratação com terceiros também. Tudo está em ponderar qual o caminho mais lucrativo: adquirir o bem no mercado ou obtê-lo internamente?

Por exemplo, A necessita que, diariamente, seja feita a limpeza de suas instalações. Abrem-se duas alternativas: A poderá empregar faxineiros, incorrendo nos respectivos custos, ou contratar outra empresa que lhe preste esses serviços.

121. "There is only one reason why a person would want to make a contract: to obtain an advantage of some kind. [...] Contracts [...] are typically made only because they are mutually advantageous" [LOUIS KAPLOW e STEVEN SHAVELL, *Contracting*, 2].

Para selecionar a empresa a ser contratada, A pesquisa as opções existentes no mercado, preços praticados, idoneidade das firmas, qualidade dos serviços, reputação etc. Após esse processo, opta por B. A e B deverão negociar os termos do contrato, os horários em que o serviço poderá ser realizado, as precauções em relação à segurança, inclusive os cuidados com o sigilo dos dados empresariais, o asseio dos faxineiros, a responsabilidade por eventuais danos causados aos equipamentos e assim por diante. Tudo isso representa *tempo e dinheiro*, que serão ponderados por A quando da decisão de sua estratégia: contratar B ou utilizar o trabalho de faxineiros empregados?

Os economistas debruçaram-se sobre esses problemas, estudando e explicitando os dispêndios associados à solução "de mercado", i.e., à obtenção do bem ou do serviço mediante a contratação de terceiros. Esses custos são chamados "custos de transação",¹²² incorridos por conta e em virtude das contratações da empresa com outros agentes econômicos.

122. Em outra oportunidade, explicamos que o estudo dos custos de transação originou-se das observações de COASE, em 1937, no opúsculo intitulado *The nature of the firm*. Suas primeiras indagações podem ser assim resumidas: se os mercados funcionam tão bem e seriam aptos a assegurar o fluxo econômico, por que existem empresas? Por que elas contratam entre si? Seguindo COASE, a realização de transações econômicas implica custos [custos de transação ou *transaction costs*], que variam segundo a natureza da própria operação e a forma mediante a qual é organizada. Em suma, os custos de transação são os gastos para se valer do mercado [cf. VISCUSI, VEINON e HARRINGTON, *Economics of regulation and antitrust*, 221]. Como expressa ainda COASE em trabalho de 1960, retomando as lições expostas em 1937: "In order to carry out a market transaction, it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on" [The problem of social cost, 114]. Na síntese de HOVENKAMP: "Use of the market can be expensive. Negotiating costs money. Dealing with other persons involves risk, and the less information one firm has about the other, the greater the risk" [Federal antitrust policy, 372]. Partindo das ideias de COASE, WILLIAMSON assim define os custos de transação: "The *ex ante* costs of drafting, negotiating, and safeguarding an agreement and, more especially, the *ex post* costs of maladaptation and adjustment that arise when contract execution is misaligned as a result of gaps, errors, omissions, and unanticipated disturbances; the costs of running the economic system" [The mechanisms of governance, 379. Cf. do mesmo autor *The vertical integration of production: market failure considerations*].

Costuma-se apontar como bibliografia fundamental da teoria dos custos de transação os trabalhos de COASE, *The nature of the firm* [1937] e *The problem of social cost* [1960] e de WILLIAMSON, *Transaction-cost economics: the governance of contractual relations* [1979] e *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational*

Classificam-se os custos de transação em *ex ante* e *ex post*, conforme ocorram antes ou após a celebração do negócio. Há custos de transação referentes à coordenação [*coordination costs*] e aqueles relacionados à motivação [*motivation costs*]. Os primeiros são os gastos próprios às negociações, incluindo a definição de suas condições [preço, prazo, época de entrega etc.] e mesmo à busca de parceiros comerciais. Os custos de motivação podem ser apartados em dois principais tipos: [i] aqueles ligados à assimetria e à falta de completude da informação, quando as partes não conhecem todos os dados relevantes e necessários sobre a outra e sobre o negócio, e [ii] aqueles inerentes ao possível prejuízo decorrente do comportamento oportunista da outra.

Note-se que o interesse pelo estudo dos custos de transação tem como razão cardeal a *empresa e as opções que faz no exercício de sua atividade*. Sua compreensão desnuda a atuação dos agentes no mercado e, principalmente, as *relações jurídicas* que encetam.¹²³ Muitos aspectos da função econômica dos negócios interempresariais apenas podem ser dimensionados a partir desses custos e de sua influência na mecânica da decisão empresarial.

Os custos de transação prestam-se a explicar, além da atividade empresarial, a própria realidade do direito comercial. DOUGLASS NORTH indica os fatores jurídicos que, na Baixa Idade Média, contribuíram para a *diminuição dos custos de transação*, fazendo florescer o comércio e o direito comercial: [i] mobilização de capitais; [ii] diminuição de custos para obtenção de informações e [iii] divisão de riscos.

Além da superação de algumas leis contra a usura, NORTH destaca como fundamentais a criação e a evolução das letras de câmbio, além do desenvolvimento de técnicas que permitiram sua negociação e desconto. Houve ainda a concepção de mecanismos para o controle dos parceiros comerciais situados em terras distantes, incluindo métodos de contabilidade e de auditoria. Por fim, NORTH lembra a importância da "transformação da insegurança em risco", com o desenvolvimento do seguro e de formulários uniformes e impressos. A utilização da comenda e, posteriormente, das sociedades por ações, contribuiu para a alocação de riscos e para o aumento do fluxo de relações econômicas.¹²⁴

contracting [1985]. Importante a consulta a MILGROM e ROBERTS, *Economics, organization and management*, 28 e ss.

123. Entre nós, juristas dedicaram-se a esclarecer o que seriam os custos de transação. Cf. CALIXTO SALOMÃO FILHO, *Condutas tendentes à dominação dos mercados - Análise jurídica*, 30 e ss. V., ainda, *Competitividade: mercado, Estado e organizações*, de ELIZABETH FARINA, PAULO FURQUIM DE AZEVEDO e MARIA SYLVIA MACCHIONE SAES.

124. DOUGLASS NORTH, *Institutions, transaction costs, and the rise of merchant empires*, 27-9.

Não é por acaso que ASCARELLI deter-se-a praticamente sobre os mesmos institutos, referindo-se às soluções encontradas para a mobilização do crédito. A letra de câmbio, de mero documento probatório e instrumento de pagamento, transformou-se em instrumento de crédito. Das companhias coloniais vieram a [i] circulação dos direitos e [ii] participação dos sócios. Resolveu-se o problema da mobilização dos financiamentos, o que levou ao desenvolvimento dos bancos e do desconto, bem como ao incremento de um mercado de capitais.¹²⁵⁻¹²⁶

Essa coincidência entre as visões dos autores repousa no fato de terem ambos vislumbrado que, na essência, o desenvolvimento de novos institutos e a derrocada de barreiras atuam a favor dos negócios entre os agentes econômicos porque "diminuem os custos de transação" [DOUGLASS NORTH] ou satisfazem "exigências econômicas capitalísticas", em consonância com "a ideia do mercado" [TULLIO ASCARELLI].

5.12 Contratos e necessidades dos agentes econômicos

As partes, quando negociam e contratam, não tomam confortavelmente assento diante de um código e escolhem, entre fórmulas preexistentes [i.e., tipificadas], aquela que mais lhes apraz. Os contratos empresariais nascem da prática dos comerciantes e raramente de tipos normativos preconcebidos por autoridades exógenas ao mercado.

Longe de ser apenas um instituto histórico da matéria, a força jurígena dos usos e costumes está fortemente presente na prática do direito comercial, impulsionando diuturnamente a vida mercantil.

Como observamos com EROS ROBERTO GRAU: "O negócio é feito no mundo dos fatos, por certo à luz dos códigos, das leis e regulamentos, mas a exegese contratual somente será praticada se a paz temporária obtida por via do contrato resultar, em sua aplicação, no surgimento de problemas. Instaurada a cizânia, tem início uma frenética atividade de composição de suportes fáticos e de exercícios de 'subsunção dos fatos à norma'. Nesses momentos podemos perceber com nitidez que o direito não é apenas um sistema de regras, mas uma prática social no bojo da qual o dever-ser e o ser

125. *Panorama do direito comercial*, 32.

126. BONFANTE indicará o desenvolvimento da ciência contábil, das sociedades e dos bancos [p. ex., banco genovês de S. Giorgio], chamando-os de "instituições mercantis" [PIETRO BONFANTE, *Storia del commercio*, 240 e ss.]. Cf., sobre o mesmo tema, JACQUES LE GOFF que, referindo-se ao "progresso dos métodos nos séculos XIV e XV", explica os seguintes fatores da evolução: seguro, letra de câmbio e contabilidade [*Mercadores e banqueiros na Idade Média*, 23 e ss.].

se interpenetram. Embora seja assim, a esmagadora maioria dos contratos, para sorte dos agentes econômicos, nasce, se desenvolve e perece sem a presença de juristas".¹²⁷

5.13 Contrato como instrumento de alocação de riscos

O contrato é um instrumento de alocação, entre as partes, dos riscos da atividade econômica. O ordenamento jurídico distingue e atribui disciplina diversa ao risco normal dos contratos e ao risco extraordinário.

As contratações empresariais envolvem riscos,¹²⁸⁻¹²⁹ ou seja, a possibilidade de que, por razões previsíveis ou imprevisíveis, retem frustradas as expectativas que orientaram a conclusão do negócio. O risco é inevitável porque "[c]ontratar é prever", de forma que "[o] contrato é um empreendimento sobre o futuro".^{130,131}

Mas, se não consegue evadir as possibilidades de perda, ao menos é possível *alocá-las, dividi-las entre os agentes econômicos* por força de lei ou pelo do contrato. Como situa RPERT, "[r]isco profissional, risco da propriedade, risco criado, são fórmulas de atribuição".¹³²

O Código Civil, em vários de seus artigos, lança sobre uma parte os eventuais prejuízos decorrentes de acontecimento futuro e incerto. Por exemplo, ao determinar, no art. 492, *caput*, que "[a]té o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador", o Código determina quem deverá arcar com o peso econômico se e quando o fato prejudicial ocorrer, isto é, atribui de antemão a possibilidade de perda a uma ou a outra parte.

127. O Estado, a empresa e o contrato, 159.

128. No Brasil, a visão do contrato como instrumento de alocação de riscos é tratada com maestria por WANDERLEY FERNANDES, *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade*, 47 e ss.

129. "El riesgo consiste en la eventualidad de que suceda un acontecimiento futuro, incierto o de plazo indeterminado, que no depende exclusivamente de la voluntad de los sujetos. Los elementos constitutivos del riesgo son, pues, posibilidad y resultado dañoso" [DOUBR ALEU, *El nuevo contrato de seguro*, 62]. Ainda sobre a definição de risco, para o panorama das opiniões mais difundidas, v. a introdução às seguintes obras: FLORENCE MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé* e ANNE-CÉCILE MARTIN, *L'imputation des risques entre contractants*.

130. RPERT, *A regra moral nas obrigações civis*, 156.

131. Para a explicação do risco nas diversas teorias econômicas, OTÁVIO YAZBEK, *Regulação do mercado financeiro e de capitais*, 7 e ss.

132. *A regra moral nas obrigações civis*, 213, destacamos.

Por vezes, as empresas valem-se do contrato para disciplinar a forma de divisão dos riscos.¹³³ "O futuro traz incertezas que podem ser reduzidas se outras pessoas adotarem determinados comportamentos [ou deixarem de adotá-los]. Nessa medida, o contrato costuma ser uma distribuição recíproca de riscos; um sistema eficiente de disciplina dos contratos deve apoiar essa divisão, mantendo a alocação realizada pelo negócio".¹³⁴

Algumas estipulações normalmente apostas nos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias [Incoterms] não passam de fórmulas de distribuição das possibilidades de prejuízo. Por exemplo, na cláusula FOB, a responsabilidade do vendedor (i.e., sua obrigação de arcar com os prejuízos no caso da concretização de evento danoso) estende-se até o momento da colocação da mercadoria no navio; no caso de venda FAS, até que seja depositada ao lado do costado da embarcação.

A cada transação correspondem "riscos típicos", inerentes à natureza do negócio ou, como prefere a doutrina italiana, que se situam dentro de sua "moldura típica".¹³⁵ "O risco é próprio dos negócios jurídicos e dificilmente a

133. No original: "[t]hat contracts are often structured to allocate risk is a time-honored assumption of contract theory" [DOUGLAS W. ALLEN e DEAN LUECKE, *The role of risk in contract choice*, 704].

134. No original: "Much if the future we face is uncertain, but one way of partially reducing that uncertainty is to obtain binding promises from other people that they will perform [or refrain from performing] certain acts in the future. A contract is often a reciprocal allocation of specified risks and an efficient system of contract law should facilitate risk-sharing by upholding the allocation of risks made by the contract" [DONALD HARRIS e CENCO G. VELJANOVSKI, *The use of economics to elucidate legal concepts: the law of contract*, 114].

135. Como salientamos com EROS ROBERTO GRAU: "Os contratos, ao projetarem efeitos para o futuro, implicam certo 'congelamento' de interesses. As partes, no momento da vinculação, acomodam suas pretensões, calculando os desdobramentos futuros das obrigações assumidas. Esse cálculo, obviamente, leva em conta vários cenários fáticos, eventos futuros e razoáveis do contexto existente quando da contratação. Enfim: todo negócio implica risco; cada contrato tem o seu 'risco típico'; o risco é inerente [= caracteriza] à atividade empresarial. Ao contratar, as partes estão obrigadas a considerar esse risco, sob pena de serem impelidas ao prejuízo. Essa projeção, esse cálculo sobre o futuro, baseia-se em um estado mais ou menos normal de coisas; a parte que desconsidera o risco normal do negócio é sancionada no próprio jogo do mercado. O agente econômico que despreza o risco, 'errando' a sua jogada ou previsão, sofre perdas econômicas. Igualmente, a parte pode frustrar-se porque o cenário futuro que concebeu no momento da contratação não se verificou. Tudo isso faz parte da dinâmica de mercado" [Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração: Teoria da imprevisão e fato do príncipe, 112-3].

ele não se expõe um contrato".¹³⁶ "Todo contrato expõe as partes a algum tipo de risco". "Cada tipo de contrato incorpora um plano diverso de repartição dos riscos entre os contratantes".¹³⁷

Há o risco *imponderável*, *extraordinário*,¹³⁸ que extrapola aquilo que pode ser razoavelmente previsto pelos agentes econômicos ativos e probos daquele mercado. O tratamento do risco imponderável pelo sistema jurídico sempre foi questão tormentosa.¹³⁹ Hoje, entre nós, o Código Civil [art. 478 e seguintes] determina que, diante de evento imprevisto e imprevisível, gerador de excessiva onerosidade para uma parte, deve haver a liberação do vínculo, caso não se chegue a acordo a respeito da modificação dos termos contratuais.

Nos contratos internacionais, para responder às necessidades de *readaptação* do negócio em casos de superveniências imprevistas, desenvolveu-se a prática das *hardship clauses*. Trata-se, como salienta a doutrina especializada, de estipulações que permitem a revisão do contrato nos casos da ocorrência de imprevistos que alterem substancialmente o equilíbrio original das obrigações das partes,¹⁴⁰ mediante sua renegociação. São "cláusulas de adaptação", visando a impedir que o "endurecimento das condições" torne mais onerosa sua execução, rompendo o equilíbrio das prestações ajustadas.¹⁴¹

Esses dispositivos contratuais têm, todos eles, a mesma e última função econômica: *permitir que as partes lidem com o risco* [previsível ou imprevisível], alocando-o entre si ou buscando o reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato em caso de frustração das expectativas negociais.

5.14 Contrato e erro [jogada equivocada do agente econômico]

O agente econômico pode se equivocar em suas jogadas e previsões; a possibilidade do erro é fundamental para o funcionamento do sistema de direito comercial e não pode ser desprezada pela disciplina dos contratos empresariais.

136. REsp 5.723, relator o Min. EDUARDO RIBEIRO, julgado em 25.06.1991.

137. VINCENZO ROFFO, *Il contratto*, 1.024.

138. Sobre os tipos de risco extraordinário, cf. COMPARATO, *O seguro de crédito*, 60 e ss.

139. Cf., para indicação bibliográfica, EROS ROBERTO GRAU e PAULA A. FORGIONI, *Equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a Administração. Teoria da imprevisão e fato do príncipe*. Mais recentemente, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Resolução por onerosidade excessiva*.

140. FRIGNANI, *Lo strumento contrattuale*, 51.

141. LUIZ OLAVO BAPTISTA, *A vida dos contratos internacionais*, 165.

Os agentes econômicos algumas vezes adotam estratégias equivocadas, e esses enganos são previstos e desejados pelo sistema jurídico, na medida em que, diferenciando os agentes, permitem o estabelecimento do jogo concorrencial [que desembocará na "regulação natural do egoísmo", para utilizar a lição de JHERING]. Ou seja, é a diferença entre as estratégias adotadas pelos agentes econômicos e entre os resultados obtidos [uns melhores, outros piores] que dá vida a um ambiente de competição [porque todos buscam o prêmio do maior sucesso, da adoção da estratégia mais eficiente].

A questão teórica que vem à mente é a explicação do erro, partindo da pressuposição de que os agentes atuariam, sempre, de forma racional, visando à obtenção do melhor resultado, como pregam alguns economistas. Autores da linha de POSNER, muito embora falem em "escolha" dos agentes econômicos, adotam noção de eficiência e de maximização que acaba paradoxalmente por eliminar esse mesmo processo de escolha.¹⁴²

É possível entender a relação entre escolha e erro dentro do sistema microeconômico¹⁴³ a partir da lição de WILLIAMSON: a maioria das atividades econômicas é desenvolvida por empresas [firms].¹⁴⁴ Estas não são meras "curvas de custo e de demanda", indo além da "lógica do preço ótimo e da combinação de insumos".^{145, 146}

A empresa é um centro de tomada de decisões; há alocações de recursos que derivam da escolha do empresário, e não do comportamento dos preços. Não é em decorrência de uma alteração nos preços relativos que um trabalhador

142. Nas palavras de JEANNE SCHROEDER sobre POSNER, "his definition of rationality excludes the process of making choices" [Economic rationality in law and economics scholarship].

143. Os economistas tradicionais costumam explicar a diferença de comportamentos entre os agentes econômicos e seus erros apenas com base em sua "racionalidade limitada". As assimetrias de informação e a impossibilidade de conhecimento de toda a realidade forçariam ação embasada não em uma racionalidade plena [SYLVIE LEBRETON, *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes*, 62].

144. *The mechanisms of governance*, 94.

145. COASE, *The firm, the market and the law*, 3.

146. Explica COASE que, para os economistas, o sistema econômico funcionaria por si mesmo. Sua operação dar-se-ia sem um controle centralizado, sem uma visão geral. O fornecimento é ajustado à demanda e a produção ao consumo por um processo automático, elástico e confiável. Em suma, "the economic system works itself". As escolhas dos agentes seriam apreendidas diretamente em função do mecanismo do preço [The firm, the market and the law, 34 e ss.].

muda do departamento y para o departamento x, mas simplesmente porque alguém ordenou que ele agisse desse modo!¹⁴⁷

Podemos dizer que o erro é possível dentro do sistema porque não é o “infallível” mercado que determina as jogadas e sim a lógica do empresário. Para cada sujeito, uma jogada, uma conclusão, mesmo que tomando as mesmas variáveis. Dado o “estímulo” pelo meio, cada qual reagirá de uma maneira, embora possamos conceber todos como economicamente racionais.

Essa verificação tem efeitos práticos relevantes para o direito. Se não considerarmos que uma empresa pode ter adotado uma estratégia equivocada, jamais entenderemos um prejuízo suportado por uma das partes na execução do negócio decorrente de sua “álea normal” [= não derivado de alterações contextuais imprevisíveis].

Nenhuma interpretação de um contrato empresarial será coerente e adequada se retirar o fator erro do sistema, neutralizando os prejuízos [ou lucros] que devem ser suportados pelos agentes econômicos, decorrentes de sua atuação no mercado. Regra geral, o sistema jurídico não pode obrigar alguém a não ter lucro [ou prejuízo]: apenas a agir conforme os parâmetros da boa-fé objetiva, levando em conta as regras, os princípios e as legítimas expectativas da outra parte [agir conforme o direito]. Não fosse dessa forma e o sistema jurídico [i] estaria cometendo equívoco metodológico bastante semelhante ao da análise da microeconomia clássica, porque anularia ou desconsideraria o necessário diferencial entre os agentes econômicos ou [ii] desestimularia as contratações.

Um ordenamento que – em nome da proteção do agente econômico mais fraco – neutralizasse demasiadamente os efeitos nefastos do erro para o empresário poderia acabar distorcendo o mercado e enfraquecendo a tutela do crédito. Em termos bastante coloquiais, o remédio erradicaria a doença e mataria o doente. Seria a condenação da busca pela vantagem competitiva.¹⁴⁸

No entanto:

[i] a mesma lógica do direito comercial não pode e não deve ser aplicada, tal e qual, a relações jurídicas das quais participam terceiros que não empresários. Por exemplo, as relações entre fabricantes e consumidores [inclusive

147. “Yet in the real world we find that there are many areas where this does not apply. If a workman moves from department Y to department X, he does not go because of a change in relative prices, but because he is ordered to do so” [COASE, *The firm, the market and the law*, 35].

148. Definida no § 1.º do art. 36 da Lei Antitruste brasileira [Lei 12.529, de 2011]: “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores”.

para fins de proteção do mercado] são regidas por cânones diversos, em que se garante proteção para a parte tida como hipossuficiente. Ou seja, o direito comercial não se presta a uma “consumerização”; e

[ii] ainda que considerando relações entre empresários, é preciso coibir os abusos propiciados pela dependência econômica de um em relação ao outro, sob pena de consagrarmos igualdade meramente formal. Note-se, entretanto, que o empresário não é considerado pelo sistema de direito comercial como um tolo irresponsável e o direito não pode ter a função de corrigir os “erros” eventualmente praticados [mas isso não exclui a atuação do Estado para, implementando uma política pública, propiciar condições de concorrência e de sobrevivência para as empresas menos poderosas ou em posição de sujeição].¹⁴⁹

5.15 Oportunismo e vinculação

A parte gostaria de vincular o parceiro comercial e, ao mesmo tempo, permanecer livre para abandonar aquela relação e abraçar outra que eventualmente se apresente como mais interessante.

Mediante a celebração do contrato, a parte tende a buscar a vinculação do parceiro; entretanto, se lhe fosse permitido, preferiria permanecer livre para desvencilhar-se do negócio.

Essa observação é diretamente ligada ao oportunismo inerente ao agente econômico, ao qual nos referiremos mais adiante. Compreenda-se, nesse cenário, a importância da força obrigatória dos contratos [*pacta sunt servanda*] para o funcionamento do sistema, por coibir o comportamento oportunista da parte que abortaria o contrato.

5.16 Racionalidade limitada

Ao contratar, a parte não possui todas as informações existentes sobre a outra, sobre o futuro e sobre a própria contratação; diz-se que sua racionalidade é limitada.

No mundo real, as partes simplesmente não conseguem prever todas as contingências futuras no momento que se vinculam ao contrato. Sempre faltarão

149. A respeito da dependência econômica, v. PAULA A. FORGIONI, *O contrato de distribuição*, 277 e ss.; FRANCISCO MACARIO, *Equilíbrio delle posizioni contrattuali ed autonomia provata nella subfornitura*, 131; YVES GUYON, *Droit des affaires – Droit commercial général et sociétés*, t. 1, 971; MARC COURTES, *Dépendance économique et abus de dépendance économique en droit de la concurrence et en droit des contrats*, 234 e ss.; ANIEL-COSME, *Les réseaux de distribution*, 216 e ss.; DAVID GERBER, *Law and competition in the twentieth century Europe: protecting Prometheus*, 374 e ss.

dados sobre a outra contratante, sobre os possíveis desdobramentos do ambiente institucional, sobre o porvir. As empresas "não são capazes de prever todos os eventos futuros que poderão se verificar no curso da relação, não são capazes de adquirir e processar todas as informações relevantes para delinear planos de ação adequados, não são capazes de descrever em um contrato todas as possíveis eventualidades de forma clara e não ambígua".¹⁵⁰

Por conta disso, afirmam os economistas que os agentes econômicos agem impelidos pela *racionalidade limitada* e não por uma racionalidade plena e onisciente – que existiria se tudo fosse perfeito.

A ideia de racionalidade limitada foi proposta inicialmente por HERBERT SIMON e baseia-se na constatação de que, contrariamente ao que prega a economia clássica, as habilidades humanas de cognição não são infinitas.¹⁵¹ A

150. ANTONIO NICITA e VICENZO SCOPPA, *Economia dei contratti*, 19.

151. A definição do "homem econômico" postula que "an 'economic man', who, in the course of being 'economic' is also 'rational'. This man is assumed to have knowledge of the relevant aspects of his environment which, if not absolutely complete, is at least impressively clear and voluminous. He is assumed also to have a well-organized and stable system of preferences, and a skill in computation that enables him to calculate, for the alternative courses of action that are available to him, which of these will permit him to reach the highest attainable point on his preference scale" [HERBERT SIMON, *A behavioral model of rational choice*, 99]. A respeito dessa visão sobre o "homem econômico", esclarece ARTHUR BARRIONUEVO FILHO: "Esse pressuposto é adotado por alguns economistas, para quem o homem econômico caracteriza-se por dois aspectos [i] racionalidade instrumental e [ii] autointeresse. No entanto, essas duas premissas têm sido contestadas. A ideia de racionalidade instrumental plena contrapõe-se a 'racionalidade limitada', conceito definido por H. Simon, que assume a capacidade analítica limitada e a incompletude das informações disponíveis para o tomador de decisão. Supondo a racionalidade limitada, o tomador de decisão seria alguém em busca do 'satisfatório' ao invés do 'ótimo', pois as condições para atingir este último não estariam presentes, ou teriam um custo maior do que o benefício [esse é o conceito de 'quase-racionalidade', desenvolvido por AXELROFF]. Essa limitação própria do agente econômico pode ser considerada aceita por boa parte dos economistas da corrente principal [neoclássicos, novos-keynesianos etc.]. Ou seja, hoje se entende que o agente econômico é maximizador de ganhos, mas sujeito à limitações de capacidade analítica e informação. O segundo ponto, referente ao autointeresse, foi questionado pela economia experimental. Para essa corrente, na prática do mercado, os indivíduos não se comportam baseados exclusivamente no autointeresse. Assim, o altruísmo não seria uma 'escolha moral', mas comportamento a ser explicado. Entretanto, ainda não há uma explicação robusta aceita pela teoria econômica para esse problema. A 'reciprocidade forte' é uma hipótese que vem ganhando peso; trata-se de explicação de fundo sociobiológico, qual seja, a seleção natural darwinista operaria

racionalidade limitada "refers to behavior that is intendedly rational but only limitedly so; it is a condition of limited cognitive competence to receive, store, retrieve, and process information".^{152, 153} O comportamento humano liga-se não apenas à racionalidade; tem a ver também com complicadas forças motrizes como intuição, crenças e paixões. Não existe essa "racionalidade olímpica" [HERBERT SIMON] pregada por muitos economistas.

Apesar das limitações a que estão sujeitos, os agentes econômicos *buscam agir racionalmente*.¹⁵⁴ "Elas reconhecem que não são capazes de prever todas as coisas que podem vir a ser importantes, elas compreendem que a comunicação é custosa e imperfeita e que os entendimentos são sempre deficientes, e elas sabem que não podem encontrar matematicamente a melhor solução para problemas difíceis. Elas podem agir de forma intencionalmente racional, procurando fazer o melhor possível dadas as limitações sob as quais trabalham. E elas aprendem".¹⁵⁵

A concepção da racionalidade limitada não nega o pressuposto de que os agentes econômicos são *racionais*, porém afirma que exercem essa racionalidade dentro das inapeláveis fronteiras impostas pela condição humana e pelo contexto em que se inserem.

não sobre indivíduos, mas sobre grupos. Portanto, a 'moral altruísta', religiosa ou não, seria funcional à sobrevivência de grupos. Neste ponto, caberia a questão: 'Como ficou a situação atual na teoria econômica?'. Os modelos econômicos continuam sendo baseados na racionalidade instrumental e no autointeresse, mesmo porque esses pressupostos são mais fáceis de representar matematicamente. Todavia, há a consciência dos problemas apontados acima e tentativas de solucioná-los" [em conferência proferida na cidade de São Paulo, em fevereiro de 2008].

152. WILLIAMSON, *The mechanisms of governance*, 377.

153. Para a explicação em língua portuguesa da racionalidade limitada, CALISTO SALOMÃO FILHO, *Condutas tendentes à dominação dos mercados – Análise jurídica*, 38 e ss. Ainda em língua portuguesa, vale transcrever a definição de FARINA *et alii*: "pressuposto comportamental segundo o qual os indivíduos agem racionalmente [utilizam, na medida do possível, os meios para atingir os fins desejados], encontrando, porém, limites em sua capacidade de resolver problemas complexos. Sua principal consequência [...] é a incompletude dos contratos" [*Competitividade, mercado, Estado e organizações*, 286].

154. "People can respond sensibly to these failings; thus it might be said that people sometimes respond rationally to their own cognitive limitations, minimizing the sum of decision costs and error costs" [CHRISTINE JOLLS, CASS SUNSTEIN e RICHARD THALER, *A behavioral approach to law and economics*, 1.477].

155. MILGROM e ROBERTS, *Economics, organization and management*, 129-30. No mesmo sentido, CHRISTINE JOLLS, CASS SUNSTEIN e RICHARD THALER, *A behavioral approach to law and economics*.

O direito mercantil sempre reconheceu a impossibilidade de o empresário deter todas as informações relacionadas à transação e ao futuro; *a racionalidade limitada dos economistas não nos é estranha*. Ao longo dos séculos, o sistema jurídico criou mecanismos para lidar com essa incompletude. Eloquentes exemplos são o instituto da excessiva onerosidade, que autoriza a denúncia no caso do advento de evento imprevisível e imprevisível, capaz de alterar profundamente a economia contratual.¹⁵⁶

Outra diferença entre a visão econômica e a jurídica é que, para a primeira, “o ser humano tem limites em sua capacidade de lidar com problemas complexos, mesmo que a informação lhe seja plena e sem custos”.¹⁵⁷ No Direito, esse fato é identificado com as possibilidades de ação que o mercado abre para a empresa e não como um problema.

Por exemplo, diante da valorização do real em face do dólar norte-americano, alguns agentes preferirão investir em maquinário pesado, enquanto outros no incremento do estoque de matéria-prima importada. Juridicamente, essas diversas estratégias não provêm de restrições da capacidade cognitiva do agente, mas do leque de opções que o ambiente institucional proporciona. Ao contrário dos economistas, nunca cogitamos que, para cada situação, haveria apenas uma solução correta e ótima.

5.17 Incompletude contratual

Os contratos não contêm – e não podem mesmo conter – a previsão sobre todas as vicissitudes que serão enfrentadas pelas partes.

Discutiu-se no capítulo segundo a questão dos contratos incompletos. Viu-se que, na maioria das vezes, as partes não detêm todas as informações relacionadas ao negócio que pretendem celebrar, sendo a lacunosidade natural, ainda mais quando a relação é desenhada para ter longa duração.¹⁵⁸

156. Os economistas distinguem a *racionalidade limitada* da *incerteza*: a primeira é uma característica do indivíduo, enquanto que a segunda refere-se ao ambiente, ao contexto contratual.

157. ELIZABETH FARINA et al., *Competitividade, mercado, Estado e organizações*, 74.

158. Segundo os economistas, o contrato é “completo” quando “estabelece, para cada possível situação atual e futura, as obrigações recíprocas das partes quanto às prestações e pagamentos” e “o respeito a essas obrigações [enforcement] é assegurado pela capacidade de verificação de uma autoridade externa [um juiz ou tribunal] e pela possibilidade de impor sanções às partes eventualmente inadimplentes” [ANTONIO NICITA e VINCENZO SCOFFA, *Economia dei contratti*, 17].

A doutrina especializada costuma apontar as seguintes causas dessa incompletude:¹⁵⁹

[i] *impossibilidade de previsão do futuro*;¹⁶⁰

[ii] *improbabilidade do acontecimento de certos fatos*: alguns eventos, embora possam até ser cogitados, são tão improváveis que sua disciplina no contrato não se mostra compensadora. “[H]á limites para o tempo que nós podemos ou devemos perder procurando prever todas as contingências em nossos contratos”;¹⁶¹

[iii] *imprecisão da expressão do acordo*: a linguagem é naturalmente inexata e muitas vezes falha na exata determinação do contratado.

Tome-se como exemplo um negócio de fornecimento de matéria-prima celebrado por prazo indeterminado. As partes preverão o preço inicial do produto, que, seguramente, não poderá ser mantido ao longo dos anos. Outras fendas contratuais virão à tona, ainda mais se considerarmos a grande probabilidade de alteração das circunstâncias fáticas que circundam o negócio.

Que o desajuste do contrato ocorrerá ao longo de sua existência é mesmo evidente. Visando a afastar o rompimento posterior da avença, as empresas costumam prever, no momento inicial da contratação, mecanismos que visam a pacificar controvérsias futuras, que nem sempre funcionam a contento. Afirma-se que, por conta da incompletude contratual inerente à avença, o risco do rompimento sempre ameaçará a empresa.

Para o ente que realizou investimentos em ativos específicos, aumentando seu grau de dependência, a incompletude representa perigo mais elevado, pois pode incitar comportamento oportunista da outra parte.

Como explica BELLANTUONO, “[a] celebração de um contrato incompleto expõe as partes ao risco de serem forçadas a suportar os efeitos de uma situação

159. Cf. MILGROM e ROBERTS, *Economics, organization and management*, 130. Ainda sobre o mesmo tema, DAVID CAMPBELL e HUGH COLLINS, *Discovering the implicit dimensions of contracts*, 40 e ss. Estes autores destacam que a inserção do contrato em seu contexto traz dimensões implícitas não decalcadas na letra fria do papel. V. sobre a impossibilidade de o instrumento conter as “dimensões implícitas” das negociações, STEWART MACAULAY, *The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules*.

160. “Our ability to predict the future is limited, and even careful business people often leave gaps in written contracts. The word changes and surprises us” [STEWART MACAULAY, *The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules*, 54].

161. STEWART MACAULAY, *The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules*, 54.

não prevista. As oscilações de mercado ou as inovações tecnológicas podem modificar a relação entre o custo e o benefício das prestações acordadas. Ainda que algumas situações possam ser geridas mediante a utilização de mecanismos de adequação, a incompletude do contrato torna-se relevante quando nenhuma cláusula contratual oferece resposta ótima aos eventos supervenientes. Nesse caso, a única possibilidade é a renegociação dos termos do acordo".¹⁶²

5.18 Desvio de pontos controvertidos

Por vezes, para não obstar a realização do negócio, as partes deliberadamente evitam tratar de questões que geram desconforto.

A inexistência de previsão contratual sobre determinadas questões pode derivar do comportamento estratégico das partes que, visando à realização da transação, evitam enfrentar pontos controvertidos que poderiam ameaçá-la.¹⁶³ Deixam para a solução de alguns problemas para o futuro, até mesmo confiando no aumento do grau de dependência econômica que poderá ocorrer durante a relação. "Não criemos problemas" ou "quando acontecer, veremos o que e como fazer", costuma-se afirmar nessas ocasiões.¹⁶⁴

Ao contratar, as empresas dirigem sua atenção para os aspectos econômicos do negócio e não para aqueles jurídicos. Seu foco costuma recair sobre o preço, condições de pagamento, características do bem ou do serviço adquirido etc. Em negócios de maior complexidade, o planejamento das chamadas "contingências" fica a cargo dos advogados. Com base em pesquisas empíricas, constatou-se que, para a maioria das empresas, a utilidade do contrato escrito

162. GIUSEPPE BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, 75.

163. STEWART MACAULAY, em conhecido estudo empírico sobre o comportamento das partes nos contratos, indica que, durante as tratativas, os agentes econômicos podem assumir as seguintes posturas em relação ao negócio a ser implementado: [i] cuidadosamente planejar comportamentos, explicitando-os formalmente [*explicit and careful*]; [ii] possuir entendimento comum, mas tácito, sobre certa questão [*tacit agreement*]; [iii] possuir entendimentos divergentes, não manifestados expressamente [*unilateral assumptions*]; [iv] sequer cogitar de determinado problema [*unawareness of the issue*]. O autor esclarece que "[c]learly other intermediate points are possible" [Non-contractual relations in business: a preliminary study, 4].

164. "If I want a clause that says if event X takes place, the consequence Y will follow, you may demand something in exchange that I do not want to give you. When I anticipate this, it may be better to avoid raising the issue in negotiations and hope that the matter can be resolved if event X ever takes place" [STEWART MACAULAY, *The real and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules*, 55].

é secundária quando comparada aos aspectos econômicos da transação.¹⁶⁵ Algumas condições não serão tratadas pelos homens de negócio e sim por seus assessores jurídicos que, desconhecendo importantes aspectos fáticos do empreendimento, não raro deixam de lhes dispensar a devida atenção.

5.19 Ambiente institucional

O negócio jurídico somente pode ser entendido na complexidade de seu contexto, cuja análise requer visão interdisciplinar.

Os contratos devem ser considerados no ambiente que os circunda, condicionando-os. Não é possível desgarrar o negócio da realidade em que está inserto [chamada, pelos economistas, de "ambiente institucional"], tornando-o peça estéril de atribuições de obrigações desconexas da realidade. Frise-se bem: a empresa é um agente que se move nesse ambiente institucional; existe somente porque age. Essa ação é conformada pelo "conjunto de regras políticas, sociais e jurídicas que estabelecem as bases da produção, das trocas e da distribuição".¹⁶⁶

Ao privilegiar a visão objetiva do negócio, o direito comercial torna-o reflexo das circunstâncias que levaram as partes à vinculação e que o contrato continua a embeber.

Para ilustrar a importância do contexto contratual, tomemos exemplo formulado por HUGH COLLINS. Quando Tício, pela manhã, pede um café na sofisticada cafeteria da esquina de sua casa, o significado de conduta derivará do contexto negocial — ou do que COLLINS chama de *implicit understandings*. A intenção de trocar o café por dinheiro somente pode ser reconhecida a partir do contexto em que o negócio se aperfeiçoa que, por sua vez, é condicionado pelo padrão de comportamento difundido entre as pessoas naquele local.¹⁶⁷ Se Tício visita seu amigo Caio e pede um café, a mesma solicitação não gera

165. No relato de COLLINS: "[B]usinessmen focus their attention on the economic deal, not the contract. They are interested in the core exchange of goods and services, and do not pay much attention to the task of planning for contingencies. [...] The remaining issues that are typically included in the written contract by the lawyers will usually, though not invariably, receive scant attention from the parties to the transaction" [*Regulating contracts*, 150].

166. No original: "Set of fundamental political, social and legal ground rules that establishes the basis for production, exchange and distribution" [LANCE DAVIS e DOUGLASS NORTH, *Institutional change and American economic growth*, 6].

167. "Our intention to make an exchange of a cup of coffee for money can only be understood from the context in which the conduct takes place, that is the retail shop,

expectativa de pagamento e muito menos outras que podem relacionar-se ao atendimento na especial cafeteria, como qualidade, sofisticação do serviço e alta qualidade dos grãos.¹⁶⁸

Na expressão de COLLINS:

"Contracts certainly have the distinctive quality of constituting a discrete, voluntary type of relationship, but like other forms of human association, they are nevertheless embedded in conventions, norms, mutual assumptions and unarticulated expectations".¹⁶⁹

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, de forma mais técnica e apurada, parafraseando ORTEGA Y GASSET, afirma "o negócio jurídico é o negócio jurídico e todas as suas circunstâncias". As "circunstâncias negociais" assumem tal relevância a ponto de integrar o negócio jurídico. Consistem no

"[...] conjunto de circunstâncias que formam uma espécie de esquema, ou padrão cultural, que entra a fazer parte do negócio e faz com que a declaração seja vista socialmente como dirigida à criação de efeitos jurídicos. [...] As 'circunstâncias negociais' são, pois, um modelo cultural de atitude, o qual, em dado momento, em determinada sociedade, faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos".¹⁷⁰

5.20 Tutela do crédito

A disciplina dos contratos empresariais prestigia a tutela do crédito.

O ordenamento jurídico ligado ao sistema de mercado há de prestar-se à defesa do crédito; a mecânica dos contratos empresariais deve incorporar esse pressuposto. Como assinala PAJARDI, "a credibilidade dos ordenamentos jurídicos modernos, no que diz respeito ao direito material e ainda mais à eficiência da jurisdição, que postula um processo estritamente eficaz, por sua vez, é ligada à capacidade concreta de tutela do crédito. De fato, é este último que, de várias formas, representa a cidadela jurídica da pessoa humana. Esta verte no crédito seu trabalho, o seu empenho existencial, sua própria economia

and the broader conventional patterns of people exchanging goods for money in that location" [The research agenda of implicit dimensions of contracts, 2].

168. Com o mesmo escopo, JUNQUEIRA DE AZEVEDO utiliza os exemplos de declarações de vontade feitas em um palco teatral ou em sala de aula, durante uma preleção [Negócio jurídico: existência, validade e eficácia, 122].

169. The research agenda of implicit dimensions of contracts, 2.

170. Negócio jurídico: existência, validade e eficácia, 122.

e, definitivamente, as próprias esperanças e os próprios destinos econômicos, suporte indefectível de liberdade e de crescimento".¹⁷¹⁻¹⁷² Por isso, CLÓVIS DO COUTO E SILVA inicia sua obra *A obrigação como processo*, assegurando que "a relação obrigacional [...] se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor".¹⁷³

Um sistema jurídico que não tutela o crédito acaba por desestimular o fluxo de relações econômicas e comprometer o seu próprio funcionamento. O direito não protege o crédito por uma questão de afirmação de valores liberais, para legitimar a supremacia do mais forte sobre o mais fraco ou algo dessa ordem. Esse mesmo crédito é um pilar de sustentação do mercado, indispensável à sua preservação. Se o sistema veda o enriquecimento sem causa, aquele que possui um crédito contra outrem ou [i] já experimentou uma diminuição em seu patrimônio e pretende recompô-lo, às vezes obtendo lucro, ou [ii] "congelou" trabalho, "gerou riqueza" e pretende ser remunerado por isso. Quem possui "crédito" "crê" em sua satisfação.¹⁷⁴

A título exemplificativo: quando o sistema jurídico disciplina a falência, tem em vista a tutela do crédito, ainda que modernamente sejam igualmente perseguidos outros valores, como a preservação das empresas e de empregos. O sistema – ainda que em nome da proteção de outros interesses – não poderia, simplesmente, "perdoar" os débitos do falido, sob pena de desestabilizar o ordenamento, com o consequente declínio do investimento.¹⁷⁵

171. PIERO PAJARDI, *Radici e ideologie del fallimento*, 6 e ss. No original: "la credibilità degli ordinamenti giuridici moderni in tema di diritto sostanziale, ed ancor più in tema di efficienza della giurisdizione, che postula un processo strettamente efficace, a sua volta, è proprio legata alla capacità concreta di tutela del diritto di credito. Infatti è ormai quest'ultimo che, in maniera variegatissima, rappresenta la roccaforte giuridica, della persona umana. Quest'ultima riversa nel credito il proprio lavoro, il proprio impegno esistenziale, il proprio risparmio, ed in definitiva le proprie speranze ed i propri destini sul piano economico, supporto quest'ultimo indefettibile di libertà quanto di crescita".

172. A importância do crédito para o sistema econômico é de tal sorte que ASCARELLI reputa sua mobilização pelo direito comercial como um dos "institutos jurídicos que mais profundamente caracterizam o direito privado moderno" [Panorama do direito comercial, 34].

173. *A obrigação como processo*, 5.

174. "Appunto perché in tanto una persona dà ad un'altra temporaneamente una cosa in quanto crede alla [conta sulla] restituzione, lo scambio temporaneo prende il nome di credito [...]" [CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, 5].

175. VIVANTE faz referência aos problemas enfrentados pelos comerciantes na Roma Imperial em virtude de normas que prejudicaram grandemente os interesses do crédito: