



JOSÉ ANTONIO MARIANO JÚNIOR

**CONTRATOS INCOMPLETOS À LUZ DA ANÁLISE
ECONÔMICA DO DIREITO**

LAVRAS-MG

2019

JOSÉ ANTONIO MARIANO JÚNIOR

CONTRATOS INCOMPLETOS À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Artigo científico apresentado à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

Prof. Fellipe Guerra David Reis

Orientador

LAVRAS-MG

2019

JOSÉ ANTONIO MARIANO JÚNIOR

CONTRATOS INCOMPLETOS À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

(INCOMPLETE CONTRACTS IN THE VIEW OF ECONOMIC ANALYSIS OF THE LAW)

Artigo científico apresentado à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

APROVADO em _____ de _____ de _____.

AVALIADOR: _____.

AVALIADOR: _____.

Prof. Fellipe Guerra David Reis

Orientador

LAVRAS-MG

2019

Aos meus pais por todo o amor e apoio.

RESUMO

Não há dúvidas de que o direito dos contratos é essencial para o desenvolvimento dos negócios e para o crescimento da economia, uma vez que o objetivo do contrato é registrar as promessas feitas entre partes e garantir o cumprimento do que foi acordado, fortalecendo assim a confiança dos agentes econômicos envolvidos. No entanto, de acordo com a *Law and Economics*, os contratos são, em sua essência, incompletos, isto é, independentemente do tempo que se gaste tentando elaborar cláusulas “perfeitas”, o contrato não conseguirá prevê todas as possibilidades, nem responder a todos os possíveis impasses que tal relação econômica poderá ou não enfrentar ao longo do período de vigência do negócio. Isto ocorre porque, a economia, assim como todas as outras relações sociais, estão em constante transformação. Portanto, tentar abarcar em um único instrumento todos os dilemas a serem enfrentados pelas partes é quase impossível, ou no mínimo, gera um custo alto demais, o que acaba por inviabilizar a realização (ou continuidade) do negócio. Deste modo, para garantir segurança aos agentes envolvidos, é necessário que haja uma regulamentação externa ao contrato capaz de preencher esses *gaps* e dar respostas justas e eficazes se necessário for. A Análise Econômica do Direito pode ser um grande aliado na tarefa interpretativa dos contratos incompletos, uma vez que este campo interdisciplinar visa conservar a eficiência dos contratos e fortalecer a confiança entre as partes.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Contratos Incompletos. Interpretação dos Contratos.

ABSTRACT

There is no doubt that contract law is essential for business development and for economic growth, since the purpose of the contract is to record the promises made between parties, to ensure compliance with what has been agreed and to strengthen the confidence of economic agents involved. However, according to Law and Economics, contracts are, in essence, incomplete, that is to say, regardless of the time spent trying to work out "perfect" clauses, the contract will not be able to foresee all possibilities, nor to respond to all the possible impasses that such economic relationship may or may not face during the term of the contract. This is because the economy as well as social relations are in constantly change. Thus, trying to encompass all the dilemmas faced by the parties in a single instrument is almost impossible, or at least, it generates too high a cost, which ultimately impedes the realization (or continuity) of the business. In order to ensure legal certainty for the agents involved, there is a need for external regulation of the contract to fill those gaps and provide fair and efficient responses. The Economic Analysis of Law can be an ally in the interpretive task of these blank spaces, providing an instrumental coming from the economy that aims to conserve the economic efficiency of the contracts.

Keywords: Law and Economics. Incomplete Contracts. Contractual Interpretation

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. A DISCIPLINA CONTRATUAL E TAREFA INTERPRETATIVA.....	8
2.1 INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL	9
3. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	10
3.1 Pressupostos básicos da AED.....	11
3.1.1 Eficiência.....	12
3.1.2 Escolha racional	13
3.1.3 Racionalidade limitada.....	13
3.1.4 Falhas de mercado.....	13
3.1.5 Assimetria informacional	14
3.1.6 Custos de transação	15
4. A TEORIA DOS CONTRATOS INCOMPLETOS	16
4.1. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS INCOMPLETOS POR MEIO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	19
4.2. Principais contribuições da AED aos intérpretes dos contratos incompletos.....	20
5. CONCLUSÃO	21
6. REFERÊNCIAS	22

1. INTRODUÇÃO

É inegável o papel que os contratos exercem nas relações econômicas e no desenvolvimento dos mercados. É por meio do instrumento contratual, que os agentes econômicos se sentem confiantes e seguros para negociar com a outra parte, pois estes confiam no papel do contrato para obrigar a outra parte a também cumprir com suas responsabilidades.

Todavia, os contratos possuem lacunas (voluntárias ou não) que necessitam serem preenchidas. O Direito fornece ferramentas capazes de interpretar esses contratos do ponto de vista jurídico, porém as decisões dos tribunais, apesar de serem pautadas em princípios contratuais, nem sempre se mostram eficientes do ponto de vista econômico. O que pode acarretar em desestímulo para os agentes econômicos.

A partir disso, é que se chegou na pergunta motriz desse trabalho: afinal, a Análise Econômica do Direito com todos os seus pressupostos, teorias e ferramentas advindas das ciências econômicas possui condições de auxiliar na tarefa interpretativa dos contratos incompletos? Se sim, quais são as suas estratégias e diretrizes?

O trabalho apresentará conceitos básicos sobre o direito dos contratos e a tarefa interpretativa destes. Em seguida a Análise Econômica do Direito será abordada, apresentando os principais conceitos, um breve apanhado histórico sobre a *Law and Economics*, seus pressupostos bem como uma de suas principais teorias, a dos Contratos Incompletos. A intenção é, de maneira objetiva, evidenciar como esses pressupostos econômicos acabam se relacionando diretamente com o Direito. Por fim, serão expostos alguns exemplos de contribuições que a Análise Econômica do Direito pode ofertar aos interpretes dos contratos incompletos, visando garantir a efetividade dos negócios e o fortalecimento das relações econômicas.

2. A DISCIPLINA CONTRATUAL E TAREFA INTERPRETATIVA

De modo geral, os contratos são essenciais para a economia. Devido a sua natureza de promessa de cumprimento recíproco, os contratos visam garantir às relações econômicas uma maior estabilidade e segurança no momento de realizar um negócio.

Nas palavras de Marcia Ribeiro e Irineu Galeski, pensar o contrato é identificá-lo como instrumento de compatibilização de interesses disponíveis, na busca de sua

harmonização, para que deem origem aos negócios jurídicos.¹ Em sua obra os autores ainda explicam:

O contrato é uma forma de limitação da liberdade das partes, uma vez que prescreve direitos e impõe deveres, permanecendo a questão de o porquê os contratantes aceitarem essas restrições.²

O instrumento contratual ganha sentido, então, quando as promessas contidas em suas cláusulas possuem força para obrigar as partes a cumprir suas responsabilidades e garantir que ambas receberão o que foi prometido, estimulando assim a confiança e a cooperação entre os agentes. Os juristas Armando Pinheiro e Jairo Saddi explicam:

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 um 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.³

O contrato, então, pode ser considerado um facilitador das transações econômicas, uma vez que este instrumento fortalece os laços e a confiança entre os agentes econômicos.

2.1 INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL

Todo contrato necessita de interpretação, seja pelas partes que compõem o negócio ou por agentes reguladores externos, como as instituições e as normas jurídicas. Tal interpretação, consiste na tarefa que é dada ao intérprete de determinar o conteúdo do contrato e permitir a exata compreensão das suas condições e finalidades.

Nas palavras de Vera Helena Franco, em uma concepção subjetivista, o intérprete deve buscar aferir a intenção comum das partes quando da formação do contrato, verificando a sua vontade real⁴.

O professor Orlando Gomes, ensina que a tarefa interpretativa, deve ser dividida em duas etapas. A primeira etapa é subjetiva e consiste na indagação da intenção comum emanada do contrato. Já a segunda etapa, que possui caráter objetivo versa sobre a busca por estabelecer o sentido concreto dessa intenção comum, ou seja, na verificação de como tais intenções regulam a relação concreta, vejamos:

¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria geral do contratos**: contratos empresariais e análise econômica do direito. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

² IDEM, p. 56.

³ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 156.

⁴ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato**: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais - RT, 2011.

Juntamente com as normas destinadas a orientá-lo no sentido de buscar a verdadeira intenção dos contratantes, ditam-se regras para a solução de dúvidas que perdurem após a pesquisa feita para a descoberta da *vontade real* do contrato em exame. Passa-se, nesses casos, da *interpretação subjetiva* para a *objetiva* sem deixar de reconhecer que as regras desta podem ser aplicadas concomitantemente para ajudar a investigação da intenção das partes. (Grifo no original).⁵

Sendo assim, a interpretação objetiva seria guiada pelos princípios da boa-fé, da conservação do contrato e da *extrema ratio* (menor peso e equilíbrio das prestações).⁶ E ainda pelo princípio da finalidade econômica, estabelecendo a obrigação observar o fim econômico pretendido pelas partes para a execução do contrato.⁷

Finalizada a breve exposição sobre o contrato, este instrumento jurídico tão importante para a consecução dos negócios e o desenvolvimento da economia, passamos agora a estudar propriamente a interseção entre ciências jurídicas e ciências econômicas que deu origem a Análise Econômica do Direito e como ela pode contribuir para a interpretação dos contratos.

3. A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A análise econômica do Direito (AED) é essencialmente um movimento interdisciplinar, que se tornou conhecido em todo o mundo pela tentativa de trazer o método econômico para a realidade do Direito. Nas palavras de Marcia Ribeiro e Irineu Galeski:

O movimento conhecido como Análise Econômica do Direito (AED) ou *Law and Economics* que, preliminarmente, pode ser definido como a aplicação da teoria econômica, em especial seu método, para o exame da formação, estruturação e impacto da aplicação das normas e instituições jurídicas, surgiu a partir do desenvolvimento das doutrinas econômicas e da atenção dos economistas para assuntos jurídicos, vindo, posteriormente, chamar a atenção dos juristas para esse novo enfoque do “fenômeno”.⁸

O *Law and Economics*, segundo a autora Rachel Sztajn, foi um movimento que surgiu durante os anos de 1940 e 1950, tem sua origem nos Estados Unidos a partir dos trabalhos de autores como Richard Posner, Guido Calabresi e Ronald Coase⁹.

⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 245.

⁶ IDEM, p. 246.

⁷ FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro**. São Paulo: Revista dos Tribunais - RT, 2011.

⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria geral do contratos: contratos empresariais e análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 67.

⁹ SZTAJN, Rachel. *Law and Economics*. In: ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

As bases do movimento da Análise Econômica do Direito, segundo Ejan Mackaay,¹⁰ estão nos economistas da Escola Clássica, em especial, em Adam Smith. O autor acreditava na liberdade de concorrência como a solução para a melhor alocação dos recursos, tendo em vista que os preços seriam livremente formados pelo mercado, alcançando assim o equilíbrio. Ribeiro e Galeski descrevem o trabalho de Adam Smith da seguinte maneira:

A obra de Adam Smith é profundamente questionada por integrantes da Análise Econômica do Direito, entretanto, é a base para o desenvolvimento de uma doutrina de não intervenção do Estado, a não ser nas hipóteses de falha de mercado, as quais não eram tratadas pelos economistas do século XVIII.¹¹

Vale ressaltar que muitos foram os doutrinadores que se destacaram nos estudos da AED e por isso nada mais natural do que haver conflitos doutrinários entre eles. Por isso é que apesar de todos estarem reunidos sob o mesmo movimento e receberem o mesmo título, isto não é um retrato fiel da realidade complexa com tantas linhas argumentativas desenvolvidas sobre a temática ao longo dos anos.

3.1 Pressupostos básicos da AED

No tocante à definição das premissas básicas da AED, sabe-se que, apesar de terem visões diferentes, há uma identidade comum compartilhada pelos autores do movimento jurídico-econômico, justamente por terem o mesmo objetivo: obter conclusões jurídicas de acordo com parâmetros econômicos.¹² Assim, os autores adeptos da AED acabam sendo reunidos numa mesma classificação (e em mesmo título), por manterem semelhanças e um relativo consenso nos principais conceitos teóricos. Para Pinheiro e Saddi é possível elencar três premissas que unem esses autores:

A *primeira premissa*, é reconhecer que o ser humano está disposto a aplicar esforços para obter o melhor para si, a fim de ter mais satisfação. Os agentes atuam de forma racional, a fim de tomar as decisões que lhe maximizem os proveitos. Como *segunda premissa*, quando o agente realiza o cálculo racional de qual será a conduta, considerando o “sistema de preços” colocado, ou seja, se há incentivos ou não para conduta, e se a sanção imposta compensará o resultado esperado. Como *terceira premissa*, as regras legais funcionam como incentivos ou como forma de inibir condutas, influenciando nas decisões racionais dos indivíduos.¹³

¹⁰ MACKAAY, EJAN. History of Law and Economics. In: BOUCKAERT. Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. Encyclopedia of Law and Economics. The History and Methodology of Law and Economics. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc, 2000. Vol 1. Pág 65-117.

¹¹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria geral do contratos: contratos empresariais e análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 68.

¹² IDEM, p. 92.

¹³ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 89.

Muitos doutrinadores, defendem ainda que a Análise Econômica do Direito, apesar de ter à sua disposição todo o instrumental das ciências econômicas, geralmente se concentram em aspectos microeconômicos, estáticos e geralmente de curto prazo.¹⁴ Segundo o autor Guillermo Cabanellas, a AED se utiliza de certos pressupostos econômicos na aplicação de seu método, como por exemplo, o conceito de eficiência, de escolha racional e racionalidade limitada, falhas de mercado, assimetria de informações e custos de transação.¹⁵ Analisemos então cada um desses pressupostos básico da Análise econômica do Direito.

3.1.1 Eficiência

Na lição de David Friedman, a AED preocupa-se, em uma palavra, com eficiência.¹⁶ O conceito de eficiência advindo das ciências econômicas, é considerado uma das preocupações basilares desta área do conhecimento. Partindo do princípio de que as demandas são sempre maiores que a existência de bens disponíveis (escassez). Torna-se imprescindível buscar a melhor alocação dos bens para suprir a maior quantidade possível de demandas.

De fato, os adeptos da AED são motivados em buscar soluções para os conflitos enfrentados pelo ordenamento jurídico privilegiando decisões judiciais que maximizam a eficiência.

Na lição de Carmem Silveira Ramos, a função do Direito para os adeptos da AED é distribuir bens e estabelecer critérios para essa distribuição, sempre no intuito de conduzir ao maior índice de satisfação das necessidades sociais.¹⁷ E Ribeiro e Galeski completam:

Nesse sentido, a busca pela eficiência na aplicação do Direito foge ao aspecto meramente deontológico da norma jurídica. A norma jurídica posta e aplicada deve objetivar a eficiência.¹⁸

Em matéria de contratos, a eficiência é um dos principais objetivos a ser alcançado na execução do negócio.

¹⁴ CABANELLAS, Guillermo. El Análisis Económico del Derecho. Evolución histórica. Metas e instrumentos. In: KLUGER, V. (org.). **Análisis Económico del Derecho**. Buenos Aires: Heliasta, 2006, p. 30.

¹⁵ IDEM, p. 31.

¹⁶ FRIEDMAN, David. Law and economics. In: EATWELL, John; MILGATE, Murray; NEWMAN, Peter (org.). **The new palgrave: a dictionary of economics**. London: The Macmillan Press Limited, 1987, v. 3, p. 93.

¹⁷ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Eficiência x Eficácia: a Análise Econômica do Direito. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Vol. 2. São Paulo: Padma, abr-jun, 2000, p. 28.

¹⁸ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria geral do contratos: contratos empresariais e análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 101.

3.1.2 Escolha racional

Outro pressuposto econômico importante para os doutrinadores do movimento da AED se refere a conduta racional esperada dos agentes, ou seja, um comportamento guiado pelo raciocínio lógico do ponto de vista coletivo.¹⁹ Galeski, analisa a ideia da escolha racional afirmando que agir racionalmente é ser capaz de comparar e decidir entre duas ofertas concomitantes.²⁰ O autor afirma:

Conceituar a escolha racional é afirmar que o agente sabendo conhecer a utilidade de cada objeto, escolhe entre eles em função da maior utilidade de cada objeto posto, escolhe entre eles em função da maior utilidade que o bem lhe oferta.²¹

3.1.3 Racionalidade limitada

Este pressuposto da AED, demonstra que, no campo do Direito, os contratos são fortemente influenciados pela incapacidade que os agentes econômicos tem de conseguir prever os resultados no ato da celebração do contrato. Este pressuposto evidencia que em uma área de incerteza, mesmo a parte disponha de evidências relevantes para a consecução do contrato, é incapaz de verificar o grau de probabilidade, devido às suas limitações subjetivas, o que causa um aumento dos custos de transação e conseqüentemente uma diminuição na expectativa da maximização da riqueza.

Entende-se, dessa forma, como uma análise voltada ao comportamento dos contratantes, em que a limitação cognitiva refletiria na formação contratual. Para Daniel Kahneman, essa limitação revela uma dificuldade da confiança excessiva no que as pessoas acreditam saber, a aparente incapacidade em admitir a verdadeira extensão da ignorância e a incerteza do mundo²². Como ele mesmo disserta:

Conforme determinamos o curso de nossas vidas, normalmente nos permitimos nos guiar por impressões e sentimentos, e a confiança que temos em nossas crenças e preferências intuitivas em geral é justificada. Mas nem sempre. Muitas vezes estamos confiantes mesmo quando estamos errados, e um observador objetivo tem maior probabilidade de detectar erros do que nós mesmo.²³

3.1.4 Falhas de mercado

Outra premissa econômica muito trabalhada pelos autores que aderem à AED, é a existência das falhas de mercado que acabam por impedir que as relações econômicas

¹⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria geral do contratos: contratos empresariais e análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 64.

²⁰ IDEM, p. 67.

²¹ IDEM, p. 67.

²² KAHNEMAN, Daniel; tradução Cássio de Arantes Leite. **Rápido e Devagar: duas formas de pensar** - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 23.

²³ IDEM, p. 24.

alcancem a melhor eficiência apenas pela transação dos agentes.²⁴ Podem ser elencadas como falhas de mercado a existência de poder econômico díspar entre os agentes, as externalidades, os bens públicos e a assimetria de informações. Na visão de Irineu Galeski Marcia Ribeiro para o AED, o papel do Direito é minimizar os efeitos das falhas de mercado possibilitando uma eficiência maior nas relações econômicas.²⁵

Tais falhas de mercado comprometem a alocação eficiente de recursos, na medida em que elevam os custos de transação e podem, inclusive, obstar a concretização do negócio jurídico. Essa é a lição de Cooter e Ulen:

Fazer um contrato implica buscar parceiros, negociar as condições, redigir o contrato e fazer com que seja cumprido. A busca exige esforço; a negociação toma tempo; a redação requer conhecimento de causa; e fazer com que o contrato seja cumprido exige perseverança. Em muitos contratos, esses custos de transação são pequenos em comparação com o excedente resultante da cooperação, às vezes esses custos de transação são suficientemente altos em comparação com o excedente a ponto de impedir a cooperação.²⁶

3.1.5 Assimetria informacional

Conceituado como um entrave à obtenção de relações econômicas mais eficientes, a assimetria da informação é caracterizada como uma das falhas de mercado. A assimetria é um desequilíbrio dentro da relação dos agentes. Pode ser exemplificada por um cliente que não tem acesso a todas as informações de um produto que deseja adquirir; de um indivíduo que deseja ingressar como sócio adquirindo cotas de participação em uma sociedade, mas não conhece todos os detalhes do negócio; dentre outras situações. Como leciona Castellano:

Partindo da premissa de que a informação nunca é perfeita no mercado e se reconhece que o consumidor não conhece exatamente a qualidade do produto que irá comprar no momento de tomar a decisão de adquiri-lo, admite-se que a possibilidade de que o consumidor não receba a qualidade que imaginava e, mais que isso, correrá o risco de sofrer danos ao utilizar o produto adquirido nessas condições, danos esses que não foram previstos no momento de tomar a decisão de comprar.²⁷

A Assimetria Informacional, é considerada a falha de mercado mais frequente na negociação de um contrato. Isso porque, para que o fluxo de relações no mercado funcione de maneira eficiente, os agentes carecem de informações para tomar decisões, e a obtê-las

²⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria geral do contratos: contratos empresariais e análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 117.

²⁵ IDEM, p. 119.

²⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. México D.F. Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 231.

²⁷ CASTELLANO, Andrea. El Análisis económico del Derecho del consumidor: información, garantías y danos por productos elaborados. In: KLUGER, V. (org.). **Análisis económico del Derecho**. Buenos Aires: Heliasta, 2006, p. 159.

representa um custo que não pode ser desconsiderado pelas partes. A origem desta assimetria é diversa, pode ser decorrente de um desconhecimento técnico, de uma disparidade econômica, da sonegação das informações com intuito de obter vantagem no negócio, dentre outros motivos.

Ainda nesse interim, a transmissão de informações não seria racional quando os custos de obtenção da informação ultrapassassem os benefícios esperados pelas partes a partir daquele negócio jurídico²⁸. Na lição de Mackaay e Rousseau:

A teoria econômica prediz que agentes racionais, para minimizar acidentes de percurso na celebração e execução dos contratos, dada a probabilidade de sua ocorrência, adotarão todas as precauções cujo custo seja inferior ao dos inconvenientes que permitam evitar.²⁹

3.1.6 Custos de transação

O termo “transação” é utilizado para classificar qualquer operação que promova a circulação de riqueza. Tais custos (monetários ou não) advém de um conjunto de medidas adotadas ao longo da operação, incluindo o acompanhamento pós consumação do negócio.

Dentro da realização de um investimento, há custos para se procurar e obter informações sobre o negócio a ser adquirido (*due diligence*), há custos também quando as partes negociarem os termos da transação, na elaboração dos contratos; e após fechado o negócio, há ainda os custos para garantir que o cumprimento dos contratos e monitoramento constante dos agentes.

Os custos de transação são importantes aliados no momento de se planejar investimentos e precisam ser ponderados pelos agentes durante suas tratativas. Reitera-se que os custos podem ser não apenas financeiros, mas também envolver outros aspectos como tempo despendido para as atividades, profissionais e alocação de recursos diversos em cada uma das etapas.

Na visão de um dos principais economistas e nomes da AED, Ronald Coase, os custos de transação representariam desincentivos à negociação, na medida em que uma negociação bem-sucedida seria consequência do uso eficiente de recursos:

Para realizar uma transação de mercado, é necessário descobrir com quem se quer lidar, informar às pessoas que se deseja negociar e em que condições, conduzir negociações que levem a uma barganha, elaborar o contrato. Para realizar a

²⁸ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 414. Op. Cit 16 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. Cit. p. 414.

²⁹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. X.

inspeção necessária para se certificar de que os termos do contrato estão sendo observados, e assim por diante. Geralmente, essas operações são extremamente caras, suficientemente caras para evitar muitas transações que seriam realizadas em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custo. (Tradução Nossa)³⁰

Na lição dos juristas Armando Pinheiro e Jairo Saddi os custos de transação são conceitos da seguinte maneira:

Os custos de transação compreendem, portanto, os custos com a realização de cinco atividades que tendem a ser necessárias para viabilizar a concretização de uma transação. Primeiro, a atividade da busca pela informação sobre regras de distribuição de preço e qualidade das mercadorias; sobre insumos de trabalho e a busca por potenciais compradores e vendedores, assim como de informação relevante sobre o comportamento desses agentes e a circunstância em que operam. Segundo, a atividade da negociação, que será necessária para determinar as verdadeiras intenções e os limites de compradores e vendedores na hipótese de a determinação dos preços ser endógena. Terceiro, a realização e a formalização dos contratos, inclusive o registro nos órgãos competentes, de acordo com as normas legais, atividade fundamental do ponto de vista do direito privado, já que é o que reveste o ato das garantias legais. Quarto, o monitoramento dos parceiros contratuais com o intuito de verificar se aquelas formas contratuais estão sendo devidamente cumpridas, e a proteção dos direitos de propriedade contra a expropriação por particulares ou o próprio setor público. Finalmente, a correta aplicação do contrato, bem como a cobrança de indenização por prejuízos às partes faltantes ou que não estiverem seguindo corretamente suas obrigações contratuais, e os esforços para recuperar o controle de direitos de propriedade que tenham sido parcial ou totalmente expropriados.³¹

Nesse sentido, a função primordial dos contratos consistiria na redução dos custos de transação, possibilitando que as transações econômicas ocorram no maior grau de eficiência possível, através de uma alocação dos riscos e redução do oportunismo dos agentes econômicos.

Passamos então, para uma das mais importantes contribuições da Análise econômica para as ciências jurídica, a teoria da incompletude contratual.

4. A TEORIA DOS CONTRATOS INCOMPLETOS

De acordo com a Análise Econômica do Direito, uma importante característica dos contratos, é o fato de que todo contrato, independente se houver ou não caráter oneroso, é incompleto. E isto decorre de diversos fatores. Seja pela mudança na vontade dos agentes,

³⁰ *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. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost.*

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law and Economics**, 1960, p 15.

³¹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 62.

por motivo de fato novo apresentado, pela descoberta de uma informação que as partes não possuíam no momento da celebração do acordo³², entre outros exemplos.

Os juristas Armando Pinheiro e Jairo Saddi explicam que, durante a execução do contrato, podem surgir conflitos entre as partes, justamente em razão desta incompletude contratual:

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.³³

Mackaay e Rousseau explicam então que a teoria da incompletude contratual, fruto das obras de autores ligados ao movimento da AED, é uma característica inerente a todos os contratos, que pode variar em certa medida, mas que a completa especificação do contrato nunca vale o custo dos incômodos que seriam evitados³⁴. De maneira complementar o doutrinador Eric Posner leciona:

Um contrato teoricamente completo descreveria todos os riscos possíveis, mas os custos de transação – incluindo o custo da negociação e de redação do contrato – e a possibilidade de previsão de eventos de pouca probabilidade tornam todos os contratos incompletos. Ademais, as partes podem escolher alguns termos ou evitar outros por razões estratégicas, no intuito de explorar um poder de barganha superior ou valer-se de uma assimetria de informação.³⁵

Como bem explicou Posner, os custos de transação são os principais causadores desta incompletude nos contratos. Todo processo de formação de um contrato resulta em custos de transação³⁶. Os custos mais elevados estão ligados especialmente à fase de negociação e elaboração do instrumento contratual. Em ambas as fases, as partes necessitam prever os possíveis cenários, calcular probabilidades, submeter o contrato à análise de um profissional especializado para lhe garantir segurança, entre outros aspectos que elevam os custos de transação.

Verifica-se então a análise a ser feita é casuística. Isto é, em determinadas ocasiões o risco e alto investimento valem a pena, uma vez o resultado a ser obtido compensa e justifica

³² PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 62.

³³ IDEM, p. 117.

³⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 421.

³⁵ POSNER, Eric A. Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso? (Primeira Parte). **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jul-set, 2008, p. 79.

³⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. México D.F. Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 231.

os custos que as partes terão para negociar o instrumento contratual mais completo possível (embora como vimos, jamais será absolutamente completo), e em outras ocasiões os custos são tão elevados que acabam por impedir a cooperação dos agentes e tornam-se um obstáculo para a execução do contrato, estimulando assim o fim da relação contratual.

Fica claro, então, que teoria da incompletude contratual, não prega a necessidade de um contrato completo, pois a própria teoria entende que um contrato que especifique todas as características de uma transação pode tornar o contrato tão rígido que ele se tornaria inexecutável.³⁷ O que a teoria dos contratos incompletos vem propor é que um contrato deve mensurar o grau de completude de maneira tal que abranja o objeto determinado sem perder a eficiência pretendida.³⁸

Portanto, para os autores adeptos do movimento da Análise Econômica do Direito, a figura do contrato completo é meramente hipotética, na medida em que, na prática, os riscos são apenas parcialmente identificados e alocados pelas partes.³⁹ A incompletude contratual pode ser decorrente de uma situação involuntária, ensejada pela assimetria informacional, ou pode ser decorrente de uma situação deliberada. Com relação às lacunas voluntárias e involuntárias de um contrato, Cooter e Ulen ensinam:

A título de ilustração, suponha que um contrato não diga nada sobre a possibilidade de que um sequestro feche o aeroporto e impeça o vendedor de fornecer mercadorias pontualmente. Talvez as partes deixem esta lacuna no contrato por não preverem a possibilidade de um sequestro. [...] Os riscos remotos não justificam o custo da negociação e elaboração das condições para alocar esses riscos, ou uma lacuna deliberada por ser deixada no contrato por razões psicológicas, como, por exemplo, quando um casal promete casar e silencia sobre a possibilidade de divórcio.⁴⁰

Sendo assim, as partes de um negócio jurídico, na visão da AED, podem optar por deixar lacunas no contrato, nos casos em que os interessados compreenderem que uma situação específica possui chances remotas de serem concretizadas. Trata-se de uma constatação de que não seria economicamente eficiente pagar pelos custos de se preencher uma lacuna que em nada contribuiria para a execução contratual.

³⁷ TAKADA T. A.; MUNIZ, T. L. **Contratos internacionais sob o enfoque da análise econômica do direito**. 2014, p. 9.

³⁸ IDEM.

³⁹ CASCAES, Amanda Celli. Análise Econômica dos Contratos Incompletos. **RJLB**, Ano 3, nº 1: Rio Grande do Sul, 2017, p. 167.

⁴⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. México D.F. Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 223.

Na visão de Cooter e Ulen, o custo de transação esperado de uma lacuna no contrato é igual à probabilidade de que o prejuízo se efetive multiplicada pelo custo de sua alocação⁴¹, de tal maneira que as partes decidam optar por deixar aquele espaço em branco, assumindo um risco que é mais baixo do que os custos de negociar a respectiva cláusula.

Posto isto, o “contrato completo” seria possível apenas quando custos de transação nulos, na medida em que a negociação pelas partes não representasse nenhuma despesa, Segundo Mackaay e Rousseau⁴²:

O contrato perfeito não é descrição da realidade, é invenção que serve “*en dégradé*” para imaginar como as partes teriam contratado se tivessem se dado ao trabalho de explicitar seu acordo – o equilíbrio que atingiriam, dado que tal acordo deve ser modelado de forma a dar vantagem a cada uma delas.

Conclui-se que todos os contratos são incompletos, em maior ou menor grau. Então, fica a cargo da ciência jurídica fornecer diretrizes ao intérprete do instrumento contratual e estabelecer a forma como tais lacunas serão ou não preenchidas, torna-se função do Direito também definir a melhor forma interpretar um determinado negócio jurídico e como estipular as condições que deveriam ter sido negociadas e não foram seja lá qual for a razão.

Como se sabe, o Direito possui elementos que possibilitam o preenchimento dessa lacunas dos contratos incompletos. Contudo, a Análise Econômica do Direito pode ofertar excelentes contribuições para a tarefa de interpretar tais contratos, principalmente porque um dos principais objetivos da AED é garantir uma maior eficiência nas relações econômicas.

4.1. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS INCOMPLETOS POR MEIO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O doutrinador português Vasco Rodrigues conceitua contrato como um conjunto de compromissos independentes que gozam de algum tipo de proteção legal: em caso de incumprimento, o prejudicado pode socorrer-se do Estado para, dependendo das circunstâncias e do ordenamento jurídico, exigir o cumprimento, ressarcimento, ou punição contra o incumpridor.⁴³

⁴¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. México D.F. Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 223.

⁴² MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 420.

⁴³ RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 34.

Todavia, como já exposto acima, para a Análise Econômica do Direito, não há contratos completos e, portanto, os Tribunais precisam elaborar estratégias interpretativas para preencher as lacunas contratuais deixadas pelas partes.

A AED afirma que deve ser dada proteção legal aos contratos incompletos, devendo suas lacunas serem supridas pela lei e pelos Tribunais, porém desde que observados certos requisitos que conduzam ao pressuposto mais importante das ciências econômicas: a eficiência.

Vale ressaltar que a intervenção judicial nos contratos consiste em um sistema de incentivos e desincentivos aos agentes econômicos. Isto ocorre, pois uma sanção imposta pelo intérprete, se transformará em um valor para aquele que recebeu a penalidade. Todavia, o penalizado fará uma ponderação e sob a lógica do custo-benefício, decidirá se a penalidade resultará ou não em uma mudança de comportamento, afinal de contas, o sujeito pode chegar a conclusão de que a sanção imposta pelo intérprete é mais benéfica do que se ele fosse obrigado a cumprir o que ele havia assinado.

A Análise Econômica do Direito, portanto, possibilita uma nova visão sobre tema, auxiliando na compreensão do fenômeno dos contratos incompletos e na definição de métodos interpretativos que possam balizar a tarefa do intérprete. Além do impacto que a interpretação de um contrato incompleto gera entre as partes e no escopo de um determinado negócio jurídico, não se pode esquecer que a aplicação do direito gera consequências para o mercado como um todo, criando como já foi dito um sistema de incentivos ou desincentivos que não podem ser desconsiderados. Na lição de Marcia Ribeiro e Irineu Galeski:

A Análise Econômica do Direito, no que se refere aos contratos, atenta não apenas para a questão da formação dos contratos, mas, também, para determinar quais os pactos que merecem proteção e quais as consequências do descumprimento do contrato, assim como as questões acerca da melhor consecução do contrato diante de lacunas e falhas de mercado e papel dos tribunais.⁴⁴

4.2. Principais contribuições da AED aos intérpretes dos contratos incompletos

A contribuição da Análise Econômica do Direito mais importante para a tarefa interpretativa dos contratos incompletos, consiste na análise das lacunas de um determinado contrato examinando todos os custos e benefícios envolvidos no negócio, ao invés de apenas verificar “em que medida as partes causaram prejuízo umas às outras”⁴⁵.

⁴⁴ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria geral do contratos: contratos empresariais e análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 148.

⁴⁵ CASCAES, Amanda Celli. Análise Econômica dos Contratos Incompletos. **RJLB**, Ano 3, nº 1: Rio Grande do Sul, 2017, p. 185.

Isto porque, como afirma a doutrinadora Paula Forgioni, nenhum direito é absoluto e o intérprete deve ponderar não apenas os prejuízos causados por um determinado agente, mas também os benefícios por ele proporcionados à relação econômica.⁴⁶

A Segunda contribuição da AED para os intérpretes dos contratos incompletos foi estipulada pelos doutrinadores Cooter e Ulen. Em sua obra, os autores afirmam que, os tribunais devem na medida do possível, garantir o cumprimento das condições que foram pactuadas inicialmente pelas partes do contrato, ou seja, as obrigações contratuais assumidas pelos agentes econômicos devem prevalecer em detrimento das condições usualmente aplicadas pelos tribunais, sendo estas últimas imputadas às partes somente em caso de omissão no contrato. Apesar disso, se a lei fornecer uma condição padrão, preferida por ambas as partes, elas podem deixar de incorrer nos custos de transação relacionados a tal ponto e simplesmente omiti-lo do contrato, uma vez que, quanto menos condições tiverem de ser negociadas pelas partes, menores serão os custos relacionados à formação do contrato⁴⁷.

Conclui-se portanto que no que tange o preenchimento das lacunas dos contratos incompletos, o movimento da Análise Econômica do Direito objetiva encontrar formas mais efetivas para minimizar as incertezas dos agentes econômicos, incentivar a cooperação das partes e estimular o fiel e eficiente cumprimento dos contratos incompletos⁴⁸ tratando assim de suprir as lacunas contratuais advindas dos custos de transação e da racionalidade limitada e que por consequência gera um fortalecimento da confiança dos agentes e desenvolvimento da economia

5. CONCLUSÃO

O direito contratual é uma importante ferramenta para ao desenvolvimento da economia, pois facilita as transações e incentiva os agentes econômicos a cooperar e a cumprir as promessas feitas entre as partes.

No entanto, de acordo com a teoria da incompletude contratual, os contratos possuem necessariamente lacunas, uma vez que não é possível prever todas as circunstâncias futuras que poderão ocorrer na respectiva relação econômica. A tentativa de se precaver e elaborar

⁴⁶ FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranoia ou mistificação? **Revista de Direito Mercantil**: industrial, econômico e financeiro. São Paulo, ano 44, n. 139, jul-set, 2005.

⁴⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. México D.F. Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 228.

⁴⁸ DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade pós-contratual no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 89.

o chamado “contrato completo”, já seria extremamente dispendioso e contraproducente, pois essa tentativa acabaria por gerar custos de transação demasiadamente altos, desestimulando, assim, a continuidade da relação jurídica.

Deste modo, cabe ao intérprete preencher as lacunas dos contratos incompletos por meio da interpretação contratual como vimos no primeiro capítulo. Os tribunais, então devem lançar mão dos subsídios legais para dar uma resposta ao caso.

A Análise Econômica do Direito, então, surge como uma alternativa que deseja, não refutar a teoria contratualista e o direito contratual, mas colaborar com estes apresentando diretrizes e estratégias advindas das ciências econômicas a fim de conduzir a tarefa interpretativa dos contratos incompletos sem desincentivar a continuidade da relação entre os agentes econômicos.

Ao interpretar promessas e articular condições eficientes, o intérprete pode reduzir os custos de transação a que as partes estão submetidas, aplicando normas supletivas que reduzem os custos de negociação, corrigindo as falhas de mercado e resolvendo problemas de cooperação e transparência entre as partes.

6. REFERÊNCIAS

CABANELLAS, Guillermo. El Análisis Económico del Derecho. Evolución histórica. Metas e instrumentos. *In: KLUGER, V(org.). Análisis Económico del Derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

CASCAES, Amanda Celli. Análise Econômica dos Contratos Incompletos. **RJLB**, Ano 3, nº 1: Rio Grande do Sul, 2017.

CASTELLANO, Andrea. El Análisis económico del Derecho del consumidor: información, garantías y danos por produtos elaborados. *In: KLUGER, V. (org.). Análisis económico del Derecho*. Buenos Aires: Heliasta, 2006.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, 1960.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. México D.F. Fondo de Cultura Económica, 1998.

DONNINI, Rogério Ferraz. **Responsabilidade pós-contratual no Novo Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2004.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranoia ou mistificação? **Revista de Direito Mercantil**: industrial, econômico e financeiro. São Paulo, ano 44, n. 139, jul-set. 2005, p. 242-256.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Teoria geral do contrato**: confronto com o direito europeu futuro. São Paulo: Revista dos Tribunais - RT, 2011.

FRIEDMAN, David. Direito e Ciência Econômica. **Revista Sub Judice**, Lisboa, n. 2, jan-abr, 1992.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

KAHNEMAN, Daniel; tradução Cássio de Arantes Leite. **Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar** - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 24.

MACKAAY, EJAN. History of Law and Economics. *In: BOUCKAERT. Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. Encyclopedia of Law and Economics*. The History and Methodology of Law and Economics. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc, 2000.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POSNER, Eric A. Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso? (Primeira Parte). **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jul-set, 2008.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. Eficiência x Eficácia: a Análise Econômica do Direito. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Vol. 2. São Paulo: Padma, abr-jun, 2000

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria geral do contratos:** contratos empresariais e análise econômica do direito. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RODRIGUES, Vasco. **Análise Económica do Direito.** Coimbra: Almedina, 2007.
SZTAJN, Rachel. Law and Economics. *In:* ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia,** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TAKADA, Thales Alexandre; MUNIZ, Tânia Lobo. **Contratos internacionais sob o enfoque da análise econômica do direito.** 2014.