XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

RAFAEL PETEFFI DA SILVA

FABRÍCIO VEIGA COSTA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fabrício Veiga Costa; Eloy Pereira Lemos Junior; Rafael Peteffi da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN:978-85-5505-513-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Civil. 3. Contemporaniedade. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

O Grupo de Trabalho intitulado “Direito Civil Contemporâneo I”, realizado no XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, na cidade de São Luís do Maranhão, entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017, foi coordenado pelos professores doutores Eloy Pereira Lemos Junior (Universidade de Itaúna); Rafael Peteffi da Silva (Universidade Federal de Santa Catarina); Fabrício Veiga Costa (Universidade de Itaúna).

No respectivo grupo de trabalho os pesquisadores Eloy Pereira Lemos Junior e Thiago da Cruz Santos inicialmente trouxeram a discussão da (in) aplicabilidade da teoria da imprevisão aos contratos aleatórios. Tais reflexões científicas foram ampliadas por meio do debate da teoria do inadimplemento eficiente e os negócios jurídicos, cuja delimitação do objeto de pesquisa se deu na análise do “efficiente breach” no plano da eficácia, proposições essas trazidas por César Augusto de Castro Fiuza e Victor Duarte Almeida. Na mesma perspectiva de abordagem, José Gabriel Boschi trouxe o debate sobre a teoria dos contratos incompletos no contexto da análise econômica do direito.

O estudo do contrato de adesão na perspectiva crítico-comparativa do Código Civil e Código de Defesa do Consumidor foi desenvolvido por Jonas Guedes de Lima e Luiz do Nascimento Guedes Neto. A locação de área comum em condomínios edilícios foi importante debate proposto na pesquisa de Cinthia Meneses Maia, seguida da apresentação realizada por Maria Zilda Vasconcelos Fernandes Viana e Alana Nunes de Mesquita Vasconcelos, que resgataram o instituto da Locatio Conductio e o analisou no contexto do direito civil contemporâneo brasileiro.

O descumprimento do contrato de prestação de serviços educacionais e a problemática do dano moral nas instituições privadas de ensino superior no Brasil foi importante tema amplamente debatido pelos pesquisadores Fabrício Veiga Costa e Érica Patrícia Moreira de Freitas.

Reflexões sobre o direito fundamental ao esquecimento foram propostas no trabalho apresentado por Ricardo Duarte Guimarães, destacando-se na sequencia das apresentações o estudo da intervenção da posse à luz da função social, estudo esse desenvolvido por Ronald Pinto de Carvalho.

A responsabilidade civil no contexto do dano existencial foi objeto de investigação de Élida De Cássia Mamede Da Costa e Francisco Geraldo Matos Santos. No mesmo contexto propositivo, Laira Carone Rachid Domith e Brener Duque Belozi debateram o abandono moral dos filhos pelos pais decorrente da hiperexploração laboral, delimitando-se o objeto de análise no dano existencial imposto ao empregado ao dano reflexo a sua prole. Os critérios para a fixação do quantum compensatório nos danos extrapatrimoniais foi claramente trabalhado por Estela Cardoso Freire e Lucas Campos de Andrade Silva.

Reflexões acerca da possibilidade jurídica da usucapião de bens públicos dominicais, contextualizando-se com a afetação e a desafetação dos bens públicos, foi importante estudo apresentado por Aloísio Alencar Bolwerk e Graziele Cristina Lopes Ribeiro.

Por meio de uma pesquisa realizada mediante a utilização de análises comparativas, Vilmar Rego Oliveira analisou os aspectos teóricos relevantes da desconsideração da personalidade jurídica no direito luso-brasileiro.

A análise sobre a positivação dos princípios da concentração da matrícula imobiliária e a fé pública registral foi objeto de abordagem trazida nas aporias propositivas de Marfisa Oliveira Cacau. No mesmo contexto temático, o professor doutor Marcelo Sampaio Siqueira e a pesquisadora Monica de Sá Pinto Nogueira trouxeram à baila o estudo a multipropriedade imobiliária no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

Ao final, debateu-se o conflito existente entre o direito à origem genética e o direito à intimidade na reprodução medicamente assistida heteróloga, pesquisa essa desenvolvida por Pollyanna Thays Zanetti.

Os debates construídos ao longo das apresentações foram essenciais para a identificação de aporias e o despertar da curiosidade epistemológica, evidenciando-se claramente a falibilidade do conhecimento cientifico.

Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva - UFSC

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior - UIT

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa - UIT

A TEORIA DOS CONTRATOS INCOMPLETOS E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

THE THEORY OF INCOMPLETE CONTRACTS AND THE ECONOMIC ANALYSIS OF THE LAW

José Gabriel Boschi

Resumo

No presente estudo, buscar-se-á investigar a teoria dos contratos incompletos a luz dos postulados da Análise Econômica do Direito, analisando os motivos que servem para consolidar esta forma de contrato como mecanismos para superação da assimetria de informações existente entre as partes bem como dos custos de transação existentes no mercado.

Palavras-chave: Contratos incompletos, Análise econômica do direito

Abstract/Resumen/Résumé

In this study, will be sought to investigate the theory of incomplete contracts the light of the postulates of Economic Analysis of Law, analyzing the reasons that serve to consolidate this form of contract as a mechanism for overcoming the existing information asymmetry between the parties and existing transaction costs in the market.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Incomplete contracts, Economic analysis of law

1. INTRODUÇÃO

O modelo clássico dos contratos pressupõe que as partes sejam dotadas de *racionalidade ilimitada*, de modo a processar de forma eficiente todas as informações que recebem. Quando da celebração do contrato, portanto, pressupõe-se que a *informação seja livre e inteligível* aos contratantes, os quais, ademais, não fariam uso de vantagens indevidas ou informações privilegiadas. Desta feita, portanto, o modelo contratual clássico parte da ideia de *ausência de incerteza* e *assimetria informacional*. Ainda, por muito tempo, prevaleceu na ciência jurídica, como dogma irrefutável, a concepção de que quanto maior o rol de cláusulas contratuais menor seria o risco de inadimplemento ou controvérsia acerca do vínculo estabelecido entre as partes. Assim, pressupunha-se, com certa naturalidade, que a extensão de cláusulas contratuais certamente reduziria os riscos do negócio, bem como eventuais divergências interpretativas que porventura pudessem surgir entre os contraentes. Estabelecia-se, assim, na história, a crença na completude dos contratos.

Esta proposição ignorava a análise de aspectos externos aos contratantes e ao próprio negócio. Assim, não se investigava, por exemplo, se as partes de fato detinham racionalidade suficiente para antever, e assim dispor, sobre todas as variáveis do negócio, especialmente para os contratos de execução não instantânea. Ainda, não era relevante, naquele momento da história, como dito, investigar se as partes detinham ou não *informações simétricas* e se o esforço empregado pelas partes (no desiderato de dispor de um maior número de cláusulas contratuais) não traria, em contra partida, ônus demasiado ao negócio, como por exemplo, incremento de *custos de transação*.

Foi, pois, sob a influência dos Estudos da Análise Econômica, mais precisamente, Análise Econômica do Direito (AED), que tais questões passaram a incidir sobre os contratos empresariais, os quais passaram a receber, assim, uma nova abordagem interpretativa, culminando no reconhecimento e valorização daquilo que se convencionou chamar de ***contratos incompletos***, dentre outras figuras contratuais. A AED passou, em síntese, a confrontar a ideia, até então vigente, de completude contratual, para prestigiar e reconhecer como algo inafastável ao mercado: a incompletude contratual.

Em um primeiro momento houve desconfiança acerca dos postulados, institutos e métodos investigativos impostos pela AED ao fenômeno contratual. Em verdade, os questionamentos por parte dos operadores do direito ainda são a regra, o que se atribui, em muito, à ausência de conhecimento acerca do ferramental de estudo oferecido pela AED aos

contratos. Ademais, os profissionais do Direito sempre foram, em certa medida, refratários às influências de outras Ciências, para o que não poderia ser diferente com a Economia.

A AED é um método de abordagem econômica do direito e, especialmente no que diz respeito aos contratos, surgiu há algumas décadas nos Estados Unidos, mais precisamente nas Universidades de Chicago e Yale. Pode-se dizer que inauguraram este método os artigos ***The Problem os Social Cost***, de Ronald Coase, publicado no *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960, p. 1, e ***Some Thoughts on Risk Distribution and the Law and Economics of Torts***, de Guido Calabresi, publicado no *Yale Journal*, vol. 70, 1961, p. 499.

Sobre o histórico e conceito da AED, assim expõe SALAMA (2008, p. 51):

> "O Direito e Economia é tido por muitos como o movimento de maior impacto na literatura jurídica da segunda metade do século passado. Tendo surgido nos Estados Unidos, nas Universidades de Chicago e Yale, o movimento se espalhou primeiro pelos Estados Unidos, e depois pelo mundo. Desde os anos 1980, a disciplina vem ganhando cada vez mais visibilidade nos países da tradição de Direito Continental, inclusive no Brasil. Já há um bom tempo existem na Europa diversos centros onde a pesquisa em Direito e Economia está em estágio avançado, e já existe considerável acervo bibliográfico em Direito e Economia produzido por acadêmicos de países da tradição do Direito Continental.
> **Pode-se conceituar a disciplina de Direito e Economia como um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas. Na síntese de Richard Posner, o Direito e Economia compreende à aplicação das teorias e métodos empíricos da economia para instituições centrais do sistema jurídico**." (grifei)

O Direito é a ciência que visa estudar e regular o comportamento humano através de normas jurídicas. A Análise Econômica é um método de investigação econômica sobre comportamento/relações humanas, inserido em um mundo de recursos escassos. Assim, AED é a aplicação deste método ao ordenamento jurídico, especialmente sobre as consequências deste e as escolhas de normas mais ou menos eficientes à satisfação do bem estar. Busca a AED, assim, impor um método de investigação econômica à elaboração e aplicação das normas jurídicas.

GICO JR. (2011, p. 19/20) assim explicita:

> "Assim, quando se fala em análise econômica não estamos nos referindo a um objeto de estudo específico (e.g. mercado, dinheiro, lucro), mas ao **método de investigação aplicado ao problema, o método econômico, cujo objeto pode ser qualquer questão que envolva escolhas humanas** (e.g. litigar ou fazer acordo, celebrar ou não um contrato, poluir ou não poluir). Assim, a abordagem econômica serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não. Toda atividade humana relevante, nessa concepção, e passível de analise econômica." (grifei)

Importa destacar que não se confunde AED com Direito Econômico. Este, como cediço, é uma das espécies do Direito, assim como o é o Direito Civil, Direito Administrativo, dentre outros. O Direito Econômico preocupa-se com normas jurídicas regulatórias da produção e circulação de riquezas (produtos e serviços), no que se inclui, por exemplo, questões atinentes monopólios e oligopólios, intervenção do Estado na economia, concorrência desleal, Lei de Economia Popular, Lei Antitruste, dentre outros.

Os estudos de AED trouxeram à teoria dos contratos a premissa de que há, na formação do vínculo, assimetria informacional entre as partes, porquanto informações sobre bens ou interesses que se pretende transacionar não são conhecidas de forma completa e equânime pelos celebrantes. Assim, haveria inafastável desnivelamento de informações pelos contraentes e, portanto, incompletude contratual **informacional**.

ROPPO (2009, p. 40), embora não discorresse de forma expressa à luz dos postulados da AED, já referia que as partes seriam desiguais e, portanto, afastava-se o dogma de igualdade e completude informacional, ao abordar as funções do contrato na sociedade capitalista:

> "É esta também aqui a chave para entender o alcance real do princípio da igualdade (formal) dos sujeitos contraentes: capitalistas e trabalhador subordinado devem ser formalmente iguais porque ambos devem parecer igualmente (apenas na veste de) possuidores de mercadorias a negociar através de uma troca de equivalentes; **a igualdade das pessoas é um reflexo da igualdade das mercadorias trocadas: ainda que tal igualdade seja, na realidade, puramente formal e ilusória, porque a mercadoria oferecida pelo segundo é um atributo e uma expressão da sua própria pessoa (pelo que a sua formal liberdade de contratar se resolve na sua substancial sujeição), e porque a troca é substancialmente desigual, deve ser desigual para garantir ao detentor dos meios de produção a apropriação da mais valia, pela qual se refere, com fundamento primeiro, todo o sistema capitalista**." (grifei)

Não bastasse isso, os estudos de AED trouxeram ainda, dentre outros aspectos, a constatação inafastável de que emergem custos de transação na elaboração dos contratos, os quais surgem tanto da busca pela redução da assimetria de informações pelas partes para redução de riscos (todos os custos que envolveriam a contratação de advogados, pesquisa sobre objeto, preço e adimplemento, entre outros), como quando os contratantes pretendem dispor exaustivamente sobre todo o programa obrigacional. Nesse caso, houve a percepção de que a sua elaboração e execução tenderiam a se tornar mais dispendiosos quanto mais extensos fossem os riscos que se pretendesse dispor. Ou seja, a extensão de cláusulas contratuais, no desiderato de minimizar os riscos do negócio, e tentando regular o maior número possível de direitos e obrigações das partes, por certo, implicaria em aumento dos

custos operacionais aos contratantes para a execução das obrigações contraídas. Tal abordagem ganhou relevo, sobretudo, nos chamados *contratos de longa duração*, pois sendo estes de execução e adimplemento projetadas no tempo, a manutenção exitosa do vínculo pressupõe, justamente, certa incompletude, de modo a permitir sua revisão, integração e adequação às novas variáveis de mercado, desonerando-se as partes de custos *ex ante* à formação do vínculo. Os contratos incompletos seriam **instrumentais** à redução dos custos de transação. A respeito disso transcreve-se as palavras de ARAÚJO (2007, p. 147):

> "**Se tivéssemos que escolher as contribuições mais originais e férteis da Análise Económica para a Teoria do Contrato, num lugar cimeiro colocaríamos decerto a intuição da chamada *Incomplete – Contract Theory* sobre as vantagens do *contrato incompleto* e ponderação dos seus inúmeros colorários**, entre eles a colocação do instrumento contratual numa posição intermediária entre, por um lado, o recurso ao mercado e ao seu mecanismo de puros incentivos, e por outro lado o recurso a soluções integradas, com os seus mecanismos de comando e de dissipação do risco – associando a opção contratual e, dentro dela, a opção sobre o acabamento do clausulado contratual, a uma espécie de opção implícita entre *incentivo* e *seguro*." (grifei)

Pois, lançadas as linhas introdutórias do tema, o texto que segue pretende abordar, com mais profundidade (mas sem a pretensão de esgotar os assuntos, tendo em vista a riqueza doutrinaria sobre os pontos e o inafastável limite ortográfico desta publicação), a caracterização dos chamados contratos incompletos à luz da AED, em especial da chamada assimetria informacional e dos chamados custos de transação dos contratos.

2. INFORMAÇÕES ASSIMÉTRICAS

O liberalismo que fundamentou os códigos oitocentistas, segundo os ideais da Revolução Francesa, vem sofrendo profundos questionamentos ao longo do tempo. Verifica-se, nesse contexto, atual prestígio legislativo e pretoriano aos valores sociais em detrimento da liberdade e do individualismo almejados e conquistados pela burguesia francesa. Assim, por exemplo, a função social do contrato e a consagração de deveres anexos à obrigação principal impõem às partes a observância de padrões de conduta não antes previstos.

Mas não é só. A premissa de que os contratantes estão em situação de igualdade quando da realização do contrato – igualdade, liberdade e fraternidade foram os pilares da Revolução Francesa – é perquirida também pela AED ao se constatar que a assimetria de informações existente entre as partes conduz-lhes, em verdade, a um cenário de desigualdade

material, o que inexoravelmente desequilibra o negócio a ser realizado. Nesse sentido SZTAJN (2004, p. 286):

> "Analisar contratos sob a óptica da teoria clássica tem como pressuposto a igualdade entre partes contratantes, segundo os ideais da Revolução Francesa: igualdade, liberdade e fraternidade. **Entretanto, é simples verificar que a pretendida igualdade entre contratantes nem sempre é real e que, na maioria das operações trata-se de pressuposto meramente formal. Na verdade, materialmente as partes estão em posição desigual em virtude da assimetria de informações distribuída entre elas. Esse fato desde logo desequilibra as relações negociais. Vem se afirmando a tendência de afastar a teoria clássica dos contratos, mesmo timidamente, e incorporar essa noção de desigualdade entre as partes, no que se refere à informação**. Idéia de que o contrato faz lei entre as partes deve ser aplicada com temperança, com cautela para evitar o prevalecimento de posições de pessoas que detenham mais e/ou melhores informações." (grifei)

Vê-se, nesse contexto, que a assimetria informacional implica falhas de racionalidade nos contratos, o que inexoravelmente compromete a pretensão das partes de que o contrato seja instrumento para obtenção da máxima eficiência econômica. Com efeito, as partes celebram os contratos de forma racional. Ao escolherem com quem contratar, o que contatar, quando contratar e como adimplir, racionalmente deliberam sobre vantagens/desvantagens em cada um destes aspectos e, também, de forma global, se o negócio será vantajoso/eficiente/benéfico. Vê-se, assim, grosso modo, que é a partir de sua própria racionalidade que os agentes irão decidir, ou não, contratar. Logo, considerando-se que o contrato é instrumento de circulação de riquezas e de influência no mercado, será a racionalidade dos contratantes que irá definir, em determinado mercado, maior ou menor grau de eficiência na troca de bens e serviços.

Porém, ao exercer a sua racionalidade ao contratar, o agente sofre influencia de fatores externos que podem influenciar a própria escolha racional. Tais aspectos são nominados falhas de racionalidade. Os fatores externos são desde desconhecimento até percepção equivocada da realidade. De qualquer sorte, resultará deficiência na manifestação da parte enquanto mecanismo de escolha.

Nesse sentido é a doutrina de RIBEIRO (2011, p. 65/67):

> "A perfeição do sistema teórico, no entanto, pode ser rompida por uma série de fatores. No que se refere à extensão da racionalidade, quando decide realizar um negócio, firmar um contrato, o agente muito frequentemente sofre a interferência de outros fatores que podem até mesmo sobrepujar aspectos relacionados à pura racionalidade. Prazer, ideais, objetivos indiretos podem influenciar o poder de escolha do contratante. Nesta circunstância, apontam as falhas de racionalidade que podem comprometer a eficiência que o modelo clássico associa às escolhas das partes do negócio.

> **Também as assimetrias informacionais dos agentes impactam na formação da vontade negocial. A quantidade de dados disponíveis em relação ao objeto negociado, assim como o custo para obtenção de informações adicionais, formam o contexto psicológico dos contratantes.**
> (...)
> **Assim, as falhas de racionalidade, se não são causadas pela assimetria informacional, podem ser provocadas pelas características inatas aos seres humanos e que não se relacionam à razão.**" (grifei)

Assim, a liberdade absoluta em contratar não conduz, necessariamente, à pretendida eficiência econômica e muito menos permite afirmar que há completude informacional estabelecido. A assimetria informacional, como algo inerente aos contratos empresariais e que lhe retira, nesse contexto, a completude das partes quanto ao conhecimento e domínio de todas informações atinentes às obrigações ajustadas, foi abordada também por TRINDADE (2013, p. 69), o qual atribui tal fenômeno como sendo uma *falha de mercado*:

> "Admitindo-se que as liberdades individuais sejam direitos inafastáveis, como de fato vem ocorrendo de forma crescente e gradual no curso da historia da humanidade, supõe-se que seja através da negociação privada, por meio de acordos voluntários, que os indivíduos possam, em regra, maximizar as suas utilidades (satisfações), na busca de níveis mais elevados de eficiência e bem-estar, o que, aliás, geralmente vem a sugerir ser a intervenção estatal nociva.
> Entretanto, certo é que nem sempre as soluções de livre mercado, obtidas em circunstâncias onde não haja nenhuma ou pouquíssima intervenção ou regulação estatal, sejam estritamente eficientes, tanto do ponto de vista individual quanto agregado (social). **Como antes já referido, prova maior disso é a própria existência do direito contratual, o qual existe porquanto o mercado, sozinho, não é capaz de produzir, pelo menos em todos os casos, as soluções mais eficientes, tendo em conta precipuamente a existência das falhas de mercado, dentre as quais se encontra a assimetria informacional, que mais recentemente fora identificada e vem ganhando deveras relevo nos meios acadêmicos, especialmente nos Estados Unidos da América e na Europa**." (grifei)

A falha de mercado ou os problemas decorrentes da assimetria informacional – o que, repita-se, conduz à incompletude do contrato sob a ótica de que todas as informações atinentes ao objeto bem como às condutas das partes não são plena e totalmente aferíveis pelos contratantes – foram abordados pela AED ao se constar situações *ex ante* e *ex post* à formação do vínculo. Para o primeiro caso denominou-se "Seleção Adversa" e, para o segundo caso, "Risco Moral".

Em síntese, o primeiro problema (Seleção Adversa) relaciona-se com ausência de informação quanto a aspectos objetivos do negócio, como objeto e preço contrato. No segundo caso (Risco Moral), diferentemente, o problema é atinente à conduta/comportamento da parte. A Seleção Adversa traduz-se no fato de uma das partes possuir maiores informações do que a outra acerca do bem/serviço que se pretende transacionar, sendo custoso para esta obter o mesmo grau/nível de informações do que aquela. O Risco Moral, a seu turno, traduz-

se no fenômeno no qual uma das partes não possui informações suficientes para verificar ou antever comportamentos da outra parte na fase de cumprimento da obrigação, sendo igualmente custoso para aquele obter tais informações a respeito do comportamento deste.[1]

1. 1) Comportamentos Oportunistas

Muito importante abordar, ainda, dentro do fenômeno da assimetria de informações existente nos contratos, a ocorrência de eventual comportamento oportunista daquele que detém a informação não disponível à outra parte e em que medida tal agir reproduz lícita atuação de mercado, ou se, ao contrário, representa violação ao principio da boa-fé contratual, cuja aplicabilidade aos contratos empresariais é incontroversa, porém, com contornos diversos do direito civil.

A assimetria de informações, como dito, é algo inerente aos contratos empresariais. É realidade posta, portanto. Nesse contexto, o uso da informação exclusiva por uma das partes é, em principio, atividade lícita, e não traduz violação de deveres anexos à boa-fé, no caso, dever de informação ou cooperação. Porém, há casos que em decorrência da informação assimétrica podem surgir comportamentos oportunistas, e nesse caso poderia haver violação de deveres anexos. Ou seja, a assimetria de informações é situação fática inafastável e o uso da informação, por si só, em princípio, não implicaria ilicitude, porquanto há riscos na atividade e a parte não detentora da informação deve estar preparada para suportá-los (no caso, negociar sem deter todas as informações é um risco). Ao lado disso, o empresário é profissional e a ele é imposto deveres de diligência na conclusão do seu negócio.

[1] As questões envolvendo Seleção Adversa e Risco Moral (*Moral Hazard*) são relevantíssimas para a AED, notadamente para o ponto atinente à assimetria de informações. A Seleção Adversa, em verdade, foi o exemplo dado por George Akerlof para explicar, pioneiramente, o fenômeno da assimetria de informações, contextualizando-a no mercado norte americano de veículos usados (*The Market of Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*). Em brevíssima síntese, nos EUA, Akerlof constatou a dificuldade de compradores de veículos usados (chamados "limões") de identificar a real qualidade dos veículos usados, ante a falta de informações sobre o bem e tendo em vista o custo de operação para se obter tais informações. Assim, se um veículo de boa qualidade (ainda que tal informação fosse de conhecimento apenas do vendedor) custasse U$ 2 mil, e um veículo de má-qualidade custasse U$ 1 mil, o valor médio do bem, e que serviria como parâmetro daquela negociação, seria U$ 1,5 mil. Isso implicaria, inexoravelmente, que os donos de veículos de má qualidade ("limões") ingressariam no mercado (já que negociariam veículos por preço superior) e os de boa qualidade se retirariam (pois negociariam veículos por preço inferior), havendo progressivo arrefecimento dos negócios. Já o Risco Moral vincula-se à falta de informações (e o custo em se obte-lá) acerca da conduta/comportamento da parte, já no curso da contratação. A Teoria da Agência foi formulada no contexto do Risco Moral, para abordar os problemas relacionados à conduta e ausência de informações entre aquele que contrata (chamado Principal) e aquele que é contrato (chamado Agente), dentro do qual pode-se exemplificar a relação cliente X advogado ou cliente X corretor de bolsa de valores.

Porém, como dito, o problema se agrava quando há comportamentos oportunistas, decorrentes de informação assimétrica, os quais representarão violação aos deveres de boa-fé. Nesse sentido é a lição de ARAÚJO (2008, p. 118):

> "Como é evidente, nem todos os esforços dirigidos à erradicação de vícios e faltas de vontade aquando da formação do contrato impedirão a eclosão de **atitudes oportunistas de captura de bem estar e até de destruição de bem estar, seja por força de uma bem sucedida sonegação, durante aas negociações, de informação estrategicamente relevante, seja por alteração das circunstâncias, seja por exploração das clareiras e interstícios que resultam do quadro legal ou das estipulações convencionadas, neste último caso por força da inevitável margem de incompletude contratual** – uma incompletude que deriva do facto de as negociações não poderem eternizar-se, e deverem concluir-se quando não podem estar ainda previstas ou recobertas todas as contingências futuras susceptíveis de interferirem com o cumprimento." (grifei)

LUPION (2011, p. 178) sugere a dependência econômica como hipótese capaz de gerar comportamentos oportunistas, diverso de simples informação privada entre as partes:

> "A vulnerabilidade de uma das partes também pode se verificar nos contratos de fornecimento de mercadorias e de prestação de serviços, tanto da contratante (empresa que fornece ou presta serviço) quanto da contratada (empresa que adquire ou recebe o serviço prestado).
> Nesses contratos, quando **houver significativa concentração e importância de uma das partes em relação a outra, haverá vulnerabilidade**, como, por exemplo, na situação de fornecedora exclusiva na qual a empresa compradora terá reduzida a sua condição de negociação ou, ainda, na hipótese de dependência econômica da contratada em relação à empresa contratante, como ocorre, por exemplo, nos contratos de prestação de serviços de transporte. Nessa perspectiva, Paulo Mota Pinto, ao examinar a licitude de uma discriminação no plano da autonomia privada, comenta que em casos de monopólio da prestação de um bem ou serviço poderá resulta numa situação de falta de e alternativa do excluído." (grifei)

Nestes casos, portanto, a assimetria informacional dever ser mais eficazmente controlada, para evitar a transmutação para comportamentos oportunistas.

Vê-se, assim, que ao lado da dependência econômica pode-se citar as normas imperativas como auxiliares à inibição dos efeitos maléficos decorrentes do excesso de assimetria informacional, qual seja, os comportamentos oportunistas. As previsões dos arts. 422 e 423 são exemplos disso, cuja abordagem passa-se exercer no próximo tópico, sem antes mencionar que a boa-fé contratual foi abordada pela doutrina e no código civil sob três óticas: interpretação do negócio[2], limite ao abuso do direito[3] e imposição de deveres anexos[4]. Dentre estes, há os deveres de informação, cooperação e lealdade. No direito empresarial, contudo,

[2] Art. 113.
[3] Art. 187.
[4] Art. 422.

há que se ponderar, ao lado de tais deveres, a busca pelo lucro, a existência de contratantes profissionais e, ainda, as imposições do mercado incidentes sobre ambos. Inexoravelmente haverá, assim, um abrandamento da exigência de tais deveres anexos ou, se abrandamento não houver, ao menos uma leitura contextualizada às particularidades do direito empresarial é medida que se impõem. Tais aspectos serão examinados complementarmente no tópico que segue.

1. 2) Normas Imperativas e Supletivas

Pois, ao lado da contribuição doutrinária acima exposta, em identificar situações na qual comportamentos oportunistas extrapolariam os limites da informação assimetria, busca-se, também superar o problema da informação assimétrica, em que o desnivelando o nível de informações entre as partes não permite a máxima eficiência dos polos da relação. Embora em muitos casos a assimetria informacional não se traduz em oportunismo, mas, por outro lado, exige correção de rumos no contrato, especialmente quanto ao comportamento das partes.

Com efeito, a autonomia da vontade não é instrumento para este fim, pois como dito repetidamente, as partes estão em situação de desigualdade material, seja pelo nível econômico, intelectual, político ou social. Há, como consequência, inevitável assimetria de informações, não debelada pela autonomia de vontade das partes. Nesse contexto, surgem, portanto, normas imperativas e supletivas, que auxiliaram as partes a superar os efeitos deletérios das informações assimétricas, afastando ou reduzindo, assim, a utilização nociva (por ser ineficiente) do poder informacional nos contratos.

As normas imperativas buscam, logo, estabelecer soluções a que as partes teriam obtido se as informações tivessem sido devidamente compartilhadas pelos contratantes, fundamentalmente quanto aos deveres de conduta das partes. O mesmo se diga quanto às normas supletivas, que embora não sejam cogentes, nem por isso deixam de almejar o mesmo fim das normas imperativas.[5] A respeito das normas supletivas cumpre transcrever as palavras de TRINDADE (2013, p. 80):

[5] Importante destacar a diferenciação entre normas imperativas e normas supletivas. Há intrínseco caráter cogente nas normas imperativas, enquanto existe natureza dispositiva, abdicativa, nas normas supletivas. Estão presentes nos diversos níveis normativos, desde a constituição até leis esparsas. São exemplos de normas imperativas, dentre outras, o art. 147 (que estipula que nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de uma das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado); art. 422 (que dispõe que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé); e art. 423 (segundo o qual, quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente).

> "Vale retomar, nesse aspecto, a distinção apresentada por Fernando Araujo quanto às **normas supletivas majoritárias e penalizadoras**. As *majoritarian default* compreendem àquelas normas que prevêem uma solução que deveria corresponder à solução majoritária, ou a solução que as partes, presumidamente, chegariam após negociações custosas e demoraras. Já as *penalty default*, as quais objetivam o nivelamenteo informativo das partes contratantes, deveriam induzir a parte mais informada a revelar as suas informações privadas relevantes, evitando a ocorrência de subespécie de falhas de mercado como a seleção adversa e o risco moral, ambas oriundas da assimetria informacional." (grifei)

Assim, vê-se que instrumentos normativos imperativos e supletivos permite a correção de rumos de contrato com problemas de eficiência decorrente de informações assimétricas. O Estando, nesse ponto, intervém para orientar a relação das partes, de modo a atingir o reequilibro das forcas econômicas bem como do nível informacional entre as partes.

Dito isso, verifica-se, portanto, que estudos de AED constaram que as partes, ao contratar, possuem uma racionalidade limitada e assim, ao contrário do que se pensava, não dispõem de todas as informações necessárias para ponderar, com eficiência, o binômio: *custos X benefícios*. E mais. As próprias informações não estariam equilibradamente distribuídas pelas partes contratantes. Logo, há a constatação de que há, no mercado, um fenômeno inafastável, chamado pela AED de ***assimetria de informações***, ou ***informações assimétricas***. Como consequência, portanto, alteram-se as premissas de mercado e, nessa linha, as premissas contratuais. Não há, do ponto de vista informacional, completude entre as partes, seja por não disporem de todas as variáveis suscetíveis ao contrato, seja porque as próprias informações disponíveis estão, em certa medida, desequilibradas entre os contratantes.

Nesse contexto, e certo que há nos contratos assimetria de informações, surge, igualmente, a tênue linha divisória entre o que seja comportamento oportunista por parte daquele que detém informação não compartilhada à outra parte, e aquilo que seja informação privada, lícita e utilizada como incentivo à contratação. A casuística irá definir tal diferenciação, podendo-se exemplificar, nesse contexto, que a dependência econômica entre contraentes é fator a regular, com maior rigidez as informações entre as partes e, assim, inibir comportamentos oportunistas deletérios ao contrato.

Ainda, a existência de normas imperativas e supletivas nos contratos incompletos tenderá a reduzir ou afastar a assimetria de informações nos contratos, conforme exposto acima, de modo que a sua inserção em contratos incompletos viabilizaria que estes, ainda assim, dispusessem de meios a superar o desequilíbrio informacional entre as partes, e, assim, obter-se trocas ótimas de bens e serviços.

2. CUSTOS DE TRANSAÇÃO

A análise dos custos de transação é, à semelhança da assimetria de informações, relevante contribuição feita pelos economistas, através da AED, à teoria dos contratos empresariais. Nesse sentido, SZTAJN (2004, p. 283), abordando os contratos de sociedade à luz da AED aludiu que "Governança e oportunismo, **custos de transação e assimetria de informações** são pilares sobre os quais os economistas edificam a discussão da incompletude contratual e todos estão presentes no negócio de sociedade." (grifei)

Como visto, a incompletude contratual pode resultar de um inacabamento involuntário decorrente da assimetria informacional. Haverá, nesse caso, uma incompletude informacional entre as partes, a qual implicará incompletude de estrutura do vínculo contratual. Esta incompletude, ademais, será involuntária, como dito, pois decorrente de falhas de racionalidade das partes.

Ao lado disso, pode-se apontar, também, uma incompletude consciente, decorrente da ponderação racional das partes entre *custos X benefícios* ao se investigar todas as variáveis do negócio a ser celebrado. Nesse contexto, portanto, ao invés de um suposto contrato completo, que inexoravelmente implicaria aumento de custos quando da busca de dita completude, opta-se por ***contrato incompleto***, permitindo-se através de uma integração pelas partes (e por terceiro julgador) com o uso de normas imperativas e supletivas, ou através de modelos contratuais específicos (contratos de longa duração), a solução de controvérsias por ventura existente ao longo do vínculo e que não fora previstas *ex ante* ou *ex post* (e que nem por isso deixarão de ser eficazmente solucionadas).

Nesse exato sentido são as palavras de ARAÚJO (2007, p. 156):

> "Altura de assinalarmos algo que porventura ficou já subentendido: que o conceito de inacabamento contratual tem conotações bem distintas para o Direito e para a Economia. Em termos jurídicos, trata-se geralmente de um mal, a insuficiente especificação das obrigações emergentes do contrato, com tendência a repercutir em níveis socialmente indesejáveis de litigiosidade e de litigância. O sentido económico engloba naturalmente esse sentido jurídico, acrescentando-lhe ao menos dois outros:
> - **o do inacabamento *deliberado* ou estratégico** (aquele que honestamente visa alcançar um nível óptimo de completamento ou aquele que maliciosamente visa deixar interstícios no clausulado para serem explorados *ex post*) – também por vezes designado como inacabamento contratual *endógeno*;
> - **o do inacabamento estrutural, ou seja, aquela margem inerradicável de incerteza que sempre acompanha as relações contratuais não-instantâneas, e que seria fisicamente impossível ou economicamente impraticável tentar resolver** (aquilo que o próprio Direito acaba por reconhecer ao admitir para todos os contratos, independentemente do respectivo grau de acabamento, situações de alteração das circunstancias e de impossibilidade superveniente)." (grifei)

Há, como visto, uma escolha deliberada e consciente das partes em não clausular todos os aspectos do negócio, pois o custo em se investigar e regular extensamente o vínculo diminui a eficiência do negócio, na medida em que desequilibra o binômio *custos* X *benefícios.*

A origem da expressão custos de transação repousa no célebre artigo de Ronald Coase denominado *The problem of Social Coast*, publicado em 1960, no *Journal of Law and Economics*, vol. 3, o qual passou a ser conhecido como "Teorema de Coase". Anteriormente, em 1937, Coase já teria abordado os custos de transação no igualmente célebre artigo *The Nature of de Firm*, sem usar, porém, naquela oportunidade, tal expressão.

Embora tenha abordado de forma pioneira a ideia de custos de transação, Coase não o conceituou como sói fazer aquele que pretende delimitar, academicamente, determinado instituto eventualmente revelado. Diferentemente disto, Coase buscou abordar algo que estaria a interferir no funcionamento eficiente do mercado sem, contudo, impor rigor conceitual.

Em apertada síntese, Coase propôs que em um sistema de mercado com custo zero e direitos de propriedade bem definidos, as partes sempre conseguirão a melhor alocação de recurso, traduzindo esta negociação em máxima eficiência e satisfação de bem estar das partes, não importando a disposição legal ao caso[6].

Na abordagem contratual, pois, buscando-se aproximar de uma definição do que sejam custos de transação, pode ser dizer que são os custos que as partes inevitavelmente suportam ao pretender contratar, e que não se confunde com o adimplemento propriamente dito (prestação obrigacional). Nas precisas palavras de SZTAJN (2004, p. 284), custos de transação são:

> "**aqueles incorridos nas transações ainda quando não representados por dispêndios financeiros (isto é, movimentação de caixa), derivados ou impostos pelo conjunto de medidas tomadas para realizar uma determinada operação ou transação. Incluem-se no conceito de custos de transação o esforço com a procura de bens ou serviços em mercados; a análise comparativa de preço e qualidade entre os bens ofertados; a segurança quanto ao adimplemento da operação pelas partes; a certeza de que o adimplemento será perfeito e a tempo; eventuais garantias que sejam requeridas na hipótese de eventual inadimplemento ou adimplemento imperfeito; a redação de instrumentos contratuais que reflitam todas tratativas e eventos possíveis que possam afetar as prestações respectivas, que desenhem com clareza os direitos, deveres e obrigações das partes. Compreende, portanto, todos os esforços, cuidados e o tempo gasto entre o início da busca pelo bem, a decisão de efetuar a operação e**

[6] Para uma melhor compreensão acerca do Teorema de Coase, ver KLEIN, Vinícius, Teorema de Coase, em O que é análise econômica do direito (Coord. Márcia Carla Pereira Ribeiro e Vinicius Klein), Editora Fórum: Belo Horizonte, 2011, p. 71/77.

cumprimento satisfatório de todas as obrigações assumidas pelos contratantes." (grifei)

Com efeito, em se tratando de contratos empresariais, a escolha das partes em se clausular de forma completa ou incompleta [7] o vínculo certamente trará diferentes consequências. Um contrato incompleto será mais flexível às variáveis que por ventura surjam no negócio, mas, porém, poderá expor as partes a maiores riscos. De outro lado, contratos completos apresentam diminuição de risco e menor flexibilidade, o que ocorrerá, contudo, através de inevitável aumento de custos de transação.

Pois bem. Considerando que custos sempre existiram e que tal realidade sempre foi conhecida por quem participou do mercado, incluindo, obviamente, os contratualistas, indaga-se porque motivo os custos de transação passaram, agora, a partir da segunda metade do século passado, a ter relevância destacada no estudo da teoria geral dos contratos? E mais. Em que medida mudaram as concepções até então existentes?

Como resposta, pode-se enunciar que a AED trouxe ao direito contratual empresarial uma ponderação de escolhas até então inexistente; uma reflexão sobre eficiência e benefícios (em se clausular determinadas situações) que anteriormente não interessava aos contratualistas. Muda-se, assim, substancialmente, a forma de contratar, pois o processo de escolhas das partes passa a receber, nesse contexto, aprofundamento científico pelos operadores do direito e economia, com a constatação de que contratos incompletos, a luz da AED, passam a ser, nessa linha, um ferramental eficiente para troca de bens e serviços.

Nesse ponto, portanto, responde-se, a segunda indagação: os contratos incompletos passam a representar uma modalidade contratual celebrados e executados através de baixos custos de transação, contornando-se assim eventuais problemas de assimetria de informações e de racionalidade limitada das partes, mediante a utilização de normas imperativas e supletivas, bem como com a utilização de contratos de longa duração. Logo, ao contrário do que se preconizava, a lacunosidade em determinados tipos de contrato passa a ser um ganho, e não uma perda. E uma escolha estratégica, não uma consequência aleatória de comportamento omissivo.

2. 1) Normas Supletivas e Contratos de Adesão

[7] As expressões completa ou incompleta são utilizadas, aqui, como sinônimos de maior ou menor extensão de cláusulas contratuais, de previsão de riscos, de formas a contornar o inadimplemento, de deveres de conduta das partes, de situações de controle ajuste de preço, etc.

Assim como abordado quando da análise da assimetria informacional, a utilização de normas supletivas no direito contratual serve ao fim de minimizar os custos de transação, e assim atingir-se a eficiência *ex post* à formação do vínculo, ou seja, após a instauração do vinculo. Tal cenário surge especialmente quando não houver previsões contratuais específicas ou quando estas não forem suficientes para solução dos impasses eventualmente existentes a partir da nova realidade posta aos contratantes. Exemplo disso é a cláusula que invoca a teoria da imprevisão, disposta no art. 317 do código civil.

A doutrina já consagrou, em sua maioria, que o motivo a justificar a teoria da imprecisão pode ser imprevisível ou de efeitos imprevisíveis[8]. De qualquer sorte, há problema congênito de racionalidade entre as partes, que não puderam antever fatos imprevisíveis ou fatos previsíveis, mas de consequências imprevisíveis. E nesse contexto, os custos de transação incidiram quando as partes tentassem adotar medidas para contornar tal problemática, imprevisível ou de consequências imprevisíveis.

E sob esse contexto, portanto, que a norma supra referida vem a minimizar os custos das partes, pois ao invés destas obrigarem-se a buscar mecanismos para supressão da contingência, desde já se opta por restabelecer o equilíbrio das prestações das partes

Vê-se, com isso, que será mediante o uso de normas jurídicas, também, que haverá soluções suficientes a atingir a eficiência contratual (no caso, eficiência *ex post*, ou seja, aferida após a instauração da a crise contratual), superando-se, assim, os problemas decorrentes dos custos de transação.

Anda acerca das normas supletivas e da possibilidade de disposição pelas partes, para o fim de redução de custos, insta referir a lição de ARAÚJO (2008, p. 139):

> "Ambas as partes preferem que o contrato tenha condições eficientes, e não ineficientes. De modo semelhante, ambas as partes preferem condições supletivas eficientes, e não ineficientes. **Quando a lei fornece condições supletivas preferidas por ambas as partes, elas podem omitir essas condições do contrato. Omitindo essas condições do contrato, as partes podem se concentrar na negociação de outras condições. Quanto menor for o número de condições que exigem uma negociação, tanto mais barato srá o processo contratual. Portanto, a lei pode poupar dinheiro para as partes contratantes fornecendo condições supletivas eficientes para preencher lacunas existentes nos contratos**."

Ainda, cabe referir o papel dos contratos de adesão como mecanismo à redução de custos de transação.

[8] Enunciado 17 da I Jornada de Direito Civil do CJF: Art. 317: a interpretação da expressão "motivos imprevisíveis" constante do art. 317 do novo Código Civil deve abarcar tanto causas de desproporção não previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis.

Com efeito, ao padronizarem-se determinadas cláusulas contratuais, de modo a estabelecer tratamento uniforme a todos àqueles que venham a contrair vínculo específico, inexoravelmente reduzem-se custos de transação, notadamente aqueles referentes à discussão dos termos ajustados. Há uma compensação pela perda da amplitude negocial pela parte aderente. Contudo, por outro lado, ganha-se em redução de custos, pois otimiza-se, fundamentalmente, tempo. O contrato padronizado, nesse contexto, permite diminuição dos custos de negociação porquanto não havendo o que barganhar não há o que negociar.

A análise feita, nessa ótica, é referente aos custos de transação, não importando a perda de liberdade de disposição sobre a cláusula de adesão. A liberdade de contratar, como visto, não é absoluta e, há muito tempo, perdeu a força que lhe era originária dos códigos oitocentistas. Fatores outros já arrefeceram a sua força, como função social do contrato, princípios impositivos como a boa-fé, dentre outros. Logo, ao se sustentar a eficiência economia de cláusulas de adesão ante a redução de custos de transação não se está fazendo nada mais do que apontar nova situação de flexibilização da liberdade de contratar, contudo sob o viés econômico.

Não se ignora, ademais, que os contratos de adesão, em virtude de possuírem restrições à liberdade contratual, possam, eventualmente, representar abuso por parte do proponente ao aderente, seja em razão da assimetria de informações, seja diante da racionalidade limitada do aderente ou, até mesmo, comportamentos oportunistas do proponente. Porém, como restou assente, desde que combatidos os excessos, expurgados os comportamentos oportunistas e fiscalizados os deveres obrigacionais impostos pela boa-fé (atentando-se a maior ou menor incidência a depender da natureza das partes celebrantes), os contratos de adesão poderão contrabalancear os aspectos nefastos da adesão, na medida em que, por outro lado, apresentam redução de custos de transação e ofertam, assim, eficiência econômica às partes.

2. 2) Contratos Relacionais

Já se constatou, portanto, que os contratos incompletos são uma realidade e uma alternativa aos custos de transação incidentes sobre a avença, sendo diretamente proporcional, nesse contexto, a relação *custos X cláusulas/definição de termos contratuais.*

O dogma da completude contratual restou afastado, assim, mediante a constatação de que ao se contratar as partes possuem custos, que não se confundem com os custos da própria

obrigação. A contratação de advogados/especialistas técnicos; a investigação sobre os bens e produtos a se negociar; a ponderação sobre local e forma de pagamento, dentre outros fatores, geram custos ao contratante. E quanto maior o interesse da parte em aprofundar ou abordar com maior precisão/complexidade os aspectos ora enunciados, maior será o seu custo. Logo, a vantagem de que um contrato completo possui, em tese, menos riscos não afasta, por outro lado, a constatação inexorável de que ele será mais custoso para as partes.

Assim, ganha relevo, no estudo dos contratos incompletos, os chamados contratos relacionais, pois apresentam-se como ferramental à incompletude contratual. O tema contratos relacionais é extremamente instigante e possui informações suficientes para ensejar, isoladamente, trabalho acadêmico. Logo, tendo em vista os limites desta publicação, passaremos aos principais aspectos desta modalidade contratual, vinculando-a à teoria dos contratos incompletos.

Com efeito, os contratos relacionais são classificados como contratos de longa duração uma vez que projetam no futuro relações contínuas e duradouras, com flexibilização e abertura de debate quanto aos termos das prestações exigíveis, clausulando-se, em contra partida, este processo de negociação e renegociação futura[9].

Contrato relacional, por se tratar de contrato de longa duração, projetado no tempo, permite as partes não reduzir termos e obrigações futuras desde já. De forma objetivas, os contratantes admitem que a definição das obrigações *ex ante* não é medida recomendável, por incluir, dentre alguns aspectos negativos, ausência de racionalidade, informações e pela existência de custos de transação. Como alternativa, clausulam-se obrigações de atuação, processos de cooperação e ajuste para cumprimentos de prestações futuras. A respeito disso cabe transcrever os ensinamentos de MACNEIL (2009, p. 10):

> "O contrato descontínuo é aquele em que não existe relação entre as partes além da simples troca de bens. Seu paradigma é a negociação da microeconomia neoclássica. Porém, com se verá, todo contrato, mesmo essa negociação teórica, envolve relações além da própria troca de bens. Assim todo contrato é necessariamente em parte um contrato relacional, isso é, envolve relações além de uma troca isolada.
> **As diferenças entre contrato descontínuo de um lado, e dois tipos de contratos relacionais, de outro, serão exploradas nessa seção. O primeiro tipo de contrato relacional inclui todo o comportamento de troca entretecido de uma comunidade primitiva. Tal comunidade goza de uma economia independente com relativamente pouca especialização, estabilidade relativa e pouca mudança essencial. O outro tipo de relação é a relação contratual moderna, interligada**

[9] São exemplos de contratos relacionais os contratos de massa, como contratos de planos de saúde, contratos de previdência privada, contratos de seguro, contratos bancários, entre outros. Em todos eles a prestação se prolonga no tempo, sendo a obrigação envolta na assunção de riscos futuros, não sendo possível prever todos os elementos do contrato *ex ante*. São contratos relacionais ante a existência de prestação contínua no tempo, as quais poderão ser modificadas e, por isso, exigível deveres comportamentais das partes.

> **de modo intrincado com uma sociedade maior de grande complexidade, envolvendo especializações extremamente elaboradas, e sujeitas a mudanças constantes**." (grifei)

O programa obrigacional nos contratos relacionais tenderá, nessa linha, a assumir um caráter processual, por dispor de forma contínua sobre a execução das obrigações no decorrer do curso do contrato. Nesse diapasão, nada mais lógico que as relações sejam continuas e duradouras, não instantâneas. Não se aplicam institutos e normas de direito contratual de execução imediata, principal emente aquelas atinentes ao adimplemento. Nesse sentido LOBO (2011, p. 113)

> "**É usual certo grau de incerteza sobre as obrigações das partes em virtude das vicissitudes do tempo. Nestes contratos há razoável expectativa de que o contrato perdure por anos ou mesmo até o fim da vida de uma das partes contratantes, impondo-se a consideração da vulnerabilidade de quem dele se utiliza e o permanente ajustamento da equivalência material**." (grifei)

A boa-fé novamente terá papel relevante dentro dos contratos de longa duração, pois a incompletude será integrada, muitas vezes, pela determinação comportamental prevista nos meandros do referido principio. Os deveres de lealdade, cooperação e informação, para situações *ex post*, serão oriundos do princípio em referencia, de modo a contornar a lacunosidade proposital das partes ao se celebrar, na origem, contratos incompletos. Os contratos relacionais pressupõem que a relação contratual deve permitir mudanças de circunstâncias, para somente assim subsistir, sendo a relação pautada por deveres de conduta, como confiança, cooperação e, acima de tudo, solidariedade.

Vê-se, nesse contexto, que a incompletude não inviabiliza a formação e execução de vínculos, os quais deverão ser de longa duração, sob a forma relacional. Os contratos relacionais, como visto, tem o seu êxito assentado na incompletude estratégica e na solidariedade e cooperação entre as partes, mediante cláusulas voltadas ao processo de renegociação, integração e solução de controvérsias, sem a imposição cogente e apriorística de conduta às partes.

3. CONCLUSÃO

A teoria clássica contratual pressupunha que as partes, sendo livres para negociar e possuindo racionalidade ilimitada, obtinham eficiência ótima nos negócios celebrados. Havia, nesse contexto, informações disponíveis a todos, em mesmo grau de amplitude e intensidade,

o que conduzia, ao fim e ao cabo, um custo zero. Não havia aquilo que a AED veio a arguir, posteriormente, como assimetria informacional e custos de transação. Ainda, havia a crença de que contrato eficiente era aquele exaustivamente instituído, já que as partes, detendo amplos conhecimentos, poderiam prever situações ótimas *ex ante* e *ex post*.

Contudo, a partir da metade do século passado tal modelo passou a ser profundamente questionado pela AED, através da abordagem acerca da assimetria de informações, custos de transação e, sobretudo, da eficiência do que se convencionou chamar de contratos incompletos[10].

Constatou-se, em síntese, através da AED, que as partes possuíam informações assimétricas quando da elaboração do negócio, e que diante da racionalidade limitada de que dispunham não eram aptas a prever todas as circunstancias negociais, sejam elas *ex ante* ou *ex post* à formação do contrato. Logo, ao contrário do que se supunha pela teoria clássica, não haveria plena igualdade material entre os celebrantes e tampouco detinham eles plenitude informacional sobre a troca de bens e serviços a ser realizada.

Além disso, a AED apurou, ainda, que a completude contratual conduziria a incremento de custos de transação, reduzindo a eficiência econômica do negocio porquanto desequilibraria o binômio *custos X benefícios*. Com efeito, as partes tenderiam a absorver mais custos quanto maior o número de cláusulas que pretendessem dispor e quanto maior o número de informações a que pretendessem dominar, no desiderato de as inserir no contrato através de cláusulas contratuais. Logo, a assimetria de informações existente entre as partes acerca do objeto a ser contratado bem como acerca de eventual comportamento da contra parte levaram a constatação de que haveria incompletude informacional inasfatável entre as partes, o que muitas vezes poderia, inclusive, a levar a comportamentos oportunistas e que, nessa linha, implicariam desvios de boa-fé obrigacional, notadamente deveres de cooperação e lealdade. Ainda, os custos de transação igualmente existentes quando da celebração de qualquer negócio conduziram à conclusão, segundo a AED, de que contratos incompletos tenderiam a otimizar os benefícios da contratação, pois reduziriam sobretudo ônus às partes.

Em linha evolutiva, aferiu-se a existência de instrumentos contratuais e legais aptos a contornar os supostos problemas existentes nos contratos incompletos, notadamente aqueles atinentes à integração e preenchimento de lacunas propositadamente abertas quando da

[10] A jurisprudência nacional já vem fundamentando decisões com base na AED. Nesse sentido importante a leitura dos seguintes arestos: STJ, REsp. 1.163.283 – RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão; TJRS, AC 70051118800, 20ª CC, Rel. Des. Rubem Duarte;; 1ª Vara da Faz. Pública do Rio de Janeiro/RJ, MS 0346273342015819001, Juiz Bruno Vinícius da Rós Bodart.

celebração do vínculo pelas partes, seja como decorrência da assimetria de informações, seja para redução de custos de informação.

O princípio da boa-fé, nesse contexto, apresenta-se como norma a orientar as partes quando da execução do vínculo (em verdade, trata-se de principio que orienta as partes na fase pré-contratual, na execução do vínculo, e na fase pós-contratual). Como visto, em se tratando de contratos empresariais, a leitura que se impõe ao referido principio é diversa daquela existente no direito civil. Contudo, sua imposição é incontroversa, e nos contratos incompletos, no qual há uma incompletude estratégica, atuará como orientador das condutas das partes, em especial frente a situações não previstas ou que surjam de maneira diversa daquela instituída pelas partes quando da celebração do negócio. Além disso, pautará as partes a impedir comportamentos oportunistas, os quais poderão surgir tendo como fator de origem a assimetria de informações entre as partes. Da mesma forma, normas supletivas auxiliarão as partes a superar eventuais obstáculos para o caso de contratos incompletos. No ponto, refere-se a norma insculpida no art. 317 do Código Civil, capaz de ofertar as partes a revisão do vínculo no caso de acontecimentos imprevisíveis ou de motivos imprevisíveis.

Por fim, os contratos de longa duração, em especial os contratos relacionais, permitiriam também a superação de entraves criados pela lacunosidade estrutural do vínculo. Com efeito, sendo os contratos relacionais aqueles que projetam relações contínuas e duradouras no futuro, com flexibilização e abertura de debate quanto aos termos das prestações exigíveis, clausulando-se, em contra partida, o processo de negociação e renegociação futura, abrem-se mecanismos de integração comportamental, superando-se a incompletude estratégica posta quando da formação do vínculo pelas partes.

BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Fernando, Teoria Económica do Contrato, Editora Almedina: Coimbra (Portugal)

_____., Uma análise económica dos contratos – a abordagem económica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais, em Direito e Economia, 2ª edição, Ed. Livraria do Advogado, 2008

COOTER, Robert, y ULEN, Thomas, Derecho y economía, traducion Eduardo L. Suarez, Fondo de Cultura Econômica, México.

GICO JR., Ivo T., Introdução à análise econômica do direito, em O que é análise econômica do direito (Coord. Márcia Carla Pereira Ribeiro e Vinicius Klein), Editora Fórum: Belo Horizonte, 2011

LOBO, Paulo. Direito Civil. Ed Saraiva, 2011

LORENZETTI, Ricardo Luis. Esquema de una teoria sistemica del contrato, em Revista de Direito do Consumidor, v. 33, out.-dez./1998, São Paulo

LUPION, Ricardo, Garcia, Boa-fé objetiva nos contratos empresariais, Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2011

MACNEIL, Ian R., O Novo Contrato Social, Editora Elsevier, 2009

NEUBARTH TRINDADE, Manoel Gustavo, Direito Contratual como redutor das falhas de mercado. Dissertação de Mestrado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre

PEREIRA RIBEIRO, Márcia Carla, Racionalidade Limitada, em O que é análise econômica do direito (Coord. Márcia Carla Pereira Ribeiro e Vinicius Klein), Editora Fórum: Belo Horizonte

ROPPO, Enzo, O Contrato, Almedina: Portugal, 2009

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia, *in* Direito e Economia, 2ª edição, Editora Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2008

SZTAJN, Rachel, A incompletude do contrato de sociedade, Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, v. 99, 2004