

UC Berkeley

Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers

Title

Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos

Permalink

<https://escholarship.org/uc/item/1bw6c8s9>

Authors

Cateb, Alexandre Bueno
Albeny Gallo, José Alberto

Publication Date

2007-05-01

Breves considerações sobre a teoria dos contratos incompletos

Alexandre Bueno Cateb¹
José Alberto Albeny Gallo²

Resumo: Este artigo trata dos contratos incompletos, teoria econômica que busca permitir a elaboração e execução de contratos de longo prazo com minimização de custos, à luz da doutrina jurídica. Com base nessa teoria, pretende-se explicar as vantagens econômicas de se flexibilizar o contrato.

Abstract: This article studies the incomplete contracts. This economic theory explain how to minimize costs on long terms contracts. This article confronts this theory with the classical law theory that interprets that a long contract has fixed conditions. With the incomplete contracts, companies can make the costs of transaction become smaller on long terms contracts.

SUMÁRIO

- I. Introdução**
- II. Desenvolvimento**
- III. Conclusão**
- IV. Referências Bibliográficas**

I. Introdução

O presente trabalho procurará abordar as questões mais importantes da teoria dos contratos incompletos, diante da necessidade de se verificar o efeito jurídico de sua aplicação, vez que contratos são instrumentos que regulamentam a atividade empresarial.

De outro ponto, as ciências econômicas estudam a atividade produtiva não somente sob o aspecto do preço, mas considerando a alocação de recursos conforme as leis e os mecanismos de sua aplicação presentes na realidade dos agentes econômicos.

¹ Advogado. Doutor em Direito Comercial. Professor do Mestrado em Direito Empresarial da Faculdade de Direito Milton Campos. Coordenador do grupo de pesquisa em *Law & Economics* do programa de pós-graduação da Faculdade de Direito Milton Campos.

² Advogado. Assessor jurídico do Tribunal de Contas de Minas Gerais. Professor de Direito Comercial na Faculdade de Administração Del Rey. Mestrando em Direito Empresarial na Faculdade de Direito Milton

Com vistas a esta similitude e realidade, procuraremos apontar, de modo sucinto, o problema da assimetria de informações e da racionalidade limitada na formação e elaboração dos contratos, através da interpretação dos princípios gerais dos contratos, da escassa doutrina sobre a matéria e da jurisprudência, que na maioria das vezes será abordada tendo como alicerce tipos contratuais diversos.

II. Desenvolvimento

Antes de adentrar na definição de contratos incompletos, cabe uma breve consideração do que seriam contratos completos, caso seja possível admitir-se sua existência. Assim, contratos completos seriam aqueles capazes de especificar, em tese, todas as características físicas de uma transação, como data, localização, preço e quantidades, para cada estado da natureza futuro.

Em um contrato completo, a princípio, não haveria necessidade de verificação ou determinação adicional dos direitos e obrigações das partes durante sua execução, já que o instrumento delinearía todas as possibilidades de eventos futuros envolvidos com o objeto da contratação.

Contudo, sob condições de incerteza, o custo da especificação das possíveis contingências futuras em um contrato completo (e complexo) seria proibitivo. Nestas circunstâncias, também seriam elevados os custos de policiamento e de solução de disputas com obrigatoriedade por força de lei em cortes jurídicas, quando da detecção de violações.

Assim, instrumentos cujo desempenho de seus termos contratuais deixam ganhos potenciais da transação irrealizados, face às informações disponíveis para os agentes e para as cortes de justiça no momento em que o desempenho ocorre, seriam denominados contratos incompletos.

Portanto, pode-se intuir que, de alguma forma, os contratos de longo prazo serão sempre incompletos, assim como os de execução diferida, nestes incluídos, v.g., os contratos relacionais.

A teoria da incompletude dos contratos enseja, portanto, a aplicação de preceitos da economia ao direito, sendo mister o estudo dos custos de transação e a análise das características dos diversos tipos de relacionamento entre os agentes econômicos.

Quaisquer que sejam as transações, as partes envolvidas não sabem ao certo se os termos acordados serão efetivados. A razão é que os indivíduos possuem racionalidade limitada e comportamento oportunista, acarretando o surgimento de custos de transação, que poderiam ser minimizados pela cooperação das partes contratantes no momento da execução do objeto contratual.

Também a assimetria informacional se junta ao oportunismo dos agentes para restringir a elaboração de contratos completos, causando custos de transações. Tais custos associam-se a coletas de informações, à elaboração e negociação dos contratos, além dos custos pós-contratuais, decorrentes da inexecução das obrigações.

Pode-se concluir que os contratos definidos entre os agentes econômicos são incompletos, uma vez que não existe a possibilidade de antecipar todas as contingências futuras.

Como pontua Décio Zylbersztajn:

“Se pudéssemos desenhar contratos completos, não existiria problema para as organizações se estruturarem e os problemas gerados a partir do comportamento não ético seriam antecipados e tratados com cláusulas de salvaguarda.

O conflito entre a ortodoxia e a economia das organizações pode ser relativizado ao afirmar-se que a economia ortodoxa foi desenhada para estudar o funcionamento dos mercados e o papel dos preços, mas não o papel, a estrutura e a operação das organizações. A isto sobrepõe-se o

conceito dos custos do funcionamento dos mercados, para marcar nitidamente o foco de um novo campo para o estudo das organizações.

Se as organizações modernas podem ser entendidas como um nexo de contratos, o comportamento dos agentes que são partícipes dos contratos bem como as instituições que os garantem assumem grande importância.

Comportamento cooperativo e benigno quando contrastado com comportamento oportunista terá consequências para o desenho das organizações, daí a sua ligação com a ética nas organizações.”³

Entende o doutrinador que a teoria dos contratos incompletos aborda as consequências das imperfeições surgidas durante a formação do contrato, seja pela falta de ética, o que englobaria o já citado oportunismo, seja pela racionalidade limitada, sempre presente na elaboração contratual, seja ainda pela assimetria informacional, que pode ser, inclusive, proposital.

Apesar do enorme estudo, análise e pesquisa antes da elaboração do contrato, este pode não ser perfeito, e quase nunca o é, visto que existe a possibilidade das partes não serem capazes de antecipar, identificar e descrever respostas ótimas aos eventos futuros (racionalidade limitada).

Diante de uma situação que requeira a elaboração de um contrato incompleto, as partes devem se preocupar com a necessidade de adaptação em caso de mudança das condições prévias à celebração do acordo. Conforme as contingências surgem, as partes envolvidas devem lidar com os eventos, exigindo algum grau de discernimento durante a execução do contrato. Neste caso, o desejo por acordos flexíveis pode ser preferível.

Sobre o tema, importante colacionar a lição de Armando Castelar Pinheiro:

“Dois elementos, implícitos ou explícitos, de qualquer transação são a previsão dos fatores de risco que podem impedir a sua realização conforme desejam as partes e a definição de como as mesmas se ajustarão a essa ocorrência. Em tese, esses dois elementos deveriam constar explicitamente

³ A organização ética: um ensaio sobre as relações entre ambiente econômico e o comportamento das organizações. www.ead.fea.usp.br/wpapers/index.htm

dos contratos, formais ou informais, que sustentam cada transação. Mas os contratos são, em geral, incompletos, seja porque as partes podem, inadvertidamente, esquecer de incluir alguma contingência, seja porque, propositalmente, se decide não especificar todas as possibilidades futuras no contrato.

Há várias razões para se redigir contratos incompletos: por exemplo, a dificuldade de prever todas as futuras contingências, a complexidade de especificar por escrito todas as regras que prevalecerão para cada contingência que se possa prever, e a dificuldade de se observar e verificar a ocorrência de muitas contingências, para que se possa determinar se as ações contratualmente previstas devem ser colocadas em prática. É racional, pois, não ter contratos completos, ainda que haja riscos em deixar um contrato muito em aberto.

O nível ótimo de lacunas contratuais dependerá dos riscos e do custo de tornar o contrato mais completo. A função da norma é, exatamente, reduzir esse risco, sem implicar custos elevados. Quando a norma é clara, certa, previsível e calculável, ela completa os contratos, na medida em que determina como proceder em diversas situações. Isso dispensa as partes de mencionarem, explicitamente, essas situações no contrato.”⁴

O autor já não considera a impossibilidade de se redigir contratos completos, mas sim sua inconveniência, pois o desenho contratual que considera todas as contingências possíveis teria um custo proibitivo.

Nesse contexto de idéias é que se pode confundir a teoria dos contratos incompletos com a dos relacionais, que seriam espécie da qual aqueles são gênero. Deve-se ter cuidado, porém, para que não se misturem ou se confundam os dois institutos.

Isto porque grande parte da doutrina sobre a incompletude contratual, assim como ocorre nos contratos relacionais, fundamenta-se na premissa comum de que as pessoas no mercado agem racionalmente, maximizando vantagens individuais, o que poderia ser compensado pelo aprofundamento das relações de confiança, solidariedade e cooperação.

Cooperação aqui pode ser definida como a associação com outrem para benefício mútuo ou para a divisão mútua de ônus, o que é característica inerente

⁴ Segurança jurídica, crescimento e exportações, Revista do IPEA, Rio de Janeiro, 2005.

aos contratos relacionais. Essa característica pode ser inserida no contexto dos contratos incompletos, desde que se considere a diminuição dos custos de transação quando da execução do objeto contratual, derivada do esforço comum das partes cooperantes.

No conceito de solidariedade encontra-se a idéia de uma unidade que produz ou está baseada na comunhão de interesses, objetivos, valores e padrões. A solidariedade pode estar baseada numa relação cooperativa, mas o fundamental a destacar é o fato de que se reporta a uma comunidade de valores e interesses e, neste sentido, ela tem um caráter necessariamente moral.

Ronaldo Porto Macedo Júnior, em brilhante trabalho prévio à sua tese de doutoramento acerca da Teoria Contratual Relacional e Proteção do Consumidor no Direito Brasileiro, acentua que:

“O conceito de boa-fé vem ganhando importância cada vez mais destacada no âmbito da doutrina e prática contratual contemporâneas, constituindo-se, em boa medida na principal norma de ligação dos princípios de cooperação, confiança e solidariedade no direito contratual moderno.

Na perspectiva relacional, a boa-fé pode ser vista como fonte primária da responsabilidade contratual. Dentro desta visão, as obrigações surgem porque a sociedade assim as impõe e não apenas porque uma promessa individual a estipulou. Outros objetivos e valores da sociedade, como as idéias de justiça distributiva ou bem estar dos indivíduos, devem ser balanceados ou equilibrados com os interesses privados dos contratos. Tal equilíbrio é feito através do conceito de boa-fé.

O Código de Defesa do Consumidor consagra tal princípio de maneira expressa em seu artigo 6. Vale notar, que superando a idéia clássica já presente no Código Civil de 1916 da boa-fé subjetiva, o novo sistema de proteção do consumidor brasileiro contemplou o princípio da boa-fé objetiva, que identifica o princípio na dinâmica efetiva da relação contratual e não apenas no âmbito da expectativa subjetiva do sujeito contratante.

Para a teoria relacional, a boa-fé tem o relevante papel de encorajar a continuidade das relações contratuais (artigo 6, V, do Código de Defesa do Consumidor). Isto porque as normas de integração não são apenas a promessa ou a vantagem e dependência em razão da confiança, mas também a reciprocidade, o equilíbrio substantivo e dinâmico, a confiança, a solidariedade, o equilíbrio de poder e a harmonização com a matriz social que lhe é subjacente.

A boa-fé permite pensar o comportamento adequado dos agentes contratuais em diferentes contextos, conforme os contornos e significados de cada relação contratual concretamente existente. Ela funciona como uma verdadeira “norma de calibração” da teoria contratual relacional.

Vale notar, contudo, que o conceito de boa-fé não comporta uma definição formal que a esgote, na medida em que incorpora elementos da vida efetiva das relações contratuais.”⁵

O autor ressalta também que os elementos evidenciadores da importância da boa-fé, dentro da perspectiva relacional, podem ser sintetizados de maneira que se possa percebê-los adentrando na teoria dos contratos incompletos. No limite da boa-fé estão exatamente caracterizados os pressupostos destes instrumentos, ou seja, aqueles que acabam por impedir a elaboração de contratos completos, que são a racionalidade limitada, o já citado oportunismo e a assimetria de informações.

Complementa o jurista:

“Em primeiro lugar, a boa-fé lembra a incompletude dos contratos, os limites da capacidade de previsão humana, os custos e ameaças à solidariedade e as barreiras insuperáveis para a comunicação perfeita e sem ruídos entre as partes.

Em segundo lugar, ela enfatiza, valoriza e torna juridicamente protegido o elemento de confiança, sem o qual nenhum contrato pode operar. Em terceiro lugar, ela evidencia a natureza participatória do contrato, que envolve comunidades de significados e práticas sociais, linguagem, normas sociais e elementos de vinculação não promissórios.

Por fim, a boa-fé realça o elemento moral das relações contratuais. A boa-fé contratual envolve uma concepção moral de fazer algo corretamente e, neste sentido, reporta-se a uma concepção de Justiça Social, a Justiça enquanto normalidade e equilíbrio.”⁶

Através da boa-fé, reconhece-se que o contrato se presta a finalidades sociais e morais e não apenas econômicas e individuais, como pode parecer.

Nota-se, por oportuno, a importância da aplicação da boa-fé objetiva como princípio de direito, respaldando-se a doutrina, nesta conclusão, no art. 422 do

⁵ Contratos relacionais no direito brasileiro. www.teses.usp.br.

⁶ Op. cit., pág. 10.

Código Civil de 2002:

“Art. 422 - Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa fé”.

Alguns doutrinadores apontam falha do citado dispositivo, por prever expressamente a boa-fé apenas quando da conclusão e durante a execução do contrato. Corretamente, discorrem que há necessidade de boa-fé igualmente durante a fase das tratativas, preliminares e pós-contratuais. Quanto a esta última etapa, deve-se observar que sua falta daria ensejo às quebras contratuais, gerando custos de transação que acabam por desaguar nas cortes jurídicas.

Quando das possíveis aplicações da boa-fé na fase pré-contratual, ou fase de negociações preliminares, as tratativas não geram quebra contratual porque ainda não há contrato, mas pode-se exigir dos proponentes os deveres que uma pessoa deve ter como correção de comportamento em relação ao outro.

Contudo, é quase unanimidade a tese de que a boa fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato. Nesse sentido, registra-se o Projeto de Lei n. 6.960/2002, que propõe a modificação do art. 422 para a seguinte redação:

“Art. 422 - Os contratantes são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós-contratual, os princípios de probidade e boa-fé e tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências da razão e da equidade.”

A justificativa para a modificação é exatamente a importância da fase pós-contratual, extirpando a falsa idéia de que o contrato cumprido elimina a obrigação de reparar danos provenientes de vícios futuros. Essa construção legal se coaduna com a teoria da incompletude dos contratos e com a impossibilidade de previsão de todas as contingências.

III. Conclusões

Os contratos são instrumentos jurídicos que regulamentam a atividade empresarial, mas a produção não pode nem deve ser estudada somente sob o aspecto do preço, mas também levando em consideração a alocação de recursos. Assim, há que se considerar as leis e os mecanismos de sua aplicação presentes na realidade dos agentes econômicos.

Apesar de não ser o objetivo do presente trabalho, a tentativa de se conceituar contratos incompletos esbarra na discutível existência dos completos. Estes seriam aqueles capazes de especificar, em tese, todas as características de uma transação para cada estado da natureza futuro, o que dispensaria verificação ou determinação adicional dos direitos e obrigações das partes ao longo de sua execução. O instrumento contratual delinearía todas as possibilidades de eventos futuros envolvidos com o objeto da contratação. Contudo, o custo da especificação das possíveis contingências futuras, de policiamento e de solução de disputas em um contrato teoricamente completo seria proibitivo. Assim, seja por oportunidade, por conveniência, por limitação racional ou por esquecimento, todos os contratos, de alguma forma ou de outra, deixariam ganhos potenciais da transação irrealizados, quaisquer que sejam elas, uma vez que as partes envolvidas não sabem ao certo se os termos acordados irão se efetivar.

Por isso, todo contrato de execução diferida poderia ser incompleto. A razão maior é que, além da assimetria informacional, inerente às fases preliminares dos contratos, os indivíduos possuem racionalidade limitada e comportamento oportunista, acarretando o surgimento de custos de transação que poderiam ser minimizados pela cooperação e pela solidariedade das partes contratantes no momento da execução do objeto contratual.

Dessa forma, as partes somente conseguiriam lidar com os riscos legais através do princípio da boa-fé objetiva, tanto na conclusão e durante a execução do contrato, quanto durante a fase pós-contratual, o que eliminaria a necessidade da excessiva previsão de contingências.

Não se quer dizer, com isso, afirmar que não existam contratos completos, mas apenas que essa completude dependerá sobremaneira da boa-fé contratual das partes contratantes, da cooperação e solidariedade entre elas, bem como do interesse recíproco de realização do objeto contratual, derivado do equilíbrio econômico-financeiro que advirá da relação estabelecida. Assim, a existência ou não do contrato completo dependerá da análise do caso concreto.

Pode-se concluir que os contratos definidos entre os agentes econômicos são, em regra, incompletos. Para corroborar esta afirmação, deve-se observar que não existe capacidade para antecipar todas as contingências futuras, a troca de informações pode não ser completa e o comportamento oportunista, inerente ao ser humano, acaba por dificultar a aplicação da boa-fé objetiva. Assim, diante das quebras contratuais, as negociações acabariam frustradas.

IV. Referências Bibliográficas

GOMES, Orlando. *Contratos*, 21 ed, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais no direito brasileiro*. Artigo obtido no site www.teses.usp.br.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. Ed. RT, 1992.

PINHEIRO, Armando Castelar - *Segurança jurídica, crescimento e exportações*. Revista do IPEA, Rio de Janeiro, 2005.

SZTAJN, Raquel. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro. Associações e sociedades*. São Paulo: Malheiros, 2002.

ZYLBERSTAJN, Décio. *A organização ética: um ensaio sobre as relações entre ambiente econômico e o comportamento das organizações*. Artigo obtido no site www.ead.fea.usp.br/wpapers/index.htm.

ZYLBERSTAJN, Décio, SZTAJN, Raquel. *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.