



acadêmica  
**LIVRE**

PESQUISA

Stewart Macaulay  
Robert W. Gordon  
David Campbell  
Hugh Collins  
Mark C. Suchman  
Thomas S. Ulen  
Steven Shavell  
Melvin A. Eisenberg  
Anthony T. Kronman

*José Rodrigo Rodriguez*  
*Bruno M. Salama*  
(ORGANIZADORES)

**PARA QUE SERVE  
O DIREITO CONTRATUAL?  
DIREITO, SOCIEDADE  
E ECONOMIA**

 **FGV DIREITO SP**

**LIVRE** *para*

*copiar*

*ler*

*partilhar*

*pensar*

A Coleção Acadêmica Livre publica obras de livre acesso em formato digital. Nossos livros abordam o universo jurídico e temas transversais por meio das mais diversas abordagens. Podem ser copiados, compartilhados, citados e divulgados livremente para fins não comerciais. A coleção é uma iniciativa da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP) e está aberta a novos parceiros interessados em dar acesso livre a seus conteúdos.

Esta obra foi avaliada e aprovada pelos membros de seu Conselho Editorial.

**Conselho Editorial**

Flavia Portella Püschel (*FGV DIREITO SP*)

Gustavo Ferreira Santos (*UFPE*)

Marcos Severino Nobre (*Unicamp*)

Marcus Faro de Castro (*UnB*)

Violeta Refkalefsky Loureiro (*UFPA*)



acadêmica  
**LIVRE**

PESQUISA

Stewart Macaulay  
Robert W. Gordon  
David Campbell  
Hugh Collins  
Mark C. Suchman  
Thomas S. Ulen  
Steven Shavell  
Melvin A. Eisenberg  
Anthony T. Kronman

*José Rodrigo Rodriguez*  
*Bruno M. Salama*  
(ORGANIZADORES)

**PARA QUE SERVE  
O DIREITO CONTRATUAL?  
DIREITO, SOCIEDADE  
E ECONOMIA**

 **FGV DIREITO SP**

Os livros da Coleção Acadêmica Livre podem ser copiados e compartilhados por meios eletrônicos; podem ser citados em outras obras, aulas, sites, apresentações, blogues, redes sociais etc, desde que mencionadas a fonte e a autoria. Podem ser reproduzidos em meio físico, no todo ou em parte, desde que para fins não comerciais.

**Conceito da coleção:**

José Rodrigo Rodriguez

**Editor**

José Rodrigo Rodriguez

**Assistente editorial**

Bruno Bortoli Brigatto

**Capa, projeto gráfico e editoração**

Ultravioleta Design

**Preparação de texto**

Elvira Cesário Castanon

**Imagem da capa**

Mila Karavai/Shutterstock

**Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas – SP**

Para que serve o direito contratual? : direito, sociedade e economia / organizadores José Rodrigo Rodriguez e Bruno M. Salama ; autores Stewart Macaulay ... [et al.]. – São Paulo : Direito GV, 2014.  
432 p.

ISBN 978-85-64678-05-7

1. Contratos. 2. Direito e economia. 3. Direito e sociedade. I. Fundação Getulio Vargas. II. Rodriguez, José Rodrigo. III. Salama, Bruno M. IV. Macaulay, Stewart. V. Título.

CDU 347.74/.75

**FGV DIREITO SP**

**Coordenadoria de Publicações**

Rua Rocha, 233, 11º andar

Bela Vista – São Paulo – SP

CEP: 01330-000

Tel.: (11) 3799-2172

E-mail: ***publicacoesdireitogv@fgv.br***

# PARA QUE SERVE O DIREITO CONTRATUAL? DIREITO, SOCIEDADE E ECONOMIA

## *sumário*

### **INTRODUÇÃO** 7

*José Rodrigo Rodriguez e Bruno M. Salama*

#### PARTE I

### **DIREITO E SOCIEDADE**

#### 1 | **RELAÇÕES NÃO CONTRATUAIS NOS NEGÓCIOS: UM ESTUDO PRELIMINAR** 15

*Stewart Macaulay*

#### 2 | **MACAULAY, MACNEIL E A DESCOBERTA DA SOLIDARIEDADE E DO PODER NO DIREITO CONTRATUAL** 43

*Robert W. Gordon*

#### 3 | **DESCOBRINDO AS DIMENSÕES IMPLÍCITAS DOS CONTRATOS** 65

*David Campbell e Hugh Collins*

#### 4 | **OS CONTRATOS COMO ARTEFATOS SOCIAIS** 99

*Mark C. Suchman*

#### PARTE II

### **DIREITO E ECONOMIA**

#### 5 | **A EFICIÊNCIA DA EXECUÇÃO ESPECÍFICA: RUMO A UMA TEORIA UNIFICADA DOS REMÉDIOS CONTRATUAIS** 179

*Thomas S. Ulen*

#### 6 | **MEDIDAS DE DANOS PARA QUEBRA DE CONTRATO** 265

*Steven Shavell*

7	<b>LIMITES DA COGNIÇÃO E LIMITES DO CONTRATO</b>	309
	<i>Melvin A. Eisenberg</i>	
8	<b>ERRO, DEVER DE REVELAR A INFORMAÇÃO E DIREITO DOS CONTRATOS</b>	383
	<i>Anthony T. Kronman</i>	
	<b>SOBRE OS AUTORES</b>	433
	<b>SOBRE OS ORGANIZADORES</b>	434

## INTRODUÇÃO

De saída, uma advertência aos leitores: este não é um livro de doutrina ou de dogmática jurídica, ao menos não diretamente. Os textos aqui reunidos estudam o funcionamento efetivo dos contratos, ou seja, sua realidade para além do Poder Judiciário, do processo judicial, da jurisprudência e da doutrina. Por isso mesmo, poderiam ser classificados muito comodamente, segundo o costume nacional, em textos de *sociologia jurídica e direito e economia*; mais especificamente, artigos representativos dos movimentos *Law & Society* e *Law & Economics*.

Ainda segundo o figurino brasileiro, trabalhos com tais características fariam parte de saberes auxiliares, que colaboram com o conhecimento jurídico, mas não se confundem com ele. Tratam dos “fatos” que não têm relação com o “direito”, ou seja, com a racionalidade interna do ordenamento: sua lógica de reprodução dogmática. Por isso mesmo, seriam uma leitura informativa, interessante, mas externa à reflexão jurídica propriamente dita.

Esse modo de encarar os trabalhos aqui publicados transformaria em leitura anódina o que é, por assim dizer, um conjunto explosivo de textos acadêmicos. Porque o que está em jogo nestes trabalhos, em primeiro lugar, é a dogmática como forma de reprodução institucional e a centralidade do direito estatal e do Poder Judiciário como principal mecanismo de solução dos conflitos. Além disso, fica em questão a dogmática contratual tradicional e sua visão individualista e descontextualizada da contratação.

Após a leitura dos textos ficará claro para o leitor que as perguntas que motivam boa parte dos trabalhos aqui reunidos são as seguintes: As normas estatais e o direito estatal como um todo têm alguma importância na regulação efetiva dos contratos? Os instrumentos contratuais formais têm alguma relevância para o desenvolvimento da relação contratual?

É fácil perceber que, caso a resposta a essas duas questões seja negativa, seria possível dizer, radicalizando um pouco o argumento, que estudar direito dos contratos como o fazemos usualmente é praticamente uma perda de tempo. O fenômeno contratual estaria ocorrendo em outro lugar, regulado por outras normas, diferentes das normas estatais e mesmo das



cláusulas escritas no instrumento contratual; todas elas interpretadas e aplicadas por outros mecanismos de solução de conflitos.

Por outro lado, ainda que a resposta às duas questões apresentadas seja positiva, ainda restará outra dúvida: será que os efeitos atingidos pela regulação estatal são aqueles pressupostos no processo deliberativo de produção legal? Os meios normativos atingem minimamente os fins políticos desejados?

Problemas como esses põem em cheque o modelo de sistema jurídico pressuposto pelo senso comum dos profissionais do direito. Por isso mesmo, são cruciais para refletir sobre as políticas públicas e sobre a produção normativa no campo dos contratos, temas fundamentais da agenda do direito e desenvolvimento.

Qualquer ação que vise a influir sobre as normas nesse campo, que pretenda aperfeiçoar a regulação brasileira ou global, precisa levar em conta as questões levantadas pelos artigos que compõem este livro. Os textos reunidos aqui adotam, de uma maneira ou de outra, essa perspectiva, ou seja, afastam-se da discussão dogmática tradicional para verificar empiricamente (ou sugerir a necessidade de fazê-lo) o funcionamento das relações contratuais.

No entanto, há mais. A própria dogmática contratual clássica é posta em questão aqui, em especial nos textos de Stewart Macaulay e de David Campbell & Hugh Collins. A exemplo do que ocorreu no direito continental, os autores anglo-saxões também dirigiram críticas importantes ao que se pode chamar de “direito contratual clássico”, ou seja, a visão do contrato como negócio jurídico instantâneo, praticado entre indivíduos descontextualizados.

No Brasil, a visão da “obrigação como processo” de Clóvis do Couto e Silva e toda uma literatura que discute conceitos como “dirigismo contratual” e “paradigma social dos contratos” desempenharam papel semelhante. O problema aqui muda um pouco de figura, pois não se trata mais de discutir os pressupostos sociológicos com os quais trabalha a dogmática jurídica. Trata-se de partir de uma nova visão desses pressupostos para pensar soluções técnico-jurídicas para os problemas que eles põem.

Um exemplo simples julgado pelo TJ-RS sob a vigência do Código Civil anterior:<sup>1</sup> o comprador de uma loja de roupas descobre que o vendedor havia cancelado junto aos fornecedores todos os pedidos de mercadorias referentes à coleção do próximo verão. Tal fato inviabilizaria o funcionamento da loja dali em diante, mas o dever de dar continuidade aos contratos não estava previsto expressamente no instrumento contratual, tampouco na lei.

Parece evidente a injustiça desse estado de coisas, mas a questão dogmática a se fazer é a seguinte: Há fundamento jurídico possível para um dever contratual que não está nem previsto nas cláusulas contratuais, nem explícito na lei? Hoje, o Código Civil menciona expressamente o dever de boa-fé, apesar de não dar concretude ao mesmo. Na época, sequer havia esse texto legal.

Diante desses fatos, seria razoável argumentar que, tratando esse contrato de interesses privados, as partes deveriam ter se acautelado desse problema e, na falta de lei ou de cláusula contratual, não haveria dever a ser cumprido por parte do vendedor. Justamente para lidar com problemas como esse foram criadas as figuras da “boa-fé contratual”, dos “deveres acessórios de conduta”, entre outras. Todas elas afastam uma visão descontextualizada do contrato, trazendo para o centro da dogmática jurídica a importância do contexto para as trocas comerciais.

Neste caso, o raciocínio é o seguinte: as trocas comerciais exigem um grau mínimo de colaboração entre seus participantes para que funcionem adequadamente. Ver o mercado como um conjunto de indivíduos, que apenas maximiza lucros e minimiza prejuízos conforme uma ação meramente estratégica, é insuficiente para explicar seu funcionamento. Há uma dimensão colaborativa no mercado ligada à posição dos agentes no mercado, à sua reputação e à sua interdependência, que os obrigará a contratar, por tempo dilatado e em diversas ocasiões, os mesmos agentes.

De fato, a existência de certas circunstâncias facilita a cooperação. Essas circunstâncias incluem principalmente interações repetidas, abundância de informações sobre a atuação da outra parte em interações no passado, pressão do grupo social ou clã que dissuade o indivíduo de agir de maneira oportunista, e existência de um número pequeno de partes

com quem se deseja cooperar. Por via de consequência, pode-se deduzir que a cooperação será mais difícil quando as interações ocorrerem uma única vez, quando a reputação das partes for opaca, quando as partes não forem membros de um mesmo grupo, ou quando estiver em questão a cooperação de muitas partes.

Há, então, pelo menos dois problemas para se pensar na interação entre o direito estatal e as práticas contratuais concretamente observadas. Em primeiro lugar, as instituições informais (como as normas sociais de comportamento, códigos de conduta, convenções, valores, crenças, tabus, costumes, religiões, etc.) não são plenamente controláveis pelo processo político. E, em segundo lugar, o Estado tem limitações na sua capacidade de *fazer cumprir* suas leis e regulamentos.

Os autores supramencionados desenvolvem raciocínios semelhantes, mas em relação a seu contexto de origem: o direito anglo-saxônico. Não há como resumir a complexidade de todos os artigos aqui, pois além dessas questões, eles abordam problemas variados de perspectivas diversas. Para facilitar a leitura, os artigos foram divididos em dois blocos, um dedicado aos textos da tradição da *Law & Society* e outro para o *Law & Economics*.

O primeiro bloco, que tem início com o texto seminal e pioneiro de Stewart Macaulay “Relações não contratuais nos negócios: um estudo preliminar”, abre o campo de pesquisa da teoria relacional dos contratos e vem influenciando todos os autores de língua inglesa que escreveram depois dele. A seguir, o texto de Robert W. Gordon “Macaulay, Macneil e a descoberta da solidariedade e do poder no direito contratual”<sup>2</sup> mostra a radicalidade da contribuição de teoria relacional dos contratos para o campo da doutrina contratual e da sociologia do direito.

No primeiro bloco, o leitor também vai encontrar o artigo “Descobrendo as dimensões implícitas dos contratos”, de David Campbell e Hugh Collins, que dá continuidade à investigação dos problemas postos por Macaulay ao perguntar sobre as normas que se formam ao longo da relação contratual e sobre sua incorporação ao pensamento jurídico. De outro ponto de vista, em “Os contratos como artefatos sociais”, Mark C. Suchman dá continuidade a esse programa de pesquisa ao discutir o

efetivo papel dos instrumentos contratuais para o desenvolvimento da relação contratual.

O bloco dedicado aos estudos de *Law & Economics* inicia com dois estudos sobre os remédios jurídicos para a quebra de contratos, nomeadamente: “A eficiência da execução específica: rumo a uma teoria unificada dos remédios contratuais”, e “Medidas de danos para quebra de contrato”. O primeiro, de Thomas S. Ulen, compara os incentivos criados pelos diversos tipos de remédios, e pela execução específica em particular. O segundo, de Steven Shavell, examina as regras (ou “medidas de danos”) que determinam quanto dinheiro deve ser pago por uma das partes que quebra um contrato à outra parte.

A seguir, são apresentados dois textos que teorizam a lógica subjacente a determinadas doutrinas contratuais. Em “Limites da cognição e limites do contrato”, Melvin Eisenberg formula a hipótese de que diversas exceções ao princípio da *pacta sunt servanda* previstas no direito contratual norte-americano podem ser justificadas por limites da cognição humana. Por fim, no texto “Erro, dever de revelar a informação e direito dos contratos”, Anthony Kronman discute a dogmática jurídica norte-americana atinente ao conceito de *erro*.

Os artigos desta coletânea foram, em sua maioria, voluntariamente traduzidos ou revisados por professores, estudantes, e outros profissionais da área interessados na pesquisa sobre o direito contratual, nomeadamente: Antonio Maristrello Porto, Cedric Pin, Luciana Yeung, Mariana Oliveira, Marcos de Campos Ludwig, Pedro Buck, Rodrigo Fogagnolo Mauricio, Nicole Fobe e Tatiane Honório Lima. A estes, fica registrado nosso agradecimento.

Além disso, agradecemos em particular Nicole Fobe pela revisão cuidadosa de todos os textos.

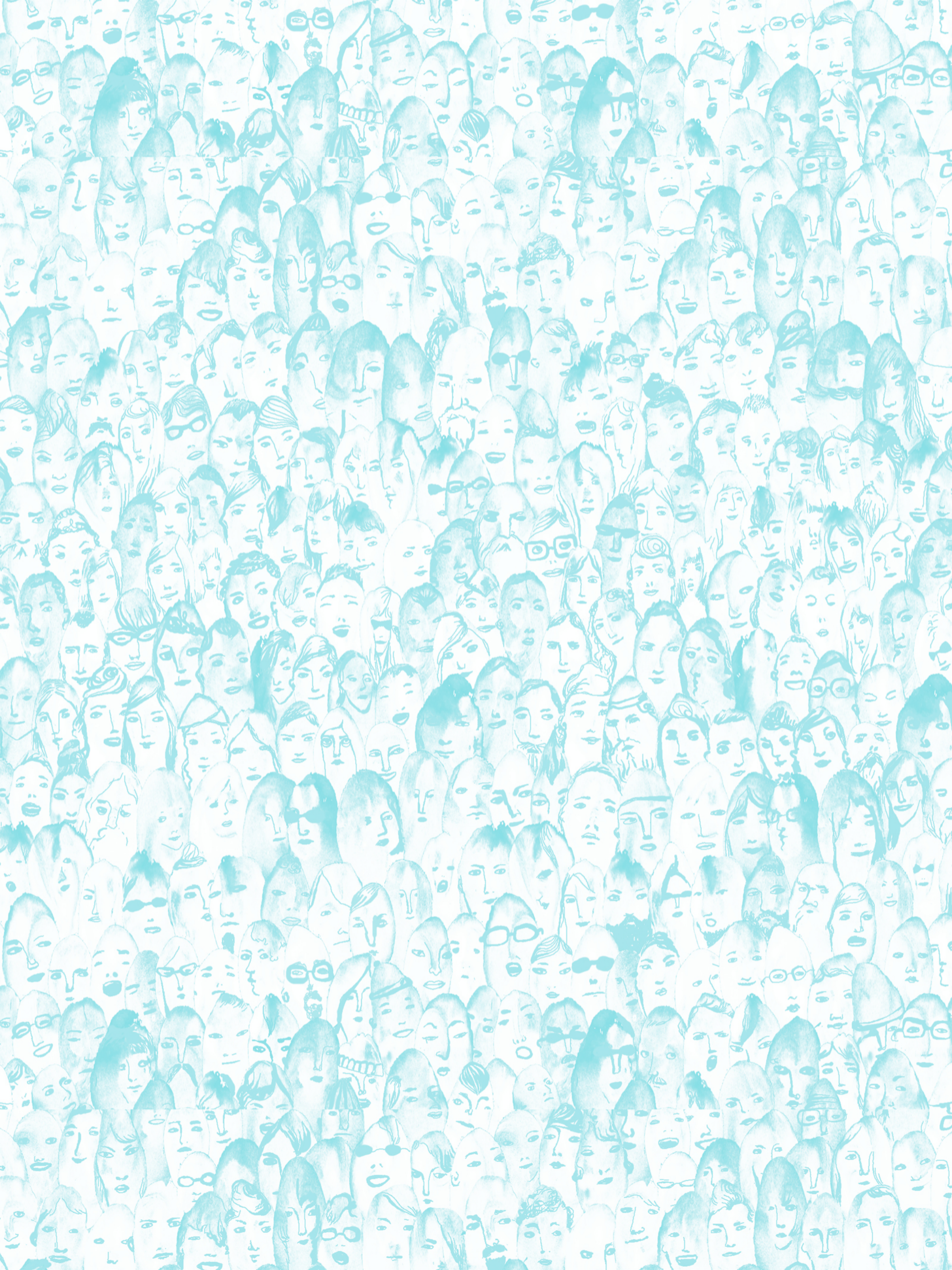
**José Rodrigo Rodriguez  
e Bruno M. Salama**

**NOTAS**

**1** Ap. Civ. n. 589073956, TJRS, j. 19.12.1989. Um comentário a essa decisão pode ser lido em: Judith Martins-Costa. Princípio da boa-fé. *Ajuris*, n. 50, p. 207-227, 1990.

**2** Esse texto já foi publicado pela *Revista DIREITO GV*, v. 3, n. 1, jun. 2007.

PARTE I  
**DIREITO E SOCIEDADE**



1.

## **RELAÇÕES NÃO CONTRATUAIS NOS NEGÓCIOS: UM ESTUDO PRELIMINAR\***

**Stewart Macaulay\*\***

Para que serve o direito contratual? Quem o usa? Quando e como? Respostas completas requereriam uma investigação de quase todos os tipos de transações entre pessoas e organizações. Neste trabalho, as pesquisas ficaram restritas às trocas entre empresas, principalmente à indústria de manufatura.<sup>1</sup> Além disso, este trabalho se limitará à apresentação das descobertas a respeito de quando o contrato é ou não usado, e a uma tentativa de explicação desse fenômeno.<sup>2</sup>

Essa pesquisa é apenas o primeiro passo de um estudo científico.<sup>3</sup> A técnica primária de pesquisa envolveu a entrevista de 68 empresários e advogados representando 43 empresas e seis escritórios de advocacia. As entrevistas variaram de uma rápida conversa de trinta minutos com um gerente de vendas ocupado e desinteressado, para quem não foram feitas todas as perguntas, a uma discussão de seis horas com o conselho geral de uma grande empresa. Foram feitas anotações detalhadas de cada entrevista e relatórios completos foram registrados geralmente na noite seguinte às entrevistas. Apenas duas empresas não possuem instalações industriais em Wisconsin; 17 eram indústrias de maquinaria, mas nenhuma produzia artigos como gêneros alimentícios, instrumentos científicos, têxteis ou derivados de petróleo. Sendo assim, a chance de erro, em razão da tendência das amostras, pode ser considerável.<sup>4</sup> Entretanto, em grande parte, o conhecimento existente era inadequado para permitir procedimentos mais rigorosos – ainda não se pode formular muitas questões precisas para serem respondidas por uma amostra sistematicamente selecionada de “pessoas certas”. Muito tempo foi gasto buscando questões ou respostas relevantes, ou ambas.

Reciprocidade, relações de troca e contrato são, há muito tempo, matérias que despertam o interesse de sociólogos, economistas e advogados. Entretanto, cada disciplina possui uma visão incompleta dessas matérias.



Esse estudo representa o esforço de um professor de direito de compilar ideias sociológicas e investigação empírica. O trabalho enfatiza, entre outras coisas, as funções e disfunções de se usar contratos para resolver os problemas nas relações de troca, e como diferentes profissões influenciam a análise de quando os ganhos da utilização dos contratos superam os custos.

Para discutir quando o contrato é ou não é usado, o termo “contrato” deve ser especificado. Esse termo será usado aqui para se referir aos instrumentos utilizados para conduzir trocas. Contrato não é considerado como sinônimo de uma troca em si, que pode ou não ser caracterizada como contratual. Também não é usado para se referir à transcrição de um acordo. Contrato, na forma aqui utilizada, envolve dois elementos distintos: (a) planejamento racional de uma transação, com todas as precauções possíveis contra contingências futuras previsíveis; e (b) a existência ou uso de sanções legais efetivas ou potenciais para induzir o adimplemento ou para compensar o inadimplemento.

Estes instrumentos para a realização de trocas podem ser utilizados – ou podem existir – em maior ou menor grau, de forma que as transações podem ser descritas de maneira mais ou menos contratual (a) de criação de uma relação de troca, ou (b) de resolução de problemas que surjam no curso dessa relação. Por exemplo, a General Motors pode concordar em comprar da Reynolds Aluminum todo o suprimento de alumínio necessário para dez anos de produção de Buicks. Nesse caso, as duas grandes corporações provavelmente planejariam esse relacionamento cuidadosamente. O planejamento incluiria uma forma complexa de precificação, designada a refletir as flutuações do mercado; um acordo sobre o que deveria acontecer se as partes fossem alvo de uma greve ou sofressem um incêndio; uma explicação da responsabilidade da Reynolds pelo controle de qualidade e perdas causadas por defeitos, e muitas outras cláusulas. Da maneira que o termo contrato é empregado neste trabalho, ele significa um método mais contratual de criar uma relação de troca do que, por exemplo, o acordo casual de um proprietário, que concede a um corretor o direito exclusivo de vender seu imóvel, que não possua nenhuma cláusula para as consequências, muitas delas contingências previsíveis –,

talvez altamente prováveis. Em ambas as instâncias, contratos com eficácia jurídica podem ter sido criados ou não, mas deve-se ter em mente que, além de certos requerimentos legais mínimos de certeza da obrigação, a existência de uma sanção legal não possui uma relação necessária com o grau de planejamento racional das partes. A General Motors e a Reynolds talvez nunca iniciem um processo judicial, nem façam referência a uma mera transcrição de seu acordo como forma de responder a questões que surjam durante seu relacionamento de dez anos. Já o corretor de imóveis pode processar, ou pelo menos ameaçar processar, o dono da casa. O método de solução da disputa do corretor seria, portanto, mais contratual do que o da General Motors e da Reynolds, revertendo, dessa forma, a relação que existia a respeito da “contratualidade” da criação das relações de troca.

## **DESCOBERTAS EXPERIMENTAIS**

É difícil generalizar o uso ou não de contratos pela indústria manufatureira. Entretanto, algumas observações podem ser feitas com razoável precisão. A seguir trataremos do uso ou não de contratos para a criação de relações de troca e resolução de litígios.

### **Criação das relações de troca**

Ao criar relações de troca, empresários podem planejá-las em maior ou menor grau, em seus diferentes aspectos. Antes de considerar o que foi descoberto como práticas na criação das relações de troca, precisamos descrever o que se pode planejar em uma barganha e os graus de planejamento possíveis.

Pessoas negociando um contrato podem planejar vários aspectos deste: (1) pode-se planejar sobre o que cada parte deve fazer ou deixar de fazer, *e.g.*, *S* pode concordar em entregar dez sedãs Studebaker 1963 quatro portas para *B* em uma data determinada em troca de certa quantia de dinheiro; (2) eles podem planejar os efeitos que certa contingência terá sobre suas obrigações, *e.g.*, o que aconteceria com as obrigações de *S* e de *B* se *S* não conseguisse entregar os carros em razão de uma greve na fábrica da Studebaker?; (3) eles podem planejar o que cada um deve fazer se ambos

ficarem inadimplentes, *e.g.*, o que acontece se *B* entregar nove carros com duas semanas de atraso?; (4) eles podem planejar o acordo de maneira que seja um contrato juridicamente vinculante – isto é, haverá uma sanção jurídica a fim de compensar o dano sofrido por *B* em consequência da falha de *S* em entregar os carros na data previamente estipulada.

Para cada um desses aspectos, pode haver um grau diferente de planejamento pelas partes: (1) eles podem planejar explícita e cuidadosamente, *e.g.*, *S* pode concordar em entregar dez sedãs Studebakers 1963 quatro portas e que possuem motores de seis cilindros, câmbio automático e outros opcionais que darão determinado desempenho ao veículo por determinado tempo. (2) Eles podem ter um acordo mútuo, mas tácito, sobre um aspecto; *e.g.*, embora o assunto nunca tenha sido mencionado durante as negociações, ambos podem acreditar que *B* cancelaria o pedido por outros carros se seu negócio de táxis estivesse indo tão mal a ponto de ele não ter como utilizar dez carros adicionais. (3) Eles podem ter duas presunções contrapostas não expressas a respeito de um aspecto; *e.g.*, *S* pode supor que se qualquer um dos táxis descumprir determinados padrões de qualidade dentro de um certo período, tudo que *S* deve fazer é consertá-lo ou substituí-lo. *B*, por outro lado, pode supor que *S* também deve compensá-lo pelos lucros que ele teria caso o táxi estivesse em operação. (4) Eles podem não ter considerado um aspecto; *e.g.*, nem *S*, nem *B* planejaram o acordo de forma que fosse um contrato juridicamente vinculante. Claramente, o primeiro e quarto graus de planejamento listados são casos extremos, e o segundo e terceiro são pontos intermediários. Obviamente, outros pontos intermediários são possíveis; *e.g.*, *S* e *B* deixam de especificar se os táxis deveriam ter câmbio automático ou manual, o planejamento deles não é tão cuidadoso e explícito quanto no exemplo anteriormente dado.

O diagrama a seguir representa as dimensões da criação de uma relação de troca discutida onde ‘X’ representa o exemplo de *S* e *B* contratando dez táxis.

	DEFINIÇÃO DAS EXECUÇÕES	EFEITO DAS CONTINGÊNCIAS	EFEITO DOS PROBLEMAS NA EXECUÇÃO	SANÇÕES LEGAIS
PLANEJAMENTO EXPLÍCITO E CUIDADOSO	X			
ACORDO TÁCITO		X		
PRESUNÇÕES CONTRAPOSTAS			X	
DESCONSIDERAÇÃO DE ASPECTOS				X

A maioria das grandes empresas, e algumas menores, procuram planejar de maneira cuidadosa e completa. Importantes transações, que não ocorrem habitualmente nos negócios, são feitas através de contratos mais detalhados. Por exemplo, recentemente o Empire State Building foi vendido por US\$ 65 milhões. Mais de 100 advogados, representando 34 partes, produziram um contrato de quatrocentas páginas. Outro exemplo pode ser encontrado no acordo de uma grande empresa de borracha dos Estados Unidos para fornecer assistência técnica a uma empresa japonesa. Vários milhões de dólares estavam envolvidos nessa operação e o contrato consistia em 88 cláusulas distribuídas ao longo de 17 páginas. Os 12 advogados entrevistados em nossa pesquisa, que trabalhavam para empresas em vez de atuarem em escritórios e possuírem vários clientes, disseram que todas as empresas, exceto as menores, planejam cuidadosamente a maioria das transações relevantes. Grandes empresas possuem procedimentos para que alguns tipos de troca sejam revisados por seus departamentos financeiro e jurídico.

As transações mais rotineiras normalmente são feitas através do que se pode chamar de planejamentos padronizados, que possuem um conjunto

de termos e condições para compras, vendas ou ambas impressas nos documentos usados nessas transações. Dessa forma, os bens a serem vendidos e o preço a ser pago podem ser discutidos caso a caso, mas as cláusulas padrão tratarão detalhadamente do adimplemento e de outras matérias do planejamento contratual. Os termos e condições, normalmente extensos, estão impressos em pequenas letras no verso do documento. Por exemplo, os 24 parágrafos em letras tamanho oito que são impressos no verso dos documentos de ordem de compra usados pela Allis Chalmers Manufacturing Company. As cláusulas: (1) descrevem, em parte, o adimplemento, *e.g.*, “não solde as peças sem nosso consentimento”; (2) planejam a ocorrência de contingências, “... na ocorrência de atraso no adimplemento da obrigação do vendedor em razão de um ato de Deus, guerra, ou ato do governo, prioridades ou alocações, ato do comprador, incêndio, enchente, sabotagem, ou outras causas além do alcance do vendedor, o prazo para o adimplemento será estendido por um período igual ao atraso causado por essas razões, se o vendedor der ao comprador um aviso escrito da causa do atraso dentro de um tempo razoável após seu início”; (3) planejam a ocorrência de problemas durante a execução do contrato, *e.g.*, “o comprador, sem renunciar a qualquer outro direito, possui o direito de cancelar ou adiar entregas de qualquer um dos produtos compreendidos nesta ordem de compra que não tenham sido enviados em um tempo razoável para fazer cumprir os prazos estipulados, sem a cobrança de qualquer valor adicional”; (4) planejam uma sanção legal, *e.g.*, a cláusula “sem renunciar a qualquer outro direito”, no exemplo dado acima.

Em grandes empresas as cláusulas “enlatadas” [*“boiler plate clauses”*]\* são elaboradas por um advogado da própria empresa ou de um escritório de advocacia. Em empresas pequenas, essas cláusulas podem ser redigidas pela associação comercial ou industrial que as representam, ou copiadas de uma concorrente, ou encontradas em documentos que podem ser comprados em gráficas. De qualquer forma, gerentes de vendas, gerentes de compras e funcionários da administração normalmente desconhecem o que é dito no verso dos documentos que eles mesmos utilizam. Ainda assim, os padrões normais de negociação farão com que o estabelecido pelas cláusulas padrão seja efetivado. Por exemplo, gerentes de compras

podem ter que usar uma ordem de compra padrão para que todas as transações recebam um número dentro do sistema de contabilidade da empresa. Dessa forma, os arquivos contábeis requeridos possuirão o planejamento necessário da relação de troca impressa no seu verso. Se o vendedor fizer alguma objeção, as diferenças serão resolvidas por meio de uma negociação.

Este tipo de planejamento padronizado é muito comum. Pedimos cópias dos documentos usados para compra e venda a aproximadamente 6.000 empresas manufatureiras que fazem negócios em Wisconsin. Das aproximadamente 1.200 respostas recebidas, constatamos que 850 empresas usavam algum tipo de planejamento padronizado. Com algumas exceções, as 350 empresas que indicaram não usar planejamento padronizado eram pequenas, como padarias locais, fabricantes de refrigerantes locais e fabricantes de salsicha. Embora os empresários realizem – e normalmente realizam – um planejamento completo e cuidadoso, é evidente que nem todas as trocas são analisadas detalhadamente. Mesmo que a maioria dos empresários pense que a descrição clara das obrigações do comprador e do vendedor seja algo óbvio, eles nem sempre obedecem a essa regra. O gerente de compras e o advogado de uma empresa de autopeças de porte médio relataram que diversas vezes os engenheiros da empresa assumiram o compromisso de comprar maquinário caro sem as especificações adequadas. Os engenheiros fizeram especificações detalhadas quanto ao tipo de máquina e como deveria ser feita, mas não especificaram que a máquina deveria produzir determinados resultados. Um advogado e um auditor afirmaram que a maioria dos litígios contratuais tem origem na ambiguidade das especificações presentes em seus termos.

Os empresários normalmente preferem confiar na ”palavra de honra” de alguém em uma carta breve, em um aperto de mão, ou no senso comum de “honestidade e decência” – mesmo quando a transação envolve a exposição a sérios riscos. Entrevistamos sete advogados de escritórios de advocacia com prática empresarial. Cinco disseram que empresários em geral costumam realizar contratos com um grau mínimo de planejamento antecipado. Eles reclamaram que os empresários desejam “não complicar”, mesmo que o negócio envolva grandes quantias de dinheiro e riscos

significativos. Um deles afirmou que estava “cansado de ouvir ‘Nós podemos confiar no velho Max’, quando o problema não é a honestidade de alguém, e sim alcançar um acordo que ambas as partes compreendam”. Outro disse que os empresários, quando barganham, normalmente abordam apenas generalidades e pensam que há um contrato, mas falham em chegar a um acordo sobre qualquer uma das questões difíceis e desagradáveis, até que um advogado os obrigue a isso. Dois advogados de fora da empresa possuíam opiniões diferentes. Um deles acreditava que as empresas grandes costumam planejar trocas importantes, mas admitiu que, ocasionalmente, alguns aspectos são tratados de forma vaga. O outro representava uma grande empresa que costumava comprar equipamentos pesados e construções. Os empregados dos fornecedores vão ao local instalar o equipamento ou construir as estruturas e podem se ferir enquanto estiverem lá. A empresa já fora processada por esses empregados tantas vezes que passou a planejar cuidadosamente suas compras com a assistência de advogados, para que os fornecedores assumissem essa responsabilidade.

Além disso, o planejamento padronizado pode falhar. No exemplo de planejamento apresentado anteriormente, presumiu-se que o comprador usaria o documento de sua companhia com seus 24 parágrafos impressos no verso e que o vendedor aceitaria isso ou faria uma objeção às cláusulas das quais discordasse. Entretanto, o vendedor pode deixar de ler os 24 parágrafos do verso do documento e aceitar a ordem do comprador em seu próprio protocolo. Esses documentos costumam ter de dez a 50 parágrafos favorecendo o vendedor, que costumam ser diferentes ou contraditórios em relação às cláusulas do comprador. O protocolo do vendedor pode ser recebido pelo comprador e conferido por um administrador. Este vai ler a face do documento, mas não o verso, pois não tem tempo ou conhecimento necessário para analisar as pequenas letras nos 100 a 500 documentos que verifica todos os dias. A face do protocolo, onde os bens e o preço estão especificados, provavelmente corresponde à face da ordem de compra. Se for esse o caso, os dois documentos são arquivados. Nesse ponto, tanto o comprador quanto o vendedor devem achar que planejaram uma troca e realizaram um contrato. No entanto, eles não fizeram nenhum dos dois, uma vez que estão em desacordo a respeito de tudo o que se encontra no

verso dos documentos. Essa prática é tão comum que possui até um nome. Os professores de direito a chamam de “a batalha dos formulários” [*“the battle of the forms”*].

Dez dos 12 compradores entrevistados disseram que as cláusulas no verso das ordens de compra e no verso do protocolo dos fornecedores costumam ser diferentes ou inconsistentes entre si. Ainda assim, eles partiriam do pressuposto de que a compra estava completa e não tomariam nenhuma atitude adicional, a não ser que alguma das cláusulas do fornecedor fosse realmente censurável. Ademais, apenas uma vez ou outra eles se dariam o trabalho de ler as letrinhas miúdas impressas no verso dos documentos do fornecedor. Por outro lado, um dos compradores afirmou que os acordos são alcançados a partir das cláusulas que constam do verso dos documentos, mas este representava a empresa na qual os advogados relataram planejar com grande esmero suas cláusulas. O outro comprador que afirmou que sua empresa não enfrentava o problema da “batalha de formulários” trabalhava para a filial de uma das maiores empresas manufatureiras dos Estados Unidos. Cabe salientar, porém, que uma empresa pode apresentar esse problema sem tomar conhecimento dele. O comprador sempre envia ao fornecedor uma ordem de compra e outro documento que o fornecedor deve assinar e devolver. O segundo documento afirma que o fornecedor aceita os termos e condições do comprador. A empresa possui poder de barganha suficiente para forçar seus fornecedores a assinarem e devolverem o documento, e o comprador deve mostrá-lo, devidamente assinado, a um dos auditores da empresa para cada ordem de compra expedida. No entanto, os fornecedores costumam devolvê-lo ao comprador juntamente com seu próprio documento de protocolo, que possui cláusulas conflitantes. O comprador joga fora o documento do fornecedor e preenche o seu. Obviamente, nesses casos o fornecedor não aquiesceu às cláusulas do comprador. Não há acordo nem contrato.

Foram feitas perguntas a respeito da “batalha dos formulários” a dezesseis gerentes de venda. Nove disseram que frequentemente não chegam a um acordo a respeito de quais cláusulas deveriam reger o acordo, e sete disseram que não têm esse problema. Quatro desses sete trabalhavam para empresas em que os maiores clientes eram grandes fabricantes



de automóveis ou grandes fabricantes de papel. Esses clientes demandam que seus termos e condições assegurem todas as ordens de compra, são cuidadosos o suficiente para que seus fornecedores geralmente os aceitem, e possuem poder de barganha para impor a sua vontade. Os outros três que afirmaram não enfrentar o problema da “batalha de formulários” trabalhavam para fabricantes de máquinas industriais. Suas empresas são cuidadosas a ponto de atingir um acordo perfeito com seus clientes. Dois destes homens enfatizaram que *S* não podia correr risco nenhum, pois grande parte do capital das empresas para as quais trabalhavam estava vinculada à produção de apenas uma máquina. O outro gerente de vendas foi influenciado por um processo contra um de seus concorrentes no valor de US\$ 500 mil. O processo foi ajuizado por um cliente, quando o concorrente não conseguiu entregar a máquina e colocá-la em operação no prazo previsto. O gerente de vendas entrevistado disse que a empresa para a qual trabalhava não teria como garantir que suas máquinas funcionariam perfeitamente por um período de tempo determinado, uma vez que elas eram projetadas para se ajustar às especificações do cliente e poderiam apresentar problemas técnicos complexos. A partir daí, os contratos passaram a ser cuidadosamente negociados.

Um grande fabricante de embalagens fez uma auditoria em seus registros a fim de determinar com que frequência a empresa não alcançava um acordo com seus clientes, quanto a seus termos e condições, ou não conseguia produzir um contrato juridicamente vinculante. Essas falhas causavam risco de prejuízo para a empresa, uma vez que os pacotes eram montados com o *design* estipulado pelo cliente e, uma vez produzidos, não podem ser reaproveitados. Foram revistos pedidos de quatro anos diferentes. As porcentagens dos pedidos nos quais não houve acordo quanto aos termos e condições ou não foi criado nenhum contrato foram as seguintes:

1953.....	75%
1954.....	69,4%
1955.....	71,5%
1956.....	59,5%

É provável que os empresários deem mais atenção à descrição do adimplemento em uma troca do que ao planejamento de contingências, problemas ao longo da execução ou ao caráter vinculativo do contrato. Mesmo quando a ordem de compra e o protocolo possuem cláusulas conflitantes impressas no verso, quase sempre o comprador e o vendedor estarão de acordo quanto ao que deve ser vendido e a quantia a ser paga. Os advogados que disseram que os empresários normalmente obrigam suas empresas de maneira demasiado casual lembraram que a execução era definida em cartas breves ou meras conversas telefônicas. Os advogados apontaram o caráter negativo de não se discutir outros detalhes. Ademais, é provável que os empresários estejam mais preocupados com o planejamento de suas transações do que com a vinculatividade de seus contratos.<sup>5</sup> Por exemplo, os “contratos de requisição” de Wisconsin – que visam a suprir uma necessidade da empresa, não estipulam uma quantia exata – provavelmente não são juridicamente vinculantes. Sete pessoas entrevistadas informaram que suas empresas usam regularmente “contratos de requisição” em negócios em Wisconsin. Nenhuma delas acreditava que a ausência de uma sanção jurídica fazia alguma diferença. Três dessas pessoas eram advogados que conheciam a lei de Wisconsin antes de serem entrevistadas. Outro exemplo em que não se reconhece a importância de sanções jurídicas é encontrado na relação entre fabricantes de automóveis e fornecedores de autopeças. Os fabricantes elaboram um acordo minuciosamente planejado, mas redigido de forma que o fornecedor tenha poucos – ou nenhum – direitos contra o fabricante. O contrato padrão utilizado pelo fabricante de papel para vender seu produto a editoras de revistas possui uma cláusula de preço vaga o suficiente para impedir que o contrato tenha qualquer força jurídica. O advogado de uma das maiores fabricantes de papel disse que todos na indústria estão cientes disso, em razão de um *leading case* de Nova York a respeito desses contratos, mas ninguém se importa. Por fim, parece que planejar contingências e problemas na execução seja o meio-termo – mais provável do que o planejamento de sanções jurídicas, e menos provável do que uma descrição das obrigações das partes.

Assim, pode-se concluir que (1) muitos negócios de troca refletem um alto grau de planejamento a respeito de quatro categorias – descrição,

contingências, problemas na execução e sanção jurídica – mas, (2) muitas trocas, senão quase todas, refletem a ausência de planejamento (ou apenas uma quantidade mínima), especialmente no que diz respeito a sanções jurídicas e ao efeito de problemas durante a execução de contratos. Portanto, a oportunidade para que surjam litígios nos quais seja alegada a boa-fé geralmente está presente.

### O ajuste das relações de troca e a solução de litígios

Embora uma parcela significativa da criação de relações de troca seja feita de maneira não contratual, essa criação normalmente é muito mais contratual do que o ajuste das relações e a solução de disputas. Trocas sofrem ajustes quando as obrigações de uma ou de ambas as partes são modificadas por um acordo realizado durante a existência dessa relação. Por exemplo, o comprador pode contar com a possibilidade de cancelar alguns itens que encomendou, se não precisar mais deles; o vendedor pode receber mais do que o preço ajustado no contrato devido à ocorrência de alguma circunstância imprevista. A solução de litígios envolve determinar se a parte agiu ou não da forma previamente acordada e, se não, fazer algo a respeito. Por exemplo, um tribunal deveria interpretar o significado de um contrato, determinar se a parte constituída em mora é culpada, e decidir o valor da compensação devido à parte prejudicada, caso seja devida alguma compensação. Ou uma das partes pode pressupor que a outra é revel, recusar-se a adimplir o contrato e decidir jamais negociar com ela novamente. Se o suposto revel, que pode ser culpado da revelia ou não, deixa de tomar medidas, o litígio pode ser considerado “solucionado”.

Trocas comerciais em áreas não especulativas são normalmente ajustadas sem litígio. Sob o regramento do direito contratual, se *B* encomenda 1.000 peças de *S* por 1 dólar cada, *B* deve pagar todas as 1.000 peças, sob pena de ser imputado inadimplente e, em consequência, responsável civilmente pelos danos sofridos por *S* e pela perda dos lucros que este deixou de ganhar. Entretanto, os dez gerentes responsáveis por compras, que foram questionados acerca do cancelamento de pedidos efetuados, indicaram que acreditavam na possibilidade de cancelar pedidos sem qualquer obrigação adicional, além de pagar ao vendedor o equivalente

às principais despesas como, por exemplo, a entrega de aço arranhado.<sup>6</sup> Todos os 17 gerentes de vendas questionados relataram que eles costumavam aceitar o cancelamento dos pedidos. Um deles disse, “Você não pode pedir que um homem coma papel [o produto da empresa] quando ele não tem outro uso para papel”. Um advogado com muitos clientes, executivos de grandes empresas, comentou:

Normalmente, empresários não pressupõem a existência de “um contrato” – e sim de “um pedido”. Eles falam em “cancelamento do pedido” em vez de “quebra do contrato”. Quando comecei a advogar eu me referia a cancelamento de pedidos como quebra de contratos, mas meus clientes discordavam, uma vez que eles não acreditavam que o cancelamento fosse errado. A maioria dos clientes, pelo menos na indústria pesada, acredita na existência de um “direito de cancelar”, inerente à relação vendedor-comprador. Existe uma prática disseminada de que alguém pode “voltar atrás” – dentro de limites muito vagos. Advogados normalmente se surpreendem com este costume.

As controvérsias frequentemente são resolvidas sem que se faça referência a um contrato ou quaisquer sanções legais aplicáveis. Existe uma hesitação em falar em direitos legais ou ameaçar a processar nessas negociações. Mesmo quando as partes têm um acordo detalhado e cuidadosamente planejado, que indique o que acontecerá se, por exemplo, o vendedor não conseguir entregar a tempo, geralmente elas nunca farão referência alguma a esse acordo e, ao contrário, quando o problema surgir, negociarão uma solução como se nunca houvesse existido um contrato. Um gerente de compras expressou um costume dos negócios quando colocou:

Se algo acontecer, você telefona para a outra parte e resolve o problema. Você não usa cláusulas contratuais contra ele, se você quer continuar a fazer negócios. Não se corre à procura de advogados, se você quer continuar no ramo, porque há uma ética envolvida; comporta-se decentemente.

Ou, como disse um empresário, “Você pode solucionar qualquer litígio, se mantiver advogados e contadores fora dele. Eles simplesmente não entendem o ‘toma lá da cá’ necessário nos negócios”. Todos os advogados de empresa entrevistados indicaram que são chamados para solucionar litígios apenas quando os empresários não conseguem chegar sozinhos a um acordo. Dois disseram que depois de serem chamados, foram designados apenas para aconselhar o gerente responsável pelas compras, o gerente de vendas e outros funcionários envolvidos; nem mesmo o papel de carta do advogado é utilizado nas comunicações com a outra parte até que toda a esperança de uma solução pacífica esteja esgotada.

Processos judiciais por quebra de contrato são raros. Apenas cinco dos 12 gerentes responsáveis por compras já estiveram envolvidos em uma negociação a respeito de uma disputa contratual na qual ambos os lados eram representados por advogados; somente dois dentre dez gerentes de vendas chegaram a esse ponto. Nenhum deles esteve envolvido em um caso que fosse a julgamento. Um escritório de advocacia com mais de 40 advogados e grande prática na área empresarial atua em apenas seis julgamentos envolvendo problemas contratuais por ano. Menos de 10% do tempo desse escritório é dedicado a trabalhos relacionados a disputas contratuais. Empresas grandes o suficiente para realizar negócios em mais de um estado tendem a processar e serem processadas em tribunais federais. Ainda assim, apenas 2.779 das 58.293 ações impetradas na justiça federal de primeiro grau americana no ano fiscal de 1961 envolviam a disputa privada a respeito de contratos<sup>7</sup>. Durante o mesmo período, apenas 3.447 de 61.138 das ações impetradas nas principais cortes de Nova York envolviam contratos.<sup>8</sup> O mesmo padrão pode ser observado nas apelações.<sup>9</sup> Mentschikoff afirmou que as lides comerciais não são levadas aos tribunais em períodos de prosperidade – porque os compradores rejeitam mercadorias injustificadamente apenas quando os preços caem e eles conseguem adquirir mercadorias similares por um preço menor do que o do contrato original – ou em períodos de recessão – porque as pessoas não podem ir aos tribunais ou não possuem bens suficientes para cumprir a decisão que venha a ser proferida. A autora acrescentou que era necessário haver um tipo de “pequena recessão” para trazer um grande número

de casos comerciais para os tribunais. Entretanto, existem poucos indícios de que até mesmo “uma pequena recessão” faria os empresários levarem suas controvérsias aos tribunais.

A todo momento, métodos relativamente contratuais são usados para ajustar transações em vigor e para solucionar litígios. Demandas de uma parte, consideradas desmedidas pela outra, geralmente são bloqueadas fazendo-se referência aos termos do acordo entre as partes. O posicionamento jurídico das partes pode influenciar as negociações, mesmo que os direitos ou os eventuais litígios nunca sejam mencionados; há diferença se uma parte está demandando algo a que ambas acreditam ter direito ou se o processo visa apenas a um favor a ser concedido. Eventualmente, uma empresa pode ameaçar levar o caso para seus advogados, ou a processar, ou levar o caso a mais alta instância possível. Por isso, as sanções jurídicas, ainda que não sejam correntes, não são desconhecidas no mundo dos negócios.

Pode-se concluir que enquanto o planejamento detalhado e as sanções jurídicas têm um papel importante em algumas trocas entre empresas, em muitas transações comerciais seu papel é quase irrelevante.

## **EXPLANAÇÕES EXPERIMENTAIS**

Duas perguntas precisam ser respondidas: (a) como as empresas podem realizar trocas com relativamente pouca atenção ao planejamento detalhado e às sanções legais, e (b) por que as empresas usam contratos se é possível realizar negócios sem eles.

**Por que as práticas comerciais sem o uso de contratos são tão comuns?**

Na maioria das situações, não são necessários contratos.<sup>10</sup> Normalmente suas funções são cumpridas por outros mecanismos. A maioria dos problemas é evitada sem recurso ao planejamento detalhado ou à sanção jurídica. Isto porque costuma sobrar pouco espaço para “mal-entendidos honestos” ou opiniões – de boa-fé – divergentes a respeito da natureza e qualidade do comportamento do vendedor. Embora as partes não consigam abranger todas as contingências previsíveis, ambas se esforçarão

para compreender suas obrigações principais. Ou produtos são padronizados com uma descrição previamente aceita, ou as especificações são formuladas demandando certos resultados e estabelecendo limites de tolerância. Aqueles que escrevem e leem essas especificações são profissionais experientes que conhecem as práticas de sua empresa e das empresas com as quais trabalham. Consequentemente, essas práticas podem preencher lacunas do acordo expresso entre as partes. Finalmente, a maioria dos produtos pode ser testada a fim de se verificar se estão de acordo com o que foi encomendado; como é específico à indústria manufatureira, não estamos lidando com questões de gosto ou julgamento, nas quais as pessoas podem discordar de boa-fé.

Quando ocorrem inadimplências, elas não costumam ser desastrosas em razão das técnicas de aversão ao risco, ou de diluição do risco. Pode-se fazer negócios com empresas de boa reputação ou conseguir algum tipo de segurança para garantir o adimplemento da obrigação. Quando os riscos justificam os custos, geralmente surgem garantias contra quebras de contrato. Os vendedores podem impor condições para se proteger de maus pagadores ou quando se trata de vender recebíveis. Os compradores podem fazer pedidos de um mesmo bem para dois ou mais fornecedores a fim de que a inadimplência de um deles não paralise suas linhas de montagem.

Ademais, o contrato e o direito contratual são normalmente considerados desnecessários, porque existem várias sanções não jurídicas muito eficazes. Dois costumes são amplamente aceitos: (1) os compromissos devem ser honrados em quase todas as situações – deve-se manter a palavra; (2) deve-se produzir um bom produto e defender a sua integridade. Além disso, as empresas são organizadas para assumir compromissos, e sanções internas procuram induzir o adimplemento. Por exemplo, os funcionários do setor de vendas devem enfrentar a raiva dos clientes, quando houver atraso ou problemas no adimplemento. Os vendedores não gostam disso e pressionarão o pessoal da produção responsável pelo inadimplemento. Se os funcionários da produção costumam falhar no cumprimento de suas obrigações, eles serão demitidos. Em todos os níveis dessas empresas, as relações pessoais entre os departamentos exercem pressão para que as expectativas sejam atendidas. Os vendedores geralmente conhecem

bem os responsáveis pelas compras. Os dois indivíduos que ocupam essas posições podem ter lidado um com o outro de cinco a 25 anos. Cada um deve algo ao outro. Vendedores conhecem as fofocas sobre os competidores, sobre quedas e aumento nos preços e repassam essas informações aos compradores que os tratam bem. Vendedores levam os compradores para jantar e dão a eles presentes de Natal, com o intuito de melhorar as chances de fechar negócios. A equipe de engenharia do comprador pode trabalhar com a equipe de engenharia do vendedor para resolver problemas conjuntamente. Os engenheiros do vendedor podem ser de grande assistência, e os engenheiros do comprador podem querer retornar o favor estabelecendo especificações que apenas o vendedor alcance. Os principais executivos das duas empresas podem conhecer uns aos outros, sentar-se lado a lado em congressos, reuniões e comissões. Eles podem frequentar os mesmos grupos ou serem sócios do mesmo clube. O inter-relacionamento pode ser mais formal. Os vendedores podem ter ações de empresas que são clientes importantes, e os compradores, de fornecedores importantes. Ambos – vendedores e compradores – talvez tenham os mesmos diretores em seus conselhos administrativos ou sejam financiados pela mesma instituição financeira.

O último tipo de sanção não jurídica é o mais óbvio. Ambas as empresas envolvidas na transação desejam continuar no negócio e evitarão atitudes que possam interferir no alcance desse objetivo. As empresas se preocupam com a reação da outra parte em uma transação específica e também com a própria reputação no ambiente empresarial como um todo. Obviamente, o comprador recebe sanções apenas na medida em que os vendedores exigem que uma obrigação seja cumprida. Compradores podem reter o pagamento, em parte ou no todo, até que o vendedor tenha cumprido sua obrigação de maneira satisfatória. Se o vendedor está com muito dinheiro retido, e precisa recuperá-lo rapidamente, ele fará tudo o que for possível para agradar o comprador, a fim de receber seu pagamento. Ademais, vendedores insatisfeitos podem cancelar seus pedidos e causar prejuízo aos vendedores de tudo o que foi produzido até o cancelamento. Além disso, os vendedores esperam mais pedidos dos mesmos compradores, o que não ocorrerá, caso os clientes estejam insatisfeitos.



Algumas empresas formalizam essas sanções expedindo relatórios com uma análise de cada fornecedor. A nota dada ao fornecedor vai para a administração da empresa [fornecedora], e se houve muitos *Ds* ou *Fs* [em uma escala na qual *A* é a melhor nota e *F*, a pior] ela pode aplicar sanções internas aos vendedores, supervisores da produção ou engenheiros.

Embora normalmente se admita que o cliente sempre tem razão, o vendedor pode aplicar algumas sanções para equilibrar aquelas aplicadas pelo comprador. O vendedor pode querer proteger uma entrada paga pelo comprador. O vendedor pode ter um processo diferenciado de que o comprador precise. O vendedor pode ser uma das poucas empresas que possui a habilidade de fazer um produto com as especificações requeridas pelos engenheiros da empresa do comprador dentro do prazo necessário. Há custos e atrasos envolvidos na mudança de um fornecedor com o qual se trabalha para um fornecedor novo. Também pode haver mudanças nas condições do mercado, de maneira que o comprador enfrente uma escassez de produtos importantes. O exemplo clássico remete à situação do pós 2ª Guerra Mundial, quando os vendedores passaram a racionalizar bens ao invés de vendê-los. Os compradores precisam ter um estoque de boa-fé para com os fornecedores, caso desejem receber um bom tratamento durante uma dessas crises de escassez do produto. Finalmente, existe a reciprocidade na compra e venda. O comprador não pode pressionar demais o fornecedor, se este também compra uma quantidade significativa de produtos produzidos pelo comprador.

É preciso ter em mente que as empresas envolvidas em uma transação não apenas desejam manter as relações uma com a outra, como também ambicionam fazer negócios com outras empresas no futuro. A maneira que uma empresa se comporta em uma transação, ou em uma série delas, dará o tom de sua reputação no ambiente empresarial. Pode-se colocar uma empresa em uma lista negra de maneira formal ou informal. Compradores que não pagam suas contas no prazo ficam com o nome sujo junto às agências de avaliação de crédito, como a Dun e Bradstreet. Vendedores que não satisfazem seus clientes são alvos de fofoca entre gerentes de compras e gerentes de vendas, em reuniões de associações de comércio ou mesmo em clubes, ou entre administradores de empresas. O hábito do norte-americano

de discutir as qualidades dos novos carros também é aplicado aos produtos das empresas. Obviamente, uma péssima reputação não ajuda uma empresa a vender, e pode obrigá-la a oferecer grandes descontos ou serviços adicionais para continuar no mercado. Além disso, os hábitos de clientes muito exigentes ficam conhecidos, e estes tendem a não receber nada além do que os vendedores que aceitam negociar com eles estão dispostos a oferecer. Justamente por isso, os contratos geralmente não são necessários: existem alternativas.

Não apenas os contratos e o direito contratual não são necessários em muitas ocasiões, como seu uso pode ter – ou acredita-se que tenha – consequências indesejáveis. Negociações muito detalhadas podem dificultar a criação de uma boa relação de troca entre empresas. Se um lado insiste em um planejamento detalhado, pode haver atrasos na troca da correspondência destinada a resolver o que acontecerá diante de uma contingência remota e pouco provável. Em alguns casos, eles podem discordar quanto a apenas uma das questões, e uma venda inteira pode ser perdida, e o vendedor terá de procurar outros fornecedores. Muitos empresários reagiriam pensando que, se ninguém tivesse trazido à tona a questão a respeito de contingências remotas e improváveis, o esforço – perdido – poderia ter sido evitado.

Mesmo quando o acordo pode ser fechado no estágio da negociação, acordos cuidadosamente planejados podem criar relações de troca indesejáveis entre as empresas. Alguns empresários reclamam que, nessas relações cuidadosamente planejadas, a obrigação é executada exatamente de acordo com o texto contratual. Esse tipo de planejamento indica falta de confiança e acaba com os pedidos baseados na amizade, transformando uma iniciativa de cooperação em uma queda de braços. Ainda assim, o maior perigo percebido pelos empresários é aquele em que a empresa terá que seguir o contrato ao pé da letra e, dessa forma, abdicar àquilo que chamam de “flexibilidade”. Os empresários podem desejar um grau de incerteza na obrigação a fim de que possam negociar certas questões conforme elas forem surgindo.

O ajuste das relações de troca e a solução de litígios por meio do processo judicial, ou da ameaça dele, também custam caro. Os ganhos dessa

forma de coerção costumam não superar os custos, que podem ser tanto pecuniários como não pecuniários. A ameaça de entregar a disputa a um advogado pode custar apenas o preço da postagem ou do telefonema, mas ainda assim poucos são habilidosos o suficiente para fazer tal ameaça de forma que não haja uma deterioração do relacionamento entre as empresas. Um empresário disse que os clientes não deveriam confiar na força dos seus direitos legais ou ameaçar iniciar um processo por inadimplemento contra ele, pois ele “não seria tratado como um criminoso” e lutaria para provar isso com todos os meios possíveis. Evidentemente, o próprio processo judicial é muito mais caro do que uma simples ameaça. Os advogados demandam honorários proporcionais ao tamanho da empresa. Os executivos da empresa geralmente terão que ser transportados e mantidos em outra cidade durante os procedimentos se, como é frequente, a audiência acontecer longe da sede da empresa. A alta administração não utilizará transporte rodoviário nem ficará em um hotel de beira de estrada. Além do mais, o afastamento de administradores, engenheiros e outros funcionários de suas atividades cotidianas trará prejuízo à empresa, que deixará de contar com dias de trabalho de pessoas essenciais ao seu funcionamento. Os custos não pecuniários tendem a ser altos também. Um processo por quebra de contrato pode resolver um litígio em particular, mas essa atitude normalmente resulta em “divórcio”, pondo um fim ao “casamento” entre duas empresas, já que um processo desse tipo costuma trazer no mínimo insinuações de má-fé da outra parte. Muitos executivos, aliás, não se sentem atraídos pela possibilidade de serem interrogados em público. E há aqueles que não gostam de perder o controle da situação ao entregar o poder de decisão a advogados. Por fim, os danos previstos pela lei contratual podem não antever uma indenização adequada, mesmo se a empresa sair vitoriosa do processo; pode-se ganhar a vingança, mas não o dinheiro.

### Por que existem práticas relacionadas ao contrato?

Embora o contrato não seja necessário, e ainda possa trazer consequências negativas, os empresários planejam o teor de seus contratos, negociam acordos baseados em seus direitos legais e atuam como partes – ativas

ou passivas – em processos de quebra de contrato ou arbitragens. Tendo em vista as descobertas e explicações apresentadas até aqui, pode-se perguntar por quê. Trocas são cuidadosamente planejadas quando se pensa que o planejamento e uma potencial sanção jurídica trarão mais vantagens do que desvantagens. Esse julgamento pode ser alcançado quando o planejamento de contratos serve às necessidades internas de uma organização envolvida em uma relação de troca. Por exemplo, um contrato razoavelmente detalhado pode servir como um mecanismo de comunicação dentro de uma grande empresa. Enquanto o gerente de vendas da empresa e o advogado discutem todas as cláusulas com o cliente, o gerente de produção será encarregado de fazer o produto. Ele deve receber as devidas instruções quanto ao que fazer e como deve lidar até com a menos óbvia das contingências. Ademais, o gerente de vendas pode desejar excluir os seus subordinados de algumas negociações. Se ele colocar essa questão no contrato escrito, ele impede que seus vendedores façam concessões aos clientes sem antes consultá-lo. Depois, o gerente de vendas pode usar isso a seu favor em divergências contra o departamento financeiro e o departamento técnico de sua empresa, se o contrato contiver a previsão de algumas práticas que ele defenda, mas que os outros departamentos resistem em aceitar. Agora a empresa está obrigada para com o consumidor a fazer o que o gerente de vendas quer que ela faça; os departamentos insurgentes não podem insistir em outras opções.

Aliás, quando há possibilidade de surgirem problemas, geralmente, se acha que os ganhos de um contrato ultrapassarão os seus custos.<sup>11</sup> Um fator que leva a isso é a complexidade de um contrato de execução continuada. Outro fator é a possibilidade do dano causado pela inadimplência ser muito grande. Esse último fator é uma faca de dois gumes. Primeiro, o comprador, cujas consequências de inadimplemento do vendedor o prejudicariam seriamente, pode querer acordar com o vendedor um contrato detalhado e juridicamente vinculante. Por exemplo, as empresas aéreas, no caso de um acidente, estão sujeitas a ações movidas por passageiros sobreviventes e à publicidade negativa. Pode-se esperar, portanto, que elas negociem cuidadosamente a definição de obrigações juridicamente vinculantes aos fabricantes, quando forem comprar uma aeronave. Segundo,

um vendedor pode querer limitar sua responsabilidade por danos ao comprador por meio de uma cláusula contratual. Por exemplo, um fabricante de ar-condicionado que trabalhe para hotéis do Sul e Sudeste, se o equipamento não funcionar no verão, um hotel pode perder grande parte de sua clientela. Os fabricantes podem querer evitar qualquer responsabilidade desse tipo por meio de uma cláusula de isenção de responsabilidade.

Da mesma forma, se utiliza – ou se ameaça utilizar – sanções jurídicas para resolver litígios quando outros mecanismos não funcionam e quando se acredita que os ganhos superarão os custos. Talvez o caso mais comum hoje, que chega até a última instância, envolvendo contratos comerciais, diga respeito a uma rescisão infundada do contrato de franquia pelo produtor. Uma vez que a franquia foi interrompida, fatores como relações pessoais e conclusão de futuros negócios têm pouco efeito; o fim da franquia indica que eles já falharam em manter uma relação. O revendedor que propõe a ação não vai se preocupar com o surgimento de uma relação hostil entre ele e o fabricante. Normalmente, o revendedor acabou de sofrer uma grande perda financeira, tanto nos seus investimentos quanto nos lucros supervenientes. O aluguel da loja e do estacionamento de um revendedor de automóveis que teve sua franquia cancelada continua tendo que ser pago, e as peças de reposição de um carro, digamos Plymouths, não poderão ser usadas em carros de outras marcas. Ademais, ele não terá novos Plymouths para vender. Atualmente, há chance de se ganhar um processo de cancelamento de franquia por má-fé em diversos estados, bem como na justiça federal. Assim, o revendedor tende a preferir arcar com os custos dos honorários advocatícios diante da possibilidade de recuperar algumas de suas perdas.

O fator “irracional” costuma exercer alguma influência na decisão de fazer uso de sanções jurídicas. O homem que controla uma empresa pode sentir que ele ou sua organização foi enganado ou foi vítima de fraude ou má-fé. A ação judicial pode ser vista como o meio para “acertar as contas”, embora os ganhos potenciais, do ponto de vista objetivo, não compensem os custos potenciais.

A decisão de usar ou não o contrato – se os ganhos superam os custos – será tomada pela pessoa com esse poder na empresa, e normalmente

faz diferença quem ela seja. As pessoas do departamento de vendas opõem-se a contratos. Negociações contratuais são apenas outro empecilho a uma venda. Prender um cliente à letra do contrato é prejudicial ao relacionamento com o consumidor. Processar um cliente que não está falido, e poderia fazer mais encomendas, é uma péssima estratégia. Gerentes de compras e compradores têm menos reservas quanto aos contratos, mas consideram a atenção dedicada a esse assunto uma perda de tempo. Por outro lado, o departamento financeiro – o tesoureiro, contador ou auditor – prefere negociações contratuais. O contrato é visto por eles como uma ferramenta de organização cuja finalidade é controlar as operações de uma grande empresa. Ele tende a apresentar definições precisas e minimizar os riscos aos quais a empresa está exposta. Advogados externos à empresa – aqueles com muitos clientes – podem compartilhar esse entusiasmo por um método de negociação mais contratual. Esses profissionais estão focados no direito preventivo, que visa a evitar qualquer dificuldade jurídica possível. Eles veem muitas transações instáveis e malsucedidas no dia a dia e por isso estão cientes – e talvez preocupados demais – com tudo aquilo que possa dar errado. Ademais, o trabalho de resolver litígios que envolvem sanções jurídicas é muito mais fácil, se o cliente não foi tão despreocupado no planejamento da transação. O advogado da empresa é mais difícil de qualificar. Ele tende a ter afinidade com um método de negociação mais contratual. Eles compartilham a “angústia do ofício” dos advogados externos, para que as transações estejam claras e organizadas do ponto de vista jurídico. Uma vez que ele está mais preocupado em evitar e solucionar litígios do que em vender bens, é provável que esteja menos disposto do que um vendedor a confiar na palavra de um homem. Entretanto, esse advogado faz parte da empresa, está ciente dos objetivos dela e sujeito a sanções internas. Se os riscos envolvidos não são muito grandes, ele pode hesitar ao sugerir um procedimento mais contratual ao departamento de vendas. Ele deve oferecer seus serviços para os departamentos operacionais, e investir sua força apenas em questões que julgar importantes.

Dependendo da época e da empresa, a decisão de utilizar contratos para estabelecer relacionamentos e solucionar litígios caberá a diferentes pessoas. Na maioria das empresas os departamentos de vendas e de compras

têm poder o suficiente para resistir aos procedimentos contratuais ou ignorá-los, se eles forem formalmente adotados, para que resolvam os litígios da maneira deles. Em grandes empresas, o tesoureiro e o contador têm poder para exigir ambos os sistemas e o consentimento do restante da companhia. De vez em quando, o advogado da empresa precisa interferir no posicionamento conflitante entre os departamentos; ao dar um “aconselhamento jurídico” ele pode fazer o julgamento comercial que achar conveniente quanto ao uso de um contrato, ou requerer a opinião de um escritório de advocacia para reforçar sua posição.

Obviamente, há outras variáveis importantes que influenciam o grau em que contratos são usados. Uma delas é o poder relativo ou a habilidade de barganhar de duas empresas. Mesmo se o controlador de uma pequena empresa fornecedora conseguir implantar um sistema contratual de negociação, não haverá contrato algum se o seu principal cliente não quiser ser vinculado. Na maioria das vezes, os fornecedores da General Motors realizam transações da maneira que ela deseja. O poder de barganha, contudo, não se resume ao tamanho da empresa ou à sua participação no mercado. Até uma companhia como a General Motors pode precisar de um determinado fornecedor, nem que seja por um curto espaço de tempo. Ademais, pode haver alteração na relação de poder de barganha das partes com o passar do tempo. Mesmo uma empresa gigante pode ver-se vinculada a um pequeno fornecedor para a produção de um item essencial, caso não haja tempo suficiente para recorrer a outro fornecedor. Além disso, todos os fatores discutidos neste trabalho podem ser vistos como *componentes* do poder de barganha – por exemplo, a relação pessoal entre os presidentes da empresa compradora e vendedora pode dar ao gerente de vendas um grande poder em relação ao gerente de compras, se a este foi dito para tratar o vendedor “com muita consideração”. Outra variável relevante para o uso do contrato é a influência de terceiros. O governo federal ou uma instituição financeira pode insistir em que se utilize um contrato em determinada transação ou influenciar a decisão para que os direitos de uma das partes seja assegurado em um contrato.

O contrato, portanto, costuma desempenhar um papel importante nos negócios, mas outros fatores também exercem um papel significativo.

Para entender as funções do contrato, o sistema de trocas deve ser investigado como um todo. Mais comunidades empresariais precisam ser estudadas, os litígios contratuais devem ser analisados para se verificar por que as sanções não jurídicas não conseguem impedir o uso de sanções jurídicas, e todas as variáveis apresentadas neste trabalho devem ser classificadas de maneira mais sistemática.



## NOTAS

\* Revisão de um trabalho apresentado no encontro anual da American Sociological Association, em agosto de 1962. Uma versão anterior desse trabalho foi apresentada no encontro anual da Midwest Sociological Society, em abril de 1962. A pesquisa foi apoiada pela Ford Foundation, por meio de uma bolsa de pesquisa na área de direito e política (Law and Policy Research Grant) concedida à University of Wisconsin Law School. Estou agradecido pela ajuda generosamente oferecida por diversos sociólogos, entre eles Robert K. Merton, Harry V. Ball, Jerome Carlin e William Evan.

\*\* Professor de direito na University of Wisconsin Law School.

**1** As razões dessa limitação são: (a) essas transações são importantes em uma perspectiva econômica; (b) em discussões teóricas, elas apresentam um alto grau de planejamento racional; e (c) os funcionários da indústria manufatureira são suficientemente versados em relações públicas para cooperar com um professor de direito querendo-lhes fazer uma infinidade de questões. Futuras pesquisas tratarão da indústria de construção civil e outras áreas.

**2** Para os propósitos do presente trabalho, a questão “que diferença isso faz?” é importante, principalmente porque justifica a realização, por um professor de direito, de um estudo empírico sobre o uso ou não do contrato por um empresário. Primeiro, os professores de direito têm uma preocupação profissional a respeito de como o direito deveria ser. Isso envolve a avaliação das consequências geradas pela situação existente e suas possíveis alternativas. Posto isso, pode-se concluir que o exame das práticas empresariais relativas ao contrato é extremamente relevante, se o que se busca é saber como o direito comercial deveria ser. Segundo, professores de direito deveriam ensinar aos seus estudantes algo relevante para que estes se tornem advogados. Essas práticas comerciais são fatos relevantes para o desenvolvimento de habilidades que os estudantes de direito necessitarão quando, como advogados, forem chamados para criar relações de troca e resolver problemas que se originam nessas relações.

**3** As seguintes coisas foram feitas: realizamos um levantamento da literatura de direito, negócios, economia, psicologia e sociologia. Examinamos sistemas formais a respeito das relações de troca. Coletamos contratos padrão e termos e condições, geralmente encontrados em documentos empresariais, como catálogos, citações, formulários, ordens de compra, e protocolos de 850 empresas cujas bases ou negócios estão em Wisconsin. Foram obtidas intimações de todos os casos judiciais durante um período de 15 anos envolvendo

as 500 maiores empresas manufatureiras dos Estados Unidos, as quais estão sendo analisadas para se determinar por que foi necessário o uso das sanções legais dos contratos, tidas como necessárias, e se é possível delinear alguns padrões de “situações problema”. Além disso, pesquisamos os sistemas informais ligados às relações de troca. Respondemos a cartas de requisição a respeito de práticas de aproximadamente 125 empresários. Realizamos entrevistas, como as descritas no texto. Ademais, seis de meus estudantes entrevistaram outros 21 empresários, banqueiros e advogados. Suas descobertas são consistentes com as apresentadas no presente trabalho.

**4** Entretanto, os casos não foram selecionados porque eles *usavam* contratos. Há igual interesse e esforço para se obter casos de não uso de contratos e casos em que há uso de contratos. Assim, a chance de uma discrepância foi minimizada.

\* Cláusulas contratuais padronizadas, não abertas à negociação. (N. T.)

**5** Compare as descobertas de um estudo empírico sobre práticas empresariais de Connecticut em Comment, the statute of frauds and the business community: a re-appraisal in light of prevailing practices. *Yale Law Journal*, 66 (1957), p. 1038-1071.

**6** Ver o estudo empírico sobre o cancelamento de contratos em *Harvard Business Review*, 2 (1923-24), p. 238-240, 367-70, 496-502.

**7** Ver *Annual Report of the Director of the Administrative Office of the United States Courts*, 1961, p. 238.

**8** Ver *The State of New York, The Judicial Conference, Sixth Annual Report*, 1961, p. 209-211.

**9** Meu colega Lawrence M. Friedman estudou o trabalho da Suprema Corte de Wisconsin em lides contratuais e chegou à conclusão de que os casos que alcançam essa instância costumam envolver negócios economicamente pouco relevantes e litígios familiares e não transações econômicas importantes. Esse é o cenário desde a virada do século. Apenas durante o período da Guerra Civil a Corte trabalhou com um número significativo de importantes lides contratuais, mas isso aconteceu tendo como pano de fundo um sistema econômico diferente e muito mais simples.

**10** A explicação enfatiza uma escolha *deliberada* de não planejar todas as contingências. Entretanto, algumas vezes, é claro que os empresários não planejam em

razão da falta de sofisticação; eles simplesmente não apreciam o risco que correm, ou apenas seguem o padrão estabelecido durante anos, sem reexaminar as práticas à luz do contexto em que estão inseridos.

**11** Mesmo quando há apenas uma pequena chance de surgirem problemas, alguns empresários insistem em que seus advogados revisem ou esbocem um acordo apenas para atrasar as negociações. Isso dá ao empresário mais tempo para pensar se ele realmente quer contratar ou continuar procurando um acordo melhor, enquanto mantém as negociações abertas.

**Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study**

Stewart Macaulay

*American Sociological Review*, Vol. 28, No. 1 (Feb., 1963), pp. 55-67

Publicado por: American Sociological Association

Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2090458>

2.

## MACAULAY, MACNEIL E A DESCOBERTA DA SOLIDARIEDADE E DO PODER NO DIREITO CONTRATUAL\*

Robert W. Gordon\*\*

Tradução e notas: *Marcos de Campos Ludwig*

Revisão técnica: *José Rodrigo Rodriguez*

É extremamente prazeroso receber a tarefa de comentar um ensaio de Ian Macneil em uma conferência organizada para apreciar o trabalho de Stewart Macaulay. A ocasião parece boa para celebrar a obra e fazer algumas conjecturas sobre a contribuição que esses dois homens extraordinários, ambos de raiz escocesa, têm dado para a doutrina contratual de nosso tempo.

Essa contribuição – o desenvolvimento de uma perspectiva “relacional” sobre a contratação – tem sido, creio eu, fundamental para, literalmente, alterar as fundações da matéria. Infelizmente, ninguém viria a saber disso pela leitura da doutrina contratual padrão que o trabalho de Macneil e Macaulay pouco influenciou. Diversamente, o *Law & Economics* influenciou a doutrina contratual e isso não aconteceu por acaso. A maior parte da doutrina do *Law & Economics* surgiu de modelos “transacionais” de intercâmbio e de pressupostos ideológicos altamente individualistas, centrais para a doutrina dominante de *common law*. Por isso, foi prontamente assimilada por ela. A visão “relacional” propõe um conjunto de desafios muito mais radical: acadêmicos na área contratual que a levem a sério teriam, de fato, que mudar seu pensamento acerca desse ramo do direito. Tentarei explicar por quê.

Um modo de ver o “relacionalismo” de Macneil-Macaulay – para comprimir por um momento em um único *slogan* as perspectivas desses dois pensadores que são, em larga medida, diferentes – é considerá-lo como a continuação de dois projetos acadêmicos abraçados, mas prematuramente abandonados, pelos juristas realistas dos anos 1920 e 1930. Um desses projetos era primordialmente destrutivo; o outro, construtivo.

Chamemos o projeto destrutivo de “crítica, mediante contextualização, do direito contratual clássico-formalista”, e o outro, “reconstrução, também mediante contextualização, das efetivas normas operacionais e convenções de contratação”.

(1) O projeto de crítica era, obviamente, abalar o magnífico palácio de cristal que Langdell, Anson, Pollock e Williston haviam construído; a técnica de crítica que se favorecia era examinar como as cortes realmente operavam as regras clássicas em diferentes situações de fato, definidas em casos contratuais julgados. O resultado foi um grande volume de doutrina contratual que alcançou sua *summa* no grande tratado de Corbin.<sup>\*\*\*</sup> Essa obra mostra como regras definidas em termos gerais abstratos (“a execução de um dever preexistente não é causa [*consideration*] suficiente para apoiar uma promessa”) podem conduzir a resultados consideravelmente diversos em sua aplicação efetiva.<sup>1</sup>

(2) O outro projeto era tentar construir um novo direito contratual sobre as ruínas do velho; um direito solidamente fundado nas regularidades empíricas, observadas nos casos julgados, o qual articularia explicitamente suas bases (que até então permaneciam implícitas), fundadas na ética, nas diretrizes políticas e na função social. O resultado foi um volume de obras distintas (a lista de soldados dessa causa incluía os nomes de Corbin, Llewellyn, Kessler, Patterson, Fuller e Dawson, entre vários outros), mostrando que considerações contextuais – como a gravidade da culpa da parte inadimplente, a boa-fé relativa das partes, sua sofisticação ou poder de barganha relativos, o grau do potencial lesivo de sua confiança na contraparte, a dureza de termos contratuais ou, ainda, o uso de formas padronizadas com termos contratuais relevantes em letras miúdas – não apenas influenciavam, mas deviam influenciar decisões judiciais a respeito da formação, modificação, inadimplemento ou extinção de contratos, bem como a respeito de quais as consequências jurídicas aplicáveis em tais casos.

Esse tipo de obra, embora originalmente tenha sido vista como perturbadora (desde então se tornou o padrão científico normal no campo dos

contratos), era, de fato, consideravelmente modesta em seus métodos: ela se restringia a julgados recursais na área de contratos e retirava suas informações contextuais dos fatos conforme relatados naqueles casos. Alguns representantes do realismo haviam sido mais ambiciosos quanto ao projeto reconstrutivo: eles planejavam ir além dos casos para descobrir qual era a relação entre normas jurídicas e normas sociais, e, se houvesse disparidade entre as duas, pretendiam usar as normas sociais (*e.g.*, os melhores costumes comerciais) como a base para reformar as normas jurídicas.<sup>2</sup> Por várias razões – resistência dos juristas tradicionais, frustração perante a dificuldade e o caráter inconclusivo da pesquisa empírica, ou perante o que alguns viam como digressões ditadas pela política do *New Deal*, inabilidade de teorizar as relações direito-sociedade para além do funcionalismo ou behavioralismo *naïf*<sup>3</sup> – os realistas jamais fizeram essas ambições alçarem voo. Alguns de seus sucessores continuaram a lutar bravamente, produzindo obras dignas de nota, que foram quase completamente ignoradas pela doutrina predominante. Dawson estudou decisões contratuais em períodos de inflação alta nos Estados Unidos e na Alemanha.<sup>4</sup> Kessler analisou atentamente as franquias de distribuição de veículos como uma instância de relações contratuais no contexto de uma indústria verticalmente integrada.<sup>5</sup> Hurst e Friedman estudaram centenas de casos contratuais no contexto histórico do desenvolvimento social e econômico de Wisconsin.<sup>6</sup> Alguns poucos acadêmicos, notadamente Reitz e Speidel, levaram adiante o projeto de relatar decisões jurídicas e avaliá-las de acordo com sua contribuição funcional para contextos comerciais particulares.<sup>7</sup> Danzig pesquisou exaustivamente o pano de fundo de alguns casos notórios de contratos, situando os julgados recursais em um emaranhado complexo de propósitos emocionais, sociais e econômicos, bem como nos labirintos de burocracias jurídicas e estratégias profissionais.<sup>8</sup> Whitford produziu estudos seminais de direito do consumidor ligados a contextos regulatórios e sociais de grande amplitude.<sup>9</sup> Houve alguns poucos estudos empíricos de práticas de contratação em setores especializados, que foram muito úteis, mas modestos, pois deixaram de arriscar qualquer generalização a partir de suas conclusões. Em meio ao vasto oceano da doutrina contratual de *common law*, esses estudos sociocontextuais formaram um arquipélago

rejeitado e isolado. Depois de 1970, as principais obras novas sobre contratos apresentaram tendências que se afastaram de vez do contextualismo realista. Em seus esforços para reconstruir o que parecia ser o velho sistema clássico-formal de regras (com alguns pedaços faltando, como a doutrina da *consideration*\* ou a restrição à validade de cláusulas penais\*\*) sobre a base da eficiência econômica ou da autonomia moral kantiana, tanto os acadêmicos do *Law & Economics* quanto os do contrato-como-promessa [*contract-as-promise*]<sup>10</sup> restringiram-se, na maior parte das vezes, a utilizar julgados recursais não como a tradição realista havia feito, ou seja, como ricos depósitos de informações contextuais, mas, em grande medida, como se fossem declarações de regras – aliás, na maior parte das vezes, como se fossem declarações nuas e cruas.

Macaulay e Macneil não prestaram atenção a essas tendências e seguiram seu próprio caminho. E esse caminho, como se mostrou, seguiu a trilha da pesquisa atenta das normas e práticas dos usuários do direito contratual, isto é, das próprias partes contratantes. Suplementando suas observações das práticas de contratação com materiais da antropologia e da sociologia, eles pintaram uma série impressionante de paisagens do mundo real dos contratos. O efeito chocante dessa obra, como ocorre frequentemente com o melhor da *avant-garde*, residia, em parte, no anúncio dramático de verdades subterrâneas aos olhos do público – percepções amplamente compartilhadas pelos empresários e seus advogados, mas nunca antes<sup>11</sup> pronunciadas em meio à polida sociedade do discurso formal sobre o direito. A meu ver, a nova obra desafiou os juristas de salão do velho *establishment* por três vias fundamentais.

1. *Solidariedade orgânica*. O direito contratual clássico, como a economia política clássica, pressupunha um mundo social povoado por sujeitos autoconstituíntes, autossuficientes, cada um perseguindo seus projetos individuais e vendo outras pessoas ou como ameaças ou como meios de realizar esses projetos. Um contrato era uma das interações ocasionais, cuidadosamente circunscritas, que unia, por um momento solitário, alguns desses seres isolados, com o fim de exploração mútua.<sup>12</sup> Esse individualismo hobbesiano não é, em absoluto, o único modelo de direito

contratual clássico, como Duncan Kennedy demonstrou,<sup>13</sup> mas é seu modelo dominante e também o modelo do economismo moderno, que agora busca ressuscitá-lo.

Macneil e Macaulay trouxeram à superfície a percepção de que as imagens do direito contratual clássico descreviam, no máximo, um conjunto pequeno e residual de negócios contratuais: as “transações descontínuas” (na expressão de Macneil) entre estranhos. O tipo usual de intercâmbio contratual é aquele entre participantes de relações contínuas; entre membros de comunidades interativas, cujos projetos e expectativas sobre o modo de realização desses projetos, são parcialmente criadas por essas comunidades. No contrato clássico, os indivíduos não têm obrigações uns perante os outros, salvo aquelas criadas pelas regras coercitivas do Estado ou por suas próprias promessas:<sup>14</sup> se os resultados do direito contratual não, pois, de ser racionalizados sobre a base do consenso entre as partes em vez das diretrizes das normas estatais, os resultados devem aparentar fluir das promessas feitas pelas partes; de suas alocações *ex ante* de deveres de prestação e riscos ou, pelo menos, de uma implicação plausível (ou de uma aproximação jurídica da economia de custos transacionais) de tais promessas. Na visão “relacional” de Macaulay e Macneil, as partes tratam seus contratos mais como casamentos do que como um encontro casual. As obrigações nascem e se desenvolvem a partir do compromisso que cada uma das partes firmou com relação à outra e das convenções que a comunidade de troca estabelece para tais compromissos. As convenções não ficam congeladas no momento inicial de compromisso, mas se modificam com as circunstâncias. O objeto da contratação não é, primordialmente, alocar riscos, mas firmar um compromisso de cooperação. Em momentos ruins, espera-se de cada uma das partes que forneça mútuo suporte à outra em vez de fincarem pé em seus direitos. Em tais circunstâncias, cada uma tratará a insistência da outra em obter a prestação exatamente conforme acordada como uma exigência abusiva. Se ocorrerem contingências inesperadas, resultando em perdas graves, as partes deverão buscar maneiras equitativas de dividir as perdas. A sanção por uma conduta excessivamente gravosa será, sempre, por óbvio, a recusa em negociar novamente.



A obra de Macaulay e Macneil, pois, retoma um tema recorrente, ainda que usualmente ocultado pela ciência social liberal:<sup>15</sup> certos acordos e instituições socioculturais têm funcionado como condições importantes para manter em operação as economias capitalistas. Para dizer de outro modo, expectativas de mútua vantagem (estritamente consideradas), reforçadas apenas pela executabilidade coerciva pelo Estado dos direitos de propriedade-e-contrato [*property-and-contract*] modelam laços de durabilidade insuficiente para induzir uma ação social cooperativa em grande escala. Algo mais tem de atuar a fim de criar as fundações de confiança recíproca e solidariedade de que o planejamento econômico depende. A obra de Macneil, em particular, aproxima-se da de Durkheim em sua ênfase dada às normas de solidariedade e reciprocidade, “solidariedade orgânica”, que podem surgir de relações contínuas.<sup>16</sup> Não tenho a intenção de trivializar sua conquista ao tentar situá-la em algum nicho da tradição da ciência social. Uma coisa é ter um *insight* nesse nível geral de abstração; outra coisa é ter analisado minuciosamente, como Macneil e Macaulay o fizeram, os modos particulares pelos quais o *insight* é revelado em relações econômicas reais.

2. *Dominação*. O direito contratual clássico resolve o problema hobbesiano do poder com a tentativa de conceder a uma parte apenas direitos limitados sobre a conduta futura da outra parte, ou seja, apenas os direitos que tenham sido negociados mediante procedimentos de contratação formalmente especificados. No mundo desorganizado e aberto (*open-ended*) das relações contratuais contínuas, em que os contornos da obrigação se alteram constantemente, os efeitos causados pelos desequilíbrios de poder não se limitam aos acordos que as partes possam derivar do negócio original. Tais desequilíbrios tendem a gerar hierarquias que podem se estender gradualmente a ponto de governar todo e qualquer aspecto da relação em andamento. Esse é o lado potencialmente ruim das relações contratuais contínuas; a solidariedade orgânica é seu lado bom: aquilo que se inicia como uma mera desigualdade de poder de mercado pode se aprofundar a ponto de se tornar, de um lado, dominação contínua, e de outro lado, dependência contínua. Não se trata de escravidão, uma vez

que as partes são juridicamente livres para deixar a relação quando desejarem. No entanto, a perspectiva do contrato relacional mostra que certas perdas decorrentes do término de uma relação contratual têm uma importância tremenda e, às vezes, são irrecuperáveis: o trauma envolvido em abandonar uma relação em torno da qual a empresa estruturou todas as suas operações, contratações, investimentos e decisões de planejamento pode mantê-la amarrada a uma dependência que seus participantes experimentam como corrosiva por ser, em certo sentido, voluntária.

Acadêmicos contemporâneos na área dos contratos tendem a ver tais relações de dominação como aberrantes. É para lidar com situações como essas que o direito contratual tem desenvolvido – para o bem ou para o mal (dependendo das inclinações liberais ou conservadoras do analista) – soluções que visam a policiá-las. Em outras palavras: para alguns, essas situações não são tão problemáticas assim: o direito contratual já seria capaz de lidar com qualquer problema dessa natureza. Macaulay e Macneil, como os acadêmicos do *Critical Legal Studies*, acreditam que coerção e dominação têm presença difusa nas relações de mercado, seguindo a trilha traçada por alguns realistas de sangue impiedosamente frio, como Hale, Kessler e Dawson.<sup>17</sup> Mas suas reações a essa constatação diferem um pouco. A reação de Macaulay (que me sinto mais seguro em descrever do que a de Macneil)<sup>18</sup> é assimilar as relações contratuais contínuas a uma concepção geral de embate político. Na visão de Macaulay, as partes de um contrato – como os fabricantes de veículos automotores e seus fornecedores ou distribuidores, ou as companhias de petróleo e seus franqueados de postos de combustíveis – aparecem tanto como grupos sociais, presos em relações de hierarquia, quanto como grupos de interesse político que procuram manipular estrategicamente instituições externas (incluindo o Poder Judiciário) para melhorar suas posições básicas de negociação. Com efeito, poderíamos dizer que Macaulay é um liberal deprimido: ele deseja que as partes mais fracas possam transformar suas relações contratuais em algo mais igualitário; no entanto, é muito pessimista quanto à sua habilidade de fazê-lo, pois acredita que a maior parte das estruturas institucionais nas quais o embate se dá tende a trabalhar em favor da riqueza e do poder.<sup>19</sup> (Mais sobre essa questão a seguir.)

3. *Descontinuidade e marginalidade do “direito contratual”*. Todos os outros desafios às obras tradicionais sobre contratos poderiam ter sido perdoados não houvessem Macneil e Macaulay insistido implacavelmente em demonstrar, por repetidas vezes, a relativa insignificância para a realidade da contratação dos materiais tradicionais da doutrina jurídica e as decisões das cortes de *common law*. Essa demonstração tem dois aspectos:

(a) *A marginalidade das normas e sanções executadas pelo Estado na regulação das relações contratuais*. Como é sabido, esse é o tema do famoso artigo de Macaulay, publicado em 1963, que descreveu a conduta de negociantes, mostrando que eles não se baseavam em normas jurídicas para definir suas relações contratuais e para executá-las, pois dispunham de normas e sanções próprias e mais eficazes.<sup>20</sup> O enfoque de Macneil tem sido um pouco diferente.

Esse autor tem contrastado as premissas normativas do direito contratual tradicional com as da teoria relacional dos contratos e mostrado que, embora havendo concessões limitadas ao relacionalismo, o direito contratual moderno permanece unido a modelos irrealistas de transação descontínua.<sup>21</sup> Ambos, Macaulay e Macneil, veem o direito contratual tradicional como habitando um mundo distante das expectativas normais das partes contratantes e apenas indiretamente relacionado a elas (exceto no que se refere a transações instantâneas entre estranhos que envolvam alto risco: apenas em situações como essas as pressuposições hobbesianas do direito contratual tradicional tornam-se plausíveis). Macaulay, em particular, vê o recurso a sanções jurídicas formais como um ato tático e de oportunismo por parte dos contratantes. Ao recorrerem ao direito, os contratantes não estão apelando a valores compartilhados, incorporados em regras jurídicas, nem buscando a vindicação moral de sua posição, tampouco um acordo justo para suas controvérsias. Ao fazerem isso, geralmente as partes estão se engajando em manobras para melhorar suas posições negociais. O “direito” para tais partes – suas normas, regras, procedimentos, custos, etc. – aparece de forma completamente alienada, como um conjunto de jogos, estratégias e obstáculos.<sup>22</sup> Segundo esse ponto de vista, a única coisa que importa na forma jurídica é como ela pode auxiliar em impulsionar ou

conter o oponente. Partes providas de muitos recursos, por exemplo, não se importam com a existência de padrões gerais equitativos ou com o fato de que seu conteúdo lhes seja desfavorável, pois esses padrões dependem da produção de provas para serem efetivados, algo que sempre é custoso. Tais partes também gostam de belas questões jurídicas – objeções processuais, questões de conflitos de leis, e por aí em diante, porque seus advogados, provavelmente, terão mais prática em levantá-las do que os advogados de seus oponentes.<sup>23</sup> O argumento de Macaulay, devo ressaltar, não deve ser confundido com a redução, própria do economista, de toda escolha humana a uma conduta “racional” de maximização. Macaulay não acredita que as partes contratantes pensem como os malfeitores (*bad men*) holmesianos\* a respeito de todas as normas, muito menos sobre as normas de seu grupo de interesse ou comunidade contratual-relacional [*relational-contract community*]. No entanto, as partes pensam frequentemente como malfeitores a respeito de regras e procedimentos especificamente jurídicos. Explico: os negociantes, para Macaulay, podem ser vistos como se habitassem universos de regras de contratação sobrepostos e, até certo ponto, mutuamente contraditórios, um dos quais (sua ordem privada) provê as normas que elas de fato internalizam, o outro (a ordem jurídica) proporciona um arsenal de armas que serão usadas estrategicamente caso a relação contratual se desfaça. Sua obra revela, pois, uma radical descontinuidade entre modos oficiais de pensar o direito, como um repositório de valores e sanções que controlam a conduta social e as expectativas dos habitantes dos “campos sociais semiautônomos” (na expressão de Sally Moore\*\*), supostamente afetados pelo direito. Mais interessante e desconcertante ainda: a obra de Macaulay revela que, com certa frequência, os próprios profissionais do sistema jurídico adotam a visão dos estrangeiros em vez da visão oficial. Macaulay mostra advogados e, às vezes, juízes que aceitam a imagem assustadora e amoral do direito concebido como se fosse nada mais do que um estoque de fichas a ser utilizado no jogo da negociação.<sup>24</sup>

(b) *A marginalidade do common law contratual no conjunto de normas e sanções executáveis pelo Estado.* Macneil e Macaulay vão muito

além do argumento usual de que o direito contratual deixou de ocupar a posição oitocentista de primazia sobre a regulação da ordem privada para ocupar o *status* de um conjunto normativo secundário, utilizado para preencher os espaços deixados pelos grandes sistemas de regulação especializada, legislativa e administrativa. Macneil ressalta que, segundo a perspectiva relacional, qualquer conjunto normativo que auxilia a estruturar a conduta contratual deve ser considerado parte do direito contratual: isso incluiria, por exemplo, o direito societário e o direito do trabalho. Segundo Macaulay, que vê as relações contratuais como conflitos políticos periódicos, as cortes de *common law* são apenas um entre os vários campos de batalha institucionais em que as partes levam adiante seu combate. As perspectivas de ambos, Macaulay e Macneil, sugerem que, mesmo se alguém entender que a doutrina deva restringir-se ao estudo das normas executáveis pelo Estado, não estará prestando atenção ao direito contratual que realmente importa se permanecer preso, exclusivamente, às regras de *common law* (e ao Uniform Commercial Code, UCC).<sup>25</sup>

Neste ponto da exposição, talvez tenha ficado claro que levar a sério os desafios postos por Macneil e Macaulay significa escrever sobre contratos de modo muito diferente. A doutrina contratual repousa sobre a premissa, essencialmente liberal, de que os termos da interação social hão de ser, e em nossa sociedade geralmente são, instituídos por consenso –, pelas escolhas voluntárias das partes mesmas ou mediante regras estatais promulgadas e executadas por seus representantes eleitos. Os liberais de direita gostariam que a maioria desses termos fosse da primeira espécie; os liberais de esquerda são mais favoráveis à segunda espécie; ambos, porém, compartilham a ideia de que a vida social é, tanto idealmente quanto (quase) na prática, o produto de escolhas individuais voluntárias. Se há coerção, ela deveria ser defendida como necessária para policiar os desvios em relação ao que foi estabelecido consensualmente, ou, ainda, como um mínimo de controle que, infeliz mas necessariamente, as pessoas teriam de enfrentar em qualquer sociedade.

Com sua descoberta do contrato-em-ação relacional [*relational contract-in-action*], Macneil e Macaulay importaram um novo elemento para o discurso contratual – a sociedade –, que não pode ser compreendido

inteiramente como o produto de escolhas individuais ou constitucional-democrático-estatais. A sociedade existe, em vários sentidos, previamente a essas escolhas e auxilia a condicionar tanto o que é escolhido quanto as estruturas dentro das quais as escolhas são realizadas. Para dizer isso de outro modo, sua obra mostra como os propósitos e ações econômicos estão profundamente inseridos em campos sociais, em teias densamente tecidas, compostas de costumes sociais, morais convencionais, laços de lealdade e hierarquias de poder entrincheiradas. Claro, ninguém poderia considerar que Macneil e Macaulay descobriram o fenômeno das sociedades de contratação. O direito contratual hoje predominante, especialmente em suas formas pós-realistas, reconhece repetidamente a existência de condições sociais de fundo para a contratação. Considere-se, por exemplo, a “sequência da negociação, sequência da prestação, e uso negocial”<sup>\*</sup> ou a “razoabilidade comercial”<sup>\*\*</sup> que servem de guia suplementar à intenção contratual. Também as desigualdades entre as partes, às vezes difusas, no que diz respeito à informação, técnicas de negociação ou alternativas de mercado, que compõem aquilo que as cortes gostam de chamar de “poder desigual de negociação”. No direito contratual predominante, contudo, tais condições ocupam apenas um segundo plano; elas regerão a transação apenas até que as partes ou o Estado escolham de modo diferente; elas são telas que podem ser pintadas discricionariamente pela intenção individual ou por diretrizes estatais. A conquista de Macneil e Macaulay foi trazer as sociedades de contratação para o primeiro plano e, ao fazê-lo, mostrar que não se pode sequer começar a entender as expectativas contratuais sem compreender as condições sociais de sua gestação, modificação e extinção. Ademais, eles demonstram que tais condições não são fontes suplementares, mas primárias, de normas e sanções contratuais. Finalmente, não apenas essas condições sociais não são prontamente atendidas pelas normas e sanções de direito contratual executáveis pelo Estado, mas, com frequência, elas simplesmente não são sequer afetadas pelo direito contratual.

Quero deixar claro que não atribuo nem a Macneil nem a Macaulay qualquer espécie de organicismo burkeano conservador, qualquer noção de que sociedades de contratação surgem espontaneamente e se reproduzem

misteriosamente, resistentes tanto ao entendimento racional quanto à alteração deliberada. Pelo contrário, elas podem ser compreendidas, e Macneil e Macaulay têm trilhado um longo caminho nessa direção. Elas são construídas com intenções e propósitos humanos e podem ser modificadas, como qualquer outro arranjo social, pela política, incluindo, entre outros aspectos, uma política cuja estratégia seja fazer uso dos instrumentos estatais e jurídicos. Como Macaulay mostrou, no entanto, qualquer grupo que tentar mudar a estrutura social das relações contratuais por meio do combate político deverá estar preparado para muita frustração e consequências inesperadas.

Se os acadêmicos da área contratual aceitassem a revolução relacional e alterassem seu foco de acordo, qual seria o destino dos materiais tradicionais utilizados para estudar os contratos: os casos de *common law* e do UCC, e os comentários acerca deles? Em algumas passagens de suas obras, tanto Macneil quanto Macaulay parecem dizer que a perspectiva relacional revela que os materiais tradicionais são um museu acadêmico de curiosidades engenhosas, um direito de professores que nada apresenta além de uma leve semelhança com o direito-em-ação [*law-in-action*], conhecido pelas partes contratantes e seus advogados. De acordo com essa visão, a marginalidade e a descontinuidade do direito contratual predominante resultariam de uma *deformation professionnelle* acadêmica, do paroquialismo estreito da tradição casuística, que persiste por pura inércia. Claramente, há algo de relevante nisso, mas não é tudo que há para se saber, como Macneil e Macaulay também reconheceram em outras ocasiões.<sup>26</sup> Como tenho argumentado, a revelação, pela perspectiva relacional, de um mundo social de culturas semiautônomas de contratação, governadas por relações de solidariedade orgânica cooperativa e de dominação hierárquica difusa, é profundamente perturbadora para as premissas nucleares de nossa ordem social liberal. O direito contratual tem sido tradicionalmente um dos teatros – um teatro pequeno e elitista, por certo, comparado à televisão ou aos almoços organizados por Câmaras de Comércio – em que tais premissas são expressas publicamente. O direito contratual tem sido preenchido com propósitos ideológicos. O modo pelo qual ele suprime, ou relega ao segundo plano, as determinações do elemento social não é apenas uma con-

sequência incidental do paroquialismo profissional, mas um mecanismo importante para a vindicação de tais propósitos.<sup>27</sup>

Se essa ideia for aceita, se o direito contratual deixar de ser pensado como uma tentativa pateticamente inadequada, levada adiante por parte dos acadêmicos do direito, de estruturar os negócios do mundo comercial, mas, ao contrário, como uma plataforma (relativamente modesta) para a expressão de ideologia, então suas doutrinas se tornam novamente interessantes por revelarem os valores aceitos por aquela sociedade. (Por óbvio, tão interessantes quanto, se não mais interessantes, para o mesmo propósito, seriam manifestações de ideologia jurídica menos elaboradas, obtidas em pesquisas de campo, por exemplo, as consultas feitas a escritórios de advocacia; estas, porém, são certamente muito mais difíceis de serem estudadas.) Esse tem sido o foco da obra fascinante de alguns dos acadêmicos associados à *Conference on Critical Legal Studies*, que buscaram mostrar, trabalhando somente com materiais doutrinários, de que modo a doutrina de contratos tenta suprimir, negar ou mediar suas próprias contradições internas. Cada vez que cortes ou comentaristas da corrente dominante de contratos, por exemplo, tratam de *insights* relacionistas (como a ideia de que o relacionismo sustenta obrigações baseadas na confiança concretamente depositada [*reliance-based obligations*]), ou protege paternalisticamente as partes fracas de consentir com sua vitimização, ou, ainda, corrobora um “socialismo-da-transação” ao dividir perdas inesperadas de acordo com a necessidade e a capacidade econômica das partes), eles encontram algum artifício para impedir que as implicações de raciocínios relacionais ameacem suas premissas nucleares, liberal-individualistas. Eles usam a interpretação contratual para disfarçar o resultado relacionista, por exemplo, fazendo menção à intenção individualista das partes. Além disso, saturam suas justificativas com os fatos pertinentes ao caso que estão discutindo e classificam a doutrina relacional como se pertencesse a um conjunto excepcional de medidas destinadas a lidar apenas com situações especiais e não com os casos usuais. Finalmente, celebram retoricamente os valores nucleares da liberdade contratual *in dicta* ao mesmo tempo em que, com sua decisão, fazem uma redistribuição equitativa arbitrária no caso que estiver à sua frente.<sup>28</sup>



Se persuasiva, a hipótese recém-formulada sobre a descontinuidade entre a doutrina e o direito-em-ação – a saber, a de que essa doutrina está comprometida ideologicamente a negar certas realidades relacionais – poderia também fornecer algumas diretrizes para uma tarefa em que tanto Macneil quanto eu estamos muito interessados: escrever a história das relações contratuais. Se essa hipótese está certa, seria fútil tentar escrever a história da doutrina jurídica contratual como se fosse uma adaptação funcional, do sistema jurídico às necessidades subjacentes das partes comerciais. Eu partilho, por exemplo, do que considero ser o ceticismo de Macneil a respeito da seguinte ideia: a maioria das mudanças na doutrina de contratos ao longo dos últimos dois séculos pode ser completamente compreendida como uma resposta funcional aos modos variáveis de estruturação de transações negociais. As duas principais histórias do direito contratual oitocentista, a de Horwitz e a de Atiyah, me parecem muito convincentes ao tratar a história da doutrina como uma parte da história mais geral das mudanças no discurso ideológico (*e.g.*, ideias cambiantes de economia política), e menos convincentes ao tratá-la como um conjunto de respostas práticas aos desejos dos negociantes.<sup>29</sup>

De fato, se estamos preparados para aceitar a descoberta de Macneil-Macaulay, qual seja a descontinuidade entre a doutrina transacional-individualista e a prática relacional-hierárquica-solidária, provavelmente deveríamos descartar completamente alguns dos pressupostos funcionalistas de fundo que costumam informar nossas opiniões sobre o papel do direito na mudança econômica. Suponho que a maioria dos juristas e dos professores de direito que pensaram sobre a evolução dos contratos em tempos recentes contaria algo como a história que será exposta a seguir. Costuma-se dizer que a história dos contratos tem sido, falando esquematicamente, uma evolução em três estágios.

O primeiro estágio é aquele da regulação mercantilista e do costume comunitário: relações hierárquicas locais de grupos sociais primários (o *manor* ou propriedade rural, a cidade, a unidade de produção doméstica centrada em uma família estendida), temperadas por normas equitativas da comunidade, põem os termos básicos das relações econômicas. O direito contratual é o direito do grupo primário ou do júri local; também

há regulação supletiva de preços, salários e produção por políticas estatais mercantilistas, monopólios ou corporações de ofício (*guilds*).

No segundo estágio, os atores econômicos se libertam das hierarquias ligadas ao *status*, dos costumes locais e do controle estatal para se tornarem negociantes livres de terra, trabalho e capital em um mercado *laissez-faire*. O direito contratual torna-se o sistema abstrato, formal, clássico; qualquer coisa (dentro dos limites do direito público) pode ser transformada em uma mercadoria e sua negociação pode ser contratada, em quaisquer termos: o direito dará suporte, cegamente, ao intercâmbio firmado.

No terceiro estágio, várias coisas acontecem simultaneamente. Em primeiro lugar, transações de mercado isoladas e entre estranhos dão lugar, cada vez mais, a relações continuadas – dentro de empresas, em setores comerciais cada vez mais especializados, em associações cada vez mais solidárias (associações comerciais, sindicatos, etc.). Em segundo lugar, a regulação restringe mais e mais a liberdade contratual, ou atua na correção de “falhas de mercado”; ainda, para redistribuir poder e riqueza em prol de grupos de interesse cada vez mais organizados e politicamente poderosos. O direito dos contratos passa a reconhecer tanto realidades relacionais quanto diretrizes regulatórias.

Uma vez mais, se Macneil e Macaulay estão certos, a implicação de longo alcance de seu *insight* é que toda essa história carece de uma séria revisão. A ideia de que os negócios econômicos começaram inseridos em comunidades orgânicas hierárquicas, depois foram desenraizados por indivíduos que formaram suas próprias relações em mercados e, finalmente, foram reinsertos em empresas, setores comerciais e sistemas regulatórios especializados é, no máximo, um conjunto de generalizações imperfeitas e inadequadas. As relações econômicas estão sempre inseridas em um contexto; mercados são sempre estruturados por um complexo de culturas locais, étnicas e comerciais e por regimes variáveis de regulação não estatal e estatal. A negociação entre “estranhos” é algo que não pode ocorrer regularmente – *e.g.*, não se pode negociar com letras de câmbio fora de comunidades comerciais que reconhecem letras de câmbio. O conjunto de imagens que está por trás da ideia do segundo estágio não é resultado do estudo cuidadoso da estrutura dos negócios econômicos

realizados na Inglaterra ou nos Estados Unidos no século XIX. (Tal estudo, concordo com Macneil, teria gerado uma rica sociologia histórica “relacional”, sobre a escravidão no regime de *plantation*, a organização fabril, as redes envolvendo agricultor-produtor, fazendeiro-mercador-credor, empresário-banqueiro, atacadista-varejista; nada que se aproximasse, ainda que remotamente, de um mundo de transações isoladas entre estranhos.) Esse conjunto de imagens é, antes, o produto de certas convenções do discurso ideológico; convenções definitivamente incorporadas ao direito contratual, entre outros campos de estudo. Essas imagens encorajaram pessoas que lidavam umas com as outras em situações de solidariedade, socialmente situadas, e em relações contratuais contínuas e hierárquicas, a se enxergar como estranhas e iguais. Em suma, o direito incorpora um conjunto de fantasias sobre o mundo, que se tornam reais quando as pessoas passam a agir conforme tais fantasias. Por exemplo, quando alguém aceita os termos de um negócio que lhe foi imposto por outra pessoa, mais poderosa, como se ele resultasse das circunstâncias e de sua própria volição e não, simplesmente, como o que ele é: o produto do poder de alguém mais forte. Ainda, quando alguém abandona um parceiro de negócios de longa data porque a relação não lhe é mais lucrativa. Nessa lógica, a liberdade contratual significa, entre outras coisas, nunca ter de pedir desculpas.

Alguns teóricos lançaram, até mesmo, a destemida hipótese de uma relação causal histórica específica entre o mundo de fantasia do discurso ideológico político-jurídico e o mundo social da contratação: eles argumentam que encorajar as pessoas a lidarem umas com as outras como estranhos causa, progressivamente, a erosão das relações de solidariedade subjacentes, a reciprocidade e a confiança de que as economias capitalistas dependem essencialmente.<sup>30</sup> Se há algum sentido nessa perspectiva, ela sugere um conjunto urgente de razões práticas – se razões são necessárias, além da fascinação intelectual inerente – para que os juristas interessados em direito contratual superem sua tradicional resistência e abram espaço em sua reflexão para as conquistas formidáveis, ainda que até agora um tanto solitárias, de Macneil e Macaulay.

**NOTAS**

\* Macaulay, Macneil, and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law (1985) *Wis. L. Rev.* 565. O texto original baseou-se na comunicação apresentada pelo autor no simpósio Law, Private Governance and Continuing Relationships, realizado na Faculdade de Direito da University of Wisconsin em 1985.

\*\* Professor de direito na Stanford University. Ian Macneil fez comentários de grande auxílio a uma versão deste texto. (N.E.: Em 1995 o autor passou a integrar o corpo docente da Yale University, onde atualmente ocupa o cargo de Chancellor Kent Professor of Law and Legal History.)

\*\*\* Ver A. L. Corbin, *A Comprehensive Treatise on the Rules of Contract Law* (1950). Esse tratado, originalmente editado em oito volumes e conhecido simplesmente como *Corbin on Contracts*, tem sido constantemente reeditado por atualizadores e ainda hoje é referência fundamental entre teóricos e práticos do direito norte-americano. (N. E.)

**1** Diante dessa obra monumental, sempre me espanta um pouco quando ouço juristas dizerem, como eles às vezes dizem, que, a despeito de todas as suas falhas, o velho sistema clássico-formal de regras tinha as virtudes da previsibilidade e da conveniência administrativa; seus resultados às vezes poderiam ser arbitrários ou injustos, mas pelo menos se sabia onde se estava pisando. Eu pensava que, se havia uma prova que os críticos realistas haviam conseguido impor em definitivo, era a da manipulabilidade e variabilidade contextual do velho sistema de regras. Se as regras permanecem estáveis e previsíveis em situações práticas particulares – como por óbvio elas usualmente permanecem, pelo menos em curto ou médio prazo – essa estabilidade deriva de convenções bem aceitas no âmbito da comunidade de intérpretes regulares da regra. Partes que tenham interesse em desequilibrar as interpretações estabelecidas, contudo, podem lançar (e frequentemente lançam) novos argumentos que procuram demonstrar que a aderência fiel às convenções estabilizadoras frustraria os propósitos e diretrizes maiores que subjazem à regra. Quando esses argumentos são lançados e quando, subitamente, torna-se claro que a regra pode ser interpretada plausivelmente de modos diferentes, a resposta usual dos responsáveis por tomar decisões jurídicas é a mesma dos realistas: *i.e.*, buscar esboçar uma classificação que permita diferenciar os contextos em que a convenção se aplicará daqueles em que ela não se aplicará. (“Em vendas a consumidores por meio de formas contratuais padronizadas, a regra de não admissão de provas orais [*parol evidence rule*] quase nunca poderá ser invocada com sucesso com o fim de impedir a produção de prova de garantias dadas oralmente.”) Novas convenções poderão então se estabilizar em torno da nova classificação.

**2** Ver, *e.g.*, *Uniform Commercial Code* (UCC), art. 2; ver, também, Danzig, A Comment on the Jurisprudence of the Uniform Commercial Code (1975) 27 *Stan. L. Rev.* 621; Mooney, Old Kontract Principles and Karl's New Kode: An Essay on the Jurisprudence of Our New Commercial Law (1966) 11 *Vill. L. Rev.* 213.

**3** Schlegel, American Legal Realism and Empirical Social Science: The Singular Case of Underhill Moore (1980) 29 *Buffalo L. Rev.* 195; Schlegel, American Legal Realism and Empirical Social Science: From the Yale Experience (1979) 28 *Buffalo L. Rev.* 459.

**4** Dawson, Effects of Inflation on Private Contracts: Germany, 1914-1924 (1934) 33 *Mich. L. Rev.* 171; Dawson & Cooper, The Effect of Inflation on Private Contracts: United States, 1861-1879 (1935) 33 *Mich. L. Rev.* 706.

**5** Kessler, Automobile Dealer Franchises (1957) 66 *Yale L. J.* 1135.

**6** J. Hurst, *Law and Economic Growth* (1964) 285-423; L. Friedman, *Contract Law in America* (1965).

**7** Reitz, Construction Lenders' Liability to Contractors, Subcontractors, and Materialmen (1981) 130 *U. Pa. L. Rev.* 416; Speidel, Court-Imposed Price Adjustments under Long-Term Supply Contracts (1982) 76 *Nw. U. L. Rev.* 369.

**8** R. Danzig, The Capability Problem in Contract Law (1978).

**9** Whitford, Law and the Consumer Transaction: A Case Study of the Automobile Warranty.

\* A doutrina da *consideration* é o equivalente funcional, para as jurisdições de *common law*, da doutrina da causa nas jurisdições que seguem a tradição romano-germânica. Ela visa, ainda que de maneira diferenciada, a garantir um grau mínimo de controle de equivalência entre prestações em uma relação contratual. (N. E.)

\*\* Uma das regras clássicas de *common law* em matéria contratual é aquela que nega validade a qualquer convenção que, visando a liquidar previamente o valor a ser pago a título de perdas e danos pela parte faltante (*liquidated damages*), estipule montante manifestamente excessivo e, portanto, tenha função punitiva, ainda que implicitamente (*penal* ou *penalty clause*). Essa regra é apontada como um dos raros exemplos de “paternalismo” no direito contratual tradicional das jurisdições de *common law*. (N. E.)

**10** Tenho em mente aqui, especialmente, a escola do *Law & Economics* de Posner-Landes e a obra de Charles Fried. Obviamente, há uma exceção importante na obra dos economistas dos “custos transacionais”, liderados por Oliver Williamson e Victor Goldberg, que se baseia fortemente nos *insights* de Macaulay e Macneil.

**11** Não exatamente “nunca”. Ver, *e.g.*, Llewellyn, What Price Contract? An Essay in Perspective (1931) 40 *Yale L. J.* 704.

**12** Gabel, Intention and Structure in Contractual Conditions: Outline of a Method for Critical Legal Theory (1977) 61 *Minn. L. Rev.* 601.

**13** Kennedy, Form and Substance in Private Law Adjudication (1976) 89 *Harv. L. Rev.* 1685.

**14** Novamente, essa é uma caricatura do sistema de regras do século XIX. Ela não considera em sua totalidade o âmbito, muito extenso, das relações fiduciárias juridicamente reconhecidas e executadas, bem como as várias ocasiões em que as cortes paternalisticamente protegeram de maus negócios partes tidas como fracas. A caricatura também ignora aquilo que os juristas vitorianos tinham garantido como o pano de fundo perante o qual eles legislavam: um conjunto poderoso de códigos e sanções sociais, não jurídicas.

**15** O *locus classicus* para esse tema está na obra de outro filho do Iluminismo escocês, A. Smith, *The Theory of Moral Sentiments* (1759), a outra face do fundador da economia política clássica.

**16** Ver, em geral, E. Durkheim, *The Division of Labor in Society* (1964).

**17** Hale, Bargaining, Duress, and Economic Liberty (1943) 43 *Colum. L. Rev.* 603; Kessler, Contracts of Adhesion – Some Thoughts about Freedom of Contract (1943) 43 *Colum. L. Rev.* 629; Dawson, Economic Duress – An Essay in Perspective (1945) 45 *Mich. L. Rev.* 253.

**18** Macneil, Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a “Rich Classificatory Apparatus” (1981) 75 *Nw. U. L. Rev.* 1018.

**19** S. Macaulay, *Law and the Balance of Powers: The Automobile Manufacturers and their Dealers* (1966); Macaulay, Private Government, *Handbook of Law & Social Science* (1985).

**20** Macaulay, *Non-contractual Relations in Business: A Preliminary Study* (1963) 28 *Am. Soc. Rev.* 55.

**21** Ver, em geral, I. Macneil, *The New Social Contract: An Inquiry into Modern Contractual Relations* (1980).

**22** Ted Schneyer chamou minha atenção, durante o simpósio, para o fato de que a concepção de Macaulay sobre a maneira pela qual o direito é visto pelas partes de um contrato lembra as concepções de Erving Goffman acerca das interações sociais ordinárias entendidas como jogos – manipulações estratégicas de formas convencionais.

**23** Macaulay, *Elegant Models, Empirical Pictures, and the Complexities of Contract* (1977) 11 *L. & Soc’y Rev.* 507 [adiante citado como *Elegant Models*]; cf. Galanter, *Why the “Haves” Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change* (1974) 9 *L. & Soc’y Rev.* 95.

\* Ver O. W. Holmes Jr., *The Path of the Law* (1896) 10 *Harv. L. Rev.* 457 at 459: “[...] *a bad man has as much reason as a good one for wishing to avoid an encounter with the public force, and therefore you can see the practical importance of the distinction between morality and law. A man who cares nothing for an ethical rule which is believed and practiced by his neighbors is likely nevertheless to care a good deal to avoid being made to pay money, and will want to keep out of jail if he can*”. (N. E.)

\*\* Ver S. F. Moore, *Law As Process: An Anthropological Approach* (1978). (N. E.)

**24** Macaulay, *Lawyers and Consumer Protection Laws* (1979) 14 *L. & Soc’y Rev.* 115; Macaulay, *Elegant Models* cit., *supra* nota 23.

**25** Para uma defesa antiga, mas efetiva, desse argumento, ver Summers, *Collective Agreements and the Law of Contracts* (1969) 78 *Yale L. J.* 525.

\* Ver UCC, § 1-303 (Course of Performance, Course of Dealing, and Usage of Trade): “(a) A ‘*course of performance*’ is a sequence of conduct between the parties to a particular transaction that exists if: (1) the agreement of the parties with respect to the transaction involves repeated occasions for performance by a party; and (2) the other party, with knowledge of the nature of the performance and opportunity for objection to it, accepts the performance or acquiesces in it without objection. (b) A ‘*course of dealing*’ is a sequence of conduct concerning previous transactions between the parties

*to a particular transaction that is fairly to be regarded as establishing a common basis of understanding for interpreting their expressions and other conduct. (c) A ‘usage of trade’ is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation, or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question. The existence and scope of such a usage must be proved as facts. If it is established that such a usage is embodied in a trade code or similar record, the interpretation of the record is a question of law”.* (N. E.)

**\*\*** Ver UCC, §1-201 (General Definitions): “(a) *Unless the context otherwise requires, words or phrases defined in this section, or in the additional definitions contained in other articles of [the Uniform Commercial Code] that apply to particular articles or parts thereof, have the meanings stated. (b) Subject to definitions contained in other articles of [the Uniform Commercial Code] that apply to particular articles or parts thereof: [...]* (20) *‘Good faith’, except as otherwise provided in Article 5, means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing”.* (N. E.)

**26** Macneil, Values in Contract: Internal and External (1983) 78 *Nw. U. L. Rev.* 340; Macaulay, *Elegant Models* cit., *supra* nota 23.

**27** Não quero sugerir aqui que seria impossível para uma teoria liberal dos contratos absorver os *insights* do relacionismo sem virá-lo de cabeça para baixo, *i.e.*, que o liberalismo, para salvar sua integridade, *tenha* de negar o caráter difuso da solidariedade orgânica e da hierarquia na sociedade civil. Pelo contrário. A teoria econômica dos “custos transacionais” de Oliver Williamson e sua escola representa, exatamente, tal assimilação de *insights* relacionais em prol do modelo liberal de relações sociais como produtos de escolhas individuais racionais: solidariedade e hierarquia são explicadas como formas de governança institucional escolhidas com o fim de realizar ganhos de eficiência. Ver, *e.g.*, Williamson, *The Organization of Work: A Comparative Institutional Assessment* (1980) 1 *J. Econ. Behav. & Org.* 5; Williamson, *Transaction Cost Economics: The Governance of Contractual Relations* (1979) 22 *J. Law and Econ.* 233. A obra dessa escola é estimulante e extremamente rica em *insights*; por exemplo, consultar as contribuições de Victor Goldberg e Thomas Palay a esse simpósio. No entanto, o preço do sucesso dessa escolha em seu projeto de assimilação é a exclusão, em sua análise, precisamente daqueles elementos das relações contratuais a que Macneil e Macaulay têm dado maior destaque: cultura, política e poder.

**28** Ver, *e.g.*, Kennedy, *op. cit.*, *supra* nota 13; Kennedy, *Distributive and Paternalist Motives in Contract and Tort Law, with Special Reference to Compulsory Terms and*



Unequal Bargaining Power (1982) 41 *Mod. L. Rev.* 563; Feinman, Critical Approaches to Contract Law (1983) 30 *UCLA L. Rev.* 892; Mensch, Freedom of Contract as Ideology (1981) 33 *Stan. L. Rev.* 753; Unger, The Critical Legal Studies Movement (1983) 96 *Harv. L. Rev.* 561. Se me for permitido um momento de contrariedade naquilo que, de resto, pretende ser um texto de elogio, penso que é uma infelicidade que a comunicação apresentada por Macneil nesse simpósio contribua – ao mesmo tempo em que estende a cortesia de síntese respeitosa de suas verdadeiras opiniões a todas as outras escolas de contratos com as quais ele não concorda –, para aquilo que está se tornando um hábito acadêmico-jurídico de fazer referências desairosas à obra do movimento *Critical Legal Studies*, como se esta fosse tão absurdamente não convencional, excêntrica, obscuramente redigida e obviamente errada a ponto de não merecer qualquer atenção. (Acadêmicos do movimento *CLS*, em contraste, normalmente tentam levar muito a sério as opiniões de seus antagonistas, liberal-doutrinários ou *Law & Economics*, e reapresentar tais opiniões com muita minúcia – não raro até mesmo com mais minúcia do que seus autores as apresentaram – antes de atacá-las.) É particularmente uma infelicidade porque, pelas razões expostas neste comentário, penso que Macneil e os escritores do movimento *CLS* compartilham um bom número de projetos intelectuais, a despeito de suas diferenças políticas.

**29** M. Horwitz, *The Transformation of American Law, 1780-1860* (1977); P. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract* (1979).

**30** F. Hirsch, *Social Limits to Growth* (1976) 84-102; J. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy* (1942) 121-63; Hirschman, *Rival Interpretations of Market Society: Civilizing, Destructive, or Feeble?* (1982) 20 *J. Econ. Literature* 1463.

**Macneil, Macaulay, and the Discovery of Power and Solidarity in Contract Law**

Robert W. Gordon

*Wisconsin Law Review* 565 (1985)

Disponível em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/1367](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1367)

3.

## DESCOBRINDO AS DIMENSÕES IMPLÍCITAS DOS CONTRATOS

David Campbell e Hugh Collins

Os advogados agradecem o fato de as relações contratuais não se restringirem ao acordo e à deliberação. Eles entendem que há outras dimensões nas transações comerciais, tais como a probidade, a boa-fé e a cooperação. Atualmente, é amplamente reconhecido que a prática de celebrar contratos é pautada na existência de confiança, acordos implícitos e convenções estabelecidas pela prática comercial. Sem que empregássemos nosso conhecimento tácito acerca dessas expectativas e acordos implícitos, não seríamos capazes de diferenciar, na vida social, o ato de se apropriar do ato de comerciar e, tampouco, o ato de comerciar do ato de trocar presentes.<sup>1</sup> Apesar de os advogados estarem conscientes das dimensões implícitas dos contratos, a argumentação jurídica desenvolveu apenas uma capacidade débil de incorporá-las na análise dos contratos e no auxílio que a argumentação jurídica oferece à resolução das disputas contratuais.

O defeito aparente da argumentação jurídica é um tema recorrente nas críticas ao “direito contratual clássico”. O direito clássico, como são denominadas as elegantes construções da doutrina jurídica elaboradas pelos juristas e juízes do século XIX, é considerado, por muitos escritores modernos, uma forma inadequada de conceber juridicamente as relações contratuais. As doutrinas jurídicas clássicas facilitaram a compreensão dos contratos como uma associação descontextualizada entre indivíduos. Essas doutrinas, portanto, representaram uma ruptura com a compreensão jurídica das relações econômicas como relações fundamentadas no *status*, na lealdade e na tradição. Elas correspondiam à descrição do sistema das relações econômicas como um mercado no qual “vendedores e compradores sem identidade (...) se encontravam (...) por um momento, com o propósito de cambiar bens padronizados, com preços em equilíbrio”.<sup>2</sup> Em sua abstração do contexto social, o direito contratual clássico pressupõe uma interação “social” entre indivíduos não contextualizados que se autovinculam

a um arranjo plenamente descontínuo de obrigações, ao optarem por empregar o instituto jurídico do contrato. Em seu extremo, o direito clássico sustenta que as bases dos mercados na escolha racional individual, nos acordos e nas propriedades privadas, são características imutáveis da sociedade humana.<sup>3</sup>

Muitas críticas foram direcionadas às poderosas e sedutoras doutrinas do direito contratual clássico. Conforme sustentamos, um tema recorrente nessas críticas é que o direito clássico não poderia incorporar um reconhecimento adequado das dimensões implícitas dos contratos. Por exemplo, nós identificamos esse tema no contraste estabelecido entre contratos descontínuos e relacionais. Os contratos relacionais são diferentes, sustenta-se, porque dependem, para a sua capacidade de produção de riqueza, de um grupo de obrigações implícitas dispersas que não são e não podem ser expressadas por compromissos contratuais formais.<sup>4</sup> Um tema semelhante emerge em discussões sobre contratos de “longo-prazo” [*“long-term” contracts*], cuja eficiência, diz-se, depende de obrigações dispersas de cooperação.<sup>5</sup> Ao elaborarem essas críticas ao direito clássico, os juristas contribuem com uma crítica mais ampla à teoria política liberal: o direito contratual clássico reproduz a principal contradição estrutural da sociedade burguesa – uma sociedade que tem em seu âmago a negação de seu caráter social.<sup>6</sup>

Conforme sustentaremos em detalhes, mais adiante, o direito contratual clássico não exclui, plenamente, de sua teoria, as dimensões implícitas das formas contratuais. As referências às dimensões implícitas podem ser inseridas de diversas maneiras: por exemplo, por regras que invalidem o consentimento dado com base em informações falsas ou em razão de influência indevida, por meio da técnica de suplementar as cláusulas expressas com cláusulas implícitas, e regras tais como a da mitigação, que determina a quantificação da indenização como uma forma de reparação. Nosso argumento, desta feita, não é que o direito clássico não consiga reconhecer as dimensões implícitas das relações contratuais, e sim que as suas técnicas para concretizar as dimensões implícitas se provaram, frequentemente, inadequadas. A estrutura da análise clássica sempre se inicia com a presunção de que a argumentação jurídica não precisa incorporar

referências às dimensões implícitas. Contudo, à medida que o raciocínio se desenvolve, exceções e qualificações surgem lentamente, subvertendo a ênfase exclusiva nas relações contratuais explícitas e descontínuas, por meio de referências ao contexto social e às compreensões implícitas que dele decorram. As inserções das dimensões implícitas, porém, devem ser sempre marginalizadas ou minimizadas pela doutrina jurídica clássica, porquanto representam “suplementos perigosos”<sup>7</sup> ao raciocínio clássico, uma vez que o reconhecimento da pertinência das dimensões implícitas ameaça arruinar a análise que se apresenta como um instrumento de escolhas racionais explícitas. Em outras palavras, para ser plenamente operacional e para encerrar o debate na argumentação jurídica, a manipulação das regras clássicas requer, frequentemente, referências a dimensões implícitas das relações contratuais. Sem dúvida, essas referências sempre ameaçam enfraquecer a integridade do discurso clássico.<sup>8</sup>

Antes de desenvolver essas alegações, contudo, precisamos tratar da questão que busca identificar se haveria ou não motivo para os advogados e demais indivíduos se preocuparem, caso essa crítica da teoria jurídica sobre os contratos esteja correta. Para algumas pessoas, a preocupação pode ser com a disfunção do direito. Se o direito almeja proteger e fazer com que os acordos contratuais sejam cumpridos, o reconhecimento de que possui uma compreensão parcial e incompleta acerca desses acordos sugere que o direito falha, em muitos casos, no alcance de seus objetivos, ao aplicar uma percepção truncada desse acordo ao invés do acordo entre as partes em todas as suas dimensões relevantes. A partir de outra perspectiva funcional, o direito contratual promove e controla a prática social que envolve a participação em transações autorreguladas. Dessa forma, compreensões equivocadas dessa prática criam o risco de que a regulação jurídica, quando for exigida, falhará em sustentar adequadamente a prática ou orientará de maneira equivocada os seus controles, de forma que sejam ineficazes. Para outros, a preocupação é que a má compreensão do direito acerca dos acordos contratuais faz com que resultados ineficientes sejam produzidos (i.e., não Pareto-eficiente). Grande parte dos advogados se contentaria em expressar a preocupação de que não há justiça, caso o direito frustrasse as expectativas razoáveis do homem honesto.<sup>9</sup>

Nosso objetivo geral, neste artigo, é mapear as diversas ocasiões em que as doutrinas tradicionais do direito contratual requerem que a argumentação jurídica leve em consideração uma compreensão sobre as dimensões implícitas das relações contratuais que não podem ser descobertas nas palavras ou nas cláusulas expressas do contrato. Nossa discussão compreende categorias convencionais, tais como a formação dos contratos, o conteúdo das obrigações e os remédios à quebra do contrato. Nosso propósito adicional é revelar como a necessidade de incorporar o reconhecimento das dimensões implícitas dos contratos, na argumentação jurídica, é ao mesmo tempo essencial à doutrina contratual tradicional, ao mesmo tempo em que também causa sua disrupção. Essa tendência em causar a ruptura é revelada pelo silêncio existente quando a argumentação jurídica evita qualquer referência a dimensões implícitas, ainda que delas dependa para produzir um resultado inteligível, e também pelas tentativas de confinar, por meio de linhas arbitrárias, a extensão da utilização das dimensões implícitas.

## **FORMAÇÃO DOS CONTRATOS**

As exigências legais para a formação dos contratos, dentre as quais se inclui a existência de uma negociação (consideração e intenção de criar negócios jurídicos) produzida por consentimento voluntário (acordo), focam suas atenções nas dimensões explícitas das relações contratuais. Teriam ambas as partes expressado a sua intenção em participar de uma mesma transação? O documento contratual satisfaz o critério de que ambas as partes esperam, por meio deste, aumentar seu patrimônio? Ademais, as regras referentes à fraude e à coerção determinam a validade do consentimento presente no contrato.

Dentre as regras jurídicas, são os controles de equidade sobre a validade do consentimento que se referem, de maneira mais aberta, às dimensões implícitas das relações contratuais, e nos arriscamos a sugerir que essa abertura é um elemento característico das intervenções equitativas no direito contratual. A doutrina da influência indevida permite que o juiz examine a relação social prévia existente entre as partes, com o propósito de descobrir se uma delas teria exercido, de maneira desarrazoada, algum

tipo de influência dominante sobre a outra. Embora haja muitos tipos de influência indevida, um elemento frequente compreende o abuso de uma relação prévia de confiança, que é uma situação em que a parte mais fraca deposita sua confiança na outra, chegando a ponto de ser influenciada negativamente na formação do contrato. O juiz depende de uma descoberta quanto à existência de uma relação de confiança [entre as partes] para concluir que essa dimensão implícita criou o risco de que o contrato explícito não seja uma transação benéfica para a parte mais fraca.

De maneira semelhante, a técnica equitativa de invalidação de contratos expressos por “informações falsas não intencionais” [erro] exige uma apreciação das dimensões implícitas da relação. O judiciário tem que contextualizar a declaração, com o propósito de distinguir as declarações de opinião das declarações falsas quanto a fatos, que permitem que a parte mais fraca não se submeta ao contrato. Se o agente da declaração falsa estiver em uma situação que o possibilite obter uma informação completa e possui uma capacidade maior para avaliar essa informação, a declaração provavelmente será reputada como sendo de fato e não como sendo de opinião. Em outras palavras, é a qualidade da relação na qual o contrato é celebrado e a existência de uma dependência que determinam se uma declaração falsa enseja a invalidação do contrato. Contudo, uma vez que a equidade abriu uma porta para a análise acerca da relação entre as partes, exsurge o problema de como evitar que a exploração das dimensões implícitas ameace o cumprimento de uma ampla gama de contratos que satisfaçam as usuais exigências formais previstas em lei. Como pode o judiciário responder à realidade social, na qual existem relações de dependência do conhecimento qualificado e relações de confiança e, concomitantemente, evitar a conclusão segundo a qual o consumidor comum, em suas negociações com os grandes conglomerados (como os bancos), deve ser protegido contra qualquer desvantagem e frustração? A solução reside na tentativa de se estabelecer limites arbitrários entre situações distintas, tais como em casos nos quais se aplica uma presunção de influência indevida; mas essa solução, invariavelmente, se torna ineficiente quando confrontada com uma ampla variedade de relações possíveis, nas quais pode existir abuso.

Embora as técnicas de equidade providenciem métodos razoavelmente transparentes de inserir as dimensões implícitas dos contratos na argumentação jurídica, as regras do *common law* referentes à formação dos contratos também dependem, ao menos em alguns casos, de referências não reconhecidas na dimensão implícita dos contratos. Levemos em consideração, por exemplo, o problema quanto ao reconhecimento da existência ou não de um acordo pelas partes, e o teste objetivo que é empregado para a resolução de conflitos:

Se, qualquer que seja a verdadeira intenção de um homem, ele age de uma maneira que um homem razoável seria levado a acreditar que ele estava consentindo com os termos propostos pela outra parte, e a outra parte, em razão desta crença, celebra um contrato com ele, então a pessoa que estava agindo daquela maneira estaria igualmente vinculada [aos termos do contrato], como se tivesse pretendido concordar com os termos da outra parte.<sup>10</sup>

Quando não parece haver uma verdadeira “convergência de mentes”, ainda que uma das partes acredite que ambas celebraram um contrato, o direito clássico apela para a percepção do homem razoável quanto à ação da outra parte. Condutas que podem ser razoavelmente interpretadas por meio da referência à compreensão usual como consentimento serão reputadas como consentimento a um contrato, mesmo que não tivesse havido, de fato, nenhuma intenção subjetiva em celebrá-lo. O uso da palavra “razoável” na citação exige que o Judiciário leve em consideração não aquilo que o beneficiário efetivamente acreditava, mas sim aquilo que uma pessoa possa concluir quanto à conduta analisada em seu contexto. Esse homem é razoável porque está consciente do contexto envolvendo a transação, das expectativas típicas dos negociantes e suas compreensões implícitas. O homem razoável interpreta a conduta de terceiros como uma série de sinais, os quais possuem o sentido específico decorrente do contexto das convenções sociais e das práticas que permeiam a conduta contratual. O teste objetivo quanto ao acordo não é meramente uma regra comprobatória, mas também uma mudança da busca pelas preferências

individuais, quando o fracasso do indivíduo em atender certos parâmetros sociais de clareza torna essas preferências confusas, por meio de um exame da conduta e de seu significado à luz das compreensões e expectativas implícitas.

Nós podemos detectar uma confiança oculta semelhante às dimensões implícitas das relações contratuais na aplicação da doutrina da consideração. Em casos que se provam problemáticos, porque não está claro se o que foi idealizado era uma troca ou simplesmente uma forma de promessa condicionada de doação, a doutrina da consideração pode funcionar como um teste de aplicabilidade jurídica apenas se incorporar referências às dimensões implícitas das relações entre as partes. O Judiciário investiga as dimensões implícitas da relação entre as partes com o propósito de determinar se deduzirá ou não a existência de uma exigência em troca da promessa. Em *Combe vs. Combe*,<sup>11</sup> por exemplo, a questão era saber se a promessa do marido em pagar uma anuidade à mulher, em sua separação, era vinculante ou não. O marido não havia, explicitamente, exigido que sua mulher se abstinhasse de exigir seu direito à pensão em troca da anuidade. Nesse caso, a questão estava em determinar se essa exigência poderia ser deduzida das circunstâncias. A primeira instância concluiu que tal compreensão era implícita, mas a Corte de Apelações reverteu essa decisão. Ambos os posicionamentos dependem de uma interpretação das expectativas não articuladas das partes acerca da natureza presente e futura de seu relacionamento. O fato de que a esposa era rica parece ter conduzido a Corte de Apelações em direção à interpretação de que a natureza do relacionamento não deixava claro se havia expectativa quanto à continuidade de apoio econômico, por parte do marido, uma vez que a esposa poderia viver confortavelmente por seus próprios meios.

*Shadwell vs. Shadwell*<sup>12</sup> proporciona outro exemplo sobre a maneira como a doutrina da consideração alcança um ponto final, valendo-se apenas das compreensões implícitas. Um tio havia prometido a seu sobrinho, diante da aproximação de seu casamento, uma renda regular até que ele prosperasse na advocacia. As evidências não apresentavam qualquer vinculação da renda à ocorrência do casamento ou à prática efetiva da advocacia, pelo sobrinho. Em um nível mais explícito das relações contratuais, não



havia, dessa forma, qualquer contrapartida condicionando a promessa do tio. Em um nível mais implícito, contudo, podemos identificar o funcionamento de uma convenção segundo a qual parentes ricos podem tentar convencer os jovens a se casarem e a se estabelecerem, ao tornarem tal conduta financeiramente possível ou até mesmo vantajosa. Levando em consideração essa convenção, a Corte (majoritariamente) pôde entender que o tio havia feito uma exigência implícita, uma exigência que poderia ter permanecido silente, porque a convenção social [por trás da promessa] era compreensível; e, de fato, a exigência talvez *devesse* permanecer em silêncio, com vistas a eliminar qualquer confirmação explícita do caráter comercial do casamento burguês. Essa dimensão implícita da convenção social (e a hipocrisia quanto à essa convenção) parece ter sido o elemento crucial na determinação do resultado em favor do sobrinho.

Um último exemplo acerca do uso das dimensões implícitas das relações contratuais, com o propósito de resolver questões básicas envolvendo a formação das obrigações, nos leva para fora da definição estrita de contratos. Nas situações em que nenhuma das partes pode, seriamente, afirmar que um acordo expresso foi celebrado, talvez porque as negociações ainda estejam em continuidade, o direito clássico insistia em que nenhuma obrigação contratual poderia ser suscitada. Qualquer pretensão contra a quebra de uma obrigação contratual, nessas circunstâncias, teve de ser apresentada por meio de doutrinas tais como a dos embargos de equidade [*equitable estoppel*]. Trata-se de uma construção jurídica que busca proibir que uma pessoa adote uma nova posição que contradiga uma anteriormente adotada por ela, seja por palavras, silêncio ou omissão, prejudicando terceiros que teriam pautado suas condutas na posição prévia, em razão de uma confiança equivocada e prejudicial [à parte que o apresenta] ou por meio da restituição dos benefícios conferidos. O direito clássico afastou as noções de contratos subentendidos ou de quase-contratos [*quasi-contracts*], porque tais medidas contradiziam sua insistência em escolhas expressas de acordos explícitos como fundação e justificação das obrigações contratuais. Ao deixar que o campo das negociações pré-contratuais fosse abordado pelas doutrinas dos embargos de equidade e da restituição, produziu-se a infeliz consequência de a argumentação jurídica falhar ao

dirigir sua atenção à fonte mais importante das pretensões de indenização, a saber, a existência (ou não) de uma compreensão implícita que tenha ensejado o surgimento de obrigações, como resultado de interações entre as partes da negociação.

A dimensão implícita das compreensões e expectativas mútuas pode ser inserida de volta na argumentação jurídica, mas com dificuldade. Nos embargos de equidade, a questão em saber se havia um acordo implícito ou uma compreensão tácita deverá ser tratada da mesma maneira que a questão da razoabilidade da confiança prejudicial [*detrimental reliance*].\* Nas ações de restituição, a investigação sobre a compreensão implícita é reduzida à questão que almeja determinar se os bens e serviços foram livremente aceitos. Tendo-se avaliado a intensidade com que o direito clássico, no que diz respeito à formação dos contratos, depende de referências não reconhecidas às dimensões implícitas das relações contratuais, tem-se que uma análise doutrinária das negociações pré-contratuais, que se afaste de qualquer referência a essas dimensões, se apresentará insatisfatória. O direito exige uma abertura cognitiva à presença de quaisquer obrigações contratuais. Embora o caminho doutrinário possa, igualmente, estar demasiadamente enraizado para ser subvertido, nosso argumento sugere que uma análise doutrinária voltada à existência de contratos subentendidos pode oferecer uma abordagem mais adequada ao campo das negociações pré-contratuais, que aprecie a significância das compreensões implícitas das partes no processo de estabelecimento de obrigações.

## **CONTEÚDO DAS OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS**

Nosso argumento central de que a argumentação jurídica voltada aos contratos deve atentar às dimensões implícitas das relações contratuais talvez seja menos controverso em relação à determinação, pelo direito, do conteúdo das obrigações contratuais. Em muitos casos, especialmente em casos recentes, o Judiciário reconheceu abertamente que, para se interpretar um documento escrito, deve-se examinar as dimensões implícitas da relação, isto é, a “matriz do fato”.<sup>13</sup> Semelhantemente, a inserção de cláusulas subentendidas nos contratos depende, frequentemente, de referências às expectativas e compreensões implícitas. As cláusulas subentendidas

realmente buscam por compreensões implícitas que tenham conduzido a expressão formal do contrato. As cláusulas subentendidas por referência aos costumes e práticas comerciais situam o contrato em seu contexto comercial corriqueiro, inserindo uma regra convencional ou uma expectativa daquele negócio ou comércio específico. As cláusulas subentendidas pelo direito representam uma generalização acerca das expectativas normais das partes, quando da elaboração de um tipo padronizado de acordo contratual. Nessas ocasiões, a argumentação jurídica restabelece o contexto que, supostamente, deveria ser excluído pela ênfase do direito clássico no contrato expresso.

Grande parte desses efeitos podem ser obtidos em outros sistemas jurídicos por meio do emprego de cláusulas gerais em seus códigos civis. As cláusulas gerais costumam ser apresentadas em linguagem normativa, tal como um princípio geral da boa-fé, ao qual as partes deverão se conformar. À primeira vista, a articulação de um princípio dessa natureza pode ser considerado uma imposição de ideais morais externos. Mas pensamos que essa seria uma compreensão equivocada acerca do funcionamento das cláusulas gerais. Embora os princípios gerais possam ser preenchidos com ideais morais da sociedade, as cláusulas gerais, em sua aplicação detalhada, inserem as compreensões e expectativas implícitas da comunidade epistêmica específica das partes nos compromissos contratuais vinculativos. Teubner exemplifica, de maneira persuasiva, que a cláusula da boa-fé presente no Código Civil alemão permite que o Judiciário insira costumes e convenções comerciais nos contratos expressos, modificando ou suplementando-os, por meio de referências àquilo que já era implícito nas relações comerciais.<sup>14</sup>

## Interpretação

Muitos dos artigos desse volume\* examinam o papel das expectativas implícitas na interpretação dos contratos. Sem que invadamos excessivamente os seus territórios, podemos afirmar sucintamente que em qualquer interpretação dos contratos, sejam eles contratos bilaterais descontínuos, contratos relacionais ou redes de contratos que formam uma organização produtiva, a argumentação jurídica deve atentar às dimensões implícitas da

relação, com vistas a fazer com que o acordo contratual expresso faça sentido. Em outras palavras, a opção por se ater ao sentido literal do contrato, a qual é descrita, por vezes, como formalismo,<sup>15</sup> não está, na realidade, conforme sustentáramos, disponível a não ser em alguns casos em que haja ambiguidade. Dessa forma, o “novo contextualismo”, associado aos julgamentos recentes de Lord Hoffman,<sup>16</sup> não é, conforme afirmamos, nada novo, mas apenas o reconhecimento explícito de um método jurídico para a interpretação que sofreu constantemente restrições. Há dois tipos de argumentos distintos que sustentam essa afirmação.

O primeiro argumento se vale da teoria do significado e do conceito de jogos de linguagem de Wittgenstein. É o mesmo argumento usado por Lon Fuller contra H. L. A. Hart no famoso debate sobre veículos no parque. O propósito da análise dos jogos de linguagem é o de que o significado das palavras dependa da forma como são empregadas nos diferentes tipos de exercício de comunicação. A questão é saber que tipo de jogo de linguagem está sendo representado por um contrato escrito. Podemos considerar o documento como um registro ou uma descrição de comprometimentos recíprocos entre as partes. Se for assim, a descrição deveria ser interpretada de acordo com a forma ordinária pela qual as palavras são empregadas, porquanto esse tipo de jogo de linguagem se vale de significados com o propósito de descrever. Assim, para controvérsias quanto à palavra “veículo”, deveremos nos valer do dicionário para resolver a disputa. Por outro lado, se compararmos o documento a um registro de instruções para cada parte, designado para assegurar um propósito tal como a conclusão de uma venda de bens, o jogo de linguagem se transforma em uma determinação do significado por meio da referência ao propósito. O significado de uma palavra como veículo depende da intenção, propósito ou expectativa das partes do contrato. Se as partes estiverem engajadas em uma transação para alugar um carro, a palavra veículo deveria ser interpretada como carro e nada mais. Fuller argumentou, de maneira convincente, que para fins de interpretação de leis, a última abordagem seria o jogo de linguagem apropriado. A mesma conclusão deveria ser aplicada à construção dos documentos contratuais, pois eles representam uma tentativa de autorregulação pelas partes. Mas, com vistas a empregar o jogo de linguagem

na análise do propósito das partes do contrato, torna-se essencial que o contrato formal seja colocado no contexto das compreensões implícitas que circundam o escopo e o objetivo do acordo. Portanto, o primeiro argumento insiste em que o significado somente pode ser corretamente atribuído a documentos contratuais por meio da referência à finalidade destes. Valer-se apenas do sentido literal, ou seja, das definições convencionais presentes nos dicionários, é compreender de maneira equivocada o jogo de linguagem ou o sistema de comunicação empregado em contratos escritos.

O segundo argumento, que sustenta a alegação de que a interpretação dos contratos requer referências às suas dimensões implícitas, é o de que uma observação cuidadosa da prática dos tribunais revela que eles [contratos], invariavelmente, se valem de referências às compreensões implícitas. Podemos rotular uma abordagem que pretenda fugir das dimensões implícitas como “abordagem literal”, uma vez que ela meramente analisa as palavras empregadas pelas partes nos documentos e nada mais. Uma abordagem que examine as compreensões implícitas poderia ser rotulada, em contrapartida, como uma abordagem das “intenções das partes”, já que ela reconhece que deve descobrir as intenções, a partir do contexto em que se deu a relação, assim como da análise do documento formal. O que encontramos em uma análise rigorosa da argumentação jurídica é que nenhuma das abordagens é empregada individualmente. Os juízes sempre invocam o outro método de interpretação como qualificador, ou talvez de maneira mais precisa, como um perigoso suplemento. Quando um juiz adota a abordagem literal, a definição das palavras pelo dicionário será restrita pela referência à absurdidade do resultado, que parece ser uma invocação das intenções presumidas das partes, com vistas a excluir certos significados. O método propositivo da interpretação estabelece limites ao significado por meio da referência aos limites convencionais do significado das palavras, os quais são determinados por um questionamento quanto ao sentido que um beneficiário razoável teria dado às palavras.

Essas limitações representam acréscimos perigosos porque, se levadas à sua conclusão lógica, cada limitador (i.e., o caráter absurdo ou razoável de um beneficiário) destruiria as bases fundamentais do método. Pode-se dizer então que um método literal que escolha entre os sentidos disponíveis

por meio da referência às intenções das partes culminará em uma abordagem propositiva. Semelhantemente, pode-se dizer que uma abordagem propositiva que pretenda acompanhar as intenções conjuntas das partes, mas posteriormente afaste possíveis intenções por meio da referência aos sentidos convencionais, culminará em uma abordagem literal.

A presença desses acréscimos perigosos, que exigem a utilização de diferentes jogos de linguagem para que se lide com eles, sugere que os tribunais, ao interpretarem um contrato, concluem que não deveriam isolar o documento formal escrito dos comprometimentos implícitos que surjam do contexto em que se deu a transação. O problema é apenas colocar as compreensões implícitas contra as explícitas; a compreensão explícita deve ser limitada pelas compreensões implícitas e vice-versa. Os métodos de interpretação dos contratos providenciam procedimentos ou argumentos para lidar com esse processo, mas nunca produzem um método para encerrá-lo. O significado dos comprometimentos explícitos deve depender dos comprometimentos implícitos, e os comprometimentos implícitos devem ser compreendidos por meio da referência aos comprometimentos explícitos.

Se essa análise “crítica” da prática da interpretação dos contratos parece muito apressada em relação ao vasto conhecimento judicial acerca do tema, pode ser interessante analisar alguns exemplos mais concretos acerca dos perigosos acréscimos que estão a acontecer. Por exemplo, os juízes usualmente iniciam o processo afirmando que sua tarefa é determinar a “intenção conjunta” das partes. O princípio de construção invoca uma abordagem propositiva que permite que as compreensões implícitas sejam incorporadas. Em seguida, dois movimentos são imediatamente realizados, os quais findam por mitigar a abordagem propositiva. O primeiro é a afirmação de que as intenções efetivas das partes, se não comunicadas, devem ser ignoradas – esta é a abordagem objetiva à interpretação, que concede prioridade aos comprometimentos explícitos, interpretados de acordo com os significados convencionais. O segundo é dizer que o tribunal deve descobrir as intenções conjuntas ou comuns, e uma vez que estas podem, igualmente, estar em contradição, cabe ao tribunal determinar as intenções a partir das palavras expressas no contrato, o que corresponde a uma reversão à interpretação literal.

Por outro lado, caso o juiz lance mão de uma análise do significado de um contrato, afirmando que sua tarefa é interpretar as palavras empregadas pelas partes no contrato, o que é a invocação de uma abordagem literal, nós, igualmente, encontramos dois movimentos semelhantes, desta vez com o propósito de reinserir a dimensão implícita. O primeiro movimento invoca a compreensão do homem razoável, familiarizado com o contexto:

O fato de que as palavras são capazes de uma aplicação literal não é um obstáculo à evidência que demonstra aquilo que uma pessoa razoável, com conhecimento do contexto, teria compreendido acerca do sentido pretendido pelas partes, mesmo que isso nos leve a dizer que eles empregaram as palavras erradas.<sup>17</sup>

O segundo movimento desconsidera “resultados não razoáveis” produzidos pelo sentido literal, estando a não razoabilidade dependente, por óbvio, de uma interpretação da compreensão implícita:

O fato de que uma construção específica conduza a um resultado assaz desarrazoado deve ser algo a ser seriamente considerado. Quanto mais desarrazoado for o resultado, menos provável será que as partes o tenham pretendido, e caso elas efetivamente o tenham pretendido, ainda mais imperiosa é a necessidade de elas terem expressado essa intenção de maneira excessivamente clara.<sup>18</sup>

Se qualquer um desses argumentos para afirmar que o processo de interpretação dos documentos contratuais formais necessariamente depende das dimensões implícitas dos contratos for correto, teremos estabelecido que a argumentação jurídica não pode evitar a referência às dimensões implícitas dos contratos, para fins de construção dos contratos formais. Um tribunal, caso tivesse por objetivo evitar as dimensões implícitas, teria ou que compreender de maneira equivocada o jogo de linguagem da autorregulação por meio dos documentos contratuais, ou se afastar das práticas normais de interpretação em que a abordagem literal é sempre acoplada aos perigosos acréscimos da interpretação propositiva.

## Contratos preliminares

Tendo em vista o posicionamento de que as dimensões implícitas dos relacionamentos contratuais proporcionam um ingrediente essencial à interpretação dos contratos, surge uma questão ainda mais intrincada para ser enfrentada pela argumentação jurídica no âmbito dos contratos escritos: Qual é o grau de importância que deveríamos atribuir a um contrato escrito, i.e., aos documentos de planejamento, ou àquilo que Macaulay chama de “minutas”?<sup>19</sup> Até que ponto o reconhecimento das dimensões implícitas dos relacionamentos contratuais reduz a importância dos contratos preliminares na análise jurídica sobre o conteúdo das obrigações contratuais?

O contrato escrito é usualmente elaborado por advogados, em nome das partes de uma dada transação. Ele serve à função comprobatória de registro dos aspectos explicitamente negociados no acordo. Também presta uma função preventiva, no sentido de que as partes podem ser induzidas a refletir cuidadosamente quanto a seus comprometimentos, antes de assinar. Mas as partes do contrato já terão concordado com esses elementos da transação, ao menos quanto a seus contornos. O que o documento contratual formal acrescenta à transação, e as partes podem não ter discutido em qualquer detalhe, é a alocação de riscos, juntamente com a especificação dos remédios a serem empregados no caso de quebra contratual. Em outras palavras, o que o advogado costuma acrescentar à transação é um planejamento detalhado em relação às contingências e remédios pela quebra contratual. A identificação do contrato formal como um documento de planejamento abre a possibilidade para duas fontes de divergência entre as cláusulas expressas e as compreensões implícitas.

A primeira fonte potencial de divergência diz respeito às obrigações ou comprometimentos primários constantes do contrato. O contrato formal registra os principais elementos da transação econômica proposta, tal como o preço e os bens ou serviços requeridos. Mas é improvável que o contrato formal registre todos os detalhes das expectativas das partes referentes à transação. O direito pode, usualmente, inserir essas expectativas por meio de cláusulas subentendidas pelos fatos; sem tal cláusula, o contrato careceria de eficácia negocial. Na venda de um carro específico, o contrato formal registra o preço e descreve o carro, mas é improvável



que o documento formal especifique de maneira explícita que o vendedor deveria também entregar ao menos um conjunto de chaves para o carro. Sem uma obrigação desse tipo, a transação perde seu propósito econômico; poucas pessoas compram um carro apenas para observá-lo de fora, sem a intenção de dirigi-lo. O direito pode entender a obrigação de entregar um conjunto de chaves como uma cláusula inserida, ainda que não explicitamente.

Para além de casos simples como esse, contudo, o contrato formal pode não registrar explicitamente outros tipos de convenções ou expectativas que ao menos uma das partes pressupõe ao participar do acordo econômico. Como em *Sagar vs. Ridehalgh and Son Ltd*,<sup>20</sup> um empregador pode contratar um empregado para produzir bens com base em um contrato de empreitada, presumindo que a prática de o empregador se recusar a pagar por bens defeituosos se aplica à transação, sem que, contudo, essa regra seja registrada no contrato formal ou comunicada ao trabalhador. Se o trabalhador contestar as deduções em seus pagamentos, em razão das peças defeituosas, qual versão da transação econômica deverá ser aplicada: a compreensão implícita do empregador ou o acordo formal? Neste caso, a transação possui eficácia negocial em qualquer das versões. Sendo assim, torna-se necessário adotar um método diferente de raciocínio para se resolver a questão. O sistema jurídico pode tanto se recusar a ir além do acordo formal como pode tentar situar o contrato no contexto ou na prática social. Se a última hipótese for escolhida, o direito enfrenta as dificuldades de descobrir de maneira precisa a prática e decidir se ela pode ou não ser empregada para modificar o contato expresso.

A segunda fonte potencial de divergência entre o contrato preliminar e as compreensões implícitas das partes reside nas cláusulas que disciplinam a alocação de risco e os recursos. Aqui, parece ser muito menos provável que as partes terão considerado, ativa e detalhadamente, essas questões. Ao deliberarem sobre a transação, elas se concentram em questões tais como o preço e a qualidade, e não no que ocorrerá se as coisas não saírem como foi planejado. Poderemos, então, observar uma divergência entre o que o contrato formal afirma que deveria acontecer, caso ocorra alguma contingência, e aquilo que as partes efetivamente esperam que aconteça,

se esta contingência vier a ocorrer. Por exemplo, o contrato formal pode, de maneira precisa, alocar ao vendedor todo o risco da entrega atrasada de bens, de forma que o comprador tenha o direito de rescindir o contrato no momento em que houver atraso. A expectativa do vendedor e do comprador, contudo, pode ser a de que se conceda alguma margem de negociação, de que algumas contingências possam oferecer um pretexto [para o atraso], ou de que a obrigação do vendedor está restrita ao pagamento de uma compensação por qualquer redução de confiança (na forma de uma redução de preço). Neste caso, a divergência entre o contrato formal e as expectativas implícitas surge porque as partes do contrato não garantiram que o documento formal (nas “letras miúdas” situadas ao final do contrato e escritas em jargão jurídico, e.g. o cumprimento do prazo é essencial [*time is of essence*]) correspondesse precisamente às suas expectativas, justamente porque as partes não esperavam que surgissem problemas. As partes também podem ter a expectativa implícita, e isso talvez seja mais significativo, de que nenhuma delas se valeria, em nenhum caso, das letras miúdas do contrato. Em vez disso, buscariam, conjuntamente, alcançar uma solução satisfatória. Um exemplo desse tipo de comportamento é encontrado em *Mitchell (George) (Chesterhall) Ltd vs. Finney Lock Seeds Ltd*,<sup>21</sup> no qual se descobriu que, ao negociar com seus clientes habituais, o comerciante de sementes raramente insistia na cláusula de limitação.\* Aqui, o problema da divergência não é simplesmente o fato de o documento de planejamento não registrar de maneira precisa todas as expectativas das partes, e sim o de este inserir efetivamente previsões com as quais as partes não haviam realmente concordado, apesar de suas assinaturas formais constarem do documento.

Essas duas fontes potenciais de divergência entre o contrato preliminar e as compreensões implícitas das partes apresentam, portanto, dois problemas distintos ao sistema jurídico. No primeiro caso, os documentos de planejamento estão incompletos em suas especificações quanto às obrigações das partes. O problema está em verificar se o contrato formal deve ou não sofrer acréscimos e, caso a resposta seja positiva, cumpre indagar quais outros tipos de fontes de obrigações poderão servir como referência. Na última hipótese, os contratos preliminares são imprecisos na forma

como expressam as obrigações. O problema, agora, é saber se o contrato formal deve ou não ser *modificado* ou *cancelado*, e caso a resposta seja positiva, cumpre indagar que fontes de compreensão implícita poderão servir como referência.

Em resposta a esses dois tipos de problema, dentre os advogados há sempre um posicionamento favorável à priorização dos contratos preliminares, reduzindo a importância de quaisquer compreensões implícitas. Em favor dessa atitude, podemos dizer que esses acordos prévios providenciam uma diretriz relativamente clara quanto ao conteúdo das obrigações atribuídas às partes, e isso facilita a resolução da contenda. Ademais, se o direito não considera outras evidências acerca do conteúdo das obrigações, ele providencia um incentivo para as partes expressarem [no contrato] o que pretendem, com vistas a evitar discordâncias no futuro. No longo prazo, essa política pode não apenas evitar os custos das disputas, mas também conduzir a transações mais eficientes, no sentido de que, como resultado da pormenorização dos detalhes da transação, o preço poderá refletir de maneira mais precisa o valor do negócio.

Um argumento mais controverso em favor da atribuição de um papel exclusivo aos documentos de planejamento na determinação das obrigações contratuais é aquele que insiste no fato de que o propósito do direito não é fazer cumprir as intenções ou expectativas das partes, e sim fazer com que seja cumprida a autorregulação estabelecida pelas partes, a qual está presente nos contratos preliminares. Este argumento é possivelmente sustentado pela abordagem “objetiva” do *common law* à determinação da existência e conteúdo das obrigações contratuais; não é a intenção das partes que importa, e sim como uma pessoa razoável interpretaria as palavras e suas condutas. Uma pessoa razoável, se argumentaria, pode atribuir um peso significativo ao contrato preliminar, mas poderia não atribuir muita importância às intenções não explicitadas pela outra parte, o que seria extremamente razoável. E uma abordagem objetiva afasta a possibilidade de se levar em consideração as expectativas e compreensões não explicitadas de uma das partes. A abordagem objetiva à interpretação dos contratos tende a proteger mais a confiança razoável [*reasonable reliance*] do que as intenções conjuntas das partes. Ao se enfatizar o papel do direito contratual

como incentivo à autorregulação por meio dos contratos preliminares, enfatiza-se igualmente a proteção à confiança razoável às custas da vontade das partes.

Podemos apresentar diversos motivos que contrariam essas considerações. Em primeiro lugar, a imposição às partes de registrar nas transações comerciais tudo de maneira detalhada em seus documentos de planejamento aumenta os custos de participação nas transações. Em segundo lugar, devemos questionar se as partes têm competência para verificar se o documento de planejamento reflete precisamente suas expectativas em todos os aspectos, uma vez que nesses documentos se usa uma terminologia jurídica e técnica. As partes podem até mesmo ter que contratar outro advogado para verificar se os seus advogados expressaram suas intenções de maneira precisa nos contratos preliminares, o que acrescenta custos à transação (caso fosse possível verificar se os documentos refletem todas as intenções das partes). Em terceiro lugar, devemos questionar se até mesmo o mais talentoso elaborador de contratos seria capaz de reduzir a sutileza de algumas expectativas implícitas em palavras ou em uma regra disciplinadora da transação. É sempre provável que haja um problema cujas cláusulas expressas sejam muito “ásperas”, no sentido de que as disposições referentes a uma contingência, embora sejam completas no que diz respeito ao equacionamento do problema, não reflitam apropriadamente todas as circunstâncias. Assim sendo, a pressão sobre as partes, para aumentar a complexidade dos documentos de planejamento, nunca eliminará completamente as divergências indesejadas das compreensões implícitas. Em quarto lugar, se um objetivo geral do direito contratual for assegurar o cumprimento do acordo alcançado pelas partes, não poderemos ignorar as evidências quanto ao conteúdo do acordo simplesmente porque estas não foram formalmente registradas. Pode ser apropriado, em alguns casos, ignorar outras evidências se, por exemplo, as partes tiverem concordado que o documento escrito representa o acordo a que se chegou. Mas tais declarações intencionais indicam um estado de espírito peculiar, que é improvável que esteja presente em grande parte das transações. Em quinto lugar, os contratos providenciam um mecanismo especial, por meio do qual as partes podem aumentar e qualificar as obrigações devidas a terceiros,

muito embora essas obrigações estejam sempre situadas nos parâmetros adjacentes das obrigações que são pressupostas na transação. Por exemplo, uma venda pressupõe um sistema de propriedade dos bens, e um contrato para desempenhar um serviço pressupõe a existência de deveres recíprocos de cuidado. Na ausência de um conhecimento profissional do direito, as partes da transação não estabelecerão distinções agudas entre as obrigações adjacentes, que ensejam uma sanção legal, das que representam meras convenções sociais. Levando em conta que o direito das obrigações deveria objetivar a proteção do mecanismo de confiança na prudência, é importante levar em consideração as outras obrigações quando da determinação do escopo das obrigações contratuais. Ao avaliar os contratos preliminares isoladamente, como se fossem o elemento determinante das obrigações, corre-se o risco de ignorar esses parâmetros paralelos às obrigações e suas implicações para a compreensão dos comprometimentos contratuais efetivos das partes.

Esses argumentos favoráveis e contrários à atribuição de importância aos documentos de planejamento não produzem um resultado conclusivo. Em vez disso, nossa conclusão é de que a importância que deveria ser atribuída ao registro escrito ou à minuta deve depender, em termos finais, do contexto e das compreensões implícitas que envolvem a transação. De um extremo, podemos encontrar uma transação financeira complexa envolvendo um empréstimo e sua respectiva fiança, na qual os documentos pretendem descrever exaustivamente as obrigações, a alocação de riscos e os remédios disponíveis, finalizando tudo isso com uma cláusula de “acordo completo” [“*entire agreement*”].\*\* Neste contexto, os argumentos favoráveis às compreensões e expectativas implícitas podem ser considerados fracos, embora não sejam necessária e plenamente excluídos (e.g. “embargos por convenção”,\*\*\* interpretação dos termos técnicos). De outro extremo, o documento pode ser sucinto, não pretendendo ser um exemplo de autorregulamentação extensiva, e o contexto pode ser um parâmetro comercial frequente entre as partes no mesmo tipo de negócio. Nesses casos, parece haver uma tendência irresistível para o reconhecimento jurídico das dimensões implícitas do contrato a serem descobertas nos costumes comerciais e nos parâmetros negociais adotados pelas partes. A diferença

entre esses contextos reside, em termos finais, nas dimensões implícitas do relacionamento contratual. Podemos dizer, por conseguinte, que, no primeiro contexto, há um contrato implícito de que o documento de planejamento deverá ter importância fundamental; já no último contexto, a compreensão implícita, ao contrário, é a de que a minuta é meramente um memorando incompleto acerca de uma transação que é construída, em termos mais amplos, com base em expectativas implícitas. Nesse último contexto, deveríamos também concluir que não se deve atribuir muita importância às cláusulas constantes do contrato preliminar, que tenham sido produzidas por advogados, sem que houvesse uma diretriz explícita de seus clientes, uma vez que, se tivéssemos que fazê-lo, acabaríamos julgando a qualidade dos advogados e não privilegiando a transação acordada entre as partes.

## REMÉDIOS

Para completar o mapeamento preliminar sobre o papel necessário desempenhado pelas dimensões implícitas das relações contratuais na argumentação jurídica, finalmente, nós nos voltamos à parte da doutrina jurídica referente aos remédios empregados em caso de quebra do contrato. O elemento mais importante desses remédios é que eles normalmente não insistem no desempenho das obrigações primárias previstas no contrato. Deixando de lado o caso peculiar da dívida, a aplicação literal das obrigações primárias é um remédio não usual, disponível apenas quando o remédio comum do pagamento de uma compensação ou a expectativa de uma indenização, quando o requerente tem o “dever” de mitigar o seu dano, é considerado inadequado. A explicação dessa preferência por uma indenização compensatória é que, entre partes de boa-fé, o propósito de proporcionar um remédio não é aquele evidente da defesa unilateral dos direitos do requerente,<sup>22</sup> previstos no contrato, e sim um propósito implícito, de cooperação, para lidar com os efeitos da quebra contratual, de acordo com o “princípio da minimização do custo-conjunto” [*“the principle of joint-cost minimisation”*].<sup>23</sup> O direito, ao transferir a sua preocupação do dever de desempenhar as obrigações primárias para a obrigação secundária de proporcionar um remédio, concede ao réu a oportunidade

de escolher entre as diversas formas de satisfação das expectativas do requerente, e ele escolherá, normalmente, a mais barata. Mas, e esse é o ponto crucial que gostaríamos de enfatizar, isso somente poderá funcionar se houver uma dimensão implícita de cooperação pelo requerente, ao tratar da quebra contratual.

Tendo em vista que já discutimos, detidamente, em outra oportunidade,<sup>24</sup> a maneira pela qual as regras referentes aos remédios dão efetividade à cooperação, abordaremos aqui apenas as duas doutrinas jurídicas que possuem um papel particularmente importante na inserção de considerações acerca da dimensão implícita de cooperação, quando do tratamento da questão da quebra contratual. A primeira corresponde ao dever de mitigar o prejuízo. A minimização conjunta de custos funciona porque as regras de mitigação concedem ao requerente um grande incentivo para adotar medidas razoáveis para minimizar o seu prejuízo, porquanto o fracasso em fazê-lo resultará na negativa do Judiciário em conceder a compensação para aqueles prejuízos evitáveis, mas não evitados e, conseqüentemente, excessivos. A questão referente à determinação daquilo que seria uma medida razoável, em nosso entendimento, depende das compreensões implícitas e das convenções comerciais. Quanto a este ponto, temos à disposição um estudo da autoria de Beale e Dugdale sobre o que é considerado, em um dado tipo de negócio, medida razoável ou convenção implícita das relações contratuais, no que diz respeito à quebra do contrato.<sup>25</sup> Um problema comum era a quebra do contrato por atraso. Na citação a seguir, inserimos números, entre parêntesis, de forma que esses itens auxiliem a discussão:

... o comprador tem, igualmente, direito à indenização por prejuízos indiretos ocasionados pela demora na entrega, mas parece que tais prejuízos indiretos raramente eram reivindicados e quase nunca pagos (...) A razão para essa posição geral não parece ser a dificuldade em reivindicar tais prejuízos (...) Talvez a situação fosse ocasionada pela interação de fatos e práticas comerciais. Por um lado (1), esperava-se que os compradores se resguardassem contra o atraso, planejando itinerários, de forma que as mercadorias poderiam atrasar sem, contudo, causar

prejuízo; por outro lado (2), os vendedores estavam vinculados a uma “lei não escrita”, segundo a qual o comprador deveria ser notificado, com antecedência, sobre um provável atraso, de forma a permitir que o comprador alterasse seu itinerário (apenas um contrato exigia isso). Caso isso não consiga resolver o problema, o comprador poderá, também, adotar (3) fontes alternativas de fornecimento ou (4) ser capaz de empregar outros materiais. Mesmo que o comprador tivesse sofrido um prejuízo, (5) geralmente se reconhecia que o vendedor não deveria ser responsabilizado por atrasos pelos quais não tinha culpa, e pareceu ter-se como visão geral o fato de que (6) era muito mais seguro recusar qualquer reivindicação por prejuízos indiretos, em razão do medo de se criar um precedente. Finalmente (7), em alguns casos, não seria possível reivindicar indenização por prejuízos indiretos mais sérios, de um pequeno produtor, sem o risco de levá-lo à falência. Assim, embora em alguns poucos casos houvesse espaço potencial para apresentar uma reivindicação, era praticamente imprevisível que tal reivindicação fosse paga.<sup>26</sup>

Beale e Dugdale descreveram uma série de respostas ao atraso no desempenho [de uma obrigação] que se compara, em termos funcionais, sob alguns aspectos, aos remédios jurídicos formais, mas, em outros, depende de compreensões implícitas que demandem cooperação de acordo com convenções implícitas. Os estágios (5) e (6) representam compreensões e expectativas implícitas, que podem modificar o acordo expresso e, certamente, se apartar dos direitos estritamente expressos [no contrato]. Os estágios (1), (2), (3) e (4) parecem ser equivalentes à posição em que as partes quedariam desamparadas pela aplicação da regra da mitigação combinada com a indisponibilidade do cumprimento de uma obrigação específica, a não ser que o conceito de medidas razoáveis para minimizar os prejuízos fosse preenchido de maneira mais definida pela “lei não escrita” do comércio. A limitação subsequente ao ajuizamento de uma ação [de indenização], representada pelo estágio (7), a saber, o perigo de



conduzir o réu à falência, é um limite formal, de certa forma, à elaboração dos contratos (considera-se aqui como regras formais [que serão limitadas] aquelas referentes à insolvência), e também é uma compreensão implícita acerca dos limites aos comprometimentos contratuais, independentemente dos termos expressos no contrato. Quando um juiz tem que decidir a questão que envolve a determinação da violação ou não, pelo requerente, do dever de mitigar o prejuízo, ele leva em consideração todos esses fatores sob o princípio da razoabilidade, concedendo ao requerente uma margem de discricionariedade condicionada pela aplicação das convenções implícitas presentes nas circunstâncias [do contrato e da quebra contratual].

A segunda técnica para a inserção de compreensões implícitas na determinação dos remédios é a doutrina da “distância dos prejuízos”.<sup>27</sup> O juiz responde a questão acerca da responsabilidade do réu pelos prejuízos causados ao requerente, por meio da doutrina da distância. É estabelecida uma linha divisória na quantificação da reparação, de forma que alguns prejuízos decorrentes da quebra do contrato sejam considerados excessivamente remotos para serem reparados. Esse resultado pode ser reafirmado na linguagem do risco: o réu não aceita o risco de certos tipos de prejuízo. Se o contrato não prever expressamente o risco sendo levado em consideração, o juiz deverá inferir a alocação do risco a partir de outro material. Para nós, esse contexto é um aspecto das dimensões implícitas do contrato.

As tentativas de elucidar o sentido da doutrina da distância e, especificamente, da frase “contemplação razoável”, por meio de especulações abstratas acerca do sentido literal das palavras, produziram uma logomquia sem sentido nos precedentes.<sup>28</sup> Uma justificativa mais clara para os limites à reparação pode ser produzida por meio da referência às compreensões e expectativas implícitas das partes, que possam ter se desenvolvido a partir de um caminho tomado pelas negociações ou terem sido estabelecidas por práticas comerciais usuais.<sup>29</sup> Por exemplo, quando um distribuidor atrasa a entrega de mercadorias para um mercado no qual elas serão vendidas, a compreensão implícita pode ser a de que o distribuidor deveria arcar com os riscos de uma queda do preço de mercado daquelas mercadorias, uma vez demonstrado que o distribuidor estava consciente de que

a mercadoria seria revendida em um mercado. Saber se isso representa ou não o entendimento presente no negócio de distribuição é, em princípio, uma questão factual que poderia ser explorada pelos tribunais por meio da avaliação das práticas compensatórias corriqueiras. Pode ser que os advogados que atuem nos tribunais superiores tenham obtido, por si sós, experiência quanto a esses comércios por meio da prática obtida em litígios e acordos [judiciais], tomando conhecimento das compreensões implícitas relevantes. Na ausência desse tipo de conhecimento, o problema não pode ser resolvido por meio do recurso aos parâmetros gerais de equidade ou semelhantes, uma vez que, na alocação de riscos em contratos comerciais, a pedra de toque não é a equidade e sim a alocação eficiente dos riscos seguráveis. Seria melhor que os tribunais descobrissem evidências quanto à prática comercial, talvez reveladas nos contratos de seguro, com vistas a determinar a aplicação de limitações à reparação de prejuízos.

Muitos contratos formais possuem disposições explícitas sobre os remédios contratuais. Isso ocorre, usualmente, por meio de dispositivos que tratam de depósitos, fianças, multas contratuais e cláusulas de limitação. Embora esses remédios pactuados sejam legalmente válidos, os tribunais possuem amplos poderes para controlar o exercício dos remédios contratuais, com base em parâmetros, tais como a razoabilidade e a abusividade do contrato. A fim de exercer tais poderes indeterminados e justificar a sua aplicação, os tribunais parecem se valer, de maneira considerável, das investigações sobre as dimensões implícitas dos contratos, isto é, das compreensões e expectativas implícitas das partes. Por exemplo, em *Mitchell (George) (Chesterhall) Ltd vs. Finney Lock Seeds*,<sup>30</sup> quando os comerciantes de sementes forneceram ao fazendeiro o tipo errado de sementes e buscaram se fiar em uma cláusula de limitação dos prejuízos para contestar uma ação de perdas e danos, o tribunal considerou a cláusula de limitação abusiva e injusta. A House of Lords invalidou a cláusula de limitação devido, em parte, ao fato de que a admissão, por parte do comerciante de sementes, de que ele nem sempre insistia na forma padrão de cláusula de limitação, sugeria que a compreensão implícita do negócio era a de que os réus limitariam a reparação à luz de circunstâncias tais

como o grau de culpa dos réus e do reconhecimento ou não do requerente como um cliente valioso, mas não na extensão dada pela cláusula de limitação [presente no contrato]. Sugerimos que referências semelhantes às dimensões implícitas das relações contratuais desempenhem um papel vital em outros casos de controle judicial dos remédios presentes nos contratos. Uma penalidade será “razoável” caso esteja em conformidade com as práticas comerciais. Uma cláusula prevendo uma multa contratual não será uma penalidade inválida caso produza resultados que estejam em conformidade com as expectativas razoáveis das partes acerca do grau apropriado de reparação. A técnica para conduzir os tribunais a reconhecer essas compreensões implícitas é a exigência jurídica para que a estimativa contratual do prejuízo possa ser considerada “genuína”.

### **JUSTIFICATIVA PARA A INCORPORAÇÃO DAS DIMENSÕES IMPLÍCITAS**

Nossa discussão acerca da formação, do conteúdo e dos remédios foi conduzida em direção à identificação das técnicas empregadas pela argumentação jurídica, para a inserção das dimensões implícitas das relações contratuais em suas decisões. Embora o direito clássico, ostensivamente, evite essas dimensões implícitas, demonstramos diversas situações em que, de maneira mais ou menos encoberta, as dimensões implícitas desempenharam um papel crucial na argumentação jurídica. Destacamos que, por vezes, a argumentação jurídica toma conhecimento do quão subversivo pode ser o reconhecimento judicial das dimensões implícitas à ortodoxia clássica. Acrescentamos, contudo, que nesses mesmos casos, o processo judicial não poderia excluir as dimensões implícitas das relações contratuais sem que incidisse em decisões injustificadas ou até mesmo incoerentes. Ao ressaltar o papel significativo desempenhado pelas dimensões implícitas das relações contratuais na argumentação jurídica, abordamos, de maneira sucinta, se essa prática é desejável do ponto de vista jurídico. A questão a ser efetivamente abordada refere-se à necessidade ou não de o Judiciário ser encorajado a empregar uma argumentação jurídica que, de maneira consciente e explícita, insira as dimensões implícitas das relações contratuais em suas decisões proferidas em casos de disputa contratual.

Como uma questão de princípios, argumenta-se que o Judiciário reluta, corretamente, em reescrever os contratos de acordo com a forma que ele reputaria mais razoável, ou que satisfizesse aquilo que possa ser considerado uma expectativa razoável, que não foi protegida por um acordo contratual expresso. O Judiciário não deveria exercer tais poderes, porque ele interfere na liberdade de contratar. E a liberdade de contratar, em geral, aumenta a utilidade dos contratos como mecanismo de desenvolvimento do bem-estar. As razões pelas quais rejeitamos esse argumento pautado em uma questão de princípios são: em primeiro lugar, porque a utilização, única e exclusiva, das cláusulas expressas do contrato não é uma alternativa prática; em segundo, o argumento, como sustenta o princípio da liberdade contratual, de que, caso o trabalho do direito seja fazer cumprir o acordo celebrado entre as partes, essa tarefa somente poderá ser cumprida se o “acordo real” for levado em consideração, o que não significa necessariamente a mesma coisa que o contrato escrito. Ainda que se admita que esse respeito à liberdade de contratar apresente supostas consequências utilitaristas desejáveis, ou assegure ao menos o respeito aos direitos individuais, isso não implicará, no nosso ponto de vista, uma necessidade de a argumentação jurídica evitar referências às dimensões implícitas das relações contratuais. Pelo contrário. Ao incorporar as dimensões implícitas na análise jurídica, ao recontextualizar o direito privado, o sistema jurídico poderá alcançar uma capacidade maior para assegurar a liberdade de contratar e os benefícios decorrentes.

Não nos comprometemos, contudo, com o ponto de vista segundo o qual o direito contratual deveria ser disciplinado por uma versão de eficiência que aloca a liberdade de contratar em um pedestal. Em muitos contratos, a necessidade de cooperação e adaptação, com vistas a obter uma produção eficiente e competitividade, poderá apenas ser alcançada por meio de contratos que estejam incompletos em seus projetos, mas sejam suplementados por obrigações implícitas de cooperação e de proteção às expectativas razoáveis. Esses tipos de contrato de longo-prazo, relacionais e de interação, demandam, de tempos em tempos, uma sustentação jurídica que os proteja de contratempos, e a sustentação deve exigir o reconhecimento de efeitos jurídicos às obrigações implícitas, caso isso ajude as partes a assegurarem os ganhos de eficiência de suas transações.

As considerações pragmáticas sobre custos e benefícios da prática de incorporação das dimensões implícitas das relações contratuais devem ser analisadas, assim como ocorreu com os argumentos pautados em princípios. A principal razão pragmática para desencorajar o Judiciário a aplicar as dimensões implícitas dos contratos é que ele não possui acesso imediato à informação que pode determinar quais poderiam ter sido as expectativas e compreensões implícitas. Essa informação só pode ser descoberta a partir de evidências conflituosas e de segunda mão, quanto às vontades das partes, ou por meio de investigações sobre os costumes comerciais que podem ser incertos e disformes. Em vez de embarcar nessa pesquisa especulativa, seria mais aconselhável ao Judiciário ater-se à letra do contrato e enviar um aviso ao mercado de que as partes deveriam proteger os seus próprios interesses, de maneira mais cuidadosa, no momento da elaboração dos contratos. Essa consciência quanto à possibilidade e até probabilidade de um “equivoco radical por parte do Judiciário”<sup>31</sup> tem se tornado o fundamento de uma forte e renovada defesa do formalismo na interpretação dos contratos.<sup>32</sup> Um aviso dessa natureza não será apenas ineficaz em muitos contextos, como nos contratos padrão de consumo e nos contratos de emprego, mas também será mais difícil para o formalismo, mesmo aceitando que esse possa ser apresentado de formas mais bem elaboradas,<sup>33</sup> evitar sua dependência a algum tipo de ideia segundo a qual exista um sentido literal disponível das palavras constantes de um dado contrato, é uma possibilidade que buscamos negar. Não se está a assegurar, certamente, uma apreciação judicial correta acerca das dimensões implícitas, mas a opção de ignorar aquelas dimensões e limitar a atenção aos termos expressos de um contrato escrito parece ser destinada a assegurar alguns equívocos judiciais sobre o acordo comercial que as partes efetivamente pretendiam. Esses argumentos em relação ao pragmatismo são analisados em maiores detalhes em um artigo de Stewart Macaulay.\* Sendo assim, eles não serão desenvolvidos neste capítulo.

Defendemos, por conseguinte, a proposição de que o Judiciário deveria incorporar o exame das dimensões implícitas das relações contratuais, por duas razões: não há um método alternativo inteligível de argumentação jurídica, e mesmo que houvesse, a prática ainda assim seria justificada,

submetida apenas às considerações práticas de custo, com fundamento na maximização de bem-estar, eficiência e respeito pelos direitos dos indivíduos. Temos consciência de que muitas questões foram deixadas sem resposta. Quão determinada é a noção das dimensões implícitas dos contratos? Por vezes, mencionamos os costumes comerciais como exemplos de dimensões implícitas dos contratos, mas, em outras, nos referimos ao contexto social integral, por trás de um contrato, incluindo convenções acerca do significado da linguagem, como a dimensão implícita das relações contratuais. Outra questão é saber como analisar, da melhor maneira possível, as dimensões implícitas. Faz diferença acompanhar a análise econômica para tentar explicar a presença destas como contratos adicionais (contratos implícitos), ou essa análise retira do contexto social aquilo que o torna social? Outro problema é saber como a argumentação jurídica pode descobrir as dimensões implícitas dos contratos. A argumentação jurídica funciona melhor com evidências e fatos comprovados, mas a incorporação de dimensões implícitas dos contratos requer uma confiança em presunções não ditas, nas “leis não escritas” do mercado, e sinais que adquirem seu significado por meio de hábitos e convenções não registrados. Em certa medida, essas questões são abordadas nos artigos seguintes deste livro,\*\* mas não há dúvida de que o conjunto de pesquisas sobre o tema deixa em aberto muitas questões que deverão ser discutidas em outras ocasiões.

## NOTAS

**1** M. Weber, *Critique of Stammer* (New York, The Free Press, 1977) 109, I. R. Macneil, *The New Social Contract* (New Haven, Yale University Press, 1980) 1.

**2** Y. Ben-Porath, “The F-connection: Families, Friends and Firms and the Organization of Exchange” (1980) 6 *Population Development Review* 1.

**3** A. Supiot, “The Dogmatic Foundations of the Market” (2000) 29 *Industrial Law Journal* 321, 324.

**4** V. Goldberg, *Readings in the Economics of Contract Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 1989).

**5** D. Campbell e D. Harris, “Flexibility in Long-term Contractual Relationships: The Role of Co-operation” (1993) 20 *Journal of Law and Society*, 166, 173.

**6** G. W. F. Hegel, *Philosophy of Right* (Oxford, Oxford University Press, 1956), p. 182-229.

**7** Para uma explicação quanto ao uso desse termo, empregado por Jacques Derrida, em conexão com o Direito Contratual, vide H. Collins, “The Decline of Privacy in Private Law” (1987) 14 *Journal of Law and Society* 91.

**8** Sobre as estratégias que o direito clássico empregou em sua tentativa de controlar as implicações desse suplemento perigoso, vide D. Campbell, “The Undeath of Contract: A Study in the Degeneration of a Research Programme” (1992), 22 *The Hong Kong Law Journal* 20. Ian Macneil tem sustentado, há muito, que o direito efetivamente empregado na prática e efetivamente imaginado por acadêmicos de renome é “neo-clássico”, em vez de clássico: I. R. Macneil, “Contracts: Adjustment of Long-term Economic Relations Under Classical, Neo-Classical and Relational Contract Law” (1978) 72 *Northwestern University Law Review* 854.

**9** Lord Steyn, “Contract Law and the Reasonable Expectations of Honest Men” (1997) 113 *Law Quarterly Review* 433.

**10** Justice Blackburn, *Smith vs. Hughes* (1871) LR 6 QB 597.

**11** [1951] 2 KB 215, CA.

**12** (1860) 9 CBNS 159.

\* *Detrimental reliance* é um princípio jurídico que impede que a parte se negue a cumprir um determinado fato – a existência de um acordo – em razão da conduta prévia desta. (N. T.)

**13** Lord Wilberforce, *Reardon Smith Line Ltd vs. Hansen-Tagen* (1976) 1 WLR 989, HL.

**14** G. Teubner, “Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences” (1998) 61 *Modern Law Review* 11, 25.

\* O autor se refere à obra da qual foi retirado este texto, a saber, *Implicit dimensions of contract: discrete, relational, and network contracts. International studies in the theory of private Law* (Oxford: Hart Publishing, 2003). (N. T.)

**15** Ver artigo de Macaulay, neste volume. (O autor se refere ao volume do qual foi retirado este texto, cujo título é *The Real Deal and the Paper Deal: Empirical Pictures, Complexity, and the Urge for the Magic of Transparent, Simple Rules*. [N. T.]).

**16** *Investors Compensation Scheme Ltd. vs. West Bromwich Building Society* [1998] 1 WLR 896, H; *Mannai Investments Co. Ltd. vs. Eagle Star Life Assurance Co* [1997] AC 749, HL; ver artigo de Brownsword neste volume. (O autor se refere ao livro do qual foi retirado este texto, cujo título é *After Investors: Interpretation, Expectation and the Implicit Ethic of Contract*. [N. T.]).

**17** Lord Hoffmann, *Mannai Investments Co Ltd vs. Eagle Star Life Assurance Co* [1997], AC 749,779.

**18** Lord Reid, *Wickman Machine Tools Sales Ltd. vs. L. Schuler AG* [1974] AC 235, 251.

**19** Ver artigo de Macaulay, neste volume. (O autor se refere ao livro do qual foi retirado este texto, cujo título é *The Real Deal and the Paper Deal: Empirical Pictures, Complexity, and the Urge for the Magic of Transparent, Simple Rules*. [N. T.]).

**20** [1930] 2 Ch. 117.



**21** [1983] 2 AC 803.

\* Essa cláusula estabelece um limite monetário à eventual pretensão indenizatória, inobstante a dimensão dos danos, nos contratos escritos. (N. T.)

\*\* Cláusula pela qual as partes reconhecem aquele contrato escrito como o final e efetivo, restando excluídas quaisquer outras formas prévias de acordo, escritas ou orais. (N. T.)

\*\*\* “Embargos por convenção” é uma tradução literal de *estoppel by convention*, ferramenta empregada pelas partes do contrato quando ambas cometeram um erro na transcrição formal de suas intenções, por meio da qual as partes reconhecem que é a intenção e não a transcrição formal que vincula ambas. (N. T.)

**22** H. Collins, *Regulating Contracts* (Oxford, Oxford University Press, 1999) 330-8.

**23** G. J. Goetz e R. E. Scott, “The Mitigation Principle” (1983), 69 *Virginia Law Review* 967, 972-3.

**24** H. Collins, *The Law of Contract*, 3. ed. (Londres, Butterworths, 1997), cap. 17; D. Harris *et al*, *Remedies in Contract and Tort*, 2. ed. (Londres, Butterworths, 2002), cap. 1.

**25** H. Beale e T. Dugdale, “Contracts Between Businessmen: Planning and the Use of Contractual Remedies” (1975), 2 *British Journal of Law and Society* 45.

**26** Idem, *ibidem*, p. 54.

**27** “Distância dos prejuízos” é uma tradução literal da expressão *remoteness doctrine*, que consiste em verificar se os danos sofridos por uma dada conduta são suficientemente indiretos para permitir a sua reparação. (N. T.)

**28** *Hadley vs. Baxendale* [1843-60] AII ER 461; *Victoria Laundry vs Newman* [1949] 2 KB 528 e *The Heron II* [1969] 1 AC 350.

**29** *Monarch Steamship vs. Karlshamms Oliefabriker* [1949] AC 196; *British Columbia Saw Mill vs. Nettleship* (1868) e *Montevideo Gas vs. Clan Line* (1921) 8 LI LR 192.

**30** [1983] 2 AC 803.

**31** E. A. Posner, “A Theory of Contract Law Under Conditions of Radical Judicial Error” (2000) 94 *Northwestern University Law Review* 749.

**32** R. E. Scott, “The Case for Formalism in Relational Contract” (2000) 94 *Northwestern University Law Review* 847.

**33** T. C. Grey, “Langdell’s Orthodoxy” (1983) 45 *University of Pittsburgh Law Review* 1 e T. C. Grey, “The New Formalism”, Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper n. 4, Stanford Law School, 1999; D. Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)* (Cambridge – USA, Harvard University Press, 1997) 105: O formalismo de Langdellian é uma “teoria com nenhum proponente americano conhecido”.

\* O artigo ao qual o autor se refere é *The Real Deal and the Paper Deal: Empirical Pictures, Complexity, and the Urge for the Magic of Transparent, Simple Rules*. (N. T.)

\*\* O autor se refere à obra da qual foi retirado este texto, a saber: *Implicit dimensions of contract: discrete, relational, and network contracts. International studies in the theory of private Law*. (Oxford: Hart Publishing, 2003). (N. T.)

**Campbell, David and Collins, Hugh (2003) Discovering the implicit dimensions of contracts.**

In: Campbell, David, Collins, Hugh and Wightman, John, (eds.)

*Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational, and Network Contracts. International studies in the theory of private law (1)*. Hart Publishing Ltd., Oxford, UK, p. 25-50.



4.

**OS CONTRATOS COMO ARTEFATOS SOCIAIS\*****Mark C. Suchman**

Contratos significam coisas diferentes para pessoas diferentes (contratos são muitas coisas para muitas pessoas). Para professores de direito, contrato é um corpo da doutrina que delinea como as partes que transacionam podem fazer acordos, que serão tratados como vinculantes pelo sistema legal. Para economistas, contratos são acordos que impõem custos tangíveis em troca de benefícios tangíveis, independentemente de seu reconhecimento pelo direito. Para advogados de negócios, contratos são instrumentos escritos que formalizam acordos que seus clientes acreditam ter feito – assim como abordam várias contingências remotas que seus clientes deveriam ter considerado, que provavelmente não o fizeram. Para advogados que atuam no contencioso, contratos são instrumentos probatórios, tanto para serem invocados como prova dos acordos de vontade como para serem desconsiderados, se forem ambíguos, injustos ou não corresponderem aos fatos reais. Para leigos, contratos são simplesmente pedaços de papel que um indivíduo assina durante um processo de negociação (negocial/comercial), frequentemente, desconfiado quanto ao seu fim e, raramente, com a compreensão abrangente das doutrinas acadêmicas relevantes, das trocas econômicas pertinentes, das possíveis reclamações relacionadas às contingências da contratação ou de suas implicações comprobatórias. Dessa gama de significados divergentes, acadêmicos de sociologia jurídica tendem a favorecer as perspectivas dos seus colegas das Faculdades de Direito e dos departamentos de Economia, estudando os contratos ou juridicamente, por meio da doutrina, ou economicamente, em função das relações de troca. Este artigo, no entanto, adota um ponto de vista, de certa forma, situado mais próximo dos advogados atuantes e dos leigos. As páginas seguintes defendem, especificamente, que os contratos sejam abordados pelos estudos acadêmicos como *coisas*,<sup>1</sup> isto é, que os documentos contratuais sejam vistos como *artefatos sociais*.

Ver os contratos como artefatos sociais realça inúmeras tensões – e, com elas, oportunidades de pesquisa –, que abordagens tradicionais tendem a ignorar. Como a maioria dos artefatos, os contratos costumam ser fruto do trabalho de artesãos específicos, e assim como a maioria dos artefatos, eles carregam traços de um contexto social mais amplo. Como a maioria dos artefatos, os contratos têm sua utilidade material e seus dispositivos agem como tecnologias para a prática; mas, de novo, como a maioria dos artefatos, os contratos também têm um significado cultural, e seus dispositivos, às vezes, agem não como tecnologia, mas como símbolos. Assim, os contratos são, ao mesmo tempo, instrumentos vendáveis e gestos significativos, e os regimes contratuais são, ao mesmo tempo, sistemas técnicos e comunidades de discurso. Disto se segue que, para dar sentido à prática contratual, deve-se compreender ambos os ambientes, econômico e cultural, que o fizeram nascer. Ao mesmo tempo, no entanto, deve-se reconhecer que os contratos, como qualquer artefato, são capazes de afetar esses ambientes, tanto cultural quanto economicamente. Em resumo, uma sociologia bem-sucedida dos contratos-como-artefatos [*contract-as-artifacts*] atenderia simultaneamente às várias dinâmicas distintas, mas relacionadas. Tal sociologia conteria as partes (privadas) que utilizam os contratos, bem como os profissionais que os produzem. Conteria transações individuais, bem como sistemas sociais amplos, também, incentivos contratuais práticos e aparatos contratuais cerimoniais, além de tratar tanto da influência do ambiente social nas práticas contratuais quanto da influência das práticas contratuais no ambiente social.

Este texto dá alguns passos fundamentais na construção de tal paradigma. Na primeira seção, retomamos os estudos acadêmicos sobre contratos feitos até aqui e sugere como se poderia ampliar esses estudos com pesquisas sobre contratos como artefatos sociais. Na segunda sessão, elaboramos essa metáfora central destacando algumas importantes similaridades – e algumas importantes diferenças – entre os contratos e outros dispositivos mais conhecidos, que também são tomados como artefatos. Após essa introdução, na terceira e a quarta sessões delineamos uma pauta de pesquisa artefatualista multifacetária e aplicamos a perspectiva do contrato-como-artefato no que poderia ser denominado, respectivamente, de “microsociologia do

contrato” e de “macrossociologia do contrato”. No nível micro, os acadêmicos de sociologia do direito há muito vêm debatendo por que e como os atores sociais<sup>2</sup> constroem determinados “dispositivos contratuais”; aqui, a consideração dos contratos como artefatos sugere analogias úteis entre a sociologia dos contratos e a sociologia da engenharia e das artes. No nível macro, acadêmicos da mesma área começaram, recentemente, a explorar por que e como as comunidades econômicas de diversos atores geram e sustentam “regimes contratuais” específicos; aqui, a consideração do contrato como artefato liga a sociologia do contrato tanto à sociologia de sistemas tecnológicos como à sociologia da retórica cultural. Ao ver os contratos apenas como mais um artefato entre muitas outras espécies de artefato que produzimos e desenvolvemos em nossa vida diária, nós os despimos de sua mística legalista. E, em sua forma desmistificada, encontramos evidências e *insights* para a compreensão dos mesmos processos sociológicos que resultam na produção de toda a parafernália presente no mundo social – artefatos abrangendo desde forquilhas a garfos de salada, de postes de telefone a totens, de máquinas de combustão interna a barbatanas de um Cadillac Eldorado 1959.<sup>3</sup>

## I. DEFINIÇÕES E PERSPECTIVAS

Ao longo dos anos, acadêmicos de sociologia jurídica têm definido “contrato” de diversas maneiras. Essas definições variam das entusiasticamente extensas, cujos termos abrangem praticamente todas as formas de troca voluntária,<sup>4</sup> até as meticulosamente restritivas, as quais abrangem apenas as trocas que mostram um planejamento racional bilateral, regras comerciais claras (tanto as nascidas do acordo quanto as leis que o governam), e a confiança em sua coercibilidade pela via judicial.<sup>5</sup> Obviamente, essas definições têm importantes consequências retóricas: quanto mais ampla a definição, mais plausível é a alegação de que os contratos são blocos que constroem a estrutura social;<sup>6</sup> e, ao contrário, quanto mais restrita a definição, mais plausível é a alegação de que até mesmo transações negociais sofisticadas são, com frequência, essencialmente não contratuais em seu caráter.<sup>7</sup> Para os propósitos de nossa análise, no entanto, esta formulação de meio-termo deve bastar:

*Um contrato é um ajuste documentado formalmente para governar uma relação de troca voluntária sob a sombra da lei.*<sup>8</sup>

Os elementos chave aqui são: (1) um corpo relevante de doutrina jurídica; (2) uma relação de troca; e (3) um artefato documental. Elaborando sua reflexão a partir dessa definição, pesquisadores podem estudar (e o fazem) os fenômenos contratuais de pelo menos três modos distintos, os quais poderíamos rotular de “contrato-como-doutrina” [*“contract-as-doctrin”*], “contrato-como-relação” [*“contract-as-relatio”*] e “contrato-como-artefato” [*“contract-as-artifact”*]. Embora grande parte deste texto trate da abordagem do contrato-como-artefato, uma breve descrição comparativa das três formas citadas poderá ajudar a situar a presente análise diante do pano de fundo do que se passou antes.<sup>9</sup>

A perspectiva do contrato-como-doutrina é a mais antiga, a mais bem fundada e, ironicamente, a mais criticada das três. Essa abordagem gira em torno do “direito dos contratos” como expresso “nos livros”. Amplamente reconhecido, tal doutrinalismo predomina não apenas no conhecimento jurídico tradicional, mas também, em grande parte, na historiografia intelectual do conceito de contrato,<sup>10</sup> e em muitos (mas não todos) tratamentos do direito contratual como ideologia.<sup>11</sup> Embora os críticos ataquem constantemente as análises doutrinárias como associadas e não empíricas, tal acusação faz uma caricatura injusta de uma parte substancial dessa literatura. Como os escritos de história intelectual e teoria da ideologia demonstram, para estudar certas questões a respeito do aparato conceitual em funcionamento em uma dada sociedade ou época, a doutrina jurídica pode ser um foco válido para a pesquisa sociológica e uma fonte válida de dados sociológicos. Não obstante, mesmo as variantes da tradição do contrato-como-doutrina mais socialmente informadas têm ficado separadas de outras maneiras de estudar os contratos, fixando sua atenção nos princípios e pronunciamentos oficiais, e sua confiança em tratados, estatutos e livros de caso como fontes de questões e evidências. Em sua essência, essa maneira de abordar os contratos enfatiza o direito dos contratos em abstrato, prestando pouca atenção às relações de troca que as pessoas reais realizam e aos contratos que estas mesmas pessoas, de fato, escrevem.<sup>12</sup>

Até hoje, o desafio principal posto à abordagem do contrato-como-doutrina vem da escola do contrato-como-relação. Os partidários da segunda abordagem defendem o estudo do direito dos contratos “em ação” [“*in action*”] – ou seja, o estudo de como as partes contratantes asseguram efetivamente o comportamento uma da outra, por meio da utilização de sanções jurídicas, ameaças à reputação, confiança nos vínculos sociais, ou uma variedade de outros mecanismos. Apesar de representar a posição minoritária na área contratual como um todo, a perspectiva do contrato-como-relação predomina entre pesquisadores com inclinação para a sociologia do direito, por exemplo, as obras clássicas de Stewart Macaulay (1963) e Ian Macneil (1974, 1980), bem como os trabalhos mais recentes de Mark Granovetter (1985), Brian Uzzi (1996) e outros sociólogos da economia.<sup>13</sup> Embora os estudos nessa tradição variem muito, eles compartilham a ênfase em uma cuidadosa observação etnográfica de como os atores do mundo-real [*real-world*] governam trocas do mundo-real, focando as relações interorganizacionais estabelecidas no contexto de comunidades de negócios estáveis. A descoberta chave aqui é que o direito dos contratos, como os doutrinistas o estudam, exerce pouca influência em um extenso campo de transações. Acordos de troca são geralmente incompletos, com os termos (e até mesmo os objetivos das partes) emergindo ao longo do tempo num contexto de relações sociais profundamente enraizadas.<sup>14</sup> A doutrina e os recursos jurídicos importam pouco nessa dinâmica, visto que a maioria das transações é governada, na prática, por normas informais da comunidade e garantidas por sanções sociais informais.<sup>15</sup> Contratos-em-ação [*contracts-in-action*] são, na famosa frase de Macaulay, largamente “não contratuais”. Tem-se aqui, portanto, o estudo das relações de troca, sem muita preocupação com a doutrina formal dos contratos ou com os documentos contratuais formais.<sup>16</sup>

A despeito de ambas as perspectivas do contrato-como-doutrina e do contrato-como-relação terem contribuído com *insights* sociológicos importantes ao longo dos anos, nenhuma delas deu muita atenção ao produto mais concreto e característico da governança contratual – os documentos contratuais em si mesmos. Essa omissão criou espaço para uma terceira alternativa, largamente negligenciada, que poderia ser chamada



de “contrato-como-artefato”. Concentrando-se nos documentos formais, os chamados “contratos”, essa abordagem perguntaria o que se pode aprender sobre a estrutura social e sobre as relações de troca se considerarmos os artefatos sociais importantes por si mesmos.

Apesar da onipresença dos documentos contratuais na vida moderna, essa questão, surpreendentemente, recebeu pouca consideração da literatura. Os doutrinelistas tendem a trivializar os contratos, reduzindo-os a oportunidades para aplicar o direito contratual,<sup>17</sup> enquanto os relacionistas tendem a marginalizar os documentos contratuais como meras formalidades legalistas. Da perspectiva do artefatuista, no entanto, as duas escolas ignoram um quebra-cabeça empírico fundamental: as evidências sugerem que, na maioria das transações, a doutrina jurídica é obscura e a ameaça da coerção judicial é remota; ainda assim, os atores frequentemente investem recursos substanciais na produção de contratos escritos, mesmo em contextos socialmente estáveis que os relacionistas descreveriam, essencialmente, como “não contratuais”.<sup>18</sup> Além disso, esses documentos costumam exibir uma estrutura interna sistemática e ser mudados sistematicamente ao longo do tempo. Para melhor ou pior, os contratos se comportam não como epifenômenos estranhos, e sim como artefatos sociais produzidos sistematicamente. Poderemos aprender algo valioso se passarmos a estudá-los, precisamente, nesses termos. A perspectiva do contrato-como-artefato, em especial, coloca em evidência várias questões provocativas que os enfoques prévios ignoraram: artefatos contratuais se assemelham a outros artefatos mais convencionais, e se sim, de que tipo? Por que e como atores particulares constroem e utilizam diferentes tipos de artefatos contratuais? E por que e que tipos de estilo, forma, característica e floreio entram e saem do repertório contratual ao longo do tempo?

No decorrer do texto examinaremos cada uma dessas questões. Por hora, a análise deve permanecer teórica e especulativa, ao invés de empírica e comprobatória. Os trabalhos que seguem a abordagem do contrato como artefato são muito escassos e dispersos para sustentar, tão cedo, asserções de caráter mais definitivo. As ciências sociais têm, no entanto, produzido uma grande quantidade de pesquisas sobre outros tipos de artefatos, e a

metáfora subjacente do contrato-como-artefato promete abrir um terreno a ser explorado por estudiosos em busca de novos quebra-cabeças, novas predições, novos métodos e novos modelos. A seguir mapearemos alguns dos caminhos que essa viagem de descobertas poderá tomar.

## **II. CONTRATO COMO TECNOLOGIA E CONTRATO COMO SÍMBOLO**

Os conceitos de “artefato” e de “contrato” são amplos, mas não englobam tudo. O dicionário define “artefato” simplesmente como “um produto do trabalho humano”.<sup>19</sup> No entanto, para nosso propósito, pode ser útil uma formulação um tanto mais específica.

*Artefato é um objeto material distinto, conscientemente produzido ou transformado pela atividade humana, sob a influência do ambiente físico e/ou cultural.*

Essa definição joga luz sobre várias considerações relevantes.<sup>20</sup> Primeiro, artefatos refletem a ação humana consciente e transformadora. Nem uma folha de árvore admirada por alguém, e nem a mesma folha esmagada sem querer pela bota de um alpinista podem ser consideradas artefatos, mas a folha prensada e colada num álbum, em princípio, sim.<sup>21</sup> Segundo, os artefatos são *coisas* concretas, possuem uma forma física própria e autônoma. Diferentemente de fala ou gestos, eles existem independentemente de seus criadores; diferentemente das ideias, eles são perceptíveis pelos sentidos; e diferentemente de componentes analíticos de sistemas biológicos ou mecânicos contínuos, eles são distinguíveis dos seus contextos.<sup>22</sup> Apesar dessa qualidade de autossuficiência, no entanto, os artefatos atraem atenção acadêmica precisamente em razão de sua íntima relação com os ambientes natural e social. Um verdadeiro produto humano, mas autista – digamos, um cristal chato que tenha sido polido por alguém que o tenha alisado de maneira constante e nervosa – pode ser considerado um tipo de artefato; mas ele terá um interesse muito menor para os pesquisadores do que um amuleto que seja esfregado para que se tenha “boa sorte”; ou uma pedra afiada até ficar com um gume

cortante. Em resumo, os artefatos são pedaços concretos da “cultura material” e merecem estudo por aquilo que revelam sobre a vida e a época de seus criadores e usuários.

Segundo essa definição, os documentos contratuais podem ser claramente tomados como artefatos. Eles são produtos do esforço humano consciente; eles são objetos materiais tangíveis e distintos; e tanto em forma quanto em conteúdo, eles refletem uma ampla ordem de influências naturais e sociais. O parentesco entre contratos e os tipos mais convencionais de cultura material é particularmente óbvio, quando se enfoca os aspectos decorativos, como, por exemplo, os selos, as bordas do papel folhadas a ouro, o tipo de papel utilizado e assim por diante. Essa afinidade persiste, no entanto, mesmo quando a atenção se volta para elementos mais substantivos, como determinados termos ou frases ou certas combinações de previsões contratuais em operação. Pode-se analisar o *design* e o estilo de uma cláusula de ressarcimento [*clawback*] da mesma forma que se pode analisar o *design* e o estilo de um martelo [*claw-head hammer*], atentando a características como: impacto e rigidez, construção e acabamento, tamanho e peso.

## Propriedades técnicas e simbólicas

Com certeza, os artefatos não são todos de um único tipo. Por isso, o estudo dos contratos como artefatos deve começar com uma avaliação preliminar de como os documentos contratuais se assemelham ou não a outros produtos sociais mais conhecidos. Uma vez que situar com precisão os contratos em uma taxonomia completa dos artefatos iria muito além do limitado escopo deste texto, simplesmente compararemos os contratos com algumas classes de artefatos, deixando analogias mais específicas para uma pesquisa futura. Mesmo nesse nível de generalidade, no entanto, o cenário não é simples. Em vez de serem classificados em apenas uma categoria, os documentos contratuais têm uma obstinada dualidade, atuando simultaneamente como artefatos técnicos e artefatos simbólicos, ainda que em variados graus em contextos diversos. Essa distinção entre o técnico e o simbólico permeia o pensamento sociológico-científico sobre artefatos de todos os tipos, ecoando, por exemplo, na distinção de McLuhan

e McLuhan<sup>23</sup> entre “*hardware*” e “*software*”, e no contraste feito por Kubler<sup>24</sup> entre “objetos de uso” e “obras de arte”. Mais recentemente, muitos autores argumentam que todos os artefatos personificam ambos os elementos, técnico e simbólico.<sup>25</sup> Todavia, esses dois aspectos ainda tendem a evocar estilos bem diferentes de análise e essa divergência diz respeito a importantes tensões e clivagens no interior da metáfora “artefatualista”.

Como artefatos técnicos, os contratos estabelecem intrincadas estruturas de procedimentos, compromissos, direitos e incentivos – tudo para realizar objetivos práticos na governança das transações humanas. Se as relações de troca representam a interface entre as peças da máquina social, que funcionam de forma independente, os contratos são como bráçadeiras e argolas que fazem com que os diversos subconjuntos operem como uma unidade simples. Ou, para invocar uma metáfora mais doméstica, os contratos fornecem os pontos e o estofamento que formam o tecido social.<sup>26</sup> Assim como as máquinas e os tecidos, os diferentes tipos de ligação contratual têm características técnicas diferentes: alguns são mais permeáveis e outros mais herméticos; alguns são mais flexíveis e outros mais rígidos; alguns são mais duráveis e outros mais tênues. Um contrato que fala de “condições de mercado” ou de “usos comerciais” cria aberturas pelas quais podem entrar fatores externos na transação; um contrato que impõe às partes que empreendam seus “melhores esforços” para o cumprimento é mais flexível do que outro que especifique procedimentos para cada contingência; além disso, um contrato que preveja o “direito de primeira recusa” [*“right of first refusal”*] é mais durável que uma única troca realizada à vista. Os diferentes acordos também diferem na forma de distribuir os encargos e pressões da ação conjunta e na maneira como canalizam energia, força, poder e recompensas. Provisões indenizatórias, taxas de contingência, direitos de inspeção e depósitos de seguro são apenas algumas das muitas maneiras pelas quais os contratos podem unir partes distintas em um articulado (mas não necessariamente simétrico) aparato social. Desse modo, todo contrato incorpora uma “tecnologia de governança” [*“governance technology”*]<sup>27</sup> particular com consequências específicas em conjunturas específicas. Como os demais instrumentos tecnológicos, os contratos servem para fins materiais específicos, e um

observador pode medir a sofisticação de qualquer desenho contratual em função de sua eficiência e efetividade em alcançar aqueles fins.

Poucos contratos, no entanto, são meramente utilitários. Juntamente com suas funções técnicas, os artefatos contratuais também compartilham características importantes com certas formas de representação simbólica. Como manifestações da cultura, os contratos evocam princípios normativos e iluminam experiências sociais – às vezes expressando identidade, solidariedade, tolerância e confiança, e às vezes demonstrando diferenciação, desigualdade, dominação e desconfiança.<sup>28</sup> As cláusulas de “melhor esforço” tornam-se sinais de boa-fé, e as de garantias de segurança tornam-se declarações de desconfiança; as revisões negociadas tornam-se demonstrações de cooperação, e os formulários impressos tornam-se indicadores de opressão; garantias tornam-se emblemas de qualidade, e retratações (limitação ou exclusão de responsabilidade) tornam-se marcas de deficiência. Sob essa perspectiva, os contratos aparentam menos um remendo e mais um bordado, um pouco menos argolas e mais alianças de casamento. Análises técnicas podem descrever adequadamente sua força elástica e condutividade térmica, mas, para compreender sua relevância social, é condizente uma abordagem mais interpretativa. Por isso, além de incorporar um conjunto de tecnologias de controle, todo contrato também incorpora um conjunto de “gestos significantes”,<sup>29</sup> que carregam significados particulares em discursos particulares. Como outros totens simbólicos, os contratos são portadores de mensagens culturais identificáveis, e um observador pode medir a sofisticação de qualquer *design* contratual dado não somente por sua eficiência e efetividade, mas também por sua compreensibilidade e evocatividade – critérios de eficácia comunicativa ao invés de eficácia tecnológica.

Essa dualidade sugere que, no nível micro, atores sociais empregarão contratos tanto como um meio técnico de estruturar relações como quanto um meio simbólico de comunicação de crenças. De forma semelhante, no nível macro, as dinâmicas dos regimes contratuais se assemelharão tanto à difusão e ao nivelamento de inovações tecnológicas, quanto à elaboração e institucionalização dos vocabulários culturais. As micro e macro presunções paralelas pautarão as próximas sessões deste texto.

## Limites da metáfora

Antes de nos voltarmos para as micro e macrossondagens, é necessário esta pequena advertência: dizer que os contratos são artefatos sociais não é inferir uma identidade indiscriminada entre os contratos e qualquer outra classe *particular* de artefatos, sejam técnicos ou simbólicos. De fato, para certas questões, as diferenças entre os contratos e os artefatos mais comuns podem se mostrar tão reveladoras quanto às similaridades. Em particular, os artefatuistas devem se manter alertas a, pelo menos, três fatores significativos que frequentemente distinguem os contratos de outras tecnologias e outros símbolos: diferenças na organização da produção; diferenças na certeza dos seus efeitos; e diferenças na propriedade das ideias.

Primeiro, a sociedade contemporânea constantemente organiza a produção de contratos de maneira um tanto diferente da produção de artefatos mais convencionais. Na maioria das economias industrializadas, novos instrumentos técnicos (e novos totens simbólicos, a um grau impressionante) geralmente surgem de pesquisas especializadas e operações de desenvolvimento, financiadas por corporações, governos, e investidores de capital de risco.<sup>30</sup> Quando um certo *design* ganha proeminência, o controle geralmente passa para os produtores industriais burocratizados, que geram réplicas relativamente homogêneas para vender para compradores distantes num mercado de *commodities* impessoal.<sup>31</sup>

O mundo dos contratos, entretanto, é apenas parcialmente paralelo a esse processo. Para transações, como vendas de varejo, aluguel de automóveis ou créditos para consumo, que dependem da documentação padronizada, a analogia com a produção em massa convencional prova-se bastante adequada: corporações empregam advogados especializados (advogados externos) para executar o primeiro *design* do contrato e o trabalho inicial de pesquisa (pesquisa jurídica e minuta); então, técnicos da equipe (advogados internos) utilizam os modelos resultantes como protótipos para reprodução na linha de montagem.<sup>32</sup> Em muitas outras transações, contudo, a inovação e a produção contratual ocorrem conjuntamente, quase sempre em escritórios de advocacia privados. Em sua maioria, essas parcerias profissionais operam menos como burocracias weberianas racionalizadas e mais como corporações de ofício, organizadas em torno de

princípios de aprendizagem, autoridade patrimonial e controle de associação.<sup>33</sup> Como artesãos medievais, advogados em tais ambientes costumam aumentar sua reputação e satisfazer seus patronos (executivos corporativos e advogados internos) com a produção extensiva de produtos artesanais.<sup>34</sup> Flood, por exemplo, descreve a intrincada sintonia da forma e da substância contratuais por trás da compra de um *shopping* e do empréstimo comercial de milhões de dólares. Mesmo quando a elaboração começa com cláusulas padrão preexistentes, “personalidades (...) dominam o procedimento. No decorrer do texto, veremos como um instrumento jurídico – um contrato – é recortado e finalmente costurado de novo, ganhando vida nova”.<sup>35</sup> Portanto, apesar das tendências recentes de burocratização,<sup>36</sup> as inovações jurídicas permanecem menos sistemáticas – e as produções jurídicas menos estruturadas – comparado ao que se faz no campo da engenharia e das artes.<sup>37</sup> Consequentemente, para compreender a natureza distinta dos artefatos contratuais, talvez seja necessário considerar as distintas propriedades dos ambientes de trabalho que os produzem.<sup>38</sup>

Além de se originarem de ambientes de produção distintos, os contratos também diferem de muitos outros artefatos (especialmente outros artefatos técnicos) pela incerteza de seus efeitos. O ato de contratar é mais uma tecnologia social do que física e, como outras tecnologias sociais, sua eficácia raramente está sujeita a testes com resultados claros ou aproximados.<sup>39</sup> Até agora, ninguém desenhou um grupo de indicadores não ambíguos para distinguir os contratos eficientes dos ineficientes, e os padrões de medida mais amplamente sugeridos carregam dificuldades práticas substanciais. O critério conceitualmente mais atraente, “o valor presente e líquido esperado”,<sup>40</sup> é por demais abstrato para ser mensurado, e as alternativas mais concretas são muito díspares para serem conciliadas: contratos que favorecem o acordo podem dificultar a execução; contratos que previnem o oportunismo podem dificultar a flexibilidade; contratos que facilitam a coordenação podem levar à cooptação; e contratos que maximizam a eficiência de alocação podem cortar na raiz a equidade distributiva. Além disso, mesmo que todos pudessem concordar com uma única avaliação de resultado, a interferência de forças incontrolláveis de terceiros – como os legisladores, as cortes e os

mercados – trabalhariam contra qualquer determinação clara de causa e efeito.<sup>41</sup> Isso posto, não é de espantar que a literatura relate poucos casos de “experimentos contratuais” aleatórios e controlados.<sup>42</sup> Em vez disso, a avaliação das formas contratuais tende a confiar em experimentos baseados em um *gedanken* economicista,<sup>43</sup> combinado com grandes doses de saber supersticioso.<sup>44</sup> Isso, obviamente, não distingue os contratos dos muitos outros artefatos, tanto técnicos como simbólicos, mas distingue os contratos de muitas tecnologias (e alguns símbolos), que têm recebido maior atenção nos escritos acadêmicos recentes. Qualquer tentativa de estudar os contratos como artefatos deve reconhecer que os efeitos das variadas formas contratuais serão menos óbvios – tanto para seus criadores quanto para seus usuários – do que os efeitos de, digamos, *designs* de microprocessadores.

Uma terceira distinção entre contratos e outros artefatos mais convencionais está na mínima proteção de “propriedade intelectual” que os contratos recebem. Para simplificar, a maioria dos sistemas jurídicos atuais estipula proteções abstratas, mas relativamente breves, a patentes e segredos industriais aos criadores de novas invenções técnicas; e mais restritas, porém duradouras, proteções de *copyright* e *trademark* aos criadores de novos totens simbólicos.<sup>45</sup> Teoricamente, os criadores de novos contratos podem também querer tirar proveito dos direitos de propriedade. Por exemplo, uma cadeia de *fast-food* pode querer impedir outras de imitarem acordos inovadores de *franchising* que lhes dão vantagem de custo sobre seus competidores; ou um escritório de advocacia pode querer impedir outros de piratearem instrumentos inovadores de financiamento, que representam uma oferta para seus clientes, por um determinado preço. Na prática, no entanto, embora os criadores de novos *designs* contratuais possam receber proteções de *copyright* e patente, sob certas circunstâncias, esses direitos são estabelecidos sem muita força e raramente são exercidos.<sup>46</sup> Consequentemente, os contratos operam essencialmente como bens sem direitos de propriedade intelectual, inclusive sem os benefícios do segredo industrial, uma vez que foram compartilhados com clientes, parceiros de transação ou tribunais. A mistificação jurídica e a cortesia profissional podem, de alguma forma, restringir a



apropriação sem contraprestação de novos *designs* contratuais, se pessoas leigas evitarem de copiar a linguagem contratual de um contexto para outro, e se advogados não utilizarem o trabalho de seus colegas.<sup>47</sup> Além disso, essas restrições podem extrair força adicional de considerações ideológicas que descrevem toda transação como única e todo contrato como meticulosamente individualizado. Sem o apoio de uma lei de propriedade intelectual formal, no entanto, os controles informais raramente permitirão que os inovadores do campo dos contratos recebam o valor econômico total de suas criações. Como resultado, pode-se prever que, entre outras coisas, as taxas das inovações contratuais serão relativamente baixas, as oficinas de pesquisa e desenvolvimento nesse campo serão relativamente raras, e os padrões de mudança serão movidos tanto por considerações não econômicas (como prestígio, curiosidade e moda) como pelas recompensas de mercado.

A metáfora subjacente do contrato como artefato, contudo, se mantém intacta. Embora os contratos possam diferir de maneira significativa de alguns dos instrumentos técnicos estudados com mais frequência e dos totens simbólicos do mundo moderno, as disparidades diminuem se olharmos para épocas passadas em que *todos* os artefatos eram produzidos menos burocraticamente, menos testados cientificamente e menos protegidos pelo direito. E mesmo no contexto contemporâneo, o conhecimento sobre artefatos convencionais – tanto técnicos quanto simbólicos – permite várias extrapolações instigantes, senão perfeitos paralelos, ao estudo dos contratos. Para ilustrar o potencial dessa produção cruzada, as sessões a seguir aplicam uma perspectiva artefatuísta primeiro à microdinâmica da formação dos contratos e depois à macrodinâmica do regime dos contratos.

### **III. MICRODINÂMICA DA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS**

Ao nível das transações individuais, os estudos sobre os contratos concentram-se na questão fundamental de por que e como determinados atores sociais formam determinados tipos de contratos. Essa pergunta, no entanto, pode ser lida de diversas maneiras (embora relacionadas): enquanto os doutrinelistas perguntam por que e como os atores adquirem direitos formais sob o direito dos contratos e os relacionalistas perguntam por que e

como atores administram relações de troca na vida real, sob a perspectiva do contrato-como-artefato, ao contrário, a pergunta é por que e como os atores fabricam tipos variados de *documentos* contratuais. Embora as pautas doutrinária e relacionalista ocupem posições mais sedimentadas na literatura, a indagação artefatuísta realça uma intrincada anomalia empírica: as evidências sugerem que a lei formal raramente influi na criação, na sanção ou na reparação das relações de troca do mundo real, ainda que os atores do mundo real frequentemente dediquem tempo e esforço consideráveis para construir documentos contratuais formais. A perspectiva do contrato-como-artefato força os pesquisadores a se perguntarem por que isso acontece. Sem a pretensão de esgotar o assunto com apenas uma resposta, esboçaremos três respostas artefatuísta possíveis – a primeira, técnica, a segunda, simbólica, e a terceira, mista.

### Considerações técnicas para a formação dos contratos

Até o momento, a maioria dos estudos sobre contratos como artefatos se concentrou nas características técnicas de disposições contratuais específicas. Se os contratos forem entendidos como instrumentos para resolver problemas de controle, a pergunta central sobre a formação dos contratos é a seguinte: Quão bem tecnologias específicas são capazes de resolver tarefas específicas? Para pesquisadores focados nessa linha, a analogia entre contratos e artefatos técnicos mais convencionais é clara e frequentemente explícita. Ronald Gilson e outros acadêmicos do campo *Law & Economics*, em particular, sugerem que advogados de negócios atuam como “engenheiros dos custos de transação” que projetam “mecanismos eficientes” para conter o oportunismo, a aversão a risco, as informações imperfeitas e outras fontes de “fricção” econômica.<sup>48</sup> Os acadêmicos do campo *Law & Society* trazem ocasionalmente essa visão, retratando a advocacia de transações econômicas como uma arena de “inovação privada” que produz “novos dispositivos legais”, como as defesas de aquisições por *poison pills* e contratos de financiamento de capital empreendedor [*venture capital*].<sup>49</sup> Embora os partidários do *Law & Economics* assumam mais automaticamente do que sua contraparte do *Law & Society*, que a eficiência transacional vencerá objetivos políticos e sociais concorrentes, a metáfora

subjacente da engenharia sugere que, em ambos os casos, os pesquisadores deveriam estudar a formação dos contratos em termos técnicos – do mesmo modo que se estudaria o desenvolvimento de um filtro de ar, uma válvula de pressão, ou um transistor.

Para alguns críticos, essa orientação microtécnica segue uma trilha desconfortavelmente próxima da abordagem doutrinalista tradicional. Embora claramente artefactualista no seu foco em documentos contratuais em vez da doutrina contratual, a perspectiva da engenharia, geralmente, compartilha a fé doutrinalista na relevância e obrigatoriedade dos direitos formais. Isso é particularmente verdadeiro para as análises de eficiência econômica, nos moldes gilsonianos.<sup>50</sup> A falta de comprometimento da vertente do *Law & Economics*, com a observação empírica (característica da *Law & Society*) leva seus analistas a tomarem os contratos-nos-livros [*contracts-on-the-books*] por seu valor nominal, evitando discutir as diferenças consideráveis entre descrever o mecanismo de controle no papel e implementar a estrutura de controle na prática. Como os partidários da perspectiva dos contratos-como-relação afirmam, as partes de uma transação são, em última instância, ligadas uma à outra pelo comportamento social, e não por artefatos documentais. No máximo, os contratos servem como projetos e programas, e não como mecanismos reais de controle. Em qualquer contexto, o grau de correspondência (sem falar da direção de causalidade) entre artefatos contratuais e relações de troca exige cautelosa investigação empírica.<sup>51</sup>

Por mais importante que seja essa advertência, ela não nega a importância de considerar os artefatos contratuais em termos técnicos. Realmente, muitas das divergências entre os dispositivos formais e as relações de fato são, aliás, consistentes com uma explicação técnica.<sup>52</sup> As partes podem, por exemplo, entrar num contrato de maneira a testá-lo, com a ideia de que o documento contratual se tornará relevante somente se sua relação contínua e, em grande medida, extracontratual apontar um “fim de jogo”.<sup>53</sup> Bernstein ilustra esse ponto com evidências das indústrias de ração e grãos, campo em que os contratos geralmente especificam que as pesagens devem ser mensuradas em balanças oficiais, mesmo que, por conveniência, a maioria das cargas seja pesada em balanças caseiras. A linguagem contratual,

diz o autor, cria não apenas as regras que as partes querem aplicar a seu relacionamento em curso, mas antes, as regras que elas desejam que uma terceira parte julgadora aplique, caso sua relação falhe, de tal modo que a intervenção de um terceiro se torne necessária.<sup>54</sup> Os contratos adotados para fins de precaução se assemelham a artefatos convencionais como extintores de incêndio, paraquedas ou desfibriladores cardíacos: o fato de não serem utilizados durante seu ciclo de validade não prova que sejam inúteis, nem depõe contra a análise das características de sua *performance*.

Além disso, mesmo quando os elementos não contratuais de uma troca vão de encontro ao disposto no contrato escrito, uma análise técnica teria, mesmo assim, muito a oferecer. Isto porque os engenheiros rotineiramente analisam as propriedades técnicas de *designs* mecânicos, embora a *performance* de fato possa depender das condições do meio e as especificações de fato possam mudar quando um *design* é utilizado na prática. Desde que os contratos exerçam algum impacto perceptível na governança das relações de troca, pode-se argumentar plausivelmente que a importância social desses projetos está nos resultados técnicos que eles produzem quando implementados – seja quando implementados fielmente, seja quando implementados com variações previsíveis. Certamente, não se pode tomar o componente relacional das relações contratuais como evidência de que o componente contratual não tenha relevância.

A perspectiva microtécnica torna-se, então, substancialmente mais plausível se expandirmos ligeiramente a moldura para incorporar dois paralelos extracontratuais entre a engenharia jurídica e a física. Primeiro, deve-se reconhecer que os *designers* de contratos, como os *designers* de outros artefatos técnicos, raramente constroem sistemas completamente herméticos. Assim como uma máquina de combustão interna pode retirar oxigênio de fora do seu aparato manufaturado, também um contrato pode retirar regras e sanções de fora dos quatro cantos do seu documento. Considerando-se que duas das fontes mais comuns para tais contribuições extracontratuais sejam as regras jurídicas formais e as normas sociais informais, esse reconhecimento move a análise mais para perto de ambos, o doutrinalismo e o relacionalismo; contudo, isso de forma nenhuma vicia a preocupação especificamente artefatuísta com o *design* dos contratos. A pergunta por

que e como atores produzem tipos particulares de documentos contratuais permanece no centro da inquirição; a única diferença é que essa questão pode agora ser respondida, pelo menos em parte, pela referência ao meio jurídico e social.<sup>55</sup> Raider<sup>56</sup> ilustra bem essa abordagem em sua investigação de como dispositivos contratuais mudam ao longo do tempo, da mesma forma que uma história acumulada de interação cooperativa constrói a confiança entre as partes de uma transação.<sup>57</sup>

O segundo paralelo extracontratual entre a engenharia jurídica e física está no fato de que os usuários de contratos, como os usuários de outros artefatos técnicos, podem empregar instrumentos cuidadosamente construídos de maneiras que aqueles que os conceberam nunca pretenderam ou preveram. Em pesquisas sobre os artefatos mais tradicionais, o emergente campo de estudos sobre ciência e tecnologia documenta repetidamente a irrepreensível criatividade dos usuários leigos – até o ponto em que a distinção entre desenho e uso começa a parecer mais ideológica do que descritiva.<sup>58</sup> Os contratos não são diferentes: empregadas com certa ingenuidade, as disposições detalhadas sobre as contingências contratuais podem servir para desencorajar uma leitura mais atenta de seus termos, bem como para garantir o acordo mútuo;<sup>59</sup> os contratos padrão podem servir para desautorizar a equipe de vendas ou para constranger os parceiros de uma transação,<sup>60</sup> ou, ainda, os procedimentos de resolução de disputas podem servir para obter informações sobre os negócios de seu proprietário ou para determinar reparações justas.<sup>61</sup> Longe de enfraquecer a metáfora da engenharia, esses exemplos de criatividade do usuário simplesmente demonstram a necessidade de classificação da prática contratual, paralelamente às classificações existentes em outras práticas tecnológicas. Focando a atenção no uso dos contratos nos tribunais e nas salas de reunião, essa virada na classificação moveria, como a consideração das contribuições extracontratuais supradiscutida, a análise para uma posição mais próxima ao doutrinalismo e ao relacionalismo, respectivamente. Mas também preservaria o impulso fundamentalmente artefatuísta de colocar o documento em si no centro da questão. Mesmo porque, certas características do documento talvez provocassem reações em seus usuários que não poderiam ser reduzidas a princípios doutrinários ou de governança relacional,

convencionalmente entendidos. O tamanho, a linguagem e o posicionamento das cláusulas dentro de um contrato, por exemplo, podem dirigir a atenção a algumas questões e desviar de outras; podem distinguir operações rotineiras de eventualidades improváveis; podem encorajar ou desencorajar alterações e divergências; e podem fazer o documento parecer mais ou menos relevante para a prática em si.<sup>62</sup> Embora a “tecnologia” operativa tenha mais relação com a mobilização de tendências cognitivas do que com a minimização de custos de transação, pode-se ainda imaginar a pesquisa de sua “eficácia” e a reestruturação dos documentos contratuais para tirar vantagem de seus efeitos.

Em resumo, a perspectiva microtécnica da formação do contrato toma os contratos como projetos para a solução dos desafios comuns de governança. Até hoje, a maioria dos trabalhos desenvolvidos nessa tradição tem dado ênfase à economia dos custos de transação por meio de disposições contratuais particulares. No entanto, essa abordagem tem um potencial explicativo que se estende muito além dessas raízes estreitas. Pesquisadores já começaram a explorar várias influências extracontratuais nos projetos contratuais, e investigações futuras, com certeza, explorarão também as consequências extracontratuais desses projetos. Conforme tal exploração se desenvolva, até mesmo o significado de eficiência técnica poderá se expandir para incorporar critérios múltiplos para o *design* de contratos, em vez de se referir somente à minimização de custos de transação. A metáfora da engenharia dá poucas razões para se crer que colaborações eficientes e a geração de um saldo positivo sejam sempre os únicos, ou até mesmo os objetivos primários do *design* de contratos. Desde o ressarcimento de prejuízos e taxas de juros usurários até políticas de reintegração de posse prontas para serem efetivadas, o mundo é pródigo em estruturas contratuais que servem – eficientemente – para intimidar, capturar ou destruir. Espadas e lanças são artefatos técnicos; máquinas de podar e arados, também.

**Considerações simbólicas para a formação dos contratos**  
A analogia anterior entre contratos e projetos realça o fato de que, ao lado de suas funções técnicas, os contratos também compartilham características

importantes com determinadas formas de representação simbólica. Afinal, os projetos são significantes altamente estilizados, cujos efeitos técnicos, no final das contas, dependem da existência de convenções interpretativas bem estabelecidas. Os efeitos técnicos dos contratos dependem também de uma comunidade em que ocorre o compartilhamento de um discurso – isto pode explicar em parte por que a maioria dos estudos sobre contratos-como-artefatos não aparece na literatura de direito dos contratos, e sim na literatura a respeito da profissão jurídica.<sup>63</sup> Até hoje poucos pesquisadores exploraram explicitamente os aspectos não técnicos da documentação contratual e ninguém desenvolveu ainda uma analogia bem sustentada entre contratos e outros artefatos simbólicos.

Os pilares para tal analogia aparecem na fronteira entre sociologia, antropologia e ciências humanas, na crescente literatura sobre “cultura material”. Em uma análise sobre o *design* de bicicletas, por exemplo, Mills<sup>64</sup> discutiu que até os artefatos aparentemente técnicos podem adquirir importantes significados culturais, e ofereceu cinco princípios básicos para a leitura da “gramática” simbólica resultante.

1. Uma característica pode ser dotada de uma variedade de significados (e.g., contornos redondos podem significar higiene, velocidade, ou forma orgânica; a cor branca pode significar higiene, otimismo, ou inocência).
2. Os significados são filtrados pela interação entre características (p.ex., um produto com contornos arredondados brancos terá uma forte associação com higiene, mas uma associação mais fraca com velocidade ou otimismo).
3. Uma característica adquire significado a partir do contexto em que está inserida (e.g., asas traseiras passaram a implicar velocidade e modernidade em razão de sua associação a aviões e foguetes).
4. Significados adquiridos podem ser transferidos a novos contextos (e.g., nos anos 1950, os projetistas colocaram asas traseiras em liquidificadores elétricos para sugerir tecnologia e modernismo).

5. Significados podem ser modificados pela aplicação destes a novos contextos (e.g., nos anos 1970, os Fuscas ganharam asas traseiras para sugerir uma nostalgia irônica).<sup>65</sup>

Princípios semelhantes podem também ser aplicados a contratos. Certamente, as características contratuais possuiriam múltiplos significados: modelos padronizados, por exemplo, podem significar legalismo, eficiência ou o unilateralismo do pegar ou largar; tamanho pode significar legalismo, importância ou customização de uma transação específica. Como nos casos de artefatos mais convencionais, determinadas combinações evocam seletivamente certos significados em detrimento de outros: contratos padrão prolixos têm forte associação com o legalismo, mas fraca associação com eficiência ou customização. Ademais, as características, frequentemente, extraem seus significados do contexto: padronização sugere unilateralidade, em grande parte, devido ao amplo uso de contratos padronizados em transações nos mercados varejistas de massa. Uma vez adquiridos, tais significados podem ser transferidos para fora de seu contexto, como quando contratos padrão, prejuízos apurados ou retenção do título pelo vendedor tornam-se sinais de iniquidade, mesmo em transações comerciais de grande escala. Os significados, porém, podem mudar com tal transferência: contratos padrão, quando utilizados entre duas empresas de pequeno porte, sugerem o desejo de se fazer uma transação “jurídica” sem, na realidade, incorrer em novos custos legais. E, de fato, essa sensibilidade ao contexto sustenta a diferenciação do Uniform Commercial Code [Código Comercial Uniforme] entre comerciantes e não comerciantes na “batalha dos formulários”.<sup>66</sup> Dessa maneira, enquanto os acadêmicos de sociologia do direito ainda têm um longo caminho a percorrer para desenvolver um glossário prático de signos e significados, a analogia entre contratos e outros elementos da cultura material é forte, e uma análise simbólica parece merecer posição de destaque quando se trata de contratos-como-artefatos.

Enquanto os pesquisadores exploram os paralelos entre contratos e outras manifestações culturais, duas amplas vias de investigação parecem estar surgindo. A primeira é o estudo do contrato como “símbolo sagrado”,<sup>67</sup>



isto é, o estudo de como os artefatos contratuais ligam a realidade vivida de transações individuais a sistemas de crença cultural mais amplos, incluindo a ideologia do direito dos contratos. Mesmo se as partes da transação conhecem relativamente pouco as doutrinas jurídicas e não têm intenção de recorrer à coerção pela via judicial, a cerimônia de elaboração e assinatura de um contrato restabelece e reforça elementos centrais de fé, tanto sobre a própria transação como sobre a ordem social como um todo. Sob o regime liberal de mercado dos Estados Unidos contemporâneo, por exemplo, os ritos contratuais dão uma certeza simbólica de que as partes estão entrando em uma relação previsível, controlável e mútua, no interior de uma ordem social composta de trocas distantes e voluntárias entre estranhos no mesmo pé de igualdade.<sup>68</sup> Embora essas certezas costumem provar ser mais místicas do que reais, elas podem moldar a consciência jurídica e, portanto, o comportamento jurídico.<sup>69</sup> De fato, as empresas parecem valer-se precisamente de tais efeitos ideológicos no momento em que obrigam consumidores e empregados a assinarem “voluntariamente” contratos que, provavelmente, seriam insustentáveis nos tribunais. Claro que, sob outros regimes ideológicos, ritos contratuais podem evocar crenças místicas um tanto diferentes, como a dependência da providência divina, ou a confiança na solidariedade comum, ou na aceitação da liderança econômica do Estado. Sejam quais forem as mensagens, todavia, se os documentos contratuais desempenham um papel sacramental central nas cerimônias negociais/transacionais da sociedade, então esses artefatos merecem ao menos tanta atenção quanto quaisquer outros objetos ritualísticos.<sup>70</sup>

A segunda direção promissora para a análise microssimbólica é o estudo dos contratos como “gestos significativos”,<sup>71</sup> isto é, o estudo de como os artefatos contratuais permitem que as partes da transação transmitam mensagens entre si ou a terceiros observadores. À primeira vista, esse foco de análise parece elaborar o óbvio. Os documentos contratuais são, afinal, declarações escritas. Muitas vezes, entretanto, o “significado” de um contrato vai além da definição denotativa das palavras escritas na página: aspectos da estrutura contratual e trechos da linguagem contratual transformam-se em *ideogramas*,<sup>72</sup> que representam conceitos e posturas que

as partes não podem ou não verbalizarão explicitamente. Os acordos de financiamento de capital empreendedor, por exemplo, costumam conter diversas páginas com jargões jurídicos complexos, cujo objetivo é assegurar a não ocorrência do risco de que emissões subsequentes de ações possam “diluir” a propriedade do investidor inicial. Ainda, apesar de sua complexidade aparente, essas cláusulas antidiluição são, de fato, emblemas altamente padronizados e reconhecidos por um número muito limitado de regimes jurídicos. Além disso, a escolha de regime importa não apenas por razões financeiras, mas porque significa o nível de confiança, fé e cooperação do negócio. Desse modo, mesmo sem analisar as minúcias de tal cláusula, bons advogados da área podem facilmente determinar que tipo de relação a outra parte deseja construir e aconselhar seus clientes adequadamente. O estudo dos contratos como gesto exploraria esses tipos de sinais e conotações implícitas.

Como qualquer vocabulário, o significado dos gestos de um contrato em particular pode variar amplamente de discurso em diferentes comunidades.<sup>73</sup> Por exemplo, onde executivos do Vale do Silício veem acordos longos e cheios de garantias como símbolos de timidez e legalismo,<sup>74</sup> executivos em outras comunidades podem ver tais acordos como símbolo de prudência e precaução. Considerados abstratamente, entretanto, gestos contratuais podem transmitir três tipos de mensagens. Primeiro, como os exemplos anteriores sugerem, as partes de uma transação, situadas em um único meio cultural, podem usar gestos contratuais para transmitir mensagens substantivas específicas sobre identidade, capacidade, caráter e intenção. Temas comuns nessas comunicações incluem preferência de risco, limites temporais, cooperatividade, confiança, burocratização, litigância, e assim por diante.<sup>75</sup> Segundo, gestos contratuais distintos, como outras marcas linguísticas, podem servir para desenhar fronteiras entre os grupos, facilitando o reconhecimento entre os membros e estereotipar os não membros.<sup>76</sup> Assim, dentro de um dado setor, atores invocariam provisões contratuais emblemáticas particulares como forma de dizer: “Eu conheço meu negócio” e “Sou um membro nesta comunidade”. Terceiro, e mais genericamente, atores usariam as formalidades contratuais para exprimir comprometimento, seriedade e finalidade, independentemente da substância

de qualquer provisão contratual em particular. A santidade do contrato dificilmente é universal, mas por todo o mundo capitalista, a maioria das pessoas entende que o peso de um compromisso muda quando as partes o põem isso “por escrito”.<sup>77</sup>

Tomada como um todo, a consideração microssimbólica da formação dos contratos retrata os documentos contratuais como signos e símbolos carregados de significado. Embora poucos pesquisadores tenham fincado estacas nesse território, o terreno parece vasto e fértil. Para pesquisadores interessados em ideologia jurídica, o estudo dos contratos como símbolos sagrados promete uma conexão entre a doutrina jurídica e as raízes da prática econômica; para pesquisadores interessados nas transações negociais, o estudo dos contratos como gestos significativos promete uma conexão entre as formalidades jurídicas para a constituição de uma relação e a realidade socialmente enraizada da governança da mesma relação. Por detrás de ambas as promessas está o *insight* de que, como símbolos, os contratos frequentemente adquirem significados (e exercem efeitos) que possuem apenas uma relação frouxa e fundamentalmente arbitrária com a racionalidade da “engenharia”. Os contratos se tornam símbolos por intermédio das convenções sociais e somente pela interpretação destas pode-se discernir seus plenos efeitos.

### Considerações mistas a respeito da formação dos contratos

Embora as considerações técnicas e simbólicas algumas vezes funcionem com propósitos cruzados, a formação dos contratos no mundo real geralmente implica simultaneamente ambos. Qualquer consideração verdadeiramente satisfatória deve ser “mista”, pelo menos no sentido de especificar as condições de oportunidade que determinam onde um conjunto de processos acaba e o outro começa. No entanto, os contratos podem misturar os elementos técnicos e simbólicos em um sentido mais radical, também: em algum ponto entre atuar como projeto de governança e atuar como gesto ritual, os contratos podem atuar como *roteiros padronizados*.

Como o roteiro de uma peça, um contrato serve a diversos propósitos que são simultaneamente práticos e expressivos. Primeiro, o contrato,

como roteiro, invoca sentidos narrativos familiares, permitindo (e encorajando) os atores a contemplar, ensaiar e modificar suas falas antes que a *performance* comece. Mesmo se todos compreenderem que muitas cenas na nova produção serão interpretadas de improviso, uma leitura prévia pode ressaltar temas, sugerir possíveis dinâmicas do enredo e dar aos atores uma chance de ou entrar no personagem, ou determinar que são errados para o papel. Segundo, um contrato, de novo como roteiro, fornece um enredo “tido como certo” para manter a *performance*, mesmo diante de um improviso substancial. Realmente, quanto maior o caráter extemporâneo da produção e quanto maior o número de atores, maior a importância de se ter documentos referenciais cognitivamente manipuláveis, que liguem as partes individuais a um todo coerente e lógico. Finalmente, ao esboçar identidades, expectativas e hábitos, um roteiro contratual pode modelar e coordenar comportamentos ao convidar os atores a “encenarem” prontamente papéis reconhecíveis,<sup>78</sup> mesmo na ausência de sanções prontamente executáveis. A maioria das *performances* teatrais, afinal, prossegue sem emendas, apesar de que poucos atores ameaçariam ajuizar uma ação contra seus colegas de elenco por “quebra de papel”.

Embora a pesquisa acadêmica prévia raramente adote tal perspectiva dramatúrgica, relances encorajadores dos contratos como roteiros aparecem na literatura empírica. Macaulay sugere que o problema central na maioria das transações “não é de honestidade, mas de alcançar um acordo que ambos os lados entendam”.<sup>79</sup> Roteiros contratuais resolvem esse problema ao organizar cenas parecidas – “a revisão”, “o primeiro recital”, “o atraso da produção,” e assim por diante – em narrativas coerentes, estruturadas em torno de temas culturais familiares. Ademais, mantendo a afirmação de que contratos roteiros fornecem pontos de referência para o gerenciamento de palco de produções complexas com muitos atores, Macaulay nota que mesmo quando padrões de dever e reparação são essencialmente não contratuais, um contrato razoavelmente detalhado pode, não obstante, provar-se bastante valioso “como um instrumento de comunicação dentro de uma grande corporação”.<sup>80</sup> Novamente consistente com a metáfora dramatúrgica, Macaulay relata que as partes contratantes devotam um esforço substancial para planejar uma

*performance* – para a edição do roteiro – mas muito pouco esforço para planejar sua execução.<sup>81</sup>

As observações feitas, evidentemente, não são prova definitiva do modelo dramatúrgico; no entanto, elas ajudam a ilustrar sua plausibilidade bem como seu potencial para reunir considerações técnicas e simbólicas em uma única descrição. Se as partes numa transação coordenam suas expectativas, identidades e rotinas por intermédio de meios essencialmente narrativos, então a formação do contrato pode ser tanto simbólica como técnica. “Roteiros contratuais” modelam sim a estrutura técnica da relação de troca, mas eles a modelam simbolicamente – não pela imposição de sanções materiais, mas por invocarem esquemas culturais.

#### **IV. A MACRODINÂMICA DOS REGIMES CONTRATUAIS**

Por mais importante que a microdinâmica da formação dos contratos possa ser, nem os artefatos técnicos, nem os simbólicos surgem isolados dos processos sociais mais amplos. Assim, ao lado do estudo de instrumentos contratuais particulares, uma perspectiva artefatuísta também convida a uma consideração macroscópica de regimes contratuais mais largos. Em vez da busca de uma explicação para a documentação de uma transação individual, essa segunda linha de investigação busca explicar os padrões na distribuição das características da documentação no tempo e no espaço. Assim como os doutrinelistas são capazes de descrever tanto regimes jurisprudenciais como posições individuais, e os relacionalistas descrevem tanto regimes de produção como trocas individuais, os artefatuísta podem descrever tanto regimes contratuais como documentos individuais. A ideologia liberal de mercado tende a retratar cada contrato como um acordo único e independente, mas, de fato, a linguagem contratual frequentemente exhibe impressionantes continuidades de uma transação para outra (e algumas vezes também impressionantes descontinuidades). Essas continuidades e descontinuidades são elas próprias fatos sociais dignos de explicação. A perspectiva dos contratos como artefatos destaca essa dinâmica no nível sistêmico, forçando os pesquisadores a abordarem a questão de quando, por que e como o formato de um contrato pode afetar o formato de outro.<sup>82</sup>

Embora a literatura acadêmica devote relativamente pouca atenção a este nível de análise, a metáfora do contrato como artefato permite – ou mesmo encoraja – a extrapolação de outras tradições das ciências sociais, nas quais a pesquisa sobre artefatos convencionais cada vez mais abraça visões macrossistêmicas. A sociologia das organizações, particularmente, promete diversos *insights*: os teóricos organizacionais não apenas produziram uma quantidade considerável de literatura sobre a introdução, desenvolvimento e difusão de novos produtos e práticas, como também ofereceram os “produtos e práticas” em questão envolveram frequentemente muitos componentes contratuais. Ainda que raramente concebidos nesses termos, os instrumentos financeiros, as políticas trabalhistas, as garantias aos minoritários e as alianças interorganizacionais tão comuns nesses estudos são, em parte, artefatos contratuais. Estendidas para a esfera sociológico-jurídica, as proposições da literatura organizacional sugerem uma ampla gama de disposições técnicas, simbólicas e mistas da macrodinâmica dos regimes contratuais.

### Disposições técnicas de regimes contratuais

Pelo aspecto técnico, a literatura organizacional mais recente afirma que toda tecnologia emerge de sistemas sociais, e os pesquisadores devem, portanto, considerar práticas técnicas e estruturas sociais conjuntamente. Desenvolvendo e selecionando tecnologias, as organizações operam não em isolamento, mas em “coletividades” nas quais cada ator atenta às decisões de suas contrapartes frequentemente e bem de perto. Como Abrahamson e Rosenkopf<sup>83</sup> afirmaram que “as organizações não devem ser pensadas como entes isolados que tomam decisões de adoção de forma independente, baseados em suas avaliações de retorno da inovação [não contextualizadas]”; ao contrário, a criação, transmissão, padronização e substituição de *designs* tecnológicos ocorrem dentro de matrizes de atores mutuamente conscientes.

Estudiosos de sociologia do direito podem, supostamente, dizer o mesmo sobre a criação, transmissão, padronização e substituição de *designs* contratuais. Para explorar tais processos coletivos, a macrossociologia dos contratos pode extrair percepções úteis de pelo menos três grandes linhas

de literatura sobre organizações e tecnologia: (1) a literatura sobre inovação e difusão, (2) a literatura sobre *path dependence*; e (3) a literatura sobre *ciclos tecnológicos*. A seguir, trataremos de cada uma.

A literatura sobre *inovação e difusão* tecnológica é numerosa e diversa, com pesquisas que remontam há mais de 50 anos.<sup>84</sup> Os trabalhos nessa tradição examinam (1) os fatores que determinam se organizações individuais criam e/ou adotam novas tecnologias (“inovações”); e (2) os fatores que determinam como novas tecnologias se disseminam no interior das coletividades de multiorganizações (“difusão”). Sobre o primeiro tópico, a pesquisa considera que as organizações inovam mais facilmente quando possuem amplos recursos, uma base substancial de conhecimento técnico prévio, uma estrutura administrativa descentralizada e canais de comunicação abertos.<sup>85</sup> As evidências também sugerem que, enquanto as inovações culturalmente legítimas e politicamente não ameaçadoras tendem a originar-se de atores centrais das redes interorganizacionais, os avanços radicais tendem a originar-se de entidades relativamente periféricas – em especial, empreendedores situados em “buracos estruturais”, entre “panelinhas” que, de outra maneira, estariam desconectadas.<sup>86</sup>

As posições na comunicação e na rede desempenham também um papel central na segunda metade do plano de inovação e difusão, em parte porque o que no nível das empresas individuais parece ser uma inovação, frequentemente, se parece mais com difusão de informação quando reexaminado no nível de uma coletividade de várias empresas. Reconsiderado nesses termos, o destino de uma nova tecnologia claramente depende não apenas da adaptabilidade natural das organizações individuais, mas também da capacidade de determinados laços sociais de transmitirem informação através das fronteiras organizacionais e do padrão dos laços da matriz interorganizacional.<sup>87</sup> Quando a eficácia é incerta e há muitas alternativas plausíveis, mesmo as inovações tecnicamente superiores podem desaparecer na pressão por popularidade, a menos que essas inovações tenham defensores fortes, visíveis e influentes.<sup>88</sup>

Aplicados aos contratos, esses argumentos sugerem diversas e intrigantes projetos de pesquisa. Em um momento ou outro, as “inovações” contratuais revolucionaram indústrias desde as de agricultura às de seguro, das de varejo

às de saúde. Mesmo assim, poucos estudos exploram sistematicamente as condições macrossociológicas que favorecem a invenção e a difusão de novas tecnologias contratuais. Se o paralelo com os artefatos técnicos mais convencionais se sustenta, no entanto, seria possível prever que as organizações profissionais mais bem-sucedidas são aquelas que propiciam ambientes especialmente adequados à invenção contratual e comunidades de negócios fortemente interconectadas são ambientes particularmente adequados para a difusão contratual. Ainda que haja muito trabalho empírico a ser feito, evidências preliminares provenientes de dois marcos da inovação contratual dos anos 1980 sustentam tais afirmações: (1) os contratos de financiamento de *venture capital* de alta tecnologia; e (2) as defesas do tipo *poison pill* contra a aquisição hostil de empresas.

Em harmonia com os prognósticos da literatura de inovação e difusão, a pesquisa sobre financiamento de *venture capital*<sup>89</sup> constatou que no começo dos anos 1980, as inovações contratuais revolucionárias surgiram de alguns escritórios de advocacia do Vale do Silício, na periferia do mundo jurídico. As novas práticas então se disseminaram rapidamente dentro das comunidades intimamente ligadas da região, mas os “buracos na rede” retardaram a difusão para além das fronteiras dessa comunidade. Visto que modelos tradicionais de financiamento dependiam de alianças, sanções e possibilidades de rescisão legalmente exigíveis para administrar os riscos de investimento iniciais, a alternativa do Vale do Silício favoreceu investimentos em estágios com várias rodadas, dentro de uma estrutura mais aberta de “contratação relacional”.<sup>90</sup> Originário de uma pequena comunidade de advogados do subúrbio de Palo Alto no final dos anos 1970, esse modelo rapidamente se tornou regra nesse local. Ao longo da década seguinte, o sucesso da indústria de microcomputadores do Vale do Silício ajudaria a disseminar essas inovações contratuais para outras regiões. Mas a difusão para além da rede local foi difícil e vacilante: já nos anos 1990, os acordos sem os participantes do Vale do Silício tinham aspectos bastante diferentes das transações originárias daquela região, e as entrevistas com os advogados locais rotineiramente davam margem a comentários como “*venture capital* (...) é uma especialidade muito bem utilizada no Vale do Silício, mas não é muito bem compreendida em muitos outros lugares”.<sup>91</sup>



Um surto análogo de inovação contratual parece ter ocorrido no mercado de fusão corporativa dos anos 1980, com evidências similares quanto à liderança dos escritórios de advocacia e quanto ao padrão de difusão na rede.<sup>92</sup> Nesse caso, o afrouxamento das barreiras financeiras, estatutárias e regulatórias no começo dos anos 1980 iniciou uma onda de tentativas hostis de aquisição, que inspiraram algumas defesas quase contratuais inovadoras.<sup>93</sup> A mais importante dessas defesas, tanto econômica quanto juridicamente, foi a “*poison pill*”, um pacote de direitos atribuídos aos acionistas, que torna um alvo de aquisição praticamente indigerível a qualquer adquirente indesejável.<sup>94</sup> Como Powell<sup>95</sup> descreve, essa inovação originou-se em um simples escritório de advocacia, Wachtell, Lipton, Rosen & Katz, na periferia da tradicional advocacia de apólices “*white-shoes*” de Nova York. Inicialmente, a maioria dos observadores viu a tecnologia contratual com ceticismo e a difusão se deu vagarosamente, primeiro em função de esforços de *marketing* por parte de empreendedores do escritório<sup>96</sup> e pela comunicação entre conselhos de diretoria inter-relacionados.<sup>97</sup> Depois que a Suprema Corte de Delaware validou uma “*Lipton poison pill*” em 1985, a velocidade da difusão acelerou-se dramaticamente e diversos escritórios de advocacia entraram no mercado com *designs* próprios modificados.<sup>98</sup> Mesmo assim, ainda em 1989, um punhado de escritórios de advocacia especializados ainda mantinha a liderança no *design*, e a relação entre conselhos de diretoria continuava a ser um forte indício de que determinada cláusula seria adotada.

Estudos futuros podem trazer novos relatos de casos, com uma investigação comparativa mais ampla sobre os processos gerais que transformam determinados escritórios e determinadas indústrias em “*hot spots*” de inovação contratual. Para evitar o risco de um “viés pró-inovação”, no entanto, essas investigações fariam bem em reconhecer que nem todas as inovações contratuais são benéficas e alguns mecanismos de difusão, como imitações caprichosas e coerção externa, podem propagar formas contratuais “subótimas”.<sup>99</sup> Davis e Greve<sup>100</sup> demonstram, por exemplo, que outra tecnologia relativa à aquisição dos anos 1980, a “*golden parachute*”,<sup>101</sup> difundiu-se muito mais lentamente que a *poison pill*, mesmo tendo um suporte teórico e empírico mais forte. A diferença chave entre as duas tecnologias, segundo

Davis e Greve, está no fato de que as *golden parachutes*, embora mais justificáveis do ponto de vista da teoria econômica dominante,<sup>102</sup> parecem ser mais opressoras do ponto de vista da cultura do mundo dos negócios. Mais ainda, como Powell sem dúvida diria, as *golden parachutes* eram também menos rebuscadas e, portanto, davam menos espaço para a ação empreendedora dos escritórios de advocacia.<sup>103</sup> Juntos, esses fatores fizeram com que as *golden parachutes*, a despeito de serem mais desejáveis, fossem difundidas em redes sociais menos eficientes e mais segmentadas do que a *poison pill*. A lição geral para futuros pesquisadores é que considerações plausíveis sobre a legitimação e o patrocínio por empreendedores persuasivos podem ser tão importantes quanto a superioridade técnica na determinação de quais artefatos contratuais proliferam e quais desaparecem – um ponto explicitamente abordado pelas obras do “ciclo tecnológico” e as da “legitimação”, descritos a seguir.

Resistir à inclinação pró-inovação não é apenas um desafio conceitual enfrentado nos estudos de inovação e difusão. Antes que a analogia com os estudos tradicionais sobre inovações dê frutos, é fundamental que os pesquisadores em sociologia do direito determinem se o “adotante” relevante é o advogado ou o cliente. Várias tipologias teóricas carregam implicações bem diferentes, dependendo de como se responde a esta pergunta. A literatura a respeito da inovação, por exemplo, costuma distinguir entre produto *versus* inovações do processo, e entre técnica *versus* inovações administrativas.<sup>104</sup> Contratos, contudo, costumam operar como produtos técnicos para escritórios de advocacia bem como processos administrativos para clientes. De forma similar, a literatura que trata da difusão frequentemente distingue modelos de “contágio” baseados no contato entre pares *versus* modelos de “radiodifusão” baseados em disseminação externa.<sup>105</sup> Uma leitura comparativa das evidências do Vale do Silício e de Wall Street, no entanto, enfatiza o fato de que novas práticas contratuais costumam se difundir *simultaneamente* pelo contágio entre pares nos escritórios de advocacia, pelo contágio entre clientes, por meio da transmissão externa dos escritórios de advocacia para os clientes, e por meio de demandas externas dos clientes para os escritórios de advocacia. Tudo isso sugere que as macrodinâmicas da difusão e inovação contratual

podem ser excepcionalmente complexas, envolvendo processos de diversos atores altamente interativos nos diversos níveis de análise.

Enquanto a literatura a respeito da difusão e inovação perguntam quem adota novas tecnologias e quando, uma segunda linha, a macrotécnica, a que aborda a *path dependence*, levanta uma questão levemente diferente: Quais são as novas tecnologias adotadas e por quê.<sup>106</sup> Essa última tradição explora as distintas dinâmicas de mercado que surgem quando dois ou mais *designs* competidores exibem “lucros crescentes”,<sup>107</sup> ou seja, quando a utilidade de cada tecnologia cresce proporcionalmente ao mercado que tal tecnologia domina. Exemplos regularmente citados incluem *layouts* do teclado de computador (QWERTY *versus* Dvorak), formatos de gravações de vídeo (VHS *versus* Betamax) e sistemas operacionais de computador (DOS/Windows *versus* Macintosh).<sup>108</sup> Se alguém deseja compartilhar máquinas de escrever, fitas de vídeo ou *softwares* com outros usuários, ele seria advertido a escolher o sistema mais popular, mesmo se, em abstrato, um *design* alternativo tenha uma *performance* melhor. Por isso, diante de lucros crescentes, as decisões dos usuários individuais não são independentes. Pelo contrário, elas interagem de forma que cada adoção aumenta a pressão nos demais usuários para seguir o exemplo. Em competições tecnológicas como essas, pode-se prever que um único “padrão” vai predominar futuramente, mas não se pode prever, *a priori*, qual das alternativas. Em vez disso, o resultado depende de como o caminho sequencial das decisões sobre a adoção dos sistemas se desenvolve em cada ambiente histórico.

Essa forma de *path dependence* tem muitas implicações, mas da perspectiva econômica, a mais significativa deve ser o fato de que a superioridade técnica de um determinado *design* não pode garantir seu sucesso no mercado, mesmo se todos os que a adotarem agirem como perfeitos maximizadores racionais de utilidade. Ter a melhor engenharia pode melhorar as chances iniciais de uma tecnologia, mas se em razão de uma confluência de casos fortuitos um competidor subótimo tomar a dianteira, seus lucros crescentes logo poderão superar quaisquer fraquezas técnicas inerentes a ela. Passado esse ponto crucial, os adotantes subsequentes estarão em situação melhor ao selecionar a tecnologia com a maior base

de instalação, mesmo se, em abstrato, eles pudessem ter preferido escolher outra. Como resultado, a mão invisível dará todos os sinais positivos: na presença de lucros crescentes, ações individualmente racionais poderão “aprisionar” padrões tecnológicos que poderiam ser demonstrados como inferiores.

A utilidade do modelo da *path dependence*, para explicar histórias de artefatos técnicos tradicionais, levanta a instigante pergunta: Explicações parecidas podem ser aplicadas também às histórias dos artefatos contratuais? Como Kahan e Klausner<sup>109</sup> ressaltaram, vários aspectos da tecnologia contratual podem facilmente gerar lucros crescentes: disposições contratuais amplamente utilizadas desfrutam de um campo de teste mais extenso e, portanto, seus efeitos de governança são provavelmente mais previsíveis; disposições contratuais amplamente utilizadas experimentam adjudicação mais extensa e, portanto, suas implicações legais são provavelmente menos ambíguas; e disposições contratuais amplamente utilizadas tornam-se mais familiares a terceiros provedores de serviços (como advogados, contadores, companhias de seguros e corretores) e, portanto, seus custos de “manutenção” e “valoração” são provavelmente menores. Isso posto, Kahan e Klausner preveem que os regimes contratuais experimentarão pressões substanciais na direção da padronização – e, no final, os padrões resultantes não serão ótimos no que diz respeito a seu grau de elaboração-transação-custo.

As evidências sobre as escrituras de ações corporativas [*corporate bond indentures*] tendem a sustentar essa afirmação. Examinando a disseminação das “alianças por risco de eventos”, feitas para proteger investidores durante uma aquisição corporativa, Kahan e Klausner<sup>110</sup> encontram vários pontos referentes a uma competição por tecnologia *path dependent*: praticamente inexistentes até 1987, as alianças por risco de eventos surgiriam (e posteriormente desapareceriam) em um “efeito dominó de adoção/abandono” consistente com a proposição de que o valor das alianças a potenciais adotantes aumentava à medida que aqueles que faziam uso delas prevaleciam no mercado – talvez devido a custos de elaboração reduzidos, menos erros de formulação, preços mais eficientes no mercado de títulos e maior potencial para revenda.<sup>111</sup> Mais ainda, as novas alianças

convergir rapidamente para um punhado de disposições altamente padronizadas, e embora esses padrões tenham passado por algumas melhorias técnicas ao longo do tempo, eles mantiveram pelo menos um elemento (o “*put at par*”) considerado ineficiente do ponto de vista puramente técnico.<sup>112</sup> Conforme previsão da teoria do *path dependence*, uma vez que um número suficiente de empresas (ou até mesmo um número suficiente de emissões dentro de uma mesma empresa) adotasse uma estrutura de contrato particular, os benefícios de empregar esse modelo prevalecente e familiar aparentemente ultrapassariam os benefícios de adotar uma alternativa tecnicamente superior, porém, mais peculiar, o que produziria uma inércia em torno de um equilíbrio subótimo.

Como o estudo de Kahan e Klausner demonstra, a perspectiva do *path dependence* abre inúmeros caminhos para o futuro conhecimento artefactualista. Por exemplo, se as pressões para a padronização variam entre o cenário econômico e o tipo contratual, uma agenda promissora trataria de identificar os fatores causais que afetam a magnitude dessas pressões – ou quais deles afetam a probabilidade de qualquer nível de pressão virar o regime contratual em uma peneira irreversível rumo à homogeneidade.<sup>113</sup> Em sentido contrário, acadêmicos dos contratos poderiam também explorar os fatores causais que colocam limites espaciais e temporais no processo de aprisionamento. Para compreender as trajetórias dos regimes contratuais, deve-se entender não apenas as respostas produzidas pela padronização, mas também os processos econômicos, estruturas de rede e decisões políticas que permitem que padrões múltiplos coexistam e permitam que os regimes se movam de um equilíbrio para outro. Finalmente, tendo mapeado as condições sob as quais os regimes contratuais exibem lucros crescentes, os pesquisadores poderão examinar as decisões estratégicas que escritórios de advocacia e outros “jogadores de repetição”<sup>114</sup> tomam em face de uma opinião tão positiva. Para artefatos técnicos mais tradicionais, a *path dependence* frequentemente suscita intensas lutas sobre domínio de mercado, incluindo a “perda da liderança”, precificação, anúncios que levam à escolha entre meros projetos e batalhas, entre arquiteturas de sistemas “abertos” e “fechados”.<sup>115</sup> Muitas dessas estratégias, no entanto, dependem da existência de direitos de propriedade intelectual

efetivos, e a intromissão na esfera contratual apresenta um número intrigante de enigmas conceituais e empíricos. Como um todo, a literatura do *path dependence* sugere que a macroeconomia dos regimes dos contratos pode, algumas vezes, superar a microeconomia da engenharia dos custos de transação; as implicações concretas desse vislumbre, no entanto, demandam mais estudos.

Como a literatura do *path dependence*, a literatura sobre *ciclos tecnológicos* aborda questões macrotécnicas de cenário padrão e aprisionamento. Nesse caso, no entanto, o foco recai menos sobre a homogeneização “de uma vez por todas” do que sobre ciclos de estabilidade evolutiva e mudança, e os mecanismos de mercado ficam em segundo lugar para fatores organizacionais e políticos. Examinando as evidências históricas de longo prazo, pesquisadores dessa tradição entendem que as principais tecnologias de uma vasta série de indústrias se desenvolveram de repente, seguidas por breves momentos de descontinuidade tecnológica alternadas com períodos de mudanças modestas e incrementos.<sup>116</sup> Algumas dessas descontinuidades tecnológicas são “intensificadoras de potencial” enquanto outras são “destruidoras de potencial”. A primeira suplementa rotinas industriais existentes e fortifica líderes industriais existentes; a última substitui rotinas existentes e questiona líderes. Em ambos os casos, no entanto, cada descontinuidade dá início a um período de fermentação, caracterizado por incerteza e intensa manobra política visando a determinar a direção do desenvolvimento futuro. Além dessa fermentação, um *design* dominante finalmente emerge, sucedido por outro período de pouca mudança; contudo, dependendo da natureza da descontinuidade, a estrutura da indústria, após a fermentação, pode ser bem diferente da estrutura anterior.

Embora os “*designs* dominantes” no modelo dos ciclos tecnológicos se assemelhem aos “padrões técnicos” do modelo de *path dependence*, as duas abordagens diferem em suas retratações de como tais convenções emergem e persistem. Onde os teóricos da *path dependence* enfatizam o comportamento de mercado de tomadores de decisão isolados, os teóricos dos ciclos tecnológicos enfatizam o comportamento político de coalizões de indústrias que interagem entre si. Na consideração anterior, os primeiros

estágios de competição tecnológica são essencialmente caixas pretas, cheias de “perturbações aleatórias”, que podem virar a balança de maneira imprevisível em direção a uma ou outra tecnologia; na última consideração, porém, essas perturbações aleatórias frequentemente culminam em características completamente previsíveis de políticas interorganizacionais. Embora decisões isoladas que visem a adotar esse ou aquele modelo possam exercer um impacto de baixo para cima (“*bottom-up*”) nessas dinâmicas políticas, o modelo dos ciclos tecnológicos funciona principalmente de cima para baixo, destacando as atividades de campeões de tecnologia, alianças estratégicas e formadores de padrão no nível industrial ao invés do comportamento agregado de atores anônimos ao mercado.<sup>117</sup>

Aplicada aos contratos, essa abordagem argumentaria que, além de buscar os lucros crescentes e aprisionamentos de mercado, os pesquisadores deveriam considerar como escritórios de advocacia (e outras organizações) podem agir diretamente na promoção de um *design* contratual particular – e como tais ações podem afetar a estrutura do setor legal no qual os *designs* são produzidos e dos setores não legais aos quais os contratos são aplicados. Embora poucos acadêmicos sociológico-jurídicos invoquem o modelo dos ciclos tecnológicos pelo nome, alguns estudos recentes dialogam com esses temas gerais. As análises estatísticas de contratos de financiamento de *venture capital*, por exemplo, identificam pelo menos cinco arquétipos distintos que entraram e/ou saíram do repertório contratual desde 1975 até 1990, com uma descontinuidade marcada por volta de 1984.<sup>118</sup> Durante esse período de fermentação, escritórios de advocacia e fundos de *venture capital* tiveram papéis políticos ativos, promovendo *designs* contratuais específicos tanto em acordos de negócios quanto em interações com autoridades públicas.<sup>119</sup> De forma similar, estudos na área de fusões e aquisições situam o período de fermentação em meados dos anos 1980, anteriores à emergência da posteriormente dominante *poison pill*.

[O]s anos 1980, testemunharam a criação de uma reviravolta de novas táticas e defesas de antiaquisições, todas com sugestivas designações populares, sendo que algumas eram preventivas por

natureza e outras, reações a propostas de aquisição. Foram introduzidas nesse contexto, *golden parachutes*, *pac-man defenses*, *scorched earth retreats*, *shark repellants*, e *lock-ups*, todos com o objetivo de fazer da aquisição um negócio enrolado e demasiado custoso para o adquirente.<sup>120</sup>

Tanto em Wall Street como no Vale do Silício, os advogados digladiavam-se com *designs* concorrentes, como demonstrado por Powell,<sup>121</sup> no relato da batalha entre o criador da *poison pill*, Marty Lipton, e suas contrapartes no Skadden Arps – nos tribunais, nas salas de reunião e na legislação.<sup>122</sup>

O futuro conhecimento sobre contratos poderia abarcar a analogia dos ciclos tecnológicos ainda mais explicitamente. Pesquisadores poderiam, por exemplo, analisar sequências de contratos, visando a identificar períodos de fermentação e períodos de desenvolvimento.<sup>123</sup> Estudos históricos poderiam então mapear esses períodos a partir de transformações sociais, políticas e econômicas no setor jurídico e em suas empresas clientes. Os pesquisadores poderiam também fazer uso do modelo dos ciclos tecnológicos para distinguir entre inovações contratuais que intensificam o potencial e inovações que destroem o potencial. Indícios a respeito de tecnologias convencionais sugerem que as discontinuidades potenciais de intensificação tendem a originar dentro das empresas, aumentar barreiras de entrada e levar empresas menores a saírem do mercado, enquanto as discontinuidades destruidoras de potencial tendem a originar-se dentro de empresas novas ou marginais, diminuir barreiras de entrada e atrair empresas menores para o mercado.<sup>124</sup> Se padrões similares podem ser aplicados aos contratos, o modelo do ciclo tecnológico proporcionaria um novo instrumento poderoso para compreender o papel da inovação legal na configuração do mercado para serviços jurídicos.<sup>125</sup> Finalmente, pesquisadores podem extrair da literatura dos ciclos tecnológicos vislumbres sobre a emergência de *designs* contratuais dominantes – inclusive previsões sobre a origem destes, a velocidade de sua solidificação e seu grau de desempenho.<sup>126</sup>

Vistas em conjunto, portanto, a literatura sobre inovação e difusão, *path dependence* e ciclos tecnológicos argumenta no sentido de considerar



artefatos contratuais como componentes dinâmicos dos regimes empresariais macrotécnicos, ao invés de produtos isolados das decisões de elaboração microtécnicas. Pouco do conhecimento sobre contratos tem adotado essa orientação, mas o futuro é promissor. Se contratos surgem, se disseminam, são padronizados e aprimorados como outros artefatos técnicos mais familiares, os meandros dos sistemas tecnológicos merecem um estudo cuidadoso. Poucos pesquisadores têm embarcado nessa empreitada, e ainda resta muito a ser feito.

### Considerações simbólicas de regimes dos contratos

Em contraposição a essas investigações macrotécnicas, os pesquisadores poderiam também examinar os regimes dos contratos como discursos culturais. Uma vez que o conhecimento contratual existente contém poucas análises macrossimbólicas, a literatura sobre outros artefatos sociais é um território fértil a ser explorado. Gestos e emblemas emergem e se desenvolvem como elementos de um sistema social maior, assim como as técnicas e instrumentos, e a maioria dos estudos sobre artefatos simbólicos convencionais operam, pelo menos em parte, no nível macroscópico. Os pesquisadores sociológico-jurídicos podem, de maneira bastante proveitosa, construir modelos de ideologia, modelos de legitimação e modelos de comunicação para explorar como regimes contratuais interagem com crenças e entendimentos sociais mais amplos.

Modelos de *ideologia* retratam artefatos cotidianos tanto como reflexões reconstrutoras quanto como elementos constituintes de sistemas de crenças sociais. Desse modo, a pesquisa ideologicamente orientada acerca dos regimes contratuais representa a contraparte no nível macro da pesquisa com um foco ritualizante sobre transações individuais: se um documento contratual pode sacralizar uma relação de troca ligando a realidade vivida pelas partes a uma visão ampla do mundo, então o regime contratual que emerge de tais trocas deve refletir e reproduzir a estrutura temática profunda daquelas crenças organizadas – não importa quais sejam essas crenças. O nexos potencial entre contratos e ideologia já usufruiu de relevante reconhecimento dentro de determinados segmentos da literatura doutrinária, nos quais críticos teóricos têm frequentemente explorado os paralelos

entre várias doutrinas dos contratos e várias estruturas de crenças burguesas, como individualismo, voluntarismo e racionalidade.<sup>127</sup> Um tratamento artefactualista estenderia esses argumentos de pelo menos duas maneiras. Primeiro, os artefactualistas enfatizariam que muitas forças ideológicas afetam *documentos* contratuais, assim como afetam doutrinas contratuais; e segundo, os artefactualistas explorariam a possibilidade de que, às vezes, as ideologias em questão podem suportar apenas uma relação relativamente frouxa (1) com as leis dos contratos; ou (2) com o tradicional liberalismo burguês, concebido estritamente. Crenças sobre a política econômica podem, e de fato moldam, a documentação contratual, mas as crenças sobre estética, destino e sobre a própria linguagem também exercem esse papel – ainda que tacitamente.

Essa abordagem desloca a análise ideológica para longe dos estudos da história da elite intelectual e em direção aos estudos sobre cultura material popular. A partir desse novo ponto de vista, os acadêmicos que estudam os contratos podem ser capazes de reconhecer melhor a existência de pontos comuns com os acadêmicos que se dedicam ao estudo de outros artefatos simbólicos, que por sua vez têm traçado elementos de forma e estilo – como simetria, arranjo, e assim por diante – essenciais aos temas culturais.<sup>128</sup> Bourdieu<sup>129</sup> tem argumentado que objetos e práticas costumam se misturar para produzir um *habitus* – um modo de viver, agir e pensar – que incorpora crenças ideológicas e demarca fronteiras sociais simultaneamente. Os pesquisadores sociológico-jurídicos podem facilmente se valer de tais argumentos para explorar como regimes contratuais revelam e reproduzem presunções culturais implícitas sobre, por exemplo, estrutura linear *versus* estrutura cíclica do tempo, a presença ou a ausência de simetria nas relações naturais e sociais, a importância da simplicidade *versus* complexidade, ambiguidade *versus* precisão, conflito *versus* consenso, autonomia *versus* solidariedade, e otimismo *versus* pessimismo.

O estudo de Gartman<sup>130</sup> sobre *design* automobilístico oferece um modelo particularmente interessante para essa análise ideológica. Gartman argumenta que o movimento em direção ao Fordismo na indústria automotiva transformou as relações de trabalho de manufatura coordenada em trabalho fabril proletário, e transformou os veículos resultantes de totalidades

orgânicas em símbolos fragmentados de uma produção alienada. Como o nicho entre produtos luxuosos e produtos voltados para o mercado de massa aumentou, a indústria se voltou para especialistas em marketing (e cientistas sociais), para construir uma imagem ideológica do “carro dos sonhos” que simbolizaria progresso tecnológico e modernidade, ao passo que escondia a produção alienada atrás da mística do poder de consumo.<sup>131</sup> Aplicando uma lógica similar aos artefatos contratuais, os pesquisadores poderiam examinar as ramificações ideológicas das documentações personalizadas *versus* documentações padronizadas. Frequentemente, os dois tipos de papelada têm origem em diferentes ambientes e relações de produção (escritórios de advocacia *versus* escritórios de consultoria corporativa), e o grau de customização em qualquer transação está intimamente relacionado ao *status* social das partes. Embora indivíduos ricos e grandes corporações possam demandar contratos específicos quando precisam, consumidores comuns tendem a receber somente os contratos de adesão produzidos em massa.<sup>132</sup> E com os contratos, assim como com os automóveis, os perturbadores aspectos de produção são frequentemente escondidos atrás de mistificação ideológica – neste caso, uma imagem de “compromisso vinculante” que simboliza eficiência, efetividade, livre escolha e proteção legal para ambos as partes.<sup>133</sup> Desse modo, rituais contratuais emergem não do isolamento, e sim de sistemas maiores de crenças sociais e relações de poder. O simbolismo contratual se relaciona não apenas com a doutrina, mas também com temas culturais bem mais amplos.

Modelos de *legitimação*, como modelos de ideologia, retratam os contratos como amostras culturais carregadas de significado que ligam transações determinadas a estruturas maiores de crenças. Pesquisadores dessa segunda tradição macrossimbólica, no entanto, enfatizariam que, além da pesquisa acerca de temas ideológicos abstratos, os símbolos contratuais podem também fornecer legitimação mais imediata para atores e ações específicas. O ramo “neoinstitucional” da sociologia organizacional, particularmente, argumenta que as empresas ganham aceitação e suporte quando adotam práticas que se conformam aos “mitos racionais” predominantes – práticas essas que seguem roteiros culturais sedimentados sobre as capacidades de uma classe de atores em particular, os fins

que aqueles atores devem perseguir e os meios que eles devem adotar ao perseguirem aqueles fins.<sup>134</sup> Mesmo se a conformidade é amplamente cerimonial e apresenta pouca relação com processos técnicos subjacentes, as organizações parecem mais legítimas (tanto para si mesmas quanto para os outros) quando exibem os atributos formais que a sociedade espera de entidades do seu tipo.<sup>135</sup> No passado, pesquisadores empregaram essa perspectiva para explicar a propagação das estruturas burocráticas de recursos humanos, dos procedimentos de reclamação internos, das práticas de trabalho igualitárias, padrões de contabilidade financeira, e até mesmo da própria forma de organização multidivisional.<sup>136</sup>

Documentos contratuais oferecem um complemento natural a essa lista. Muito da linguagem contratual parece desajeitada ou mesmo contraproducente quando julgada por padrões técnicos de clareza, economia, necessidade e efetividade: representações e garantias reiteram fatos que as partes já sabem (ou já consideram falsas); as alianças “governam” eventualidades que as partes tacitamente reconhecem como motivo para renegociação; as cláusulas padrão de compradores e vendedores discordam nas suas particularidades; exclusões de responsabilidade e cláusulas de ressarcimento aparecem mesmo onde seriam certamente inexequíveis. Os neoinstitucionalistas argumentariam que essas irracionalidades técnicas persistem porque os elementos da documentação contratual passaram de projetos técnicos simples a índices simbólicos de seriedade, competência, detalhamento, e outras propriedades essenciais a um parceiro de trocas. Uma vez que tais índices foram institucionalizados, as organizações que quiserem fechar negócios com um aperto de mão tornam-se tão suspeitas quanto um médico que quer praticar medicina sem jaleco.<sup>137</sup>

A conformidade aos mitos racionais prevalentes não é o único aspecto de legitimação que atraiu a atenção dos teóricos neoinstitucionais. Ao lado dos estudos de “isomorfismo”, dentro de regimes relativamente estáveis, escritos institucionalistas recentes focam – cada vez mais – como as *novas* lógicas de legitimação emergem e consolidam-se.<sup>138</sup> Quando regimes consolidados experimentam anomalias inesperadas, movimentos revisionistas podem basear-se em explicações e soluções culturais atraentes sem a devida consideração a respeito da sua eficácia técnica ou da

sua conveniência política. Guiados por vários empreendedores institucionais, esses movimentos gradualmente forjam novos modelos sociais por meio do processo de “estruturação institucional”:<sup>139</sup> conforme o movimento dissemina os modelos preferidos, os comportamentos associados tornam-se cada vez mais rotineiros, crescentemente sedimentados e coordenados com outros elementos de práticas reconhecidas até que a racionalidade do novo regime se torne uma profecia que se cumpre por si só. O novo regime “funciona” não necessariamente por ser superior, mas porque o processo de estruturação reorganizou o próprio ambiente social, a fim de que ele concorde com a lógica institucionalmente distinta do regime. Recentemente, pesquisadores monitoraram essas dinâmicas institucionais em uma vasta gama de ambientes organizacionais: reforma do serviço público, curadoria de museus, filantropia nos negócios, protestos políticos e controle de qualidade hospitalar; todos apresentam evidências de construção de mitos e conformidade cerimonial – e apenas vestígios de avaliação técnica.<sup>140</sup>

Parece provável que os regimes contratuais também exibirão essas dinâmicas de estruturação macrossimbólicas. Pesquisas sobre os contratos de *venture capital* no Vale do Silício fornecem alguns indícios que ratificam essa alegação.<sup>141</sup> Além dos processos macrotécnicos supradescritos, as formas contratuais características da região parecem ter se originado, em grande parte, dos esforços de inteligibilidade e proselitismo de empreendedores locais. Durante os primeiros anos da comunidade, escritórios de advocacia locais e fundos de *venture capital* fizeram uso de suas posições centrais para perceber, fomentar e explorar a existência de atributos comuns. Os contratos de financiamento que surgiram desse processo de estruturação incorporaram um número limitado de arquétipos identificáveis, cada um refletindo uma imagem distinta, porém internamente coerente, da lógica fundamental da relação de *venture capital*. Com o passar do tempo, vários desses arquétipos caíram no esquecimento (muitas vezes bem antes do surgimento de dados significativos a respeito de sua *performance*) deixando o campo com um punhado de variações crescentemente institucionalizadas a respeito de um tema sedimentado: em termos gerais, a mitologia do Vale do Silício veio a retratar novos empreendimentos e novos investidores que favoreceram relações próximas, não

controvertidas e duradouras. A fidelidade, nesse modelo, foi simbolizada por contratos enxutos, que impunham poucos constrangimentos formais, a não ser o poder de veto, proteção parcial contra diluição de ações e um direito explícito para que investidores iniciantes pudessem participar de rodadas financeiras futuras.

No todo, as considerações neoinstitucionais de legitimação e estruturação fornecem uma contraparte, um sistema contraposto, às considerações microssimbólicas dos contratos como emblemas de competência e identidade. Atores individuais podem fazer uso de práticas contratuais para sinalizar sua reputação dentro de uma comunidade; no entanto, ao invés de surgir em isolamento, tais sinais refletem condições coletivas e implicam consequências coletivas. O poder legitimador de vários modelos contratuais desenvolve-se não por acaso, mas por meio de um complexo processo de valorização, empreendedorismo e propagação, frequentemente casados com coerção interorganizacional, doutrinação e mimetismo.<sup>142</sup> E cada vez que um ator decide adotar ou não um modelo particular, essa decisão afeta não apenas a legitimidade do acordo em questão, mas também a institucionalização do próprio modelo. Geralmente, esses processos de autorização de cima para baixo e de endosso de baixo para cima<sup>143</sup> trabalham em conjunto para confirmar a legitimidade dos atores centrais da comunidade e para reforçar a legitimidade das formas contratuais consagradas. Mas as instituições são meramente autorreparadoras e não imutáveis: mudar visões de mundo e deslocar as fronteiras sociais pode render mudanças paralelas na estética contratual, e novas formas contratuais podem ascender e cair diante de marés econômicas, religiosas e políticas.<sup>144</sup>

Além da teoria neoinstitucionalista, com sua ênfase na homogeneização e uniformidade, uma terceira consideração macrossimbólica pode considerar os contratos não como emblemas de legitimidade e sim como meios de *comunicação*. Assim como o neoinstitucionalismo, essa alternativa exploraria as condições prévias do macronível e as ramificações de micronível dos modelos de sinalização. Aqui, todavia, a estrutura analítica se aproximaria mais da linguística do que da sociologia. Aliás, essa abordagem linguística veria o repertório contratual de qualquer comunidade como um tipo de “gramática gestual” capaz de expressar uma vasta gama

de mensagens particulares. Embora o conteúdo preciso daquelas mensagens possa variar de transação para transação, sua morfologia, etimologia, semântica e sintaxe subjacentes tomariam forma no nível comunitário, e os pesquisadores poderiam então estudar o regime contratual tal como se estudaria qualquer outro sistema de linguagem. O conhecimento dessa linha poderia examinar como variadas disposições contratuais adquirem significados dentro de vocabulários particulares, e como atores sociais aprendem a utilizar essas disposições para transmitir determinadas mensagens sobre identidade, capacidade, caráter e intenção. Em resumo, para estender a analogia de Mead do micronível ao macronível, a pesquisa sociológico-jurídica pode explorar os processos coletivos que constroem o “outro generalizado” do regime contratual e assim permitem aos atores individuais adaptar artefatos contratuais específicos a tarefas específicas.<sup>145</sup>

Embora os detalhes desses processos linguísticos repousem além do escopo do presente discussão, o estudo dos contratos como gestos de comunicação detém o potencial para integrar elementos substanciais das perspectivas de ideologia e legitimidade já traçadas: na maior parte, estudos de comunicação e estudos de ideologia apoiam-se em leituras bastante similares dos contratos como símbolos; a diferença principal entre os dois é simplesmente que estudos de comunicação enfatizam o desenvolvimento de símbolos particulares em circunstâncias específicas, enquanto estudos de ideologia enfatizam a repetição reiterada de temas gerais através de um repertório mais amplo.<sup>146</sup> Ao mesmo tempo, estudos de comunicação e estudos de legitimidade apoiam-se nos contratos como sinais, sendo que a principal diferença, neste caso, é que os estudos de comunicação destacam o surgimento de formas de vocabulário diversas para sinalizar uma mensagem particular, enquanto os estudos de legitimidade destacam o surgimento de uma única forma dominante que sinaliza, simplesmente, “nós somos legítimos.” Assim, muito do que os teóricos da ideologia poderiam dizer sobre temas contratuais, e muito do que os teóricos da legitimidade poderiam dizer sobre as exhibições contratuais, deveria ser aplicado, *mutatis mutandis*, também às gramáticas contratuais. Afinal, tanto a evocação das crenças ideológicas quanto a exibição de emblemas legitimadores são atos comunicativos.<sup>147</sup>

Tomadas conjuntamente, essas três perspectivas macrossimbólicas compõem uma tríade coerente. As características abstratas dos contratos evocam temas ideológicos; as características que variam entre grupos sociais expressam afirmações de legitimidade; e as características que variam dentro dos grupos sociais carregam comunicações transacionais específicas. Embora a importância de cada tipo de simbolismo possa diferir de situação para situação, as bases dessa tríade se apoiam umas nas outras. Os contratos conferem maior legitimidade quando comunicam mensagens que repercutem temas ideológicos centrais; ao mesmo tempo, os contratos comunicam melhor quando contam com uma série de gestos ideologicamente legítimos; e, finalmente, os contratos perpetuam melhor a ideologia quando insinuam ecos temáticos dentro de comunicações de legitimidade. Mais ainda, apesar de suas diferentes ênfases e raízes intelectuais divergentes, essas três considerações macrossimbólicas dividem uma presunção básica (embora frequentemente não expressa), de que regimes contratuais emergem por meio de um tipo de “*path dependence cultural*”. Dispositivos contratuais têm poucos significados inerentes, mas à medida que atores usam determinados dispositivos para veicular determinadas mensagens, torna-se cada vez mais difícil transmitir essas mensagens de outra maneira – ou usar aquelas mesmas disposições para transmitir qualquer outra coisa. Sob uma perspectiva macrossimbólica, comprometer-se com um discurso que signifique algo representa o insuperável “retorno de crescimento”.

### Considerações mistas dos regimes contratuais

Finalmente, pode-se também desenvolver um número de considerações mistas técnicas/simbólicas no nível macro. Em alguns casos, construir tais considerações exigiria nada mais que recuperar nuances que, para o bem da clareza, a presente exposição suprimiu. Muito da literatura da cultura material, por exemplo, dedica-se às propriedades simbólicas de artefatos aparentemente “técnicos”, como bicicletas, telefones e refrigeradores.<sup>148</sup> E, inversamente, muito da literatura da “produção de cultura” faz referência às origens técnicas de artefatos aparentemente “simbólicos”, como pinturas, esculturas e romances.<sup>149</sup> Em outros trabalhos, a mistura



dos processos técnicos e simbólicos é ainda mais meticulosa: Strang e Soule,<sup>150</sup> por exemplo, argumentaram que a difusão é tanto um processo cultural quanto tecnológico: “Práticas não fluem: modelos teorizados e molduras cuidadosas sim. (...) Nem todas as práticas podem ser teorizadas e emolduradas, e nenhuma sai do processo inalterada”. Enquanto isso, no sentido contrário, McLuhan argumentou que “o meio é a mensagem”:<sup>151</sup> a tecnologia frequentemente molda a cultura tanto quanto a cultura molda a tecnologia. Realmente, quando aplicada aos contratos, mesmo a distinção conceitual básica entre o técnico e o simbólico pode parecer um tanto artificial. Pode-se razoavelmente perguntar por que um contrato deve ser considerado um instrumento técnico quando ele se remete ao medo de uma sanção legal, ou um emblema simbólico quando evoca um sentido de solidariedade comum. Assim, examinada de perto, a dicotomia técnica/simbólica parece ser tanto uma asserção sobre as prioridades metateóricas de determinados acadêmicos, quanto uma descrição do caráter subjacente de determinados artefatos.<sup>152</sup>

O atrativo inegável da ruptura tipológica, no entanto, não deve cegar pesquisadores para a possibilidade de sínteses mais pragmáticas. Mesmo nos termos relativamente dicotômicos desta discussão, regimes contratuais do mundo real podem possuir ambos os elementos técnicos e simbólicos, sem que um conjunto de elementos inclua totalmente o outro. Várias dessas considerações mistas parecem possíveis. Contudo, uma estratégia particularmente sedutora seria integrar investigações técnicas e simbólicas junto a linhas do tempo, adaptando a imagem do modelo do ciclo tecnológico (ver *supra*), para postular que os fatores técnicos e simbólicos variam, desde o princípio, de acordo com a posição do regime no ciclo do incrementalismo. Em resumo, esse modelo decomporia a balança técnico-simbólica em quatro fases, como será demonstrado na Figura 1.

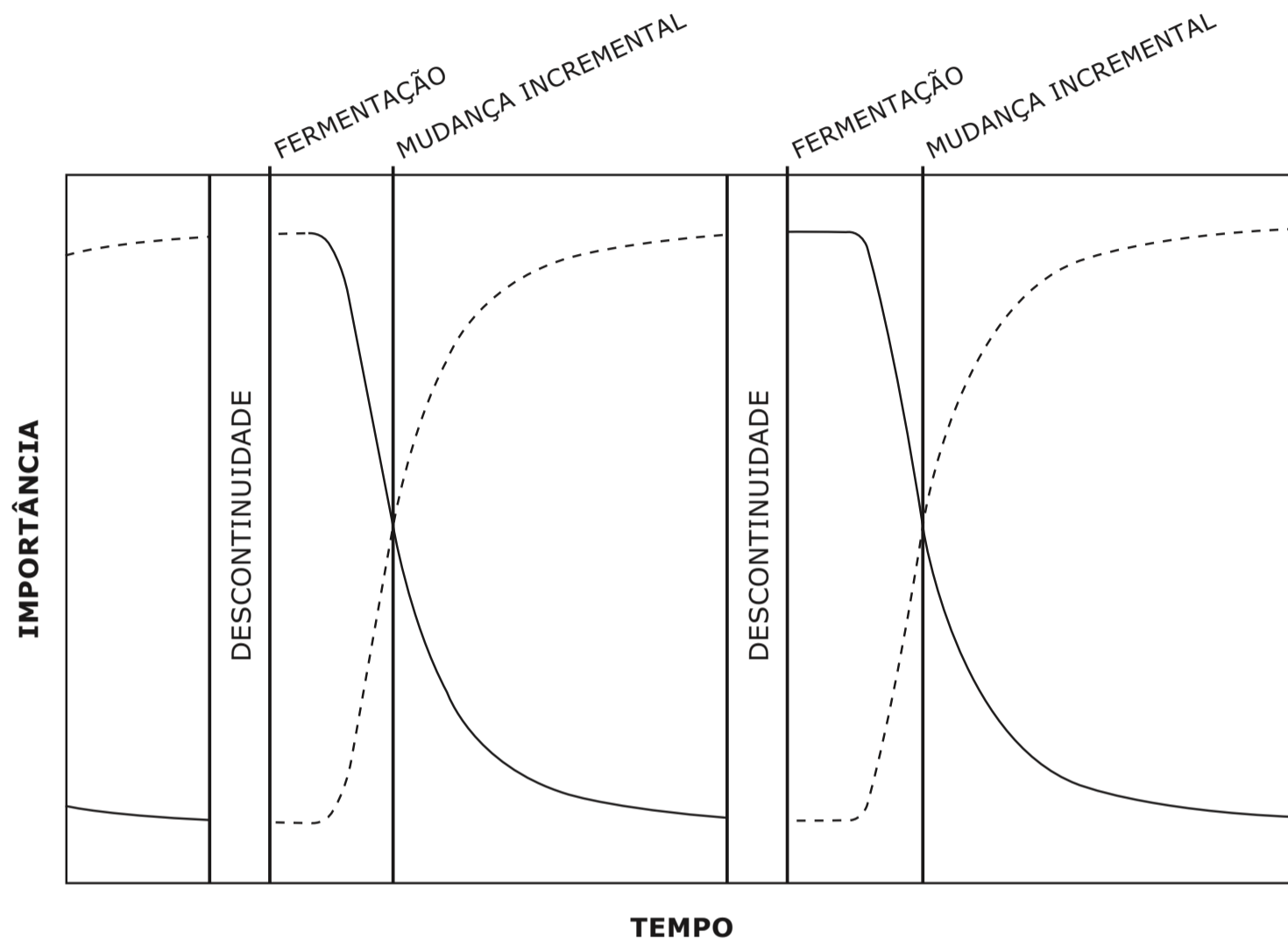
*1. Período de mudança incremental.* Durante intervalos calmos, as transações tendem a se resumir à rotina, e a importância dos documentos contratuais como mecanismos de governança técnica tende a ser menor. As relações de troca seguem um número limitado de modelos amplamente reconhecidos, e uma vez que as partes determinem que tipo de

relação querem, a compreensão consolidada do roteiro básico torna os chavões contratuais tanto desnecessários quanto irrelevantes. Consequentemente, os atores estão livres para usar artefatos contratuais principalmente com propósitos simbólicos –, para demonstrar legitimidade e para sinalizar uma preferência por um roteiro padronizado em detrimento de outro.

2. *Descontinuidade tecnológica.* Embora períodos de mudança no desenvolvimento possam continuar indefinidamente, o regime contratual passará, ocasionalmente, por uma descontinuidade tecnológica, a qual perturba e desloca práticas anteriores. As descontinuidades podem surgir de inovações linguísticas nos próprios documentos contratuais ou de inovações comportamentais nas relações de troca e/ou inovações doutrinárias no direito dos contratos (mais provável). Independentemente da fonte, tais disjunções tendem a tornar os símbolos familiares problemáticos e a atentar às reais implicações técnicas de determinados termos contratuais.

**FIGURA 1:**

FATORES TÉCNICOS E SIMBÓLICOS EM COLABORAÇÃO



3. *Período de fermentação.* Com o regime contratual temporariamente à disposição, alguns se tornam mais experimentais, buscando a melhor fórmula verbal para incorporar novas tecnologias de governança; outros se tornam mais céticos, analisando cuidadosamente a antiga linguagem consolidada à luz do novo ambiente. Ambas as posturas diminuem o valor simbólico das formas tradicionais de contrato. À medida que as novas estratégias de governança emergem e os dispositivos peculiares proliferam, os ideogramas estabelecidos não podem mais carregar seus significados prévios. E, à medida que a suposição de uma gramática compartilhada se descontrói, as partes de uma transação podem se ver forçadas a depender de estipulações contratuais explícitas em vez de

roteiros relacionais consolidados. Disso resulta que os significados simbólicos se tornam dissociados dos significados familiares, e os elementos técnicos da contratação vêm à frente. As transações se tornam mais conscientes e são intensivamente construídas, e diferentes modelos (e seus entusiastas) competem pela melhor *performance* econômica, prevalência numérica e endosso político-judicial.

4. *Design dominante*. Finalmente, surge um número limitado de *designs* dominantes da fermentação, o que resulta em um novo período de mudança progressiva. Com o desafio da engenharia resolvido, os modelos mal sucedidos rapidamente perdem sua utilidade, e as preocupações técnicas são relegadas de novo a segundo plano. À medida que o regime se estabiliza, vários elementos dos *designs* ascendentes começam a adquirir significados simbólicos sutis, e algumas disposições tornam-se homogeneizadas como emblemas de legitimidade, enquanto outras se tornam diversificadas como vocabulários de gestos. Aos poucos, uma nova gramática contratual se estabelece e as considerações simbólicas uma vez mais prevalecem – pelo menos até a próxima descontinuidade cíclica.

No momento, o modelo de “ciclo contratual” é apenas uma hipótese intuitivamente plausível, que não foi confrontada com evidência empírica. Conforme o conhecimento artefatuista do macronível for amadurecendo, os pesquisadores podem buscar integrar as considerações técnicas e simbólicas por meio de comparações transnacionais ou transeitoriais, identificando aspectos particulares de cultura, estrutura social e economia política que conduzem a equilíbrios particulares de elementos técnicos e simbólicos.<sup>153</sup> Através dos contextos, assim como através do tempo, os fatores abstratos que afetam esse equilíbrio tendem a ser similares. Os contratos têm maior probabilidade de servir a propósitos técnicos (1) quando as transações são familiares a ponto de permitir avaliações precisas da eficácia contratual, mas ainda não familiares o suficiente para serem subestimadas; (2) quando os tribunais e terceiros são chamados para analisar a linguagem contratual, em vez de depender de normas substantivas

extracontratuais, para solucionar disputas; (3) quando a execução contratual é rápida, barata e efetiva; e (4) quando partes transacionais estão mais de acordo quanto aos roteiros para interpretar os documentos legais do que quanto aos roteiros para regular relações de troca extralegais. Em contrapartida, quando a interpretação legal é discrepante, a execução é dispendiosa, os chamados a solucionar a disputa atentam aos entendimentos sociais tanto quanto aos compromissos escritos, e as transações são ou misteriosas ou rotineiras, provavelmente predominam os elementos simbólicos dos contratos. Como o modelo do ciclo contratual sugere, os fatores dirigindo o equilíbrio técnico-simbólico são altamente sensíveis ao ritmo das mudanças doutrinárias, relacionais e documentais. Mas como notariam os comparativistas, esses fatores também são sensíveis a certos aspectos do contexto social, como heterogeneidade demográfica, segmentações de mercado, poder do Estado e coerência e autonomia da profissão jurídica.<sup>154</sup> Seja através do período de tempo de um ciclo contratual, seja através das fronteiras de um sistema social, a mistura de utilidade e iconografia em diversos regimes contratuais claramente merecem o suporte artefactualista.

#### **IV. CONCLUSÃO**

Tomada como um todo, a agenda artefactualista argumenta que acadêmicos do contrato podem colher grandes recompensas ao ampliar as interpretações da doutrina jurídica e das observações sobre as relações de troca com o exame dos documentos contratuais como artefatos sociais em si mesmos. Como muitos artefatos materiais, os contratos possuem os usos técnicos e significados simbólicos, e refletem ambas as exigências de implementações específicas e dinâmica de regimes mais amplos. Nada disso, evidentemente, acontece de maneira isolada no direito dos contratos “dos livros” ou relações de troca na prática; entretanto, adotando-se a metáfora dos contratos-como-artefato, os pesquisadores de sociologia jurídica ganham acesso a uma caixa de ferramentas conceituais completas que as tradições dominantes negligenciaram demais. As páginas anteriores levantaram a tampa de uma caixa de ferramentas, mas abriram apenas uma fresta. Neste momento, as ferramentas aparentam ser firmes e versáteis,

mas até que sejam tiradas da caixa e testadas, não podemos prever mais do que um vago contorno do que elas nos permitirão construir. Com tanta tecnologia nova à espera, no entanto, o período de fermentação no estudo dos contratos pode estar próximo.

**NOTAS**

\* Gostaria de agradecer Joseph Sanders, Stuart Macaulay, Nina Tannenwald, Robert Gordon, Robert Ellickson, Ian Ayres, Mia Cahill, aos revisores anônimos da revista *Law & Society Review*, e aos organizadores do projeto Law's Disciplinary Encounters, da *American Bar Foundation*, pelas proveitosas sugestões em esboços anteriores. Daniel Steward, também, merece reconhecimento especial por suas inúmeras contribuições e assistência na pesquisa. As orientações adicionais também me foram prestadas pelos participantes dos encontros de Law & Society, em 2000, da Associação Americana de Sociologia, e do *workshop* da Wisconsin University sobre Sociologia Econômica. A elaboração deste texto foi financiada em parte por fundos da National Science Society (Grant SBE/SBR 9702605) e dos eruditos da Robert Wood Johnson Foundation no Health Policy Research Program. Quaisquer fraquezas ou omissões que sobrevieram a essas incontáveis colaborações devem-se exclusivamente à minha pessoa. Por favor, enderecem toda correspondência a Mark C. Suchman, University of Wisconsin Department of Sociology, 1180, Observatory Drive, Madison, WI 53706, USA.

**1** Aqui e mais adiante, os leitores poderão detectar ecos do artigo Contrato como coisa, de Arthur Leff (1970). O presente texto, no entanto, difere do de Leff em pelo menos dois aspectos. Primeiro, enquanto Leff enfatiza a coisificação da forma padrão dos “contratos de adesão”, neste texto empregamos essa perspectiva em todos os contratos, sejam eles padrão ou cuidadosamente negociados. Afinal, os objetos manuais não são menos “artefatos” do que suas contrapartes de produção em massa, embora, claro, eles possam ser tipos muito diferentes de artefatos, refletindo condições sociais diversas. Segundo, enquanto o foco principal do artigo de Leff recai nas implicações legais de regulamentar os contratos como coisas, o foco principal deste texto recai nas implicações sociológico-científicas de pesquisar os contratos como coisas. Por isso, embora a análise desse autor e a apresentada neste compartilhem uma metáfora central, ambas a perseguem com finalidades diferentes, embora mutuamente compatíveis.

**2** Por conveniência, neste texto o termo “ator social” se refere a qualquer entidade, seja individual ou organizacional, que possa entrar em uma relação contratual. No entanto, os leitores não devem entender essa terminologia para inferir que todas as entidades são necessariamente “atores” no sentido estrito de serem plenamente intencionais, racionais e autônomos.

**3** Haverá quem argumente que os contratos diferem de outros artefatos pelo fato de que os contratos, isoladamente, são resultados de barganha bilateral. Em muitos casos, contudo,

essa é uma distinção sem muita diferença. Diversos artefatos tradicionais refletem algum tipo de barganha, seja entre os próprios usuários ou entre usuários e criadores. Muitos contratos – especialmente entre organizações – refletem relações sociais multipartidos complexas, cujas negociações bilaterais explícitas têm apenas um pequeno papel. Não estamos afirmando que os contratos são perfeitamente idênticos a qualquer outra classe de artefatos (ver a seção *Contrato como tecnologia e contrato como símbolo*), mas nosso argumento repousa na crença de que o conhecimento legal tradicional foca demais as diferenças “definidoras” entre contratos e outros artefatos. Sendo assim, acreditamos que os pesquisadores poderiam aprender mais se considerassem, também, suas semelhanças unificadoras.

**4** Maine, 1970, p. 140-141.

**5** Macaulay, 1963, p. 56; cf. Feinman, 1990, p. 1286.

**6** Hobbes, 1996; Williamson, 1981, 1985; Coleman, 1990.

**7** Macaulay, 1963, 1997, 1985.

**8** Muitas relações contratuais incorporam “costumes do comércio” (*usages of trade*), “curso de negociação” (*course of dealing*) e outras expectativas tácitas que vão além do “acordo formalmente documentado” (ver discussão sobre elementos extracontratuais neste capítulo). Além disso, os contratos verbais, por definição, não são de forma alguma documentados, embora possam ser formalizados por outros instrumentos, e até mesmo contratos escritos muitas vezes adquirem outros novos significados à luz do comportamento pós-executório. Outros critérios de definição, também, são flexíveis quando pressionados. Os contratos podem variar no grau em que eles representam de fato trocas voluntárias. E muitos arranjos que pessoas leigas considerariam contratos podem, de fato, carecer de reconhecimento legal. Por isso, o domínio do conhecimento dos contratos estende-se muito além do estudo destes como definido aqui. Não obstante, as relações de troca formalmente documentadas e juridicamente vinculantes constituem o núcleo daquilo que tanto os estudiosos quanto pessoas leigas geralmente entendem por “contrato” (Leff, 1970, p.137-138) e essa definição engloba a grande massa do assunto à qual nossa análise melhor se aplica.

**9** Como qualquer tipologia conceitual, essa tricotomia exagera a intangibilidade entre suas categorias. Não são apenas doutrinas, relações e documentos intimamente interligados na prática, mas também alguns pedaços proeminentes de conhecimento caem dentro das zonas de fronteira entre os campos. Não obstante, a tipologia oferece um resumo razoável de temas recorrentes em várias literaturas e, ao fazer isso, enfatiza visões distintas que fluem de cada



perspectiva geral. (Para uma categorização alternativa – mas compatível – da literatura, ver Feinman, 1990.

**10** Atiyah, 1979; Farnsworth, 1982.

**11** Dalton, 1985; Gabel e Fineman, 1998.

**12** Muitos críticos do Direito e Sociedade também apontariam que a abordagem doutrinalista geralmente presta pouca atenção a determinantes extralegais dos pronunciamentos oficiais. A política do judiciário, por exemplo, tende a desaparecer das considerações doutrinalistas, a ponto de estas políticas se basearem em torno de questões locais, carregando pouca relação com preocupações filosóficas mais amplas. Além disso, nem os relacionistas, nem os artefactualistas têm dado atenção ao comportamento judicial; contudo, nessas últimas ramificações do conhecimento dos contratos, omissão é menos ofuscante, uma vez que nem o relacionismo, nem o artefactualismo têm muitas pretensões sobre a previsão (ou prescrição) dos resultados judiciais.

**13** Lindenberg, 1988; Esser, 1996; veja também Ellickson, 1991; Bernstein, 1992.

**14** Veja, Macneil, 1974, 1980; Whitford, 1985.

**15** Veja Macaulay, 1977; Gordon, 1985; Ellickson, 1991.

**16** Macaulay (1963, p. 56), por exemplo, rejeita explicitamente “uma redação gravando um acordo” como característica definidora dos contratos. Dado o seu foco em relações não contratuais, essa ação não exclui necessariamente os documentos escritos da análise como um todo; na prática, todavia, poucos estudiosos relacionistas têm prestado atenção à construção e desdobramento da “mera” documentação.

**17** Estritamente falando, a tradição do Direito e Economia aponta que documentos contratuais e doutrina contratual estão intimamente ligados, uma vez que a doutrina contratual consiste em grande parte em (1) “regras padrão” regulando como as cortes interpretarão acordos na ausência de documentos contrários; e (2) “regras de opção de saída” regulando como partes contratantes podem construir documentos que anulem esses padrões (Ayres e Gertner, 1989; Bebchuk, 1989). Então se poderá argumentar que longe de tratar de os documentos contratuais como sendo triviais, a análise doutrinária trata sobretudo de como as cortes devem combinar doutrinas e documentos a fim de determinar direitos e remédios. Na prática, no entanto, a maioria das análises doutrinárias (inclusive a maioria das análises

de Direito e Economia) reflete uma paixão pela interpretação de regras gerais e uma indiferença à observância de instâncias específicas. Para essa visão, o exame empírico de documentos contratuais não é melhor (e talvez seja pior) do que um exame conceitual de hipóteses bem escolhidas.

**18** Hill, 2001b.

**19** Webster's Revised Unabridged Dictionary, 1996.

**20** Gagliardi, 1990, p. 3; Miller, 1994.

**21** Wieand, 1980, p. 386. Realmente, alguns autores iriam mais além, reivindicando que os artefatos refletem uma ação *intencional*, não meramente consciente (Gagliardi, 1990, p. 3). Enquanto isso pode descrever razoavelmente a maioria dos artefatos (e certamente a maioria dos documentos contratuais), um requisito de propósito intencionalmente instrumental seria demasiado restritivo, se considerasse que todos os artefatos servem diretamente a propósitos instrumentais previamente reconhecidos. Alguns artefatos, ao contrário, são meramente subprodutos – conscientemente produzidos, mas não necessariamente vistos como úteis ou produtivos (Turner 1990, p. 372). Os contratos, por exemplo, ainda seriam artefatos se eles fossem produzidos puramente por hábito ou tradição sem nenhum objetivo claramente instrumental.

**22** Alguns autores relaxariam esse critério para incluir construções mentais (tais como a língua) e amostras transitórias (como dança) sob a rubrica de “artefato cultural” (p.ex., Schein, 1984). Pelos propósitos da presente análise, no entanto, uma definição tão expansiva somente confundiria a questão ao fazer tanto da doutrina legal como das relações de troca “artefatos” de mesmo direito. A abordagem artefatuísta dos contratos descansa na premissa de que a discreta materialidade dos documentos contratuais carrega um significado social singular merecedor de explícita atenção acadêmica.

**23** McLuhan e McLuhan, 1988.

**24** Kubler, 1962, p. 16.

**25** Gagliardi, 1990, p. 13, 29-30; Schatzberg, 1999, p. 18-20.

**26** Jane Piliavin merece agradecimentos por ter reformulado uma versão anterior dessa metáfora, que era menos elucidativa.

**27** A literatura jurídica comumente aplica o termo “*governance technology*” para diversos aspectos da estrutura corporativa, tais como opção de compra de ações e arranjos de votos de acionistas (ver, p.ex., Milhaupt, 1998; Bebchuk e Roe, 1999). A presente análise, no entanto, utiliza a frase mais amplamente, para indicar qualquer mecanismo de controle e coordenação dos comportamentos de atores sociais interdependentes, sejam ou não corporativos. Estruturas organizacionais (e os contratos que os comprometem) são, nesse sentido, tecnologias de governança, como também o são contratos de mercados mais efêmeros e acordos de aperto de mão mais informais.

**28** O paralelo entre amostras contratuais e certas formas de consumação conspícua é digno de nota aqui.

**29** Mead, 1962.

**30** Veja, p.ex., Florida e Kenney, 1988.

**31** Hounshell, 1984; Sabel e Zeitlin, 1997. Alguns observadores têm argumentado que a emergência da “especialização flexível” está mudando tudo isso (Piore e Sabel, 1984). Até a presente data, no entanto, as estratégias de manufatura pós-fordistas têm resultado em modestas produções de massa customizadas, e não no ressurgimento de trabalhos manufaturados.

**32** Weise, 1993, cap. 7. Aqui, a diferença primordial entre contratos e outros artefatos não está tanto na organização da produção, e sim no fato de que contratos padrão são geralmente utilizados pelas mesmas corporações que os elaboraram, ao invés de serem vendidos como *commodities* em um mercado distante. Mesmo quanto a esse ponto, todavia, a distinção é um pouco escorregadia. Pode-se certamente argumentar que, quando uma corporação vende um produto por meio de um contrato padrão, o consumidor está “comprando” o documento contratual tanto quanto ele ou ela está comprando o produto principal (Leff, 1970). Realmente, como Llewelyn (1939, p. 701-702; ver também Rakoff, 1983) discutiu há mais de 50 anos, a afinidade entre a contratação padrão e a produção em massa padrão pode ser mais do que meramente metafórica: a produção em massa precisa da distribuição em massa, e a distribuição em massa fica mais fácil quando compradores e vendedores não pechinham quanto aos termos da troca.

**33** Nelson, 1988; Galanter e Palay, 1991; Hill, 2001b; cf. Bloch, 1961; Baxandall, 1980.

**34** Claro que advogados de escritórios de advocacia algumas vezes produzem contratos

que são em todas as suas partes tão padronizados quanto os contratos produzidos por conselhos internos (ver, p.ex., Suchman, 1994); mas o equilíbrio entre a customização e a padronização difere dos dois lados. Mais ainda, a recente tendência para maiores escritórios de conselho interno e mais representação “transacional” de fora (Nelson 1994) implica que os escritórios de advocacia independentes tendem a atuar em trabalhos de elaboração rotineiros menos do que antes, e tendem mais a se envolver apenas em questões que fogem do padrão.

**35** Flood, 1991, p. 58.

**36** Veja, p.ex., Spangler e Lehman, 1982.

**37** O contraste é mais claro a respeito da engenharia produto-consumidor e a campos simbólicos como propaganda, embalagem e *design* comercial. Na maior parte, as “*high arts*” continuam carismáticas em estrutura, e tanto a arquitetura quanto o *design* de moda compartilham muitas das características patrimoniais do trabalho jurídico (cf. Becker, 1982; Larson, 1994; Hirsch, 1972).

**38** Macaulay (1963), p.ex., relata que diferentes coalizões de profissionais tendem a defender diferentes formas de relações de negócio, com os conselhos externos, contadores e departamentos financeiros, favorecendo uma contratação mais explícita, enquanto os conselhos internos e departamentos de vendas e de compras preferem acordos mais abertos. A estrutura não convencional da produção dos contratos pede mais investigações desse tipo. Os pesquisadores devem permanecer em alerta para as formas pelas quais os interesses dos advogados e os interesses dos clientes podem divergir. Justamente por essa divergência variar de acordo com a estrutura do foro, os problemas resultantes do agente principal ficam, em grande parte, além do escopo do atual manuscrito. Não obstante, quando as necessidades dos advogados e clientes puxam em direções opostas (como muitas vezes acontece), raramente se consegue entender os artefatos contratuais resultantes sem compreender a tensão fundamental em torno da produção dos contratos (veja p.ex., Hill, 2001b; Flood, 1991; cf. Suchman e Cahill, 1996).

**39** Meyer e Rowan, 1977.

**40** Gilson, 1984, p. 1984.

**41** Gilson, 1984, p. 247-248.

**42** Nos últimos anos, a literatura do Direito e Economia tem abraçado o “*event study*”

(“estudo de ocorrência”) – um tipo experiência que busca testar o valor líquido atual das decisões corporativas analisando, antes e depois, o preço das ações. Se determinada escolha (p.ex., a adoção de uma estrutura contratual sobre outra) tem um valor líquido positivo para a corporação, o preço relativo das ações de um adotante subirá para refletir esse ganho. Infelizmente, a menos que os mercados de capitais sejam totalmente racionais e eficientes, tal estudo de ocorrência fornece um critério melhor para as *percepções subjetivas* dos investidores do que a *eficiência objetiva* da própria escolha. Nas condições da vida real, o caráter simbólico dos artefatos contratuais faz essa estratégia medidora altamente suspeita, pelo menos como meio de desatar “verdadeiros” custos e benefícios técnicos das superstições construídas socialmente.

**43** Gilson, 1984.

**44** Levitt e March, 1988, p. 325-326.

**45** Dreyfuss e Kwall, 1996.

**46** Um punhado de pareceres das cortes aborda a disponibilidade da proteção de direitos autorais e/ou de patentes para os *designs* contratuais. As posições são diversas, mas a maioria discorda dessa possibilidade. Do lado dos direitos autorais, as cortes parecem mais suscetíveis a aceitar a possibilidade de atribuição de *copyright* aos contratos no plano abstrato, do que encontrar uma infração real em casos específicos (ver Reiter 1971). Para prevalecer, os escritores de contratos que se sentirem preocupados devem superar três obstáculos substanciais: (1) para ser passível de *copyright*, os contratos devem ser originais, não podendo reproduzir nem parafrasear a linguagem de trabalhos antigos. Isso exclui a proteção para a maioria dos rearranjos de *boilerplates* preexistentes, mesmo se o contrato final tem propósitos novos (ver, p.ex., *Donald vs. Uarco Business Forms*). (2) Já que a proteção de direitos autorais cobre expressões particulares em vez de ideias subjacentes, os tribunais somente encontrariam infração se uma imitação empregasse virtualmente as mesmas palavras do original, e não se a imitação tivesse os mesmos fins jurídicos (ver, p.ex. *Miner vs. Employers Mutual Liability Insurance Co.*). (3) Finalmente, mesmo quando dois contratos empregam essencialmente o mesmo vocabulário, os tribunais têm se recusado a encontrar uma infração, argumentando que, quando uma ideia só pode ser colocada em efeito por meio de uma específica fórmula verbal, o público deve se manter livre para usar essas fórmulas, desde que o uso seja somente “incidental para (...) o uso da ideia subjacente” (*Continental Casualty Co. vs. Beardsley*). Como um parecer relutantemente reconheceu, a introdução desses constrangimentos na esfera dos contratos “oferece pouca proteção, se é que oferece alguma, para o dono dos direitos autorais; de fato, chega perto de invalidá-los” (*Crume vs. Pacific Mutual Life Insurance Co.*).

A situação do lado das patentes não é muito melhor. Aqui, o precedente mais apropriado é o caso *Moeser*, 1906, que rejeitou os esforços de patentear um “simples contrato” para um seguro de enterro. Em um parecer relativamente curto, o DC Circuit concordou com o Comissário de Patentes que “o formato de tais contratos (...) desviaram ou adotaram como método de transação uma classe particular de (...) negócio, que não é patenteável como arte”. Embora *Moeser* nunca tenha sido anulado, nem mesmo diretamente criticado, seu futuro tem ficado substancialmente mais nebuloso após a recente eliminação, pelo Federal Circuit, no caso *State Street Bank & Trust Co. vs. Signature Financial Group Inc.*, do foro que defendia as patentes como “métodos de se fazer negócio”. Se os modelos de negócios são hoje patenteáveis (Oberdorfer 1998), pode-se imaginar que a moldura contratual sob a qual esses modelos geram efeitos seria patenteável também. Nenhum tribunal chegou ainda nessa nova questão, que permanece sem uma posição definida.

No todo, pode-se didaticamente comparar o regime de propriedade intelectual regendo os contratos da mesma forma que rege duas classes um tanto análogas de artefatos: estruturas arquitetônicas e programas de computador. Assim como nos contratos, a lei norte-americana negou o patenteamento a estruturas arquitetônicas alegando que criações utilitárias não são passíveis de direitos autorais, enquanto programas de computador não eram passíveis de proteção porque algoritmos conceituais não eram patenteáveis. Nas duas instâncias, a situação tem mudado drasticamente nos últimos anos, mas ambas requereram uma intervenção legislativa direta e específica (ver, p.ex., *Richmond Homes Management, Inc vs. Raintree, Inc.* e *Apple Computer, Inc. vs. Franklin Computer Corp.*, respectivamente). Até então, não apareceu nenhuma iniciativa semelhante no campo dos contratos.

**47** Compare Suchman, 1989, com Powell, 1993. Citando a história turbulenta das patentes médicas, pelo menos um autor sugeriu que os indivíduos que têm profissões de peso não podem simplesmente ignorar a ausência de direitos de propriedade intelectual, mas podem lutar para introduzir regimes mais abrangentes (Thomas, 1999, p. 47-50).

**48** Ver, p.ex., Gilson, 1984, p. 253-256; *Oregon Law Review*, 1995; Katz, 1999.

**49** Powell, 1993; Suchman, 1995a.

**50** O próprio Gilson aponta o hiato entre a lei nos livros e a lei na prática. Sua leitura ‘econômica’ de acordos de uma aquisição padrão de empresas (Gilson, 1984, p. 257ss), no entanto, tem servido de modelo a vários sucessores menos austeros.

**51** Cf. Macaulay, 1977; Ellickson, 1991.

**52** Outras divergências estão fundamentadas em uma consideração “simbólica”. As partes podem, p.ex., entrar num contrato ritualisticamente, com inquestionável fé em sua habilidade quase mágica de uni-las, independentemente de suas imperfeições técnicas. As dinâmicas simbólicas serão discutidas com maiores detalhes adiante.

**53** Bernstein, 1996.

**54** Bernstein, 1996, p. 1799. Os acordos pré-nupciais são outro bom exemplo do fenômeno “fim de jogo”.

**55** Aliás, enraizamento social nem sempre significa melhora de eficiência (Lindenberg 1988; ver também Granovetter, 1985). Como qualquer sistema aberto, os resultados desse tipo de contratação dependem de como são utilizadas as contribuições externas.

**56** Raider, 1999.

**57** Ver também, Eggleston, Posner e Zeckhauser, 2000.

**58** Akrich, 1992; Clement, 1993; Suchman, 1999.

**59** Cf. Hill, 2001a.

**60** Rakoff, 1983.

**61** Ben-Shahar e Bernstein, 2000.

**62** Para uma ilustração mais concreta desses efeitos, pode-se imaginar o estudo do uso de emendas manuscritas nos contratos impressos. Glosar indicou que se dá atenção direta a uma cláusula particular e as glosas frequentemente se sobressaem no texto. No entanto, a glosa também pode indicar uma reflexão posterior, e essas alterações podem sofrer de falta de legitimidade. Por isso, uma preocupação artefatuísta com esses documentos atentaria aos fatores internos e externos, que estimulam ou desestimulam essas redações, e os tornam mais ou menos potentes, e a interpretação subsequente das partes contratantes e de terceiros.

**63** Gilson, 1984; Powell, 1993; Suchman, 1994, 1995b.

**64** Mills, 1996.

**65** Mills 1996, p. 137-139; no mesmo sentido, Bakke, 1996.

**66** UCC § 2-207.

**67** Geertz, 1973.

**68** Gordon, 1985.

**69** Na prática, a consciência jurídica, no que diz respeito aos contratos, talvez contenha a mesma multivocalidade que caracteriza a consciência jurídica em outros temas (Ewick e Silbey, 1998). Quando, a fim de poder comprar um produto necessário, o consumidor deve aceitar o contrato padrão do vendedor, o simbolismo pode evocar mais hierarquia e opressão do que cooperação, voluntarismo ou igualdade. Ou, possivelmente, pode evocar ambos ao mesmo tempo, deixando o consumidor com a escolha de Hobson entre a narrativa de “desapoderamento” (“eu não tive voz na questão”) e a narrativa da culpa (“eu trouxe isto para mim mesmo”).

**70** A visão dos contratos como objetos cerimoniais ganha força porque, sob determinadas circunstâncias, os tribunais têm de fato tratado outros símbolos cerimoniais como substitutos para a documentação contratual. Um exemplo incrível ocorreu em 1984 durante a briga entre a Texaco e a Pennzoil pela compra da Getty Oil. Na época, os tribunais do Texas decidiram que a Pennzoil tinha fechado a compra da Getty com êxito – baseada em cerimoniais de transação, como apertos de mão, recepções, brindes de *champagne* e publicações na mídia – apesar de as partes nunca terem assinado um contrato formal (ver *Texaco, Inc vs. Pennzoil Co.*, 1987). Um documento contratual teria sido suficiente para fechar o negócio, mas os tribunais decidiram que não era necessário. Outros símbolos, vistos em conjunto, foram igualmente suficientes. (Devo a Stewart Macaulay o crédito por me trazer esse exemplo.)

**71** Mead, 1962.

**72** Ideogramas são símbolos gráficos que passam informações conceituais em vez de fonéticas. Tomando como exemplo os caracteres chineses – cujos ideogramas podem ser lidos como um todo, denotando o próprio objeto, ou como ideogramas mais simples, denotando as respectivas conotações – o ideograma para “crise” reúne os símbolos para “perigo” e “oportunidade”. (Devo a Alta Charo a sugestão da analogia com ideogramas e a Claire Hill pela pesquisa.)

**73** O estudo sistemático dessas variações repousa no cerne da agenda de pesquisa



“macrossimbólica” descrita na próxima seção.

**74** Suchman, 1994.

**75** Cf. Eggleston, Posner e Zeckhauser 2000, p 117-118. As partes da transação podem passar essas mensagens mais explicitamente de outras formas. No entanto, como Gorenstein (1996) salienta, uma das características distintivas da cultura material é que ela pode evocar “percepções”, sem demandar que estas sejam explicitamente constatadas ou rejeitadas, admitidas ou renegadas. Essa ambiguidade pode diminuir o atrito social indispensável, principalmente durante negociações delicadas, em que estão envolvidas diversas partes (cf. Baer, March e Saetren, 1988).

**76** Gumperz, 1982; Calhoun, 1989.

**77** Stolle e Slain, 1997; Hans e Mott, 2000.

**78** Weick, 1979.

**79** Macaulay, 1963, p. 58-59.

**80** Idem, 1963, p. 65.

**81** Idem, 1963, p. 60.

**82** Os artefactualistas, evidentemente, não detêm o monopólio da explicação da macrodinâmica dos regimes contratuais: os doutrinalistas geralmente presumem que deslocamentos na linguagem contratual refletirão em deslocamentos nas leis prevaletentes de um modo razoavelmente direto e não problemático; os relacionistas, por sua vez, ou acham uma ligação direta similar entre a linguagem contratual e a organização social da troca, ou que a linguagem contratual, sendo irrelevante para a troca, ficará à deriva. Embora se baseiem em argumentos de ambos os campos, o artefactualismo questiona a macrodinâmica dos regimes contratuais e os coloca no centro da questão. Os artefactualistas notam que as tendências tanto na doutrina quanto na troca costumam interagir com dinâmicas emergentes do próprio processo de documentação. Essas dinâmicas essencialmente endógenas, argumentam eles, dão vida própria aos regimes contratuais que não são nem externamente predeterminados nem causalmente irrelevantes.

**83** Abrahamson e Rosenkopf, 1993, p. 493.

- 84** Ver, p.ex., Ryan e Gross, 1943; Coleman, Katz e Menzel, 1966; Hagerstrand, 1967.
- 85** Para uma revisão da literatura, ver Damanpour, 1991; Drazin e Schoonhoven, 1996.
- 86** Menzel, 1960; Burt, 1992.
- 87** Ver, em geral, Strang e Soule, 1998.
- 88** Abrahamson e Rosenkopf, 1993, 1997.
- 89** Suchman, 1994, 1995b.
- 90** Bygrave e Timmons, 1992; Gompers e Lerner, 1999; cf. MacNeil, 1980.
- 91** Suchman e Cahill, 1996, p. 701-702.
- 92** Davis, 1991; Powell, 1993; Davis e Greve, 1997.
- 93** Carregando rótulos sugestivos como “repelente de tubarões” (“*shark repellants*”), “fechadura” (“*lock-ups*”) e “pílulas envenenadas” (“*poison pills*”), a maioria das novas defesas contra aquisição hostil de empresas reuniu transações negociadas e emissão espontânea de ações. Por isso, essas tecnologias ficam na intersecção entre contrato, propriedade e valores mobiliários. Entretanto, sua forte dependência à documentação legítima as trazem para dentro da competência da análise artefatuísta (cf. Greely, 1989, p. 152-158).
- 94** Embora a *poison pill* crie um pacote de novos direitos para os acionistas, a maioria dos analistas concorda que esse instrumento protege mais os diretores do que os investidores. Em sua essência, uma *poison pill* aumenta os custos transacionais de uma aquisição hostil, isolando a diretoria (e outros tomadores de decisão internos) do controle exercido pelo mercado. Por isso a análise econômica sugere que estes “planos de direitos dos acionistas” podem ter o efeito contraintuitivo da diminuição do controle dos acionistas e da redução do seu retorno/lucro.
- 95** Powell, 1993, p. 433.
- 96** Idem, 1993, p. 439.
- 97** Davis, 1991.

**98** O caso em questão, *Moran vs. Household International* opunha Wachtell Lipton contra Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom, um antigo e manifesto inimigo da nova tecnologia. Ironicamente, pouco tempo depois da decisão da Household International, o próprio Skadden, tornou-se grande entusiasta da *poison pill* e lançou “um volume de centenas de páginas e três tomos recomendando a adoção do seu próprio plano de direitos” (Powell, 1993, p. 442).

**99** Cf. Abrahamson e Rosenkopf, 1993, p. 513.

**100** Davis e Greve, 1997.

**101** Um “paraquedas dourado” (“*golden parachute*”) é um contrato de emprego que confere uma separação do patrimônio da empresa para o pagamento dos executivos envolvidos na aquisição da firma por um dos sócios ou empregados. A análise econômica sugere que tais pacotes de compensação podem melhorar a eficiência do mercado por diminuir a resistência da gerência a aquisições que envolvem reorganizações administrativas e redução dos ativos (Lambert e Larcker, 1985). Retratos leigos, entretanto, têm sido muito mais negativos, geralmente abordando a habilidade de altos executivos de saírem enriquecidos de uma negociação que envolve prejuízo substancial aos demais funcionários da empresa.

**102** Ver, p.ex., Lambert e Larcker, 1985; Coffee, 1988.

**103** Comparar Davis e Greve, 1997, p. 30, com Powell, 1993, p. 449.

**104** Damanpour, 1991, p. 560-562.

**105** Strang e Soule, 1998, p. 270-276.

**106** Ver, de modo geral, Arthur, 1989, 1990.

**107** Arthur, 1989, p. 116.

**108** Ver David, 1985; Arthur, 1990, ver também Liebowitz e Margolis, 1990.

**109** Kahan e Klausner, 1996, 1997; Klausner, 1995; ver também Greely, 1989.

**110** Kahan e Klausner, 1997, p. 740-760.

**111** Idem, 1997, p. 743-745.

**112** Idem, 1997, p. 750-751.

**113** Ver, p.ex., Greely, 1989; Lambert, 1998.

**114** Galanter, 1974.

**115** Farrell e Saloner, 1985, 1986; Katz e Shapiro, 1985.

**116** Ver Tushman e Anderson, 1986; Anderson e Tushman, 1990; Rosenkopf e Tushman, 1994.

**117** No modelo dos ciclos tecnológicos, o público em geral tem mais chance de aparecer como um corpo político organizado do que como um consumidor atomizado no mercado. Na verdade, o público em geral tem um papel irrelevante na literatura dos ciclos tecnológicos, já que poucas pesquisas têm o seu foco nos produtos voltados para o consumo em massa.

**118** Suchman, 1994, 1995.

**119** Suchman, 1993, 1995a; Suchman e Cahill, 1996.

**120** Powell, 1993, p. 434; ver também Davis, 1991; Davis e Greve, 1997.

**121** Powell, 1993.

**122** Em sentido contrário aos estudos dos contratos de *venture capital* e defesas corporativas contra aquisição, a pesquisa de Kahan e Klausner (1997) sobre acordos vinculantes demonstrou que não havia nenhum indício significativo de influência por parte de escritórios de advocacia. De qualquer forma, as conclusões de Kahan e Klausner continuam consistentes com o modelo dos ciclos tecnológicos. Em 1987, as perdas sofridas pelos acionistas durante a aquisição da RJR Nabisco induziram um breve – e intenso – período de fermentação durante o qual seguradoras, ao invés de advogados, se adiantaram na criação de respostas contratuais específicas. No final do ano de 1989, um *design* dominante emergiu dessa fermentação, trazendo marcas da Goldman Sachs e (em uma extensão menor) da First Boston, duas das maiores seguradoras do mercado.

**123** Cf. Anderson e Tushman, 1990.

**124** Tushman e Anderson, 1986.

**125** Aqui, bem como na literatura de inovação e difusão, pesquisadores sociológico-jurídicos precisam dar atenção especial à questão de *qual* empresa experimentou mudanças tecnológicas. Anderson e Tushman (1990) argumentam que inovações em produtos provavelmente são promovedoras de potencial, enquanto inovações em processos devem atuar como destruidores de potencial. Se contratos são produtos de escritórios de advocacia, e processos são produtos para clientes, esta proposição implica na conclusão de que inovações contratuais podem ser menos proveitosas para as empresas-clientes do que para o próprio setor jurídico.

**126** Anderson e Tushman, 1990.

**127** Ver, p.ex., Feinman, 1983; Dalton, 1985; Gabel e Feinman, 1998.

**128** Gorenstein, 1996.

**129** Bourdieu, 1977.

**130** Gartman, 1986.

**131** Idem, 1986, p. 183.

**132** Cf. Weise, 1993, cap. 7.

**133** Cf. Hans e Mott, 2000.

**134** Ver Meyer e Rowan, 1977; DiMaggio e Powell, 1991; Suchman e Edelman, 1996.

**135** Suchman, 1995c.

**136** Ver, respectivamente, Dobbin et al., 1993; Edelman, 1990, 1992; Mezas, 1990; Fligstein, 1990.

**137** Entre outras coisas, essa extrapolação ajuda a explicar a descoberta paradoxal de que rituais contratuais elaborados persistem mesmo diante de relações de negócios essencialmente não contratuais (cf. Macaulay, 1963; Suchman e Cahill, 1996). Para um sociólogo neoinstitucional, essa observação representa apenas um caso especial de uma

proposição familiar que, em ambientes bastante institucionalizados, legitima formalidades simbólicas que geralmente se separam de rotinas pragmáticas e técnicas (Meyer e Rowan, 1977). A documentação que alguém precisa para satisfazer auditores, reguladores ou tribunais pode ser bastante diferente do discernimento necessário para gerenciar as vicissitudes diárias de um verdadeiro relacionamento contratual.

**138** Ver, p.ex., DiMaggio, 1991; Friedland e Alford, 1991; Morrill, no prelo.

**139** DiMaggio e Powell, 1983; cf. Giddens, 1984.

**140** Ver, respectivamente, Tolbert e Zucker, 1983; DiMaggio, 1991; Galaskiewicz, 1991; Soule, 1997; Westphal, Gulati e Shortell, 1997.

**141** Suchman 1994, 1995a.

**142** DiMaggio e Powell, 1983.

**143** Dornbusch et al., 1975.

**144** Suchman, 1994, p. 266-277; Kahan e Klausner, 1997, p. 743-744.

**145** Mead, 1962.

**146** As teorias da comunicação e da ideologia diferem também em suas concepções de audiências e processos de influência: as teorias da comunicação tendem a enfatizar a recepção consciente do simbolismo contratual apenas pelas partes do contrato, já as teorias da ideologia tendem a centrar sua atenção na absorção subconsciente do simbolismo contratual pela sociedade como um todo.

**147** Uma nota de cautela talvez seja necessária aqui. Apesar de sua promessa, a abordagem simbólica não é menos questionada do que a abordagem técnica pela questão de quais atores, precisamente, são as forças motrices atrás da dinâmica dos regimes contratuais. Padrões de mudança e estabilidade, convergência e divergência, crescimento e contração seriam mais passíveis de parecer bem diferentes se os regimes contratuais transmitissem ideologia, legitimidade e comunicação entre advogados do que se eles transmitissem estes mesmos elementos simbólicos entre clientes. Trabalhar na relação entre a cultura legal profissional e a cultura legal popular (e.g., Sarat & Felstiner 1995; Halliday 1998) está ainda em sua infância, mas suas implicações para os estudos artefactualistas sobre regimes

contratuais poderiam, em última análise, provar ser enorme.

**148** Ver Gorenstein, 1996.

**149** Ver Calhoun, 1989.

**150** Strang e Soule, 1998, p. 227.

**151** Ver também Goody e Watt, 1986.

**152** Hill, 2001a.

**153** Casper, 2001.

**154** Comparações na contratação empresarial feitas entre Estados Unidos e Alemanha (p.ex., Casper 2001) sugerem não apenas que esses fatores contextuais podem afetar a mistura da dinâmica técnica e simbólica no regime contratual, como também podem afetar a importância da doutrina jurídica, relações de troca e artefatos contratuais. Formas de governo liberais do modelo anglo-americano privilegiam instrumentos documentais por tratarem a doutrina apenas como uma série de regras omissas, facilmente superadas pelo acordo de vontade entre as partes (ver nota 18 *supra*). Políticas corporativistas do modelo teutônico têm outro foco, e tratam os contratos como regras omissas, inferiores à doutrina jurídica (Casper, 2001, p. 389-392).

**REFERÊNCIAS**

- : Abrahamson, Eric, & Lori Rosenkopf (1993) “Institutional and Competitive Bandwagons: Using Mathematical Models as a Tool to Explain Innovation Diffusion,” 18(3) *Academy of Management Rev.* 487-517.
- : \_\_\_\_\_ (1997) “Social Network Effects on the Extent of Innovation Diffusion: A Computer Simulation,” 8 *Organization Science* 289-309.
- : Akrich, M. (1992) “The De-Description of Technical Objects,” in W. Bijker & J. Law, eds. *Shaping Technology/Building Society*, pp. 205-24. Cambridge, MA: MIT Press.
- : Anderson, Philip, & Michael L. Tushman (1990) “Technological Discontinuities and Dominant Designs: A Cyclical Model of Technological Change,” 35 *Administrative Science Q.* 604-33.
- : Arthur, W. Brian (1989) “Competing Technologies, Increasing Returns, and Lock-in by Historical Events,” 99(1) *Economic J.* 116-31.
- : \_\_\_\_\_ (1990) “Positive Feedbacks in the Economy,” 262 *Scientific American* 92-99.
- : Atiyah, Patrick S. (1979) *The Rise and Fall of Freedom of Contract*. New York: Oxford Univ. Press.
- : Ayres, Ian, & Robert Gertner (1989) “Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules,” 99 *Yale Law J.* 87-130.
- : Baer, Vicki E., James G. March, & Harald Saetren (1988 [1986]) “Implementation and Ambiguity,” in J. March, ed. *Decisions and Organizations*, pp. 150-64. Oxford, UK: Basil Blackwell.
- : Bakke, John W. (1996) “Technologies and Interpretations: The Case of the Telephone,” 10 *Knowledge and Society* 87-107.
- : Baxandall, Michael (1980) *The Limewood Sculptors of Renaissance Germany*. New Haven, CT: Yale Univ. Press.
- : Bebchuk, Lucien Ayre (1989) “Limiting Contractual Freedom in Corporate Law: The Desirable Constraints on Charter Amendments,” 102 *Harvard Law Rev.* 1820-60.
- : Bebchuk, Lucian Ayre, & Mark J. Roe (1999) “A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance,” 52 *Stanford Law Rev.* 127-70.
- : Becker, Howard S. (1982) *Art Worlds*. Berkeley, CA: Univ. of California Press.
- : Ben-Shahar, Omri, & Lisa Bernstein (2000) “The Secrecy Interest in Contract Law,” 109 *Yale Law J.* 1885-1925.
- : Bernstein, Lisa (1992) “Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry,” 21 *J. of Legal Studies* 115-57.
- : \_\_\_\_\_ (1996) “Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code’s Search for Immanent Business Norms,” 144 *Univ. of Penn. Law Rev.* 1765-1821.



- : Bloch, Marc L. B. (1961) *Feudal Society* (L. A. Manyon, trans.). Chicago, IL: Univ. of Chicago Press.
- : Bourdieu, Pierre (1977) *Outline of a Theory of Practice* (Richard Nice, trans.). New York: Cambridge Univ. Press.
- : Burt, Ronald S. (1992) *Structural Holes: The Social Structure of Competition*. Cambridge, MA: Harvard Univ. Press.
- : Bygrave, William D., & Jeffrey A. Timmons (1992) *Venture Capital at the Crossroads*. Boston, MA: Harvard Business School Press.
- : Calhoun, Craig (1989) "Introduction: Social Issues in the Study of Culture," 11 *Comparative Social Research* 1-29.
- : Casper, Steven (2001) "The Legal Framework for Corporate Governance: The Influence of Contract Law on Company Strategies in Germany and the United States," in P. A. Hall D. Soskice, eds. *Varieties of Capitalism: The Institutional Foundations of Comparative Advantage*, pp. 387-416. Oxford, UK: Oxford Univ. Press.
- : Clement, Andrew (1993) "Looking for the Designers: Transforming the 'Invisible' Infrastructure of Computerized Office Work," 7 *AI & Society: Special Issue on Gender, Culture and Technology* 323-44.
- : Coffee, John C. Jr. (1988) "Shareholders Versus Managers: The Strain in the Corporate Web," in J. C. Coffee Jr., L. Lowenstein, & S. Rose-Ackerman, eds., *Knights, Raiders, and Targets: The Impact of the Hostile Takeover*, pp. 77-134. New York: Oxford Univ. Press.
- : Coleman, James S. (1990) *Foundations of Social Theory*. Cambridge, MA: Harvard Univ. Press.
- : Coleman, James S., Elihu Katz, & Herbert Menzel (1966) *Medical Innovation: A Diffusion Study*. Indianapolis, IN: Bobbs-Merrill.
- : Dalton, Clare (1985) "An Essay in the Deconstruction of Contract Doctrine," 94 *Yale Law J.* 1097-1114.
- : Damanpour, Fariborz (1991) "Organizational Innovation: A Meta-Analysis of Effects of Determinants and Moderators," 34 *Academy of Management J.* 555-90.
- : David, Paul A. (1985) "Clio and the Economics of QWERTY," 75 *American Economic Rev.* 332-37.
- : Davis, Gerald F. (1991) "Agents Without Principles? The Spread of the Poison Pill Through the Intercorporate Network," 36 *Administrative Science Q.* 583-613.
- : Davis, Gerald F., & Henrich R. Greve (1997) "Corporate Elite Networks and Governance Changes in the 1980s," 103(1) *American J. of Sociology* 1-37.
- : DiMaggio, Paul J. (1991) "Constructing an Organizational Field as a Professional Project: U.S. Art Museums, 1920-1940," in W. W. Powell & P. J. DiMaggio, eds.,

- The New Institutionalism in Organization Analysis*, pp. 267-92. Chicago, IL: Univ. of Chicago Press.
- : DiMaggio, Paul J., & Walter W. Powell (1983) “The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields,” 48 *American Sociological Rev.* 147-60.
- : \_\_\_\_\_ (1991) “Introduction,” in W. W. Powell, & P. J. DiMaggio, eds., *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, pp. 1-38. Chicago, IL: Univ. of Chicago Press.
- : Dobbin, Frank R., John R. Sutton, John W. Meyer, & W. Richard Scott (1993) “Equal Opportunity Law and the Construction of Internal Labor Markets,” 99 *American J. of Sociology* 396-427.
- : Dornbusch, Sanford M., & W. Richard Scott, with the assistance of Bruce C. Busching & James D. Laing (1975), *Evaluation and the Exercise of Authority*. San Francisco, CA: Jossey-Bass Publishers.
- : Drazin, Robert, & Claudia Bird Schoonhoven (1996) “Community, Population, and Organization Effects on Innovation: A Multilevel Perspective,” 39 *Academy of Management J.* 1065-83.
- : Dreyfuss, Rochelle C., & Roberta R. Kwall (1996) *Intellectual Property: Trademark, Copyright and Patent Law*. Westbury, NY: Foundation Press.
- : Edelman, Lauren B. (1990) “Legal Environments and Organizational Governance: The Expansion of Due Process in the American Workplace,” 95 *American J. of Sociology* 1401-40.
- : \_\_\_\_\_ (1992) “Legal Ambiguity and Symbolic Structures: Organizational Mediation of Law,” 97 *American J. of Sociology* 1531-76.
- : Eggleston, Karen, Eric A. Posner, & Richard Zeckhauser (2000) “The Design and Interpretation of Contracts: Why Complexity Matters,” 95 *Northwestern Univ. Law Rev.* 91-132.
- : Ellickson, Robert C. (1991) *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*. Cambridge, MA: Harvard Univ. Press.
- : Esser, John P. (1996) “Institutionalizing Industry: The Changing Forms of Contract,” 21(3) *Law and Social Inquiry* 593-629.
- : Ewick, Patricia, & Susan S. Silbey (1998) *The Common Place of Law*. Chicago, IL: Univ. of Chicago Press.
- : Farnsworth, E. Allan (1982) *Contracts*. Boston, MA: Little Brown & Co.
- : Farrell, Joseph, & Garth Saloner (1985) “Standardization, compatibility, and Innovation,” 16 *Rand J.* 70-83.
- : \_\_\_\_\_ (1986) “Installed Base and Compatibility: Innovation, Product Preannouncements, and Predation,” 76 *American Economic Rev.* 940-55.

- : Feinman, Jay M. (1983) “Critical Approaches to Contract Law,” 30 *UCLA Law Rev.* 829-60.
- : \_\_\_\_\_ (1990) “The Significance of Contract Theory,” 1990 *Univ. of Cincinnati Law Rev.* 1283-1318.
- : Fligstein, Neil (1990) *The Transformation of Corporate Control*. Cambridge, MA: Harvard Univ. Press.
- : Flood, John (1991) “Doing Business: The Management of Uncertainty in Lawyers’ Work,” 25(1) *Law & Society Rev.* 41-71.
- : Florida, Richard L., & Martin Kenney (1988) “Venture Capital, High Technology and Regional Development,” 22(1) *Regional Studies* 33-48.
- : Friedland, Roger, & Robert R. Alford (1991) “Bringing Society Back In: Symbols, Practices, and Institutional Contradictions,” in Powell & DiMaggio, eds., *The New Institutionalism in Organizational Analysis*, pp. 204-31. Chicago, IL: Univ. of Chicago Press.
- : Gabel, Peter, & Jay Feinman (1998) “Contract Law as Ideology,” in D. Kairys, ed., *The Politics of Law: A Progressive Critique*, 3rd ed., pp. 497-510. New York: Basic Books.
- : Gagliardi, Pasquale (1990) “Artifacts as Pathways and Remains of Organizational Life,” in P. Gagliardi, ed., *Symbols and Artifacts: Views of the Corporate Landscape*, pp. 3-38. New York: Walter de Gruyter.
- : Galanter, Marc (1974) “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change,” 9 *Law & Society Rev.* 95-160.
- : Galanter, Marc, & Thomas Palay (1991) *Tournament of Lawyers: The Transformation of the Big Law Firm*. Chicago, IL: Univ. of Chicago Press.
- : Galaskiewicz, Joseph (1991) “Making Corporate Actor Accountable: Institution Building in Minneapolis-St. Paul,” in W. W. Powell, & P. J. DiMaggio, eds., *The New Institutionalism in Organization Analysis*, pp. 293-310. Chicago, IL: Univ. of Chicago Press.
- : Gartman, David (1986) “Reification of Consumer Products: A General History Illustrated by the Case of the American Automobile,” 4 *Sociological Theory* 167-85.
- : Geertz, Clifford (1973) *The Interpretation of Cultures*. New York: Basic Books.
- : Giddens, Anthony (1984) *The Constitution of Society: Outline of the Theory of Structuration*. Berkeley, CA: Univ. of California Press.
- : Gilson, Ronald J. (1984) “Value Creation by Business Lawyers: Legal Skills and Asset Pricing,” 94 *Yale Law J.* 239-313.
- : Gompers, Paul, & Josh Lerner (1999) *The Venture Capital Cycle*. Cambridge, MA: MIT Press.
- : Goody, Jack, & Ian Watt (1986) *The Logic of Writing and the Organization of Society*. Cambridge, UK: Cambridge Univ. Press.

- : Gordon, Robert W. (1985) “Macaulay, Macneil, and the Discovery of Solidarity and Power in Contract Law,” 1985 *Wisconsin Law Rev.* 565-78.
- : Gorenstein, Shirley (1996) “Introduction: Material Culture,” 10 *Knowledge and Society* 1-18.
- : Granovetter, Mark (1985) “Economic Action and Social Structure: The Problem of Embeddedness,” 91(3) *American J. of Sociology* 481-510.
- : Greely, Henry T. (1989) “Contracts as Commodities: the Influence of Secondary Purchasers on the Form of Contracts,” 42 *Vanderbilt Law Rev.* 133-70.
- : Gumperz, John J. (1982) *Language and Social Identity*. New York: Cambridge Univ. Press.
- : Hagerstrand, Torsten (1967) *Innovation Diffusion as a Spatial Process* (Allan Pred trans.) Chicago, IL: Univ. of Chicago Press.
- : Halliday, Terence C. (1998) “Lawyers as Institution Builders: Constructing Markets, States, Civil Society, and Community,” in A. Sarat, M. Constable, D. Engel, V. Hans, & S. Lawrence, eds., *Crossing Boundaries: Traditions and Transformations in Law and Society Research*, pp. 242-95. Evanston, IL: Northwestern Univ. Press and the American Bar Foundation.
- : Hans, Valerie P., & Nicole Mott (2000) “How Jurors Construct Schemas of Legal Contracts,” paper presented at the 2000 annual meeting of the Law and Society Association.
- : Hill, Claire A. (2001a) “A Comment on Language and Norms in Complex Business Contracting,” 77 *Chicago-Kent Law Rev.* 29-57.
- : \_\_\_\_\_ (2001b) “Why Contracts are Written in ‘Legalese,’” 77 *Chicago-Kent Law Rev.* 59-85.
- : Hirsch, Paul M. (1972) “Processing Fads and Fashions: An Organization Set Analysis of Cultural Industry Systems,” 77(4) *American J. of Sociology* 639-59.
- : Hobbes, Thomas (1996 [1651]) *Leviathan*. Oxford: Oxford Univ. Press.
- : Hounshell, David A. (1984) *From the American System to Mass Production, 1800-1932: The Development of Manufacturing Technology in the United States*. Baltimore, MD: Johns Hopkins Univ. Press.
- : Kahan, Marcel, & Michael Klausner (1996) “Path Dependence in Corporate Contracting: Increasing Returns, Herd Behavior and Cognitive Biases,” 74 *Washington Univ. Law Q.* 347-66.
- : \_\_\_\_\_ (1997) “Standardization and Innovation in Corporate Contracting (or ‘The Economics of Boilerplate’),” 83 *Virginia Law Rev.* 713-70.
- : Katz, Avery Wiener (1999) “An Economic Analysis of the Guaranty Contract,” 66 *Univ. of Chicago Law Rev.* 47-116.
- : Katz, Michael L., & Carl Shapiro (1985) “Network Externalities, Competition, and

- Compatibility,” 75 *American Economic Rev.* 424-40.
- : Klausner, Michael (1995) “Corporations, Corporate Law, and Networks of Contracts,” 81 *Virginia Law Rev.* 757-852.
- : Kubler, George (1962) *The Shape of Time; Remarks on the History of Things*. New Haven, CT: Yale Univ. Press.
- : Lambert, Frederick W. (1998) “Path Dependent Inefficiency in the Corporate Contract: The Uncertain Case with Less Certain Implications,” 23 *Delaware J. of Corporate Law* 1077-1155.
- : Lambert, Richard A., & David F. Larcker (1985) “Golden Parachutes, Executive Decision Making, and Shareholder Wealth,” 7 *J. of Accounting and Economics* 179-203.
- : Larson, Magali S. (1994) “Architectural Competitions as Discursive Events,” 23 *Theory and Society* 469-504.
- : Leff, Arthur A. (1970) “Contract as Thing,” 19(2) *American Univ. Law Rev.* 31-157.
- : Levitt, Barbara, & James G. March (1988) “Organizational Learning,” 14 *Annual Rev. of Sociology* 319-40.
- : Liebowitz, Stanley J., & Stephen E. Margolis (1990) “The Fable of the Keys,” 22 *J. of Law and Economics* 1-26.
- : Lindenberg, Siegwart (1988) “Contractual Relations and Weak Solidarity: The Behavioral Basis of Restraints on Gain-Maximization,” 144(1) *J. of Institutional and Theoretical Economics* 39-58.
- : Llewelyn, Karl (1939) “Book Review,” 52 *Harvard Law Rev.* 700-02.
- : Macaulay, Stewart (1963) “Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study,” 28 *American Sociological Rev.* 55-70.
- : \_\_\_\_\_ (1977) “Elegant Models, Empirical Pictures and the Complexities of Contract,” 11 *Law & Society Rev.* 507-28.
- : \_\_\_\_\_ (1985) “Law, Private Governance and Continuing Relationships: An Empirical View of Contract,” 1985 *Wisconsin Law Rev.* 465-82.
- : Macneil, Ian R. (1974) “The Many Futures of Contracts,” 47 *Southern California Law Rev.* 691-816.
- : \_\_\_\_\_ (1980) *The New Social Contract: an Inquiry into Modern Contractual Relations*. New Haven, CT: Yale Univ. Press.
- : Maine, Henry S. (1970 [1861]) *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society and Its Relation to Modern Ideas*. Gloucester, MA: Peter Smith.
- : McLuhan, Marshall (1997 [1964]) *Understanding Media: The Extensions of Man*. Cambridge, MA: MIT Press.
- : McLuhan, Marshall, & Eric McLuhan (1988) *Laws of Media: The New Science*. Buffalo, NY: Univ. of Toronto Press.

- : Mead, George Herbert (1962 [1934]) *Mind, Self, and Society from the Standpoint of a Social Behaviorist*. Chicago, IL: Univ. of Chicago Press.
- : Menzel, Herbert (1960) "Innovation, Integration, and Marginality: A Survey of Physicians," 25 *American Sociological Rev.* 704-13.
- : Meyer, John W., & Brian Rowan (1977) "Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony," 83 *American J. of Sociology* 340-63.
- : Mezas, Stephen J. (1990) "An Institutional Model of Organizational Practice: Financial Reporting at the Fortune 200," 35(3) *Administrative Science Q.* 431-57.
- : Milhaupt, Curtis J. (1998) "Property Rights in Firms," 84 *Virginia Law Rev.* 1145-94.
- : Mills, Russell (1996) "Toward a Grammar of Artifacts," 10 *Knowledge and Society* 129-55.
- : Morrill, Calvin (forthcoming) "Institutional Change Through Interstitial Emergence: The Growth of Alternative Dispute Resolution in American Law," in W. W. Powell & D. L. Jones, eds., *How Institutions Change*. Chicago, IL: Univ. of Chicago Press.
- : Nelson, Robert L. (1988) *Partners with Power: Social Transformation of the Large Law Firm*. Berkeley, CA: Univ. of California Press.
- : \_\_\_\_\_ (1994) "The Futures of American Lawyers: A Demographic Profile of a Changing Profession in a Changing Society," 44 *Case Western Reserve Law Rev.* 345-406.
- : Oberdorfer, Carol B. (1998) "Patents: 'Boom' in Business Method Patent Filings Has Followed 'State Street' Ruling, PTO Says," 57 *Trademark & Copyright Daily (BNA)* 115.
- : *Oregon Law Review* (1995) "Symposium: Business Lawyering and Value Creation for Clients," 74 *Oregon Law Rev.* 1-339.
- : Piore, Michael J., & Charles F. Sabel (1984) *The Second Industrial Divide: Possibilities for Prosperity*. New York: Basic Books.
- : Powell, Michael J. (1993) "Professional Innovation: Corporate Lawyers and Private Lawmaking," 18(3) *Law and Social Inquiry* 423-52.
- : Raider, Holly (1999) "Repeated Exchange and Evidence of Trust in the Substance of Contracts," paper presented at the 1999 annual meeting of the American Sociological Association.
- : Rakoff, Todd D. (1983) "Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction," 96 *Harvard Law Rev.* 1173-1284.
- : Reiter, Paul G. (1971) "Copyright, Under Federal Copyright Laws, of Forms, or Form Books," 8 *American Law Reports (ALR) Federal* 869-91.
- : Rosenkopf, Lori, & Michael L. Tushman (1994) "The Coevolution of Technology and Organization," in J. Baum & J. Singh, eds., *The Evolutionary Dynamics of Organizations*, pp. 379-402. New York: Oxford Univ. Press.

- : Ryan, B., & N. C. Gross (1943) "The Diffusion of Hybrid Seed Corn in Two Iowa Communities," 8 *Rural Sociology* 15-24.
- : Sabel, Charles F., & Jonathan Zeitlin, eds. (1997) *World of Possibilities: Flexibility and Mass Production in Western Industrialization*. New York: Cambridge Univ. Press.
- : Sarat, Austin D., & William L. F. Felstiner (1995) *Divorce Lawyers and Their Clients: Power and Meaning in the Legal Process*. New York: Oxford Univ. Press.
- : Schatzberg, Eric (1999) *Wings of Wood, Wings of Metal: Culture and Technical Choice in American Airplane Materials, 1914-1945*. Princeton, NJ: Princeton Univ. Press.
- : Schein, Edgar H. (1984) "Coming to a New Awareness of Organizational Culture," 25(4) *Sloan Management Rev.* 3-16.
- : Soule, Sarah A. (1997) "The Student Divestment Movement in the United States and Tactical Diffusion: The Shantytown Protest," 75(3) *Social Forces* 855-82.
- : Spangler, Eve, & Peter Lehman (1982) "Lawyering as Work," in C. Derber, ed. *Professionals as Workers*, pp. 63-99. Boston, MA: G.K. Hall.
- : Stolle, Dennis P., & A. J. Slain (1997) "Standard Form Contracts and Contract Schemas: The Effects of Exculpatory Clauses on Consumers' Propensity to Sue," 15 *Behavioral Sciences and Law* 83-94.
- : Strang, David, & Sarah A. Soule (1998) "Diffusion in Organizations and Social Movements: From Hybrid Corn to Poison Pills," 24 *Annual Rev. of Sociology* 265-90.
- : Suchman, Lucy A. (1999) "Working Relations of Technology Production and Use," in *The Social Shaping of Technology*, 2nd ed., pp. 258-65. Buckingham, UK: Open Univ. Press.
- : Suchman, Mark C. (1989) "Invention and Ritual: Notes on the Interrelation of Magic and Intellectual Property in Pre-literate Societies," 89 *Columbia Law Rev.* 1264-94.
- : \_\_\_\_\_ (1993) *On the Role of Law Firms in the Structuration of Silicon Valley*, Dispute Processing Research Program Working Paper, DPRP 11-7. University of Wisconsin Institute for Legal Studies.
- : \_\_\_\_\_ (1994) "On Advice of Counsel: Law Firms and Venture Capital Funds as Information Intermediaries in the Structuration of Silicon Valley," unpublished Ph.D. dissertation, Department of Sociology, Stanford University.
- : \_\_\_\_\_ (1995a) "The Contracting Universe: Law Firms, Venture Capital Funds and the Institutionalization of New-Company Financing in Silicon Valley," paper presented at the 1995 annual meeting of the American Sociological Association.
- : \_\_\_\_\_ (1995b) "Localism and Globalism in Institutional Analysis: The Emergence of Contractual Norms in Venture Finance," in W. R. Scott, & S. Christensen, eds. *The Institutional Construction of Organizations*, pp. 39-63. Thousand Oaks, CA: Sage.

- : \_\_\_\_\_ (1995c) “Managing Legitimacy: Strategic and Institutional Approaches,” 20(3) *Academy of Management Rev.* 571-610.
- : Suchman, Mark C., & Mia L. Cahill (1996) “The Hired Gun as a Facilitator: Lawyers and the Suppression of Business Disputes in Silicon Valley,” 21(3) *Law & Social Inquiry* 679-712.
- : Suchman, Mark C., & Lauren B. Edelman (1996) “Legal Rational Myths: The New Institutionalism and the Law and Society Tradition,” 21(4) *Law & Social Inquiry* 903-41.
- : Thomas, John R. (1999) “The Post-industrial Patent System,” 10 *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law J.* 3-59.
- : Tolbert, Pamela S., & Lynne G. Zucker (1983) “Institutional Sources of Change in the Formal Structure of Organizations: The Diffusion of Civil Service Reform, 1888-1935,” 30 *Administrative Science Q.* 22-39.
- : Turner, Barry A. (1990) “Failed Artifacts,” in P. Gagliardi, ed., *Symbols and Artifacts: Views of the Corporate Landscape*, pp. 365-84. New York: Walter de Gruyter.
- : Tushman, Michael L., & Philip Anderson (1986) “Technological Discontinuities and Organizational Environments,” 31 *Administrative Science Q.* 439-65.
- : Uzzi, Brian (1996) “The Sources and Consequences of Embeddedness for the Economic Performance of Organizations: The Network Effect,” 61(4) *American Sociological Rev.* 674-98.
- : *Webster’s Revised Unabridged Dictionary* (1998). Plainfield, NJ: MICRA, Inc.
- : Weick, Karl E. (1979) *The Social Psychology of Organizing*, 2nd ed. Reading, MA: Addison Wesley.
- : Weise, Richard H. (1993) *Representing the Corporate Client: Designs for Quality*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall Law & Business.
- : Westphal, James D., Ranjay Gulati, & Stephen M. Shortell (1997) “Customization or Conformity? An Institutional and Network Perspective on the Content and Consequences of TQM Adoption,” 42 *Administrative Science Q.* 366-94.
- : Whitford, William C. (1985) “Ian Macneil’s Contribution to Contracts Scholarship,” 1985 *Wisconsin Law Rev.* 545-60.
- : Wieand, Jeffrey (1980) “Defining Art and Artifacts,” 38 *Philosophical Studies* 385-89.
- : Williamson, Oliver E. (1981) “The Economics of Organization: The Transaction Cost Approach,” 87(3) *American J. of Sociology* 548-77.
- : \_\_\_\_\_ (1985) *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: Free Press.



### CASOS CITADOS

- : *Apple Computer; Inc. vs. Franklin Computer Corp.* 714 F.2d 1240 (C.A. Pa. 1983).
- : *Continental Casualty Co. vs. Beardsley.* 253 F.2d 702 (C.A. 2 1958).
- : *Crume vs. Pacific Mutual Life Insurance Co.* 140 F.2d 182 (C.A. 7 1944).
- : *Donald vs. Uarco Business Forms.* 478 F.2d 764 (C.A. 8 1973).
- : *Miner vs. Employers Mutual Liability Insurance Co.* 229 F.2d 35 (C.A. D.C. 1956).
- : *Richmond Homes Management, Inc. vs. Raintree, Inc.* 862 F. Supp. 1517 (W.D. Va. 1994).
- : *Texaco, Inc. vs. Pennzoil Co.* 729 S.W.2d 768 (Tex. App.-Hous. [1st Dist.] 1987).

### ESTATUTO CITADO

- : Uniform Commercial Code. §2-207.

#### **The Contract as Social Artifact**

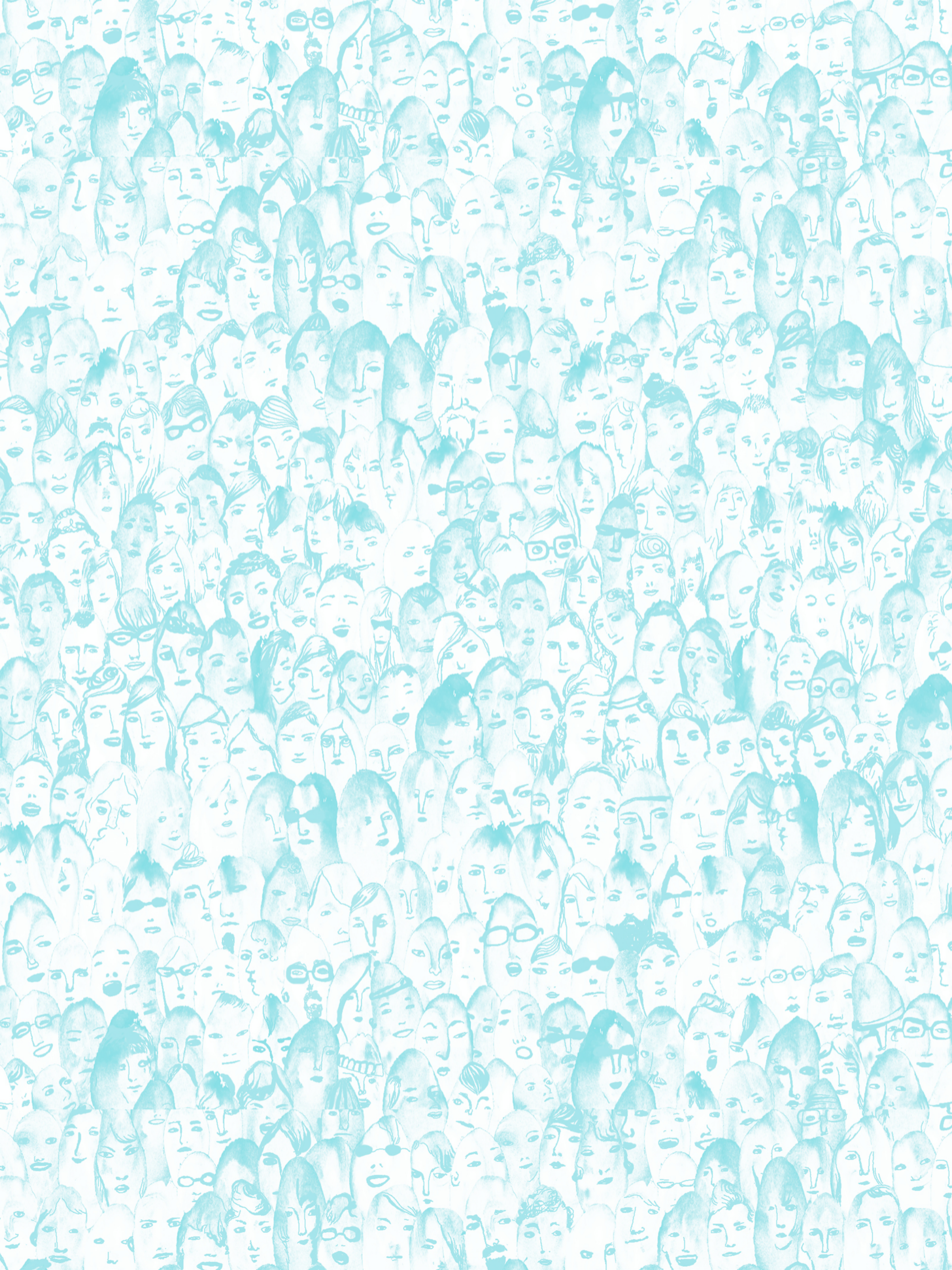
Mark C. Suchman

*Law & Society Review*, Vol. 37, No. 1 (Mar., 2003), pp. 91-142

Publicado por: Wiley em nome da Law and Society Association

Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1555071>

PARTE II  
**DIREITO E ECONOMIA**



5.

## **A EFICIÊNCIA DA EXECUÇÃO ESPECÍFICA: RUMO A UMA TEORIA UNIFICADA DOS REMÉDIOS CONTRATUAIS\***

**Thomas S. Ulen\*\***

Invocando a noção de eficiência econômica, economistas e juristas recentemente proporcionaram um grande avanço no desenvolvimento de uma nova e unificada teoria das relações contratuais.<sup>1</sup> O principal avanço foi o reconhecimento dos economistas de que existem circunstâncias nas quais ao menos uma parte pode ficar em melhor situação, sem que ninguém fique em situação pior, mesmo quando uma das partes quebra uma promessa contratual, ao invés de cumpri-la.<sup>2</sup> Essa compreensão sugere que antigas regras sobre a formação e o *enforcing\** dos contratos devem ser reexaminadas para verificar em que medida elas promovem ou atrapalham a troca eficiente de promessas recíprocas.

Tem-se salientado que o direito não deveria atrapalhar as quebras de contratos quando a quebra contratual oferece um resultado Pareto-superior.<sup>3</sup> Esta visão sugere que um contrato não deveria ser *enforced* pelo direito apenas porque quebrá-lo seria moralmente repugnante, um repúdio ao juramento solene de um indivíduo. O juiz da Suprema Corte Holmes tocou no mesmo ponto sem a ajuda da análise econômica, *viz.*, que o *common law* deve se afastar de uma interpretação moral do contrato:

O dever de manter um contrato no *common law* significa uma predição de que você deve pagar indenizações se você não o mantiver e nada mais. Se você comete um ilícito civil, você é responsável por pagar uma quantia compensatória. Se você infringir um contrato, você é responsável por pagar uma quantia compensatória a menos que o evento prometido ocorra, e essa é toda a diferença. Entretanto, esse modo de olhar a questão é malvisto por aqueles que pensam que é vantajoso colocar o máximo possível de ética no direito.<sup>4</sup>

Se concordarmos com Holmes e aceitarmos, neste momento, que as relações contratuais e quebra de contratos devem ser avaliadas com fundamentos na eficiência, somos levados a considerar, *inter alia*, as características de eficiência de vários remédios contratuais. Deveríamos invocar aqueles remédios que encorajam a quebra contratual quando ela é Pareto-superior em relação ao cumprimento e desencorajar nos casos contrários. Existe, entretanto, uma longa distância entre simplesmente defender esse objetivo com relação aos remédios e decidir qual, dentre os diversos remédios, é o mais eficiente.

O grosso da doutrina sobre remédios eficientes tem focado na atribuição de indenização e se tem atingido um consenso de que a forma das indenizações tem maior possibilidade de promover a eficiência econômica.<sup>5</sup> As alternativas às indenizações não receberam a mesma atenção de advogados e economistas que escreveram sobre os aspectos da eficiência no direito contratual. Por exemplo, a execução específica, a alternativa mais comum de remédio imposto por um tribunal por quebra de contrato, raramente tem sido submetida ao mesmo tipo de exame, sob o critério de eficiência, que as indenizações.<sup>6</sup> Tampouco tem se prestado atenção suficiente ao que se pode chamar de meios designados pelas partes ou extrajudiciais de se conseguir *enforcement* de promessas recíprocas maximizadoras de valor por intermédio, por exemplo, de cláusulas penais, arbitragem e garantias. Tampouco se escreveu o suficiente sobre o papel que as forças de mercado, como a preocupação de um indivíduo com sua reputação comercial futura, podem desempenhar, mitigando quebras ineficientes de contrato.

O propósito deste ensaio é começar o desenvolvimento de uma teoria integrada de remédios contratuais, delineando sob quais circunstâncias os tribunais deveriam simplesmente *enforce* a cláusula remédio ou garantir amparo à parte inocente na forma de indenizações ou execução específica. A conclusão, resumidamente, é de que na ausência de remédios estipulados no contrato, que sobrevivam ao exame das defesas de formação usuais, a *execução específica* tem maior probabilidade, do que qualquer outra forma de indenização, de alcançar a eficiência na troca e na quebra de promessas recíprocas. Se a execução específica é o remédio padrão para a quebra, existem fortes razões para acreditar, primeiro, que mais trocas mutuamente

benéficas de promessas seriam concluídas no futuro, e elas seriam trocadas a um custo inferior do que sob qualquer outro remédio contratual e, segundo, que sob execução específica, ajustes pós-quebra em todos os contratos serão resolvidos da maneira que mais provavelmente levará a promessa a ser concluída em favor da parte que atribui o maior valor ao cumprimento completo, e a um custo inferior do que qualquer outra alternativa.

O argumento continua examinando a relação entre diferentes remédios contratuais e os custos impostos às partes contratantes e à sociedade no momento em que as promessas são trocadas e durante as negociações, se houver, após a quebra. Um preceito central do argumento é que os custos de transação das partes que já concluíram um contrato são menores, mesmo que tenha ocorrido uma quebra, do que os custos de um tribunal para resolver a disputa.

Na seção *Quebra eficiente*, explico essa noção e exploro a literatura teórica que trata dos aspectos da eficiência dos remédios para a quebra contratual, outros que não a execução específica. A seguir, discuto o papel de certas forças de mercado não jurídicas (como reputação) para obter quebras eficientes, a eficácia de instrumentos extrajudiciais como garantias, arbitragem, e danos apurados e as medidas tradicionais de indenização – restituição, confiança e expectativa. Por fim, abordo a execução específica como o remédio padrão por quebra contratual, e discuto seus efeitos nos custos de formação do contrato e nos custos de negociação pós-quebra, e menciono que defesas devem ser permitidas a um promitente levantar contra a execução específica e, conseqüentemente, sob quais circunstâncias os tribunais devem estipular indenizações ao invés de garantir *equitable relief*\* para a parte que não quebrou o contrato.

## I. QUEBRA EFICIENTE

Existem circunstâncias nas quais o adimplemento de uma promessa contratual legítima seria ineficiente. Suponha, por exemplo, que *A* promete vender a *B* uma casa por US\$ 100 mil. Vamos assumir que *B* valorize a casa em US\$ 115 mil. Assim, ao preço estipulado por *A*, *B* percebe um excedente do consumidor de US\$ 15 mil.<sup>7</sup> Antes do aperfeiçoamento da venda, *C* oferece para *A* US\$ 125 mil pela mesma casa. Deve o direito

obrigar *A* a cumprir sua promessa com *B*, ou deve permitir, e ainda encorajar, que *A* quebre sua promessa com *B* para vender a *C*?

De um ponto de vista econômico a resposta é clara. A eficiência econômica será atendida se os recursos forem alocados para usos de maior valor enquanto se minimiza os custos de realocação. Assim se, como previamente assumido, a eficiência é o nosso objetivo, o direito contratual deve especificar um remédio pela quebra contratual que proporcione a aquisição da propriedade da casa pelo indivíduo que mais a valoriza e deve tentar alcançar esse resultado com o menor uso de recursos possível.<sup>8</sup> Nesse caso, a casa aparentemente possui o maior valor para *C*: sabemos que ele atribui um valor à casa de pelo menos US\$ 125 mil; *B*, por suposição, a avalia em US\$ 115 mil; e *A* avalia o imóvel em menos de US\$ 100 mil.

Talvez seja arguido que o direito contratual em geral e os remédios para quebra contratual em particular não precisem atender o objetivo da eficiência econômica. Existem, é verdade, outros objetivos dignos para nos guiar no desenho de regras do direito contratual.<sup>9</sup> Fried, por exemplo, recentemente construiu um grande caso para basear regras contratuais na moralidade da promessa.<sup>10</sup>

A seguir, usarei o critério da eficiência para avaliar vários remédios para a quebra de contrato. Entretanto, isso não significa que eu necessariamente acredito que aqueles que insistem em diferentes padrões para o direito estão incorretos. Ao menos com relação a remédios no direito contratual, acredito que noções amplamente difundidas de justiça e moralidade arguem para o mesmo tipo de conclusões daquelas derivadas de uma análise de eficiência.<sup>11</sup> Na extensão de que isso seja verdade, não existe conflito entre eficiência e as outras normas usualmente proclamadas no desenho de remédios contratuais.

Existe outro possível mal-entendido com relação à análise da eficiência que deve ser afastado aqui. Quando alguém invoca a “eficiência econômica,” esse alguém pode estar afirmando que os tribunais, ao aplicarem os remédios por quebra de padrões do *common law*, estão motivados, sem levar em conta o que eles possam dizer que estão fazendo, por uma tentativa de promover a eficiência econômica.<sup>12</sup> Alternativamente, alguém pode

estar instigando os tribunais a adotar o critério da eficiência ao invés de qualquer outro critério que eles têm utilizado.

Essa diferença entre descrição e prescrição é familiar para economistas e é conhecida como análise econômica positiva e normativa.<sup>13</sup> A economia positiva tenta utilizar as ferramentas de análise para descrever um cenário existente de circunstâncias sem relação com um objetivo moral particular. Um exemplo é uma análise do impacto no montante de investimento em capital fixo na economia de uma mudança da taxa na qual os dividendos distribuídos são tributados. A economia normativa interpõe um objetivo moral na análise e, tipicamente, procura examinar quais ações, de forma mais próxima, levarão ao objetivo desejado. Um exemplo pode ser um argumento de um autor contra um imposto particular sob o fundamento que afeta de forma adversa o que ele acredita ser uma distribuição de renda desejável. Claramente a linha entre economia positiva e normativa é, muitas vezes, difícil de traçar. Além disso, os núcleos para políticas específicas são feitos com base na análise positiva. Por exemplo, argumentos recentes em favor da desregulamentação de certas indústrias não foram feitos com base no fato da regulação ser imoral ou injusta, e sim sob o fundamento de que as agências reguladoras estavam custando aos consumidores milhões de dólares e aumentando, desnecessariamente, os lucros das indústrias reguladas.<sup>14</sup>

A posição deste artigo é normativa: os tribunais deveriam tornar a execução específica o remédio padrão e, por extensão, qualquer remédio estipulado que não foi inserido em razão de fraude, coerção ou coação deveria ser *enforced*.<sup>15</sup> Os leitores que desejam mais positivismo deveriam considerar o que se segue como sendo a elaboração de uma hipótese, a qual, antes de ser aceita ou rejeitada, deve ser confrontada com os dados relevantes.<sup>16</sup>

## **II. MERCADO E REMÉDIOS EXTRAJUDICIAIS PARA QUEBRA CONTRATUAL**

Antes de nos voltarmos para os remédios que um tribunal *enforce*, tal como cláusula penal ou arbitragem compulsória, ou impõe, tal como indenizações, vale considerar outras forças que a sociedade oferece para desencorajar as quebras contratuais, que recaem sobre as partes contratantes.



## A. Forças de mercado: Reputação

A mais importante força não jurídica de mercado é provavelmente a reputação. Apesar de ninguém ter certeza de sua efetividade ou seu poder de *enforcing* o adimplemento contratual, existe certamente uma forte relação entre a preocupação do indivíduo com sua reputação e a decisão de não quebrar um contrato. Para um empresário, sua reputação entre consumidores e outros empresários como digno de confiança, justo e confiável é um dos ativos mais valiosos (e difíceis de avaliar) que um empreendimento bem-sucedido possui.<sup>17</sup> Quando todas as características são iguais, um empresário prefere contratar com um parceiro conhecido por ter cumprido suas promessas prontamente e sem hesitação. Este foi um dos principais achados no importante trabalho de Macaulay.<sup>18</sup>

De modo similar, um consumidor – digamos, alguém contratando um eletricitista para prestar um serviço extenso em sua propriedade – prefere aquele cuja reputação, honestidade e qualidade, entre outras coisas, sejam altas. A importância da reputação na relação consumidor-empresário surge de duas fontes: a possibilidade de compras repetidas e troca de informações interconsumidores. Por exemplo, uma empresa tem menor probabilidade de quebrar uma garantia contratual implícita ou explícita se, ao fazer isso, houver a possibilidade de que ela perca futuros negócios de qualquer consumidor em particular ou daqueles para os quais aquele consumidor possa ter comunicado sua infelicidade com a empresa. Isto sugere que, independentemente da posição da lei sobre quebra contratual, o valor de futuras trocas perdidas em razão de uma má reputação pode encorajar o empresário a não quebrar seus contratos com consumidores.<sup>19</sup>

Uma última e importante categoria de negociantes para os quais a reputação é especialmente importante é aquela composta de prestadores de serviços pessoais e profissionais. Considere quão importante é a reputação para um médico, um contador, um consultor profissional ou um advogado. A reputação abalada pode ter consequências tão desastrosas para profissionais que geralmente empregam grandes esforços para proteger e melhorar a percepção pública deles e de suas profissões. Sem dúvida, a preocupação pela reputação encontra-se por trás da tentativa de diversos grupos profissionais de regular a qualidade de suas afiliações. Porque a

reputação forma uma parte tão grande dos ativos de grupos profissionais e porque, dessa forma, todos os advogados são, em certo grau, afetados pelas más condutas de outro advogado, existe um forte incentivo para bons advogados para especificar padrões de qualidade mínimos para toda a profissão. É por essa razão que muitos grupos não profissionais não se submetem ao mesmo tipo de padronização que caracteriza grupos para os quais a reputação é tão valiosa.<sup>20</sup>

Essas considerações sugerem que a reputação serve como sinal de uma longa lista de características desejáveis ao indivíduo ou negócio para o qual a boa reputação é essencial.<sup>21</sup> A questão a ser considerada é se a preocupação do inadimplente por sua reputação ou um remédio imposto pelo tribunal é um *enforcer* mais eficiente<sup>22</sup> de promessas contratuais.<sup>23</sup> Podemos criar hipóteses em casos nos quais o valor de trocas futuras perdidas é poderoso, o mercado será um *enforcer* eficiente, e nos casos em que o valor de trocas futuras perdidas é baixo, os remédios impostos pelos tribunais serão mais eficientes. Infelizmente, o mundo provavelmente não se dividirá nessas duas categorias claras. A grande massa de casos provavelmente envolve circunstâncias nas quais a competição é poderosa o bastante para colocar apenas uma preocupação mínima por lucratividade futura perante o inadimplente, tornando necessário uma medida adicional imposta por um tribunal.

Mesmo se fosse verdade que a reputação e o Estado de direito fossem substitutos e não complementares, talvez haveria um dano mínimo em permitir que um Estado controle todos os casos de quebra contratual, mesmo naqueles em que a reputação seja um *enforcer* mais eficiente. Isto seria especialmente verdade se houvesse custos substanciais envolvendo a distinção das circunstâncias em que a reputação ou um Estado de Direito fosse o remédio mais eficiente. Lembrando que a reputação é como um acessório para medidas impostas pelos tribunais, podemos listá-la como uma ajuda em *enforcing* quebras contratuais eficientes através de outros meios.

Essas considerações serão especialmente importantes quando analisarmos os aspectos da eficiência da execução específica, mais notavelmente onde tenha havido uma quebra de um contrato de serviço personalíssimo.<sup>24</sup> A regra geral é que os contratos não sejam *enforced*, principalmente por

causa dos problemas envolvendo a supervisão, pelo tribunal, do adimplemento pela parte que o quebrou o contrato após a decisão.<sup>25</sup> Se, entretanto, a preocupação do inadimplente com sua reputação pode garantir o cumprimento da promessa – porque, como já apontamos, a reputação é uma parte importante do capital pessoal de profissionais e daqueles que prestam serviços personalíssimos – uma objeção à execução específica, baseada nos altos custos de supervisionar um contrato de serviço personalíssimo, perde muito de sua força.

### B. *Enforcement* extrajudicial

Outro método não imposto pelos tribunais para controlar a quebra contratual é o sistema de *enforcement* desenhado pelas partes. Quando um contrato é formado, as partes podem especificar o que deve ser feito se qualquer uma o quebrá-lo. Elas podem, por exemplo, estabelecer uma quantia de dinheiro, chamada de multa contratual, que o inadimplente pagará para a parte inocente; elas podem designar uma maneira, outra que não o litígio, na qual uma disputa sobre o adimplemento possa ser resolvida; ou elas podem deixar depósitos de boa-fé ou garantias para o cumprimento da obrigação com um terceiro, e especificar que o depósito do inadimplente deve ser pago para a parte inocente na hipótese de uma quebra contratual.<sup>26</sup> Sujeito às defesas de redação usuais, essas estipulações formam uma parte do contrato e podem ser *enforceable* por um tribunal. Existem, no entanto, limitações legais na capacidade de as partes contratuais estipularem seus próprios remédios para a quebra contratual: um tribunal não vai *enforce* uma cláusula penal, quando a estipulação excede uma compensação razoavelmente antecipada e contém o que parece ser um aspecto punitivo.<sup>27</sup> Tampouco irá um tribunal *enforce* um acordo para executá-lo.<sup>28</sup> Tampouco o tribunal imporá uma cláusula contratual que atenta contra a ordem pública.<sup>29</sup>

Economistas e advogados têm reconsiderado as limitações na capacidade de as partes contratuais estipularem seus próprios remédios contratuais<sup>30</sup>. Existem boas razões para acreditar que muitas contratuais – e outras formas de remédios estipulados pelas partes – devam ser habitualmente *enforced* pelo tribunal, mesmo se elas aparentam conter um elemento

punitivo.<sup>31</sup> A razão é que a estipulação em excesso, além daquilo que aparenta ser uma indenização razoavelmente antecipada, pode bem atender a duas funções importantes mais eficientemente do que qualquer outra alternativa o faria.

Em primeiro lugar, o elemento punitivo pode ser considerado o pagamento de um contrato de seguro escrito em favor da parte inocente pela parte inadimplente. Essa situação surge quando uma parte no contrato estipula um valor subjetivo alto no cumprimento da obrigação do contrato, e a outra parte é o melhor segurador possível da valoração subjetiva.<sup>32</sup> Se as partes estão convencidas de que a cláusula será *enforced*, o contrato será quebrado apenas quando é mais eficiente quebrá-lo ao invés de cumpri-lo. Como esse é o resultado que se quer de uma regra de direito contratual, ele é um forte argumento para o *enforcement* de cláusulas penais.<sup>33</sup>

A segunda razão para permitir a estipulação do dano punitivo, é que este pode ser, para uma parte, a maneira mais eficiente de transferir informações sobre sua responsabilidade, sua capacidade de adimplir e aspectos similares.<sup>34</sup> Considere um contrato de construção no qual o comprador está muito ansioso para vê-lo concluído em uma determinada data. Suponha que o comprador esteja extremamente desconfiado de que o construtor não vá respeitar o prazo, mas o contratado está certo de sua capacidade de cumprir o compromisso na data estipulada. Talvez, o meio menos custoso para o construtor demonstrar para o vendedor sua convicção sobre sua habilidade de adimplir seja estipular sua disposição em pagar, algo semelhante a danos punitivos, por cada dia transcorrido além do prazo que o projeto permanecer inacabado.<sup>35</sup> Nessas circunstâncias, se os tribunais não estão dispostos a permitir que as partes voluntariamente acordem em multa contratual punitiva, eles forçam as partes a encontrar uma forma mais custosa, logo menos eficiente, para trocar promessas.

Um argumento que tem sido levantado contra o *enforcement* habitual de cláusulas penais é que tais cláusulas podem desencadear disputas, além disso, como a solução judicial de disputas envolve ao menos algum subsídio parcial por parte da sociedade e não há razão de eficiência para a sociedade subsidiar a resolução de disputas particulares, o direito deve desencorajar a estipulação de indenizações que excedam os danos efetivos razoavelmente

antecipados.<sup>36</sup> Essa crítica é equivocada. Isso é verdade apenas quando o tribunal está disposto a *enforce* apenas as indenizações razoavelmente previsíveis. Apenas onde a lei sobre o tratamento da estipulação de danos punitivos não é clara, existe alguma indução para se engajar em uma disputa. Se a lei habitualmente *enforced* cláusulas penais, considerando apenas as defesas de redação usuais, não haveria nada a ganhar ao se questionar o nível das indenizações estipuladas.

Essa crítica está equivocada quanto à alegação de que acordos que tendem a promover disputas não deveriam ser *enforced* pelo direito, na observação de que, porque litigantes pagam apenas uma fração de todos os custos de ter um tribunal resolvendo suas disputas, as pessoas tendem a utilizar os tribunais mais do que é socialmente aceitável.<sup>37</sup> Pressupondo-se que isso seja verdade, existem duas prescrições possíveis para corrigir essa ineficiência: a primeira é a política de Rubin, de prevenir acordos que encorajem disputas; a outra é corrigir a maneira pela qual os litigantes pagam pela resolução judicial de sua disputa. Já argumentei que existem fortes razões de eficiência para permitir estipulações punitivas e, portanto, existem fortes razões para não adotar a prescrição de Rubin. Uma discussão completa da maneira mais eficiente de pagar pela resolução judicial de disputas particulares extravasa o escopo deste artigo. No entanto, eu devo brevemente retornar ao assunto quando discutirmos os aspectos da eficiência da execução específica.<sup>38</sup>

Existe outra crítica, algumas vezes feita, das multas contratuais que contêm um elemento punitivo: elas podem induzir o cumprimento quando o caminho mais eficiente é a quebra.<sup>39</sup> Considere o caso no qual *A* comprometeu-se em vender a *B* mil utensílios a US\$ 10,00 cada. Para simplificar, vamos imaginar que *B* adiante toda a quantia, US\$ 10 mil, para *A* no momento em que o contrato é celebrado. A indústria de utensílios é altamente competitiva e *A* é uma empresa nova. Para conseguir que *B* comprasse dela, *A* ofereceu a seguinte cláusula penal, com a qual *B* concordou: se quebrasse o contrato, *A* devolveria os US\$ 10 mil de *B* mais outros US\$ 10 mil. Sob essas circunstâncias, os outros US\$ 10 mil constituem um elemento punitivo da indenização estipulada, pois por causa da competição da indústria, *B* pode adequadamente cobrir a quebra por

US\$ 10 mil. Suponhamos agora que, após a celebração do contrato, os custos de *A* de repente e inesperadamente aumentem de tal modo que os custos de cumprir o contrato subam para US\$15 mil. Para reforçar esse ponto, vamos imaginar que os custos de nenhum dos competidores de *A* aumentaram.

Diante disso, pode-se argumentar que seria ineficiente para *A* adimplir: ele perderá US\$ 5 mil e *B* não estará melhor do que se *A* tivesse quebrado, tivesse ele tido os seus US\$ 10 mil devolvidos e tivesse comprado seus utensílios em outro lugar por US\$ 10 mil. Isto é, se *A* cumpre, a sociedade perde US\$ 5 mil, que não perderia se *A* tivesse quebrado e pago a *B* apenas a indenização. Mas *A* não quebrará o contrato. Se quebrar, será obrigado a devolver os US\$ 10 mil de *B* mais os US\$ 10 mil de penalidade pelos quais ele concordou. Suas perdas seriam de US\$ 10 mil. Isso é o dobro do que ele perderia se tivesse adimplido o contrato. A conclusão é que quando as indenizações estipuladas excedem a indenização compensatória, existe uma indução para que uma promessa contratual seja cumprida quando o mais eficiente seria quebrá-la.

Esse argumento está incorreto. *A* não necessariamente cumprirá o contrato mesmo nas circunstâncias já descritas. A razão é que possivelmente as negociações pós-quebra tornem ambas as partes melhores sem que *A* tenha que produzir os utensílios. *A* continua perdendo US\$ 5 mil se adimplir o contrato. Ele preferiria perder qualquer quantia menor que esta e não adimplir, e *B* gostaria de ter seus mil utensílios de *A* ou seus US\$ 10 mil para comprar de qualquer outra pessoa. Nada, além disso, será preferido por *B*. Claramente *B* estará disposto a aceitar qualquer soma entre US\$ 1,00 e US\$ 4.999,00 para liberar *A* de seu dever de adimplir. E, importante, *B* estará disposto a aceitar essa quantia ao invés da indenização estipulada de US\$ 10 mil. A razão é que *A* pode impedir que *B* consiga qualquer coisa, além de seus mil utensílios, apenas perdendo US\$ 5 mil e cumprindo o contrato. Assim, *A* não cumprirá, mas pagará a *B* uma quantia para liberá-lo do contrato.

Ainda pode ser oposto, contudo, que qualquer quantia acima de US\$ 10 mil que *A* pague a *B* é uma perda social que poderia ser evitada, caso tivesse sido estipulada apenas uma indenização compensatória.<sup>40</sup> Isto é, de certo modo, verdade, mas existe uma boa razão para acreditar que essa

quantia será muito mais próxima de US\$ 1,00 do que de US\$ 4.999,00. A pode sempre adimplir o contrato usando apenas os US\$ 10 mil de *B* e comprando mil utensílios de um de seus concorrentes, cujos custos, por suposição, não aumentaram. Assim, a quantia de US\$ 1,00 que *A* concorda em pagar a *B* para liberá-lo do contrato pode ser igual ao valor da inconveniência que *A* economiza, tendo que *B* ao invés de ele próprio comprar os utensílios de outro fabricante.

A última preocupação de eficiência que deveria surgir contra o *enforcement* habitual de cláusulas penais que contenham um elemento punitivo é que elas criam um incentivo para uma parte induzir a outra a quebrar o contrato porque aquela parte estará melhor se o contrato não for cumprido. Essa possibilidade surge, como no caso da compra de utensílios. Suponha que a razão da inserção da cláusula de danos punitivos no contrato é que existe algum valor especial atrelado ao cumprimento por uma das partes.<sup>41</sup> Suponha, ainda, que, antes do fechamento, essa valoração subjetiva caia em razão de circunstâncias modificadas.<sup>42</sup> A parte que inicialmente atribuiu o alto valor subjetivo ao contrato tem um incentivo para induzir sua quebra porque receberá uma quantia que agora excede muito suas perdas (subjetivas) pelo não cumprimento.

Não é certo, entretanto, que esse tipo de problema seja suficientemente ponderado para argumentar contra o *enforcement* habitual de multas contratuais. Em primeiro lugar, o problema do chamado risco moral não tem probabilidade de acontecer frequentemente.<sup>43</sup> Mesmo se surgisse, a parte contratual que providenciará o seguro pode se proteger contra o risco moral do mesmo modo que as companhias de seguro o fazem, por exemplo, requerendo um cosseguro, um dedutível ou um prêmio maior. Segundo, como existe o incentivo para que a parte inocente induza a quebra quando as circunstâncias mudam, deveria ser permitido ao requerido levantar essa quebra induzida na atenuação.<sup>44</sup>

Um último ponto merece ser tratado aqui. A literatura trata das multas contratuais para a exclusão de qualquer outra forma de remédio contratual para a quebra. Em teoria, entretanto, não existe uma razão para que as partes contratantes não considerem a possibilidade de se vincular elas próprias para cumprir forçadamente. Naturalmente, existem custos substanciais

para inserir essa cláusula em um contrato: por exemplo, calcule os custos de concordar em não contestar uma ação por execução específica ou concordar com alguma alternativa financeira onerosa a menos que se cumpra forçadamente. Existe apenas uma discussão dessa possibilidade na literatura, e seu principal ponto foi que os tribunais hesitariam em *enforce* uma cláusula estipulada de execução específica.<sup>45</sup> Em princípio não existe mais razão para não *enforce* tal cláusula do que existe para *enforce* qualquer cláusula penal não manchada por uma defesa válida de formação. Na ausência de impedimentos legais, as partes inseririam uma cláusula de cumprimento, quando os custos líquidos dessa cláusula fossem menores do que aqueles de uma cláusula penal.<sup>46</sup>

Agora temos uma noção de quebra eficiente em mãos e uma ideia dos tipos de remédios disponíveis por intermédio do mercado, independentemente das ações das partes contratantes, ou por intermédio de mecanismos extrajudiciais disponíveis para as partes contratantes.

A força de mercado mais forte, provavelmente, é a reputação. É razoável criar uma hipótese de que o desejo de evitar uma reputação adversa possa induzir alguns promitentes a levar adiante uma quebra apenas quando os benefícios desta excedam os custos, incluindo os custos de uma reputação manchada. As considerações de eficiência também argumentam para o *enforcement* habitual de qualquer cláusula penal que não seja derrotada por uma defesa de fraude, coação ou coerção. A objeção particular do direito às cláusulas penais é equivocada, porque concordar em pagar indenizações supercompensatórias, na eventualidade de uma quebra, pode ser tanto o meio mais eficiente de transferir informação, como o meio mais barato de se assegurar contra perdas do não cumprimento, quando existe uma alta valoração subjetiva atribuída ao cumprimento por uma das partes.

Essas reflexões sugerem que uma teoria coerente dos remédios contratuais – uma teoria focada na troca eficiente de promessas recíprocas, encorajando apenas quebras contratuais eficientes –, deve especificar não apenas quais os remédios o tribunal imporá caso as partes não adimplam, mas deve também indicar como o tribunal tratará os remédios extrajudiciais acordados pelas partes contratantes no tempo de formação do contrato. As indenizações estipuladas visam a encorajar partes contratantes



a especificar como elas desejam a resolução das disputas e existe razão para acreditar que elas estipularão o remédio mais eficiente, após analisarem todos os fatores.<sup>47</sup>

### III. REMÉDIOS LEGAIS PARA A QUEBRA CONTRATUAL

#### A. Restituição

Os remédios legais, no direito contratual do *common law*, visam a proteger três interesses da parte inocente em uma quebra contratual.<sup>48</sup> O primeiro é o interesse de restituição. O objetivo de conceder um interesse de restituição na indenização é fazer com que a parte inocente retorne, na medida do possível, à sua posição anterior à formação do contrato. Assim, quaisquer benefícios na forma de dinheiro ou bens que a parte inocente transferiu para o inadimplente entre a formação do contrato e a quebra devem ser devolvidos. Essa situação surge quando um contrato é parcialmente adimplido. A lei estabelece que a restituição deve ser feita para a parte inocente mesmo se o cumprimento tenha resultado em perda para ela.<sup>49</sup>

Não está inteiramente claro quando ou por que os tribunais preferem a restituição a outras medidas de indenização. A razão que costuma ser citada para ordenar uma restituição de valores a ambos os lados é impedir o enriquecimento sem causa pela quebra do contrato.<sup>50</sup> Pouca atenção tem sido dada à possibilidade de que a preferência pela restituição, ao invés de outros remédios contratuais, resulta de uma preocupação com a eficiência.<sup>51</sup> A possível explicação com base na eficiência é que, em geral, é pouco dispendioso medir as indenizações em termos de benefício conferido, especialmente em comparação a outras medidas de indenizações à disposição dos tribunais.

Apesar da natureza pouco dispendiosa desse remédio, a restituição como medida de indenização pode não levar a quebras contratuais economicamente eficientes. Considere, novamente, o exemplo no qual *A* concordou em vender uma casa para *B* por US\$ 100 mil quando *B* valorizava a casa em US\$ 115 mil. Se *A* sabe que na hipótese de quebra ele terá que pagar a *B* indenização pela restituição, *A* pode quebrar o contrato, mesmo quando a eficiência econômica argumente a favor de que ele o

cumprisse. Suponha que *B* faça para *A* um depósito de boa-fé de US\$ 5 mil quando o contrato é celebrado e, antes de *A* transferir para *B*, *C* ofereça para *A* US\$ 110 mil pela casa. Se *A* antecipar que o tribunal atribuirá indenização para a restituição de *B* por quebra do contrato, *A* quebrará o contrato com *B*, lhe pagará US\$ 5 mil e venderá a casa para *C*. Porque *C* avalia a casa por menos do que *B*, mas sua avaliação é superior ao preço contratual, a quebra não leva para uma realocação Pareto-superior.

Tampouco é o caso em que *B* pode proteger sua valoração subjetiva derivada do cumprimento do contrato, deixando um depósito de boa-fé com *A*, o qual é justamente igual à diferença entre o preço que ele está disposto a pagar pela casa e o preço contratado. Nessa situação, suponha que *B* tente proteger sua valoração subjetiva deixando US\$ 15 mil com *A*. O ponto da questão é: *A* continuará a quebrar o contrato, se ele receber *qualquer* oferta acima dos US\$ 100 mil de *B*. Tudo que *A* deve fazer, sob a fórmula de restituição, é devolver os US\$ 15 mil de *B* para colocá-lo este em uma posição tão boa quanto a que ele estava antes da celebração do contrato. Ele *não* está obrigado a colocar *B* em uma posição tão boa quando *B* estaria na hipótese de cumprimento do contrato. Assim, o tamanho do depósito de boa-fé que *B* deixa com *A* não influencia a decisão de *A* de quebrar o contrato. É do interesse de *A* quebrar, sob a fórmula da restituição, sempre que lhe é oferecido um preço maior do que o preço contratual acordado com *B*. Entretanto, é eficiente para ele quebrar apenas se receber uma oferta maior que a valoração subjetiva de *B* pela casa. Como a restituição não oferece caminho para induzir apenas para essa quebra, ela deve ser rejeitada como remédio contratual padrão com fundamento na eficiência.<sup>52</sup>

## B. Confiança

O segundo interesse da parte inocente, que as medidas de indenização tentam proteger, é o interesse da confiança.<sup>53</sup> Despesas incorridas pela parte inocente, ao confiar no cumprimento da promessa da outra parte ou se preparando para receber os frutos do contrato, são recuperáveis como perdas, com base na confiança quando o contrato é quebrado.<sup>54</sup> O propósito dessa medida de indenização é prevenir que se puna a parte inocente por confiar no contrato.

Na transação simples que estivemos observando entre *A* e *B* pela venda de uma casa por US\$ 100 mil, imagine que *B*, em antecipação ao cumprimento do contrato por *A*, contrate uma companhia de mudança, um decorador de interiores, um pintor e assim por diante.<sup>55</sup> A confiança de *B* na promessa de *A* de transferir a casa por US\$ 100 mil fez com que ele gastasse, digamos, US\$ 8 mil. *B* continua a valorizar a casa em US\$ 115 mil. Então chega *C* e oferece US\$ 110 mil para *A* pela casa. Se *A* deve pagar os danos pela confiança para *B* como indenização por quebrar o contrato, então *A* quebrará, pagará a *B* US\$ 8 mil em indenização e venderá a casa para *C* por US\$ 110 mil. *A* aumentou seu lucro em US\$ 2 mil e, aos olhos do tribunal, *B* não está em pior situação do que se ele não tivesse entrado no contrato. Tal como na restituição como medida para indenização, a quebra em que o dano pela confiança é a medida de indenização não é necessariamente uma quebra Pareto-eficiente: a casa não passou para a parte que mais a valoriza.

Comparado à restituição, entretanto, existe *algo* a ser dito em favor da confiança com base na eficiência.<sup>56</sup> A confiança pode ser construída como uma tentativa de proteger, e assim encorajar, a sincronia dos gastos relacionados ao cumprimento do contrato. O argumento seria que sem a proteção das despesas razoáveis pré-cumprimento, as partes – especialmente aquelas que têm um alto grau de aversão a riscos<sup>57</sup> – esperariam até o adimplemento integral antes de incorrer nessas despesas, o que seria ineficiente. A ineficiência, provavelmente, não será relevante, uma vez que o custo dessa espera é ofuscado pelo montante de juros ganhos sobre a quantia que teria sido utilizada para fazer as compras mais cedo. Se a lei aliviasse uma parte contratual inocente do risco dessa perda, essa parte estaria disposta a abrir mão dos juros ganhos sobre suas reservas para realizar suas despesas em um momento anterior. Se não há ineficiências induzidas pela medida de confiança, e esta é uma medida de indenização pouco dispendiosa de se computar, os benefícios de tornar esse o remédio padrão podem exceder os custos.

Pode-se objetar que aqueles com alta valoração subjetiva do cumprimento talvez sejam induzidos a programar suas despesas de maneira ineficiente a partir da confiança. Se fosse difundido que o remédio padrão

para a quebra de contrato fosse o pagamento de quaisquer despesas resultantes de uma confiança razoável no seu cumprimento, então *B* poderia se proteger integralmente contra a quebra incorrendo em despesas de confiança, pelo menos até a diferença entre o preço contratual e a sua reserva de preço para o cumprimento. No meu exemplo, *B* poderia garantir que uma quebra por *A* se tornasse eficiente incorrendo em despesas de US\$ 15 mil em antecipação à mudança para a casa.

Existe um problema de eficiência no fato de que, se a confiança é o remédio padrão, parece haver pouca razão para *B* limitar em US\$ 15 mil suas despesas, antes de *A* ter cumprido o contrato. Se ele sabe que o tribunal considerará *A* responsável por seus gastos por confiar, por que não deveria ele gastar US\$ 20 mil em compromissos antes do cumprimento? *B* pode bem ter pretendido fazer esses gastos para, digamos, ter a casa remodelada. O custo para *B* para reprogramar essas despesas é pequeno: os juros adicionais do empréstimo para pagar as melhorias. O resultado, porém, é que a casa pode não ser alocada eficientemente. *A* agora encara um pagamento de indenização de US\$ 20 mil e pode, dessa forma, cumprir o contrato quando quebrá-lo seria mais eficiente. Caso *C* estivesse disposto a pagar US\$ 118 mil pela casa, então a casa deveria passar para *C*, já que ele a valoriza mais do que *A* e *B*. Mas isso não acontecerá se *A* for responsável perante *B* pelo pagamento de US\$ 20 mil de indenização pela confiança.<sup>58</sup>

Uma resposta para essa oposição à indenização pela confiança como remédio padrão é que a lei, ao proteger apenas a confiança razoável, já desencoraja a confiança excessiva de *B*.<sup>59</sup> Isto é, o direito não permitirá que *B* se utilize de despesas inúteis apenas para obrigar *A* a cumprir o contrato. Não restam dúvidas, de um ponto de vista da eficiência, de que esse é o papel da lei, mas existem outras razões para acreditar que permitir apenas a confiança razoável não garantirá quebras eficientes. A importância dessa discussão é que, provavelmente, determinar quais despesas com confiança foram razoáveis e quais não foram é caro, uma vez que o lesado tem um forte incentivo para demonstrar grande interesse na confiança da mesma forma que o inadimplente tem o incentivo contrário para minimizar esse interesse.

### C. Expectativa

O terceiro interesse da parte inocente, o qual o direito de indenização contratual protege, é o da expectativa. Enquanto com a restituição e a confiança o objetivo do remédio é colocar a parte inocente na posição em que ela se encontrava antes da celebração do contrato, com a indenização dos danos baseada na legítima expectativa das partes o lesado deve ser colocado em uma posição que ele esperava estar caso o contrato tivesse sido cumprido.<sup>60</sup> A regra do *common law* foi enunciada no caso *Robinson vs. Harman*:<sup>61</sup> “Quando uma das partes suporta uma perda em razão de uma quebra contratual, ela deve, tanto quanto o dinheiro possibilitar, ser colocada na mesma situação, com respeito às indenizações, como se o contrato tivesse sido cumprido”. Além de esse ser o remédio contratual mais amplamente utilizado, a expectativa tem atraído a atenção dos economistas porque é a única medida de indenização contratual que induz a quebra apenas quando quebrar é mais eficiente do que cumprir.

Considere novamente o contrato entre *A* e *B* para a entrega da casa a um preço de US\$ 100 mil, a casa que *B* valoriza em US\$ 115 mil. Se puder ser facilmente determinado que a posição de *B*, após o cumprimento do contrato, terá um ganho líquido de US\$ 15 mil, então a perda de expectativa que *B* sofre com o inadimplemento de *A* é precisamente de US\$ 15 mil. Se *A* está ciente de que essa medida será utilizada, se houver uma quebra, então *A* quebrará o contrato apenas quando for economicamente eficiente fazê-lo. Como *A* será responsável perante *B* por US\$ 15 mil, ele quebrará apenas quando *C* oferecer a ele mais que US\$ 115 mil pela casa. Caso *C* fizer tal oferta (acima de US\$ 115 mil), então pode ser concluído que a casa vale aquele valor para *C* e, portanto, *C* atribui a ela um valor maior do que qualquer outro envolvido. Como o nosso objetivo presumido para remédios contratuais é mover a casa para o uso de maior valor ao menor custo, as indenizações dos danos baseadas na legítima expectativa das partes parecem ser o remédio padrão que estivemos procurando. Ainda assim, o direito encontrou dificuldades até há pouco tempo para justificar a expectativa como o remédio contratual padrão.<sup>62</sup>

Ao passo que a atratividade teórica das perdas de expectativas como medida de indenização é direta, a aplicação prática da medida não é. O problema

crucial é determinar, após uma quebra ter ocorrido, qual era o lucro esperado pela parte inocente no momento em que o contrato foi celebrado. Claramente, o promissário tem um forte anseio, depois de uma quebra, por exagerar os ganhos que ele esperava pelo cumprimento, enquanto o promitente defenderá que os ganhos nunca poderiam ter sido tão altos. Relembre que esse é precisamente o problema reconhecido com a indenização pela confiança.<sup>63</sup>

Com relação à quebra pelo comprador, a expectativa são os lucros perdidos. Existem problemas de medição aqui, mesmo que apenas lucros razoavelmente previstos sejam recuperáveis. Um problema relevante é determinar se a quebra pelo comprador interfere no comportamento do vendedor, resultando em uma quantidade menor de vendas, como no caso de um bem único, ou não interfere, como no caso de um bem puramente homogêneo.<sup>64</sup>

Quando se considera a mensuração de expectativas, no caso da quebra pelo vendedor, os problemas são ainda mais consideráveis.<sup>65</sup> O comprador tem o direito de ter seu excedente de consumidor protegido pela lei dos remédios se tivermos apenas quebras eficientes pelo vendedor.<sup>66</sup> Se por um lado é fácil para concordar sobre isso, por outro é difícil chegar a um consenso sobre como medir a valoração subjetiva do comprador no cumprimento. Na maioria dos casos, o melhor que um tribunal pode fazer é adivinhar a importância relativa do excedente *vis-à-vis* os custos para o vendedor de completar o contrato.<sup>67</sup> Se isso determinar que os custos com o cumprimento são muito altos, relativos ao valor subjetivo a ser protegido, então o tribunal provavelmente utilizará um critério objetivo, como a diminuição no valor de mercado sofrida pelo bem da parte lesada, para determinar os interesses de expectativa.<sup>68</sup> Parece não haver características diferenciadoras dos casos em que o custo de cumprimento é superior à diminuição no valor de mercado como a medida da expectativa do comprador.<sup>69</sup>

Para aliviar esse problema o *common law* tem imposto algumas restrições às expectativas da parte inocente:<sup>70</sup> os lucros devem ser razoavelmente previstos pela parte inadimplente;<sup>71</sup> os lucros devem ser razoavelmente certos;<sup>72</sup> e a parte inocente deve ter se esforçado, de boa-fé, para mitigar os danos.<sup>73</sup> Ainda assim, essas diretrizes não fazem mais do que tornar a

aferição das perdas de expectativas mais palpáveis, ou seja, essas regras tornam isso uma questão simples.<sup>74</sup>

As restrições do *common law*, ao determinar as perdas de expectativas pela quebra contratual, podem ser entendidas como uma tentativa de induzir a uma troca eficiente de informação no momento de celebração do contrato sobre os lucros que serão perdidos na eventualidade de uma quebra. Dado que as partes já estão em contato em relação a tantos interesses mútuos, os custos de trocar informações acerca dos lucros esperados deveriam ser relativamente baixos.<sup>75</sup> Esse objetivo é consistente com o objetivo da eficiência econômica aplicada a quebras contratuais na medida em que coloca grande parte da obrigação de determinar as expectativas no momento da celebração do contrato àqueles que podem, de forma menos custosa, administrar as expectativas (as partes contratantes), e alivia o tribunal da obrigação de determinar essas expectativas apenas após uma quebra.

A literatura sobre indenização como remédio contratual tem confirmado a superioridade, do ponto de vista da eficiência, da expectativa sobre outras medidas de indenização. Shavell recentemente demonstrou, em um modelo elegante da decisão de cumprir ou quebrar, que, apesar de nenhuma medida de indenização poder atuar como um substituto perfeito para um contrato de completa contingência,<sup>76</sup> a medida de expectativa é, geralmente, Pareto-superior a qualquer outra no que diz respeito a promover apenas quebras eficientes.<sup>77</sup>

Esses modelos ignoraram, contudo, a possibilidade de recontratar ou renegociar, após a celebração do contrato e após o anúncio do vendedor de sua intenção de quebrá-lo. Se os custos com a renegociação não são muito altos, alguns remédios considerados podem ser mais eficientes do que outros em induzir as partes a usar a recontratação ao invés de alguma alternativa menos eficiente, como um litígio, para alocar as perdas da quebra.

Rogerson tem estudado situações em que é possível a renegociação.<sup>78</sup> Ele compara as capacidades da indenização pela confiança, indenização dos danos baseada na legítima expectativa das partes e execução específica dada à possibilidade de negociações pós-quebra, para minimizar desvios de um nível ideal de confiança. Uma consideração adicional interessante é que

diferentes habilidades de negociar afetam o resultado sobre diferentes remédios. Ele concluiu que, em qualquer nível de força relativa de negociação, a ineficiência de danos de confiança é maior do que aquela de indenização dos danos baseada na legítima expectativa das partes,<sup>79</sup> e a execução específica “sempre gera um resultado tão eficiente quanto a indenização dos danos baseada na legítima expectativa das partes”. Além disso, para todos os níveis de força de negociação, “a execução específica é Pareto-dominante em relação às indenizações dos danos baseadas na legítima expectativa das partes e a indenização pela confiança”.<sup>80</sup>

A conclusão da literatura, sobre o objetivo de eficiência em medidas de indenização pela quebra contratual, pode ser brevemente resumida: o interesse da expectativa é a única medida de indenização que levará a quebras eficientes. Existem, no entanto, alguns problemas amplamente reconhecidos que surgem na medição do interesse da expectativa da parte lesada. No caso de quebra pelo comprador, os lucros razoavelmente previsíveis do vendedor, quanto ao cumprimento do contrato, devem ser levados como medida da indenização, se o objetivo for encorajar apenas quebras eficientes. Ainda assim, existem falhas bem conhecidas ao se computar lucros cessantes. No caso de uma quebra pelo vendedor, o interesse de expectativa do comprador é o excedente de consumidor ou a valoração subjetiva do contrato cumprido. Existem sérios problemas probatórios na determinação dessa quantia. Talvez seja o caso de indenizações estipuladas, se *enforced* mesmo com um elemento aparentemente punitivo, ser um meio menos dispendioso de proteger a valoração subjetiva do que são as indenizações de danos baseadas na legítima expectativa das partes. É ainda uma questão em aberto se as ineficiências dos remédios legais alternativos, restituição e confiança, são severas o suficiente para afastar a mediação muito mais fácil e precisa daquelas alternativas à expectativa. Temos ainda que discutir se a expectativa, com seus altos custos de aferição, é uma garantidora superior à execução específica de quebras contratuais eficientes. Eu me volto para essa discussão na sessão seguinte.

#### **IV. EFICIÊNCIA DA EXECUÇÃO ESPECÍFICA**

Os pagamentos de indenizações são os remédios legais para a quebra



contratual; a execução específica é uma forma de *equitable remedy*.<sup>81</sup> A execução específica é uma ordem judicial exigindo que o promitente desempenhe sua promessa contratual ou proibindo que ele desempenhe a promessa com qualquer outra parte.<sup>82</sup> Se, por exemplo, A prometeu vender a casa a B por US\$ 100 mil, mas quebra sua promessa com a intenção de vender para C por US\$ 125 mil, B pode procurar amparo na forma de uma ordem judicial exigindo que A venda a B. Alternativamente, B pode pedir para o tribunal expedir um mandado judicial proibindo A de vender para qualquer um que não seja B. Como regra geral, o tribunal invoca o *equitable remedy* apenas quando pensa que os remédios legais oferecerão um amparo inadequado, isto é, subcompensatório.<sup>83</sup> A concessão de um *equitable relief* está dentro da discricionariedade do tribunal a partir de uma demonstração, pelo autor, de que a indenização não o compensará adequadamente. Os casos típicos, nos quais ocorre a subcompensação, são os de venda de “bens únicos”,<sup>84</sup> venda de terra (considerada pelo direito, em grande parte por razões históricas, como bem único),<sup>85</sup> e contratos de insumo de longo prazo.<sup>86</sup> Quando uma parte inocente pede a execução específica, ao inadimplente é permitido alegar defesas que geralmente não são aceitas contra a concessão de indenizações: certeza insuficiente de termos, segurança inadequada para o cumprimento da parte inocente, erro do inadimplente e alto nível de custos de supervisão que o tribunal pode incorrer em *enforcing* o cumprimento.<sup>87</sup>

A eficiência econômica desse estado de coisas está aberta para discussão. Particularmente, não é óbvio que a troca eficiente de promessas recíprocas ou o *enforcement* de promessas contratuais válidas tenham um resultado melhor do que a execução específica, reservada às circunstâncias já descritas. De fato, já vimos que alguns doutrinadores têm sugerido que a execução específica é geralmente mais eficiente do que outros remédios contratuais.<sup>88</sup> Nesta sessão, tentarei demonstrar que a execução específica deveria ser, sob fundamentos de eficiência, o remédio contratual padrão.<sup>89</sup> As razões para essa conclusão podem ser brevemente resumidas. Primeiro, se as partes contratuais estão cientes de que promessas válidas serão *enforced*, elas trocarão promessas recíprocas de forma mais eficiente no momento da celebração. Aliás, elas terão um incentivo maior, comparado

ao remédio legal dominante, para alocar eficientemente os riscos de perda pela quebra ao invés de deixar essa tarefa, no todo ou em parte, para o tribunal ou para negociações pós-quebra conduzidas sob a ameaça de um remédio legal potencialmente ineficiente. Segundo, e talvez mais importante, a execução específica oferece um mecanismo mais eficiente para proteger valores subjetivos atrelados ao cumprimento do contrato. Assim, ela promove a quebra contratual apenas quando é eficiente, isto é, se alguém ficar melhor e ninguém ficar pior em razão da quebra. Sobre esse ponto, a execução específica e um *enforcement* expansivo dos remédios estipulados constituem partes integrantes e inseparáveis de uma teoria unificada de remédios contratuais eficientes. Terceiro, se a execução específica fosse o remédio padrão, os custos pós-quebra de ajustar o contrato para mover a promessa para os usuários que mais a valorizam seriam menores do que pelo remédio legal mais eficiente. A razão central é que, sob a execução específica, os custos de determinar a valoração do cumprimento de várias partes são suportados por essas partes em negociações voluntárias. Isso quer dizer que os custos de determinar a disposição para pagar são suportados por aqueles estão posicionados de modo mais eficiente para determinar essa quantia. Finalmente, porque os custos de estabelecer qualquer valoração subjetiva da parte inocente por intermédio de provas apresentadas a um tribunal são muito altos e porque, dessa forma, a possibilidade de se subcompensar a parte inocente por meio de indenização é grande, a execução específica tem menor probabilidade de ser subcompensatória e maior probabilidade de proteger a valoração subjetiva do lesado do que qualquer outro remédio contratual imposto judicialmente.

#### A. O papel dos custos de transação na determinação dos remédios contratuais

Para começar o desenvolvimento de uma teoria integrada de remédios legais e *equitable relief* pela quebra contratual, é apropriado revisar uma abordagem proposta para a escolha de remédios em uma área diferente do direito. Calabresi e Melamed ofereceram uma teoria integrada de remédios designada para promover o uso eficiente de recursos na solução de

problemas de usos incompatíveis de propriedade, isto é, em circunstâncias em que existem externalidades.<sup>90</sup> Assuma que a sociedade já tenha alocado os direitos, aos quais Calabresi e Melamed chamam de títulos, para vários recursos escassos, e assumamos ainda que a alocação foi realizada de forma a conduzir ao uso mais eficiente dos recursos escassos da sociedade. Tendo feito isso, a sociedade deve, em seguida, determinar quais instituições, incluindo o Estado de direito, protegerão de maneira mais eficiente esses títulos. Calabresi e Melamed sugeriram que, onde for possível, as restrições impostas pela troca voluntária oferecem o melhor método, tanto para proteger os títulos quanto para direcioná-los para um uso de maior valor. O tribunal pode transferir um direito e então, por meio da concessão de uma medida cautelar, instruir as partes no conflito a utilizarem o método de trocas voluntárias para proteger aquela transferência.<sup>91</sup> Uma medida judicial, nesse cenário, é para ser entendida como uma declaração de que os preços resultantes de uma barganha em uma troca voluntária são os melhores guias para determinar qual desses usos conflitantes é o mais eficiente.<sup>92</sup> Esse método de proteger os títulos – um método que os autores chamam de “uma das regras de propriedade” – é o meio mais eficiente quando o nível de custos de transação entre as partes no conflito é baixo. Apenas nessas circunstâncias é possível para as trocas voluntárias determinarem qual dos usos conflitantes tem o maior valor.

O mercado, contudo, não pode fazer essa determinação quando os custos de transação entre as partes em disputa são altos.<sup>93</sup> Quando a troca voluntária é incapaz de resolver a disputa sobre qual, dentre dois usos conflitantes de títulos, tem o maior valor, Calabresi e Melamed propõem utilizar a troca supervisionada judicialmente para proteger e, possivelmente, realocar os recursos.<sup>94</sup> Esse é o método de conceder indenizações. Deixando de lado os problemas demasiado complicados de como determinar o nível de indenizações, de acordo com Calabresi e Melamed, podemos entender a medida legal como sendo uma determinação feita pelo tribunal de um preço objetivo pelo qual o direito em disputa teria mudado de mãos, se os custos de transação tivessem sido muito baixos. Essa análise de mercado hipotético – um método que Calabresi e Melamed chamam de “proteção de um título por uma regra de responsabilidade” – é mais eficiente

para determinar o uso de maior valor de um título sobre o qual existe um conflito, se os custos de transação entre as partes são altos.<sup>95</sup>

Vamos a um exemplo. Suponha que uma fábrica comece poluir muito o ar, causando danos à propriedade e à saúde de quem vivem por perto. Vamos utilizar o cenário de Calabresi e Melamed para analisar qual o método mais eficiente para proteger os direitos cedidos, sem levar em conta a cessão que possa ter sido feita. Suponha que os residentes têm uma causa de pedir para ficarem livres do dano da poluição da fábrica. Quando eles ingressam com uma ação buscando amparo por causa do dano, deveria o tribunal reconhecer seu pedido garantindo uma medida cautelar contra a fábrica ou deveria o tribunal fixar indenizações contra a fábrica? A resposta correta é, provavelmente, que o direito dos residentes é protegido de maneira mais eficiente ao se fixar indenizações contra o poluidor. Isto porque o grande número de partes envolvidas talvez tornem os custos de transação entre os residentes e a fábrica tão altos que qualquer troca voluntária de direitos seria impossível. Assim, uma medida judicial contra a fábrica poderia criar ineficiências.

Se a fábrica valoriza o direito de poluir mais do que os residentes coletivamente valorizam o direito de serem livres da poluição, mas os custos de transação entre os dois grupos são altos, seria provado impossível para a fábrica comprar dos residentes o direito de não *enforce* a medida judicial, em favor dos quais foi expedida. Considere os custos para a fábrica de localizar todos os prejudicados pela poluição; de negociar com cada um sobre o preço que está disposto a aceitar para renunciar ao seu direito de ser livre da poluição; e os custos para a fábrica e para os residentes de monitorar e *enforcing* as negociações plurilaterais. Esses custos podem ser tão altos que, provavelmente, frustrariam qualquer troca voluntária entre as partes da disputa. Além disso, existe um problema especial nessa situação hipotética de um dos residentes *hold-out* no final: isto é, esperar até o seu consenso ser o último necessário para então empacar a negociação e se recusar a vender seu direito exceto a um preço de monopólio. Como essa posição de *hold-out* é muito valiosa, existe toda razão para se acreditar que muitos residentes tentarão o *hold-out*, evitando chegar a qualquer acordo voluntário com a fábrica. O problema do *hold-out* aumenta os custos

de realocar o direito ao titular correto.<sup>96</sup> Nessas circunstâncias a sociedade deveria tentar, por meio de um tribunal, provar quem mais valoriza o direito e então, por meio da determinação de indenizações pelo tribunal, oferecer uma avaliação coletiva do direito. Essa avaliação seria o preço pelo qual a sociedade permitiria que o direito mudasse de mãos.<sup>97</sup>

O cenário de Calabresi e Melamed tem uma aplicação pronta para a questão dos remédios eficientes para a quebra contratual. Indenização e execução específica, como indenizações e medidas cautelares no direito de propriedade, deveriam ser vistas como meios alternativos de atingir a alocação eficiente de recursos diante de diferentes custos de transação. Quando um contrato é quebrado, a questão de maior importância para o tribunal deveria ser a proporção dos custos de transação entre o infrator e a parte inocente. Se esses custos são baixos, há possibilidade de negociações privadas e a medida mais eficiente para o tribunal é ordenar a execução específica. Se, entretanto, os custos de transação são altos, então o tribunal deveria fazer com que a troca ocorresse a um valor determinado coletivamente; isto é, deveria impor à parte que quebrou o contrato a obrigação de indenizar a parte lesada.

Em geral, os custos de transação pós-quebra entre partes contratuais não são altos. Além do mais, as partes estabeleceram um relacionamento antes da quebra e as coisas que tornam os custos de transação altos em outros contextos jurídicos estão inteiramente ausentes aqui: as partes já se identificaram uma com a outra; elas negociaram prevendo muitas contingências –, possivelmente incluindo a quebra; elas podem ter tido contato depois da celebração e antes do cumprimento integral para esclarecer detalhes, reportar progressos e afins. Assim, se as partes não previram alguma forma de amparo na hipótese de quebra, os custos para que elas lidem com a eventualidade que surgiu para frustrar o contrato devem ser baixos. Isso é razão *prima facie* para tornar a execução específica, ao invés de indenizações, o remédio contratual padrão.

Certamente, os custos envolvidos na resolução de disputas das partes, por exemplo, de determinar qual é o interesse de expectativa da parte inocente, parecem ser mais baixos do que realmente são para um tribunal. Isto porque o tribunal, para resolver a disputa eficientemente e para criar uma

regra eficiente para guiar futuras partes contratantes, teria que se informar sobre todos os termos relevantes do contrato, o mercado do bem envolvido, a verossimilhança das provas de cada parte sobre suas expectativas, a razoabilidade dos riscos assumidos e assim por diante. Essa é uma tarefa pesada e cara para o tribunal assumir. Se, entretanto, os tribunais habitualmente concedessem a execução específica, as futuras partes poderiam ser induzidas a estipular seus próprios remédios, se fosse eficiente para elas; caso contrário, elas negociarão no entendimento de que a execução específica será *enforced* na eventualidade de uma quebra. Consequentemente, apenas quebras eficientes virão a ocorrer.

Para ver o que isso significa, vamos considerar o exemplo no qual nós já discutimos os aspectos da eficiência de vários remédios legais. Relembre que *A* se comprometeu a vender a casa para *B* por US\$ 100 mil. Antes da promessa de venda ser cumprida, *C* ofereceu para *A* US\$ 125 mil e *A* quebrou seu contrato com *B* para vender para *C*. Suponha agora que quando *B* processa *A*, o tribunal concede a *B* a execução específica ao invés de indenizações. Isto não quer dizer que a casa não pode ser transferida para *C*, que é a pessoa para a qual o bem tende a ser direcionado, devido à maximização de riqueza ou considerações de eficiência. De fato, pela execução específica, a casa pode passar para *C* de diversos modos. *A* pode comprar o direito de execução específica de *B* e então vender para *C*. Ou *B* pode se recusar a liberar *A*, tomar posse, e então vender para *C*.

Em ambos os casos, a casa passa para *C*, que, por suposição, a valoriza mais do que *A* e *B*. O que distingue os casos é a distribuição do ganho da quebra. Quando o remédio é a execução específica, as negociações privadas após a concessão do direito à execução específica para a parte inocente se resumem aos mecanismos para dividir o ganho. O fato importante é que pela execução específica, a casa passará para a parte que mais a valoriza, não importando como as negociações entre o inadimplente e a parte inocente aportam o excedente da quebra e da venda para *C*.<sup>98</sup> De um ponto de vista da eficiência, a alocação desse acréscimo de valor entre o inadimplente e a parte inocente é um interesse secundário.

Para resumir, a proporção de custos de transação deveria guiar o tribunal ao estruturar remédios contratuais eficientes. Quando os custos são

baixos, o tribunal deveria conceder a execução específica; quando são altos, indenizações. Como, em geral, os custos de transação entre partes contratantes são baixos quando o contrato é celebrado, o remédio padrão para quebra deveria ser a execução específica. Isto colocará o fardo de resolver a quebra sobre as partes contratantes, cujos custos de fazê-lo são menores do que para o tribunal. Os custos de dividir qualquer excedente a ser percebido em uma quebra eficiente do contrato serão suportados pelo inadimplente e pelo lesado, não pelo tribunal. Isto é, também, um resultado eficiente. Aliado ao fato de que apenas quebras eficientes ocorrerão se a execução específica for o remédio padrão, a execução específica é o único remédio contratual eficiente nos dois níveis, encorajando apenas quebras eficientes e resolvendo eficientemente qualquer quebra que ocorrer.

## B. O efeito da execução específica nos custos de negociação na celebração (pré-quebra)

Uma das alegações que fiz para a execução específica é que ela induzirá as partes a trocarem promessas de maneira mais eficiente. Existem duas questões importantes aqui: primeiro, é possível que as restrições legais atuais e a disponibilidade da execução específica correspondam à escolha, entre execução específica e indenizações, que as partes estipulariam caso fossem perfeitamente livres para tanto e, segundo, a execução específica levaria as partes contratantes a gastar recursos de maneira ineficiente no momento da celebração?<sup>99</sup> Se a resposta para ambas as questões for sim, então existe razão para duvidar da eficiência superior da execução específica como o remédio contratual padrão. Entretanto, como veremos, nenhuma dessas perguntas pode ser respondida afirmativamente. A conclusão que traço é que a execução específica, especialmente quando combinada com a atitude mais liberal, já exposta, para a interpretação de muitas contratuais, em geral, *reduzirá* os custos de formação do contrato.

### 1. O RELACIONAMENTO DAS REGRAS DE EXECUÇÃO ESPECÍFICA ATUAIS PARA ESTIPULAÇÕES EM TROCAS VOLUNTÁRIAS

Começemos observando se as atuais normas legais para a concessão de execução específica e indenizações correspondem ao que as partes contratantes

livremente escolheriam como amparo contratual no caso de uma quebra. A importância dessa investigação é a seguinte: se os remédios atuais correspondem a remédios maximizadores de riqueza que as trocas voluntárias estipulam no momento da formação, então isso constitui uma forte evidência de que a atual lei de remédios contratuais é eficiente.

Em um importante artigo, Kronman sugeriu que, a se julgar por um padrão de eficiência, a execução específica tem sido invocada corretamente.<sup>100</sup> O núcleo desse argumento é que, em um contrato para a venda de um bem infungível, promitente e promissário acordariam, se o tribunal reconhecesse o acordo deles, que o promitente deveria cumprir forçadamente o contrato. Pela mesma ideia, em um contrato para a venda de um bem fungível, promitente e promissário acordariam que deveriam ser pagas indenizações para o promissário na eventualidade de uma quebra pelo promitente. O ponto central da tese de Kronman, de que as indenizações e a execução específica estão sendo aplicadas eficientemente como remédios contratuais, é o custo para o tribunal determinar o valor de um bem substituto:

Afirmando que a questão subjetiva de um contrato particular é única e não tem valor de mercado estabelecido, um tribunal está, na realidade, dizendo que não pode obter, a um custo razoável, informação suficiente sobre substitutos que permitam calcular uma concessão de indenização sem impor um risco inaceitavelmente alto de subcompensar o promissário lesado. Concebido dessa forma, o teste de singularidade parece economicamente sólido.<sup>101</sup>

Um aspecto crucial desse argumento é que indenizações, no caso de um bem infungível, podem vir a ser subcompensatórias e, dessa forma, levarão à quebra ineficiente. Assim, é importante esclarecer as fontes dessa subcompensação.

Os custos incorridos na procura pré-contrato – referentes a localizar vendedores, obter informações, comparar qualidade e assim por diante –, costumam não ser recuperáveis se o contrato é quebrado.<sup>102</sup> Nesse sentido, o que distingue bem fungíveis de bens infungíveis é que, apesar da quebra,



os custos de procura pré-contratual renderão frutos no caso de bem fungíveis, mas não no caso de bens infungíveis. Dessa forma, indenizações provavelmente serão subcompensatórias no caso de bens infungíveis.<sup>103</sup>

Kronman afirma que há um segundo sentido no qual a aplicação dos dois tipos de remédios contratuais se coadunam com o objetivo da eficiência. O teste de unicidade:

Trace uma linha entre a execução específica e a indenização no sentido de que a maioria das partes contratantes traçaria, caso elas fossem livres para formular suas próprias regras no que concerne os remédios para a quebra e caso elas tivessem deliberado sobre a questão na época de contratar (...) o teste de singularidade promove a eficiência quando reduz os custos de negociar contratos.<sup>104</sup>

O argumento é que, no estágio de formação do contrato, promitente e promissário acordariam remédios de indenização ou execução específica, judicialmente *enforceables*, de acordo com as circunstâncias nas quais os tribunais atualmente aplicam essas alternativas. Vamos examinar essas duas possibilidades – bens fungíveis e infungíveis –, em etapas.

Quando o contrato cobre bens infungíveis, o promissário preferirá o remédio de execução específica à indenização, pela qual ele provavelmente será subcompensado na eventualidade de uma quebra. O promitente sempre preferirá indenização à execução específica, independentemente de o bem ser infungível.<sup>105</sup> O promitente deve, dessa forma, ser persuadido pelo promissário a optar por uma cláusula em favor da execução específica; a oferta do promissário deve conter um preço maior do que ele pagaria caso quisesse apenas as indenizações. Kronman argumenta que promitentes de bens infungíveis que enfrentam um mercado restrito são mais propensos a aceitar a previsão da execução específica do que no caso com bens fungíveis, isto porque as chances de que ele receba uma oferta mais atrativa de um terceiro não são muito altas.<sup>106</sup> Para bens substituíveis e serviços, o promitente tem maior probabilidade de receber ofertas alternativas antes de ter cumprido sua promessa contratual e é, portanto,

mais categórico ao reter a flexibilidade que vem com a regra da indenização. Em suma, Kronman conclui que as circunstâncias nas quais os tribunais habitualmente aplicam indenizações e execução específica são as mesmas circunstâncias nas quais a eficiência dita aqueles remédios. Além disso, negociações privadas que tratam de remédios no caso de quebra entre as partes no momento da formação do contrato também se conformariam às diretrizes judiciais atuais entre remédios legais *versus equitable relief*.

Existe um sentido no qual essa conclusão é perfeitamente correta e não tão surreal como à primeira vista pode parecer, e existe outro sentido no qual a conclusão de Kronman está incorreta. Antes de discutir o que pode estar correto sobre essa hipótese, deixe-me apontar onde ela se torna enviesada. Primeiro, a alegação de que *equitable relief* é reservada na lei apenas a contratos envolvendo bens infungíveis é incorreta. A execução específica tem sido aplicada pelos tribunais a diversas circunstâncias nas quais a fungibilidade dos bens ou serviços não é óbvia. Os contratos em questão mais comuns são aqueles que tratam de transmissão da propriedade de terra, e, falando economicamente, não há nada de infungível sobre parcelas de um bem imóvel.<sup>107</sup> De fato, na maioria dos casos existem substitutos. Outro local a um preço levemente diferente é tão bom quanto. É diverso, no entanto, afirmar que um indivíduo específico considera um pedaço específico de terra insubstituível. Nesse caso, a questão não é tanto de fungibilidade, e sim de uma valoração subjetiva de uma parte contratual, questão que está no centro do problema do remédio contratual genérico mais apropriado. Similarmente, acordos feitos pelo vendedor de um negócio com o objetivo de não competir com o comprador são habitualmente *enforced* pela execução específica.<sup>108</sup> Em várias jurisdições, tem sido ordenado *equitable relief* pela quebra de contrato para um amplo leque de acordos como: a venda de uma franquia de um negócio de botijão de gás,<sup>109</sup> um contrato para o sustento de uma criança ilegítima,<sup>110</sup> e um anúncio.<sup>111</sup> Uma pesquisa de ações, que requeriam a execução específica de venda de ações emitidas por companhias entre 1953 e 1961, descobriu que muitos desses contratos foram especificamente *enforced*.<sup>112</sup> Contratos de requisição – aqueles para comprar e vender tudo que o vendedor possa

precisar ou requerer em seu negócio durante um determinado período, usualmente longo – costumam ser remediados com a execução específica, quando assim pede o autor.<sup>113</sup> Alguns estados liberaram legalmente a concessão de amparo por meio de execução específica.<sup>114</sup>

Finalmente, Corbin escreveu:

Uma leitura de muitos casos modernos deixará claro o fato de que a questão de adequação de outros remédios, muito frequentemente, nem sequer é referida na opinião do tribunal de apelação. Eles não se dão ao trabalho de explicar por que tais remédios não são adequados para que se faça justiça completa, mesmo que suas inadequações não apareçam de forma clara nos fatos reportados. A impressão deixada pela soma total dos casos reportados é que o remédio da execução específica está tão disponível como estão outros remédios, agora que em quase todas as jurisdições todos os remédios são procurados em um único sistema de tribunais, e não mais em tribunais do *common law* e tribunais de equidade separados e rivais. As objeções com fundamento na inadequação de indenizações são feitas com menor frequência do que antigamente e os juízes têm menos consideração. É claro, um réu que deseja um julgamento por júri será mais insistente na adequação do remédio do *common law*.<sup>115</sup>

É válido notar que nos países de *civil law* a execução específica é o remédio contratual padrão.<sup>116</sup> Essa é uma situação em que fica difícil entender se há mesmo algo na alegação de Kronman, que reduz o *equitable relief* aos casos de bens infungíveis e corresponde ao que as partes contratantes livres prefeririam. Talvez os gostos das partes contratantes na Europa Ocidental sejam amplamente diferentes daqueles nos países de *common law*, mas isso é questionável. Há uma possibilidade maior de que não haja conexão necessária entre execução específica e fungibilidade.<sup>117</sup>

Enquanto seria exagerado insistir que essas observações representam uma amostra exaustiva das instâncias nas quais a execução específica tem sido ou será concedida, elas sugerem que as instâncias nas quais o tribunal

concederá o *equitable relief* ao invés de indenizações não são de forma alguma limitadas às instâncias de fungibilidade apresentadas por Kronman.<sup>118</sup>

Após essa exposição, não se pode negar que existe uma ponta importante de verdade na hipótese de Kronman. Acredito que sua alegação seria de todo precisa se fosse lida como se segue: Se partes contratantes fossem livres para especificar *qualquer* remédio que fosse mutuamente acordado, elas provavelmente optariam, quando o promissário atribui alguma valorização subjetiva particular para o cumprimento do promitente, pela execução específica ao invés de indenizações. A diferença chave aqui é que a inserção da valoração subjetiva, e não a fungibilidade, torna a execução específica atrativa. Claramente, existe uma relação entre fungibilidade e valoração subjetiva: alguém provavelmente atribuirá um valor maior do que o valor de mercado para um item raro ou insubstituível do que para um item altamente fungível. Entretanto, a classe de coisas para as quais alguém atribui uma valoração subjetiva é maior do que a classe de bens infungíveis. Assim que sua categoria é expandida para incluir todas as promessas nas quais existe uma valoração subjetiva, então o resto da análise de Kronman mantém-se.

Claro, não se trata agora do caso em que as partes contratantes podem especificar qualquer tipo de remédio contratual. Como vimos,<sup>119</sup> as partes não podem estipular indenização acima da indenização dos danos baseada na legítima expectativa razoável antecipada pelas partes, tampouco podem acordar serem vinculadas forçadamente.<sup>120</sup> Ausentes essas restrições, as partes contratantes estipulariam remédios que, a um custo mais razoável, protegessem adequadamente o valor que elas anteciparam visando ao cumprimento do contrato. Se a maneira menos custosa de se fazer isso é através do promitente acordar para ser forçadamente vinculado, então, presumidamente, isso será estipulado no contrato. É possível, entretanto, imaginar uma circunstância na qual as partes concordam com um remédio de indenização que excede os danos emergentes como o método menos dispendioso de proteger valores subjetivos. Isto pode ocorrer quando existe razão para acreditar que a contingência mais frustrante tornaria o cumprimento fisicamente impossível, uma circunstância para a qual a execução específica não seria de nenhuma ajuda.<sup>121</sup> No caso de bens inteiramente fungíveis, as partes

contratantes, sem dúvida, estariam dispostas a deixar suas estipulações com relação aos remédios na indenização dos danos baseadas na legítima expectativa das partes.

## 2. CUSTOS DE FORMAÇÃO DO CONTRATO COM EXECUÇÃO ESPECÍFICA DISPONÍVEL COMO REMÉDIOS ESTIPULADOS E COMO REMÉDIO PADRÃO IMPOSTO PELO TRIBUNAL

Quase nenhuma atenção tem sido prestada ao efeito que a execução específica como o remédio padrão teria sobre os custos de formação do contrato. Existem três possibilidades: os custos de formação subirem, ficarem inalterados ou caírem, quando comparados com os custos de formação sobre indenizações como o remédio padrão. Em cumprimentos em que o promissário atrela uma valorização subjetiva, os custos de formação sob a execução específica provavelmente cairiam. Isto porque a maior disponibilidade do *equitable remedy* retiraria das partes os custos de contratar ao redor da não disposição do direito de *enforce* uma cláusula penal com caráter punitivo ou um acordo para cumprir especificamente. Uma parte que queira proteger sua valorização subjetiva deve encontrar métodos alternativos de se assegurar contra essa frustração. A parte deve, por exemplo, encontrar outra pessoa, que não a outra parte contratante, para subscrever seu valor subjetivo no cumprimento. Isso acontece em circunstâncias, como vimos, nas quais o promitente é provavelmente o provedor mais barato daquele seguro.<sup>122</sup> O promissário pode oferecer para pagar ao promitente um bônus pelo cumprimento, mas essa especificação é custosa e a *enforceability* dessa previsão é passível de dúvida.

Pode-se argumentar que mesmo se os custos de formação do contrato daqueles procurando proteger valorização subjetiva sejam reduzidos pela disponibilidade padrão da execução específica, os custos para os contratantes que tratam da venda de bens fungíveis aumentariam. Este seria o caso se as partes tivessem incorrido em algumas despesas de formação não incorridas habitualmente para evitar a execução específica. O pior que se poderia visualizar é que a venda de um produto puramente homogêneo se tornaria mais cara porque as partes seriam obrigadas a incluir uma estipulação para indenizações.

Enquanto talvez seja verdade que tornar a execução específica o remédio contratual padrão pudesse aumentar os custos de contratar a venda de bens fungíveis, existe uma razão econômica sólida para não haver preocupação com esse aumento: o aumento provavelmente não será grande. Pode haver pouca dúvida que, para bens puramente homogêneos, as estipulações padronizadas se tornariam ainda mais habituais do que são atualmente, e se os tribunais continuarem a *enforce* remédios estipulados que não excedem indenizações razoáveis antecipadas, então não haveria dúvida sobre a *enforceability* dessas estipulações. Mesmo quando a homogeneidade do bem objeto do contrato não é pura, isto é, quando existe alguma diferenciação no produto, os custos para as partes de contratar com a execução específica, se isto for o que elas preferem fazer, provavelmente, não serão altos. Na medida em que se passa pelo intervalo de bens puramente homogêneos para bens mais únicos, os custos de contratar ao redor da execução específica como o remédio padrão aumenta. Note, entretanto, que na medida em que a unicidade do cumprimento contratual aumenta, se torna muito provável que o promissário estará disposto a deixar o remédio padrão da execução específica para proteger seus interesses de expectativa. Assim, o aumento do custo provavelmente afetará um pequeno grupo daqueles contratos sendo formado; e mesmo para exata classe limitada, estipulações padronizadas provavelmente tornariam os aumentos dos custos triviais.

Este pode parecer um argumento curioso: acima foi afirmado que uma das ineficiências de não se permitir a execução específica como o remédio padrão era que isto forçava aquelas partes que desejavam proteger suas valorações subjetivas a gastarem recursos ineficientemente ao contratar; aqui, está sendo afirmado que se custos de formação adicionais são aplicadas aqueles que desejam contratar com a execução específica, isto é eficiente. Por que esse aumento nos custos de um caso é justificado como eficiente e injustificado no outro como ineficiente? A única resposta, na ausência de confirmação empírica, é que o aumento nos custos de formação do contrato daqueles que desejam não ser vinculados forçadamente às suas promessas contratuais são menores do que as atualmente aplicadas àqueles que desejam, mas não podem conseguir, execução específica.

Outro grupo cujos custos de contratar podem ser elevados pela padronização da execução específica são aqueles que prefeririam indenizações estipuladas suficientes para proteger suas valorações subjetivas. É difícil, entretanto, ver como eles estariam pior sob a execução específica do que sob o regime de indenizações. Vamos assumir pelo momento que os tribunais continuam a não *enforce* remédios de danos apurados que contêm um aspecto de cláusula *in terrorem*.\* O melhor que esse grupo pode fazer sob os remédios contratuais atuais é contratar ao redor dessas restrições ou, se ocorrer uma quebra, persuadir o tribunal da inadequação da indenização. Ambas as alternativas são caras. Se a execução específica se tornar amplamente disponível, os custos para esse grupo, de proteger suas valorações subjetivas, serão reduzidos, mas não minimizados.<sup>123</sup> Desse modo, apesar de a padronização da execução específica não ser o melhor de todos os mundos possíveis para todos aqueles com uma valoração subjetiva a proteger, é melhor do que um sistema no qual indenizações são os remédios padrão.

Em resumo, ao tornar a execução específica o remédio contratual padrão, podemos prever que os custos de formação do contrato não seriam modificados significativamente no todo. Para aqueles que atribuem uma valoração subjetiva no cumprimento, a execução específica reduziria os custos de formação, ao aliviá-los dos altos custos de contratar ao redor da inadequação das indenizações ou demonstrar no julgamento a inadequação das indenizações. Para aqueles que, no mais eficiente de todos os mundos, preferem proteger seus valores subjetivos não por intermédio da execução específica, mas ao invés, por intermédio de indenizações estipuladas, a padronização do *equitable remedy* seria superior ao regime atual, mas não tão desejável quanto um no qual *qualquer* estipulação estivesse disponível. O único grupo cujos custos de contratar provavelmente aumentarão sob a execução específica é aquele que transaciona bens homogêneos. Eles seriam obrigados a estipular indenizações para não serem obrigados a uma execução específica na hipótese de quebra. Esse aumento, entretanto, não seria grande porque estipulações padronizadas devem se tornar disponíveis de forma ampla e pouco custosa.

### C. Custos pós-quebra e execução específica

A literatura sobre a eficiência da execução específica tem se concentrado nos custos de negociação pós-quebra. O consenso parece ser de que esses custos serão maiores do que aqueles sob indenizações. Existem boas razões para se questionar essa conclusão. Primeiro, mesmo se os custos de negociação pós-quebra são maiores sob a execução específica, eles talvez sejam mais produtivos em garantir apenas quebras eficientes de contratos. Segundo, os custos pós-quebra talvez sejam maiores apenas durante um período transitório durante o qual as partes contratantes se ajustariam a passagem das indenizações como o principal remédio contratual para a execução específica como o remédio padrão. Como notado na seção anterior, se o *equitable remedy* se tornar disseminado, o processo de formação de um contrato se tornará mais eficiente, levando, *ceteris paribus*, a menos disputas contratuais. Terceiro, os custos dos tribunais sob execução específica serão menores do que sob indenizações. Isto porque haverá menos disputas contratuais e, porque os custos para os promissários de protegerem suas valorações subjetivas do cumprimento serão reduzidos, eles não terão que realizar demonstrações complexas e dispendiosas para o tribunal, a respeito da inadequação da indenização. Vamos analisar esses custos um por um.

#### 1. CUSTOS DE TRANSAÇÃO: NOVAMENTE

Relembremos a estrutura de Calabresi e Melamed, que sugeria que o remédio mais eficiente para um tribunal impor em uma disputa é aquele determinado através do exame dos custos de transação que recaem sob as partes. A presunção é que, quando os custos de transação são baixos, o mercado é um método superior aos processos judiciais para determinar uma valoração relativa. Se, entretanto, os custos de transação são altos, então as transações no mercado não serão capazes de resolver a disputa e o tribunal deve desenvolver uma análise de mercado hipotético, estabelecendo uma indenização em um valor aproximado ao preço pelo qual o autor venderia seu direito ao requerido, caso os custos de transação não tivessem sido tão altos a ponto de frustrar a transação.<sup>124</sup> Eu já argumentei que a aplicação dessa teoria de remédios contratuais demandava a execução



específica como o remédio padrão sob os fundamentos de que, em geral, os custos de transação entre partes contratuais não são muito altos.<sup>125</sup> Devemos agora examinar essa argumentação mais profundamente.

A razão principal para presumir baixos custos de transação como condição geral entre partes contratantes é que, no momento em que uma quebra aparece, as partes já terão feito quantidades substanciais de negociações. Relativamente falando, os custos para as partes de negociarem uma solução mutuamente satisfatória (e eficiente) para a quebra são baixos.

Existe um importante ponto a ser levantado para rebater essa presunção de baixos custos de transação: se os custos de resolver a disputa voluntariamente são baixos, por que as partes estariam em um tribunal? Deveria a presunção não ser de que, quando parceiros contratuais ingressam em um tribunal para a solução de uma disputa, os custos de transação para eles *devem* ser altos; caso contrário, eles teriam negociado um acordo?

Apesar de sua plausibilidade, esse ponto está incorreto. Primeiro, aquelas partes cujos custos de transação são baixos podem ser induzidas a ingressarem no Judiciário ao invés de acordar se existe alguma incerteza sobre o que é a lei ou o que dela resultará em uma dada situação fática.<sup>126</sup> Suponha, por exemplo, que a parte inocente de uma quebra acredita que uma indenização não lhe compensará devidamente, porque ele atribui uma alta valoração subjetiva ao cumprimento. A parte é certa que o inadimplente não acreditará ou concordará com essa demanda em um acordo, mas tem esperanças de que o tribunal será persuadido da inadequação da indenização e concederá uma execução específica. Se o requerido inadimplente acreditar que a demanda por inadequação da indenização talvez não seja persuasiva para o tribunal, ele então considerará que, provavelmente, se sairá melhor em um julgamento do que em um acordo.<sup>127</sup> Sob estas circunstâncias, não improváveis sob as atuais leis contratuais, as partes ingressarão no Judiciário, apesar dos baixos custos de transação entre elas.<sup>128</sup>

Segundo, as partes podem preferir um julgamento a mais negociações, se elas chegaram a um estágio na sua relação no qual as paixões subiram tanto que elas não podem mais conversar proveitosamente uma com a outra, diretamente ou por intermédio de seus representantes, digamos, seus advogados.<sup>129</sup> O argumento seria que, quando a possibilidade de negociações

desaparece, os custos de transação entre as partes se tornam tão altos que um *equitable relief* não pode mais ser confiado para levar a uma solução eficiente e os tribunais deveriam conceder indenizações. Não pode haver dúvidas que este tipo de coisa acontece, mas não está de forma alguma claro que uma norma legal baseada em um critério de eficiência deveria considerar isso como padrão dos tipos de altos custos de transação que invocam uma medida judicial de reparação de danos. A razão é que isso tem relação com a diferença entre custos de transação objetivos e subjetivos.

Calabresi e Melemad não distinguiram entre custos de transação objetivos e subjetivos, mas para a teoria deles ser um guia confiável em prol da eficiência legal a distinção é crucial. Por custos de transação objetivos eu me refiro a custos de transação que pessoas razoáveis em uma situação objetivamente similar incorreriam. Os principais determinantes do valor de custos de transação objetivos são o número de partes envolvidas na troca potencial, a complexidade da troca visada e os custos de *enforcing* a troca.<sup>130</sup> Determinar o valor desses custos em qualquer situação não é uma ciência exata. Apesar disso, as condições sob as quais os custos de transação são prováveis de serem altos são suficientemente bem conhecidas e eles podem ser previstos na maioria das situações. Ainda mais, o conceito de custos de transação objetivo não deve causar muita controvérsia no direito devido à sua semelhança próxima com o padrão amplamente empregado no direito do “homem razoável”, este próprio uma medida de objetividade. O ponto mais importante é o dos custos de transação subjetivos dos litigantes, que perante o tribunal não são, em geral, relevantes para o objetivo do tribunal de imaginar uma regra eficiente de direito contratual. Isto significa que o fato do devedor e do credor, que estão perante o tribunal, ainda manterem ou não diálogos não deve guiar o tribunal em estabelecer sua medida.<sup>131</sup>

Mesmo que seja garantido que os custos de transação entre partes contratantes não sejam, em geral, altos, uma segunda objeção tem sido levantada em relação às negociações voluntárias pós-quebra para resolver a inadimplência eficientemente. Sempre que um resultado de uma barganha ou jogo é incerto e condicionado a negociação, as partes do jogo têm um incentivo em se engajar em comportamentos estratégicos – fazer

pose, blefar, e por meio de outras táticas tentarem se apoderar da maior parcela da barganha possível. Como é muito difícil para qualquer das partes determinar quando a outra está blefando, talvez ocorra que uma transação, outrora eficiente, seja frustrada por esse comportamento estratégico. Uma parte pode interpretar mal a posição da outra e pedir mais do que a outra parte está preparada para pagar. A preocupação é que em algum ponto nenhuma outra barganha ocorrerá e toda a transação será frustrada.<sup>132</sup>

Claramente, o comportamento estratégico está presente em quase todas as negociações, mas não é de forma alguma óbvio que um comportamento estratégico frequentemente evite que um ativo se transfira para quem o valorize mais. De fato, a maioria dos observadores casuais de negociações e barganhas tenderia a se referir ao comportamento estratégico como a essência do processo do mercado; isto é, parece ser muito difícil de distinguir um comportamento estratégico das diversas maneiras de barganhar que estão entre as mais distintivas características das transações voluntárias. Dado isso, faz pouco sentido analítico, e parece extremamente de pouca ajuda, afirmar que o comportamento de mercado é eficiente quando não há comportamento estratégico e ineficiente quando há.

Além do mais, quase todos os exemplos de comportamento estratégico<sup>133</sup> que frustram a eficiência não se mantêm para análise. Para esse comportamento frustrar uma transação, outrora maximizadora de riqueza, uma das partes deve, em algum ponto, simplesmente abandonar o campo e se recusar a negociar mais. Por que se assume que esta recusa é ineficiente? Talvez a parte que abandonou a negociações tenha indicado que ela ganha mais utilidade agindo assim, do que completando a transação, neste caso a falta de uma transação completa não é de forma alguma ineficiente. Talvez a recusa ao acordo seja outra estratégia de barganha desenhada para induzir a outra parte a revelar mais informações. Neste caso, talvez ocorra uma transação no futuro em que novas informações sejam reveladas, ou quando uma das partes reabrirem as negociações. Seria prematuro afirmar que a interrupção das negociações, nesse exemplo, frustrou uma transação maximizadora de riqueza ou de valor. Em que ponto alguém escolhe para dizer que o comportamento estratégico causou o colapso das negociações, não é mais preciso do que a designação de qual tipo de comportamento

estratégico promove transações e qual tipo frustra transações. Isto é de pouca ajuda para analisar as transações voluntárias.

Existe outro sentido no qual a noção de comportamento estratégico não é relevante para uma análise de eficiência do direito contratual. O comportamento estratégico é muito frequentemente associado a negociações sobre a divisão do excedente de uma transação, mas não com o fato de se uma transação deve acontecer. No exemplo dado, de um contrato de venda de casa, a negociação entre *A* e *B* sobre qual deles deve se apoderar do excedente da venda da casa para *C*, é provável que seja pautada por comportamentos estratégicos. Como vimos, entretanto, a distribuição desse excedente entre *A* e *B* não é uma questão de análise de eficiência.<sup>134</sup> A questão principal foi como a casa poderia ser transferida para aquele que mais a valorizasse, aqui *C*, pelo menor custo, e de uma forma que criaria um direito eficiente para guiar futuros contratantes. A questão de equidade, de qual parte deve ser a principal beneficiária, é secundária e, como veremos, a distribuição desse excedente não é uma função na qual os tribunais possuem uma vantagem comparativa sobre outras instituições da sociedade. Desse modo, porque um comportamento estratégico é mais provável de surgir aonde ainda existe um excedente a ser distribuído, o máximo que pode ser dito contra isso é que frustrará a redistribuição daquele excedente, e não que frustrará uma transação eficiente.<sup>135</sup>

## 2. CUSTOS DO TRIBUNAL

Por custos do tribunal me refiro a todos os custos de utilizar um processo judicial para resolver uma disputa de contrato na qual a parte inocente está demandando execução específica. O propósito de nosso exame é comparar aqueles custos com os custos de determinar o valor da indenização que faria a parte inocente tão bem quanto se o contrato tivesse sido cumprido. Portanto, a comparação não é entre os custos de um tribunal em implementar um remédio legal e o *equitable relief* dentro do regime atual, no qual indenizações são presumidas como adequadas, a menos que a parte lesada faça uma demonstração convincente de sua inadequação. Em contraste, a comparação é entre dois diferentes sistemas: em um, a indenização é o remédio contratual padrão; em outro, a execução específica

é o remédio padrão. Eu assumo que, em ambos os sistemas, o objetivo da lei é proteger as expectativas do lesado visando a induzir os contratantes a inadimplir apenas quando é Pareto-eficiente.

Quando as indenizações são o remédio padrão para quebras de contratos, as demandas por informações em um tribunal, para se chegar a valores eficientes de indenização, são extremamente altas. Existe um consenso de que a expectativa do autor deve ser protegida para se garantir que o adimplemento contratual ocorra (ocorrerá) para a parte que o valora mais. No caso de um inadimplemento do vendedor, isto significa que a diferença entre a reserva de preço do comprador para o cumprimento e o preço contratado deve ser concedida para se assegurar uma quebra Pareto-eficiente. Na ausência de uma linguagem contratual especificando qual é essa reserva de preço, isso é uma tarefa formidável de averiguação. Como dissemos, no julgamento, o comprador tem todos os incentivos para exagerar sua reserva de preço. Portanto, o tribunal deve valorar a prova do comprador inocente do valor para ele do cumprimento. Quando o adimplemento envolve uma bem fungível, é verdade que talvez não haja uma valoração subjetiva do bem, que seja diferente daquela do contrato ou do preço de mercado daquele bem. Apesar disso, um tribunal preocupado com a eficiência e determinado a proteger expectativas através do estabelecimento de indenizações, terá problemas para com a aferição; mesmo sendo um bem fungível, não há uma expectativa que será frustrada com a concessão apenas do preço do contrato. Quando o cumprimento não é fungível, os problemas de instrução processual multiplicam-se.<sup>136</sup>

Sempre que o adimplemento concerne a um bem único ou fungível, os custos do tribunal associados com execução provavelmente serão menores do que os associados ao estabelecimento de indenizações. Com a execução específica, a investigação do tribunal, com uma exceção referida a seguir, termina com a determinação de que houve uma quebra contratual. Uma vez que essa determinação foi feita, as partes do contrato resolvem a questão da expectativa da parte lesada através de negociações. Com indenizações, o tribunal deve determinar se houve uma quebra e o valor da indenização que compensará eficientemente o inocente promissário. Em termos de custos para o tribunal, a distinção entre as duas formas de

remédios contratuais é muito parecida com aquela entre responsabilidade subjetiva e objetiva em responsabilidade civil. Tem-se argumentado que a responsabilidade objetiva é o critério mais eficiente por seus custos administrativos serem muito mais baixos do que os da responsabilidade subjetiva.<sup>137</sup> Na responsabilidade objetiva o autor deve demonstrar por uma preponderância de provas que o requerido lhe causou um dano. Ele não precisa comprovar a falta de cuidado do requerido. Quando o padrão para julgar a responsabilidade do requerido é a culpa, o autor deve demonstrar que o requerido lhe causou um dano e, ao fazer isso, o requerido não estava observando um nível razoável de cuidado.<sup>138</sup> Esse segundo fardo do autor na responsabilidade subjetiva aumenta seus custos no mesmo sentido em que a determinação pelo tribunal das expectativas aumenta os custos da indenização como o remédio contratual padrão.

Em resumo, os custos do tribunal utilizando execução específica serão provavelmente menores do que aqueles que utilizam uma reparação judicial. O promissário lesado deve demonstrar menos, e os custos de determinar as expectativas do promissário são deixados para negociações entre as partes ao invés de serem determinados através de investigações processuais. O único argumento válido contra a execução específica como o remédio padrão sob o fundamento dos custos do tribunal é que a execução específica pode envolver altos custos de supervisão, tornando-a menos eficiente do que indenizações.<sup>139</sup> Mas como veremos adiante, essa crítica é supervalorizada. Deveria e de fato forma os fundamentos para uma defesa especial para uma ação de execução específica,<sup>140</sup> mas provavelmente surgirá em uma classe de contratos relativamente limitada, *viz.*, contratos de serviços personalíssimos. Mesmo em classes limitadas, as ineficiências atribuídas à execução específica, por causa dos altos custos de supervisão, serão demonstradas como sendo exageradas.

### 3. CUSTOS DE COBERTURA RELATIVOS

A questão dos custos relativos de cobertura tem recebido bastante atenção na literatura recente que trata da eficiência de vários remédios contratuais.<sup>141</sup> A questão relaciona-se com o acesso do vendedor ou do comprador, depois de um inadimplemento, ao mercado a um custo mais baixo e se, dessa

forma, a indenização ou a execução específica é o remédio mais eficiente. Considere o caso de um inadimplemento pelo vendedor. Suponha que existe uma razão para acreditar que o comprador tem maior capacidade de cobertura do que o vendedor. Talvez, por exemplo, o comprador possa comprar dos competidores do vendedor mais barato do que o vendedor,<sup>142</sup> ou que o comprador esteja mais a par de suas necessidades idiossincráticas que o vendedor.<sup>143</sup> O total de recursos consumidos para transferir o bem para aquele que mais o valoriza são minimizados tornando o comprador responsável por fazer a cobertura, pois ele é a parte que pode fazê-la a um custo menor. Sob a regra de indenizações é de fato o comprador quem teria de fazer a cobertura. Argumenta-se que, se a execução específica fosse o remédio, então o comprador – aqui assumido ser quem faz a cobertura a um menor custo –, deixaria para o vendedor a tarefa de encontrar substitutos à prestação.<sup>144</sup> Por outro lado, se é menos custoso para o vendedor, que violou o contrato, cumprir do que pagar indenização para o comprador, e para o comprador, providenciar a cobertura, então a execução específica pode ser o remédio preferível.<sup>145</sup> Schwartz argumentou que nenhuma presunção geral se sustenta: compradores e vendedores têm custos de cobertura similares de forma que isso não pode ser utilizado como um mecanismo para decidir qual remédio, indenizações ou execução específica, é mais eficiente.<sup>146</sup>

Schwartz considera quatro possíveis objeções a essa conclusão. Primeiro, pode-se argumentar que se compradores possuem geralmente menores custos de cobertura, mas o remédio padrão é a execução específica, essa diferença de custos de cobertura poderia induzir os compradores a violarem o contrato para se valer de negociações pós-quebra e redistribuir os ganhos da violação para eles. Essa objeção torna a assunção não garantida de que a diferença entre os custos de cobertura dos vendedores e dos compradores é maior que os honorários dos advogados do comprador e outros custos do tribunal.<sup>147</sup>

Segundo, talvez se objete que a execução específica induzirá excessivos custos de negociações pós-quebra em circunstâncias extremas nas quais o vendedor não consegue cobrir nada. Esse talvez seja o caso, se o vendedor é um monopolista ou se o bem contratado é único. Nessas situações,

entretanto, o comprador não pode cobrir também, então não há razão para acreditar que os custos de negociações pós-quebra serão maiores sob um remédio do que sob outro.<sup>148</sup>

Terceiro, a execução específica pode gerar custos maiores de negociações pós-quebra, quando existem dois compradores e o uso pretendido, pelo primeiro comprador, para o bem do vendedor é fungível, enquanto o do segundo comprador não é.<sup>149</sup> Considere um contrato para a venda de uma fazenda. O comprador original pretende usar a terra para plantar, mas antes da tradição um segundo comprador aparece com um plano único para o uso da terra e oferece pagar mais do que o comprador original. O vendedor recusa adimplir na esperança de vender para o segundo comprador. A objeção para execução específica nessa circunstância é que, como os custos de cobertura para o primeiro comprador são baixos, a ele deve ser concedida indenização de forma a minimizar os custos pós-inadimplemento de transferir a terra para aquele que mais a valoriza. Sob execução específica, o primeiro comprador teria provavelmente engajado em obstar a negociação para capturar um pouco do lucro do vendedor com a venda da terra para o segundo comprador.<sup>150</sup> Nesses casos, como regra geral, a sugestão é que seja feita uma exceção à execução específica. Ainda, os custos processuais de determinar se uma dada situação fática se encaixa nessa exceção são, provavelmente, altos – mais altos, em geral, do que os ganhos de eficiência de suspender o *equitable relief*.<sup>151</sup>

Quarto, quando existe uma mudança de circunstâncias, os custos de transação de resolver uma quebra através de negociações são mais altos sob execução específica do que sob indenizações. Considere uma rápida inflação. Schwartz deu os exemplos.<sup>152</sup> Um comprador contratou a construção de um prédio por US\$ 10 mil dos quais perceberá um lucro de US\$ 3 mil ao término da construção. O contratado antecipou que a construção lhe custaria US\$ 8 mil, mas por causa da inflação não antecipada seus custos aumentaram para US\$ 15 mil. O promitente preferiria inadimplir, tudo mais igual, e pagar ao comprador sua expectativa de US\$ 3 mil, do que incorrer em custos adicionais de US\$ 7 mil. É mais barato para ele inadimplir do que cumprir, e porque o comprador pode ficar tão bem quanto ele ficaria se o contrato tivesse sido cumprido, a quebra e o pagamento da



indenização das expectativas pareceriam ser Pareto-eficientes. Contudo, se a execução específica é o remédio padrão, o promissário ameaçará com esse remédio de forma a forçar o promitente a pagar mais do que sua expectativa. O promitente deve estar disposto a pagar até um pouco menos do que US\$ 7 mil, para ser liberado de ter que cumprir. A situação não será, contudo, materialmente diferente sob o remédio de indenizações. Como o remédio padrão para inadimplemento de um contrato de construção é a diferença entre o preço contratado e o novo preço de mercado,<sup>153</sup> o promissário pode ainda forçar as negociações para que ele mantenha o poder de impor uma perda de US\$ 7 mil ao construtor, mesmo sob indenizações. Isso ocorre porque o novo preço de mercado seria US\$ 17 mil – os custos de US\$ 15 mil mais US\$ 2 mil de lucro – o que é US\$ 7 mil mais alto que o preço contratado de US\$ 10 mil. Portanto, com mudanças de circunstâncias não existe maior perda de eficiência pós-quebra sob execução específica do que sob indenizações.

Existem ainda dois outros pontos, não levantados por Schwartz, sobre os custos relativos de cobertura e o remédio contratual eficiente. O primeiro é que as partes contratantes podem ter levado em consideração, no preço contratado, as vantagens relativas no acesso ao mercado no caso de quebra. A parte com capacidade superior pode ter usado esse fator para oferecer termos contratuais mais atrativos. Neste caso, a questão de quem deve suportar a responsabilidade de cobertura na hipótese de quebra se torna a questão de determinar a estipulação implícita pelas partes dos riscos de uma contingência particular. Por exemplo, se o vendedor está em melhor posição para cobrir o evento de quebra, todas as outras coisas sendo iguais, ele deve poder oferecer sua superioridade ao comprador em troca de um preço maior contratado descontado pela probabilidade de quebra. Suponha que o vendedor possa acessar o mercado por US\$ 100,00 a menos do que o comprador. Caso ambas as partes estipulem que existe uma probabilidade de 0,5 de haver quebra, então um comprador neutro ao risco deve estar disposto a pagar US\$ 50,00 a mais pelo cumprimento do devedor em troca de assumir o risco de cobertura no evento de uma quebra para o vendedor. O vendedor deve estar disposto a aceitar US\$ 50,00 para assumir esse risco. Se as partes estipularam o risco de quebra dessa

forma, deve haver evidências disso no preço contratado e, talvez, na linguagem do contrato.

O segundo ponto, é um exagero chamar os custos de negociações pós-quebra de uma perda de peso morto de eficiência, uma vez que eles servem apenas para redistribuir riqueza.<sup>154</sup> Em algumas das circunstâncias supradescritas, talvez ocorram “perdas de peso morto”. É vital notar, entretanto, que a perda de eficiência no curto prazo pode levar para uma troca superior de promessas mutuamente benéficas no futuro e então se pagarem. Suponha que o tribunal imponha uma execução específica em uma situação na qual o comprador tem menores custos de cobertura do que o vendedor, que violou o contrato. Pela discussão sabemos que isso levará a custos de negociação pós-quebra mais altos do que se o tribunal estipulasse indenizações. Mesmo assim, considere o efeito dessa concessão de execução específica no comportamento de futuras partes contratantes. Um futuro vendedor conhecendo o fato de que o comprado tem menores custos de cobertura insistirá em levar esse fato em consideração ao estabelecer os termos do contrato. Ele deve, por exemplo, estar disposto a oferecer um preço contratual menor, descontado pela possibilidade de quebra, em troca de o comprador assumir o risco de cobertura no caso de uma quebra. O comprador deve estar disposto a assumir esse risco em troca de um preço mais baixo. Ambas as partes estão cientes de que a assunção de riscos lhes poupará de perdas associadas com negociações sobre a divisão dos ganhos da violação do contrato. Portanto, a execução específica levará a contratações mais eficientes encorajando uma troca mais eficiente de promessas mutuamente benéficas no futuro. As perdas de eficiência que ocorrerem no curto prazo são transitórias e não devem formar o fundamento de um argumento geral a favor de indenizações. Isto é, essas perdas devem ser balanceadas contra o valor presente descontado da melhora na eficiência de se transacionar promessas no futuro, mais o valor presente descontado da economia da redução da incerteza sobre do processo judicial sobre os termos de futuras trocas. Quando isso é feito, pode bem ser demonstrado que o caminho mais eficiente para encorajar mais contratações futuras eficientes é impor alguma perda de peso morto às partes imediatas.<sup>155</sup>

#### 4. MITIGAÇÃO

Uma questão relativa aos custos de cobertura é a mitigação. Esse conceito não tem figurado muito no debate sobre o remédio contratual mais eficiente,<sup>156</sup> mas deveria. Gostaríamos de conhecer a eficiência relativa do remédio *legal* e do *equitable relief* no que concerne a suas habilidades de induzir uma mitigação eficiente após a quebra. Com a indenização existe uma obrigação da parte lesada de mitigar suas perdas,<sup>157</sup> e isso geralmente é admitido por se tratar de uma obrigação eficiente.<sup>158</sup>

Com a execução específica não existe a obrigação de mitigação, tampouco é fácil visualizar como essa obrigação poderia ser imposta sob esse remédio contratual.<sup>159</sup> Isso levanta a preocupação de que, com a execução específica como remédio padrão, haveria ineficiências evitáveis pelo fato de que o promissário não teria mais o dever de mitigar suas perdas em decorrência do não cumprimento. Caso seja verdade, isso pode constituir um forte argumento para manter as indenizações como o remédio contratual padrão. Para rebater esse argumento é necessário demonstrar que a execução específica não induzirá ineficientemente os promissários a não mitigarem suas perdas.

Começemos salientando que o dever de mitigar deveria ser interpretado para cobrir não somente o dever único, das ações de pós-repudiação do promissário, mas também o dever de ambas as partes para fazer o que Goetz e Scott chamam de reajuste cooperativo.<sup>160</sup> A discussão anterior de custos de negociação pós-quebra já tocou a mitigação no sentido cooperativo,<sup>161</sup> por isso dedicarei uma atenção especial ao relacionamento entre os remédios contratuais alternativos e as ações pós-repudiação do promissário. Discutirei dois casos diferentes de inadimplemento pelo comprador: o primeiro envolvendo um bem perecível; o segundo, um bem imperecível. Ambos os bens serão assumidamente fungíveis. Não discutirei casos de inadimplemento pelo vendedor nem a diferença entre bens únicos e não únicos. As análises dessas situações seguem aquelas desenvolvidas aqui para os casos de quebra pelo comprador.

Considere um contrato para a venda de um bem perecível como tomates. Suponha que *B* concorde em comprar 100 toneladas de tomates frescos de *S* a US\$ 100,00 por tonelada. *S* perceberá um lucro de US\$ 2,00 na

venda. *S* garante a produção, mas *B*, que é dono de restaurante, sofreu uma perda financeira e anunciou sua intenção de quebrar o contrato. Se o remédio contratual padrão é a indenização, então *S* terá o direito à sua expectativa, US\$ 2,00, mais qualquer custo incidental incorrido, para tentar mitigar suas perdas vendendo tomates em outro lugar.<sup>162</sup> Se o remédio contratual padrão é a execução específica, então existe o medo de que *S* simplesmente permita que os tomates apodreçam ou, mais provavelmente, seu incentivo para revendê-los é menor do que no caso com indenizações. Alternativamente, a execução específica pode induzir *B* a receber os tomates, pagar a *S* US\$ 10 mil e tentar revendê-los ele mesmo. Caso *B* esteja posicionado de forma menos vantajosa para revender do que *S*, então se poderia argumentar que a execução específica criou uma ineficiência atribuindo o dever de cobertura à parte com os maiores custos de fazê-lo.<sup>163</sup>

Essa ineficiência é ilusória. *B* não precisa adimplir sob execução específica, e nem pagar mais em um acordo a *S* do que se um tribunal concedesse a *S* sua expectativa mais as despesas incidentais de revenda. Caso *B* preferisse não acatar os custos de revenda dos tomates, ele pode comprar o direito de *S* de *enforce* o contrato por US\$ 2 mil mais os custos de *S* com a revenda. Isso satisfará *S*, pois ele, por definição, estará tão bem quanto se *B* tivesse cumprido integralmente o contrato.<sup>164</sup> *B* estará melhor pagando essa quantia do que tendo que adimplir se seus custos de revenda são maiores do que os de *S*. Note que esse é precisamente o cenário que teria resultado se indenizações fossem o remédio padrão. Portanto, com relação a bens perecíveis, o resultado de uma quebra pelo comprador é o mesmo, qualquer que seja o remédio contratual. Nenhum dos dois remédios é mais eficiente do que o outro, o que significa que, mesmo sem um dever de mitigar sob execução específica, os incentivos de ambas as partes levarão a uma mitigação das perdas decorrentes da quebra pelo comprador.

Quando nos voltamos para o dever de mitigar, em caso de o objeto da quebra ser um bem não perecível, a questão se torna mais complexa, mas a conclusão é a mesma. Considere um contrato entre *L*, um fazendeiro, e *R*, um locatário, para a locação da propriedade de *L* a um preço mensal fixo por um período de cinco anos. Após dois anos, *R* descobre que não

é mais lucrativo continuar com o aluguel e anuncia sua rejeição do contrato. Sob a regra de indenizações, *L* tem o direito a suas expectativas, mas tem o dever de tentar alugar novamente a propriedade para mitigar suas perdas. Falando genericamente, *L* pode não ingressar com uma ação para conseguir os três anos faltantes de aluguel. Sob o dever de mitigação, *L* pode recuperar qualquer despesa incidental envolvendo o novo aluguel da propriedade mais a diferença entre o preço contratado e o preço do novo aluguel.<sup>165</sup> O temor é que, sob execução específica, *L* não terá incentivos para mitigar, portanto, ele prenderá *R* aos termos do contrato de aluguel ao invés de despender esforços para transferir sua propriedade para um uso melhor.

Mesmo sob indenizações, não fica claro se o comportamento de *L* seria diferente diante do dever de mitigar do que quando a lei não impõe esse dever. Isto é, independentemente do remédio contratual e de qualquer dever imposto, *L* pode querer tentar mitigar suas perdas alugando novamente sua propriedade após a quebra de *R*. Assumindo que, sob um remédio legal, *L* tem o direito ao pagamento dos três anos restantes de seu contrato e não há obrigação de ele minimizar suas perdas. *R*, quem agora encara a responsabilidade de pagar o resto do contrato, tentará sublocar a propriedade ele mesmo, assumindo que ele possa fazer isso pelos termos do contrato.<sup>166</sup> *R* pode não ser capaz de sublocar a propriedade tão eficientemente, ou seja, tão barato, quanto o fazendeiro poderia. Apesar disso, sem o dever de *L* mitigar, *R* tentará mitigar *suas* perdas sublocando a propriedade. É até mesmo possível que, se *L* tem uma vantagem de custos considerável alugando novamente a propriedade, *R* pagará *L* algo a menos que seus custos de cobertura, mas algo a mais do que os custos de cobertura de *L*, para induzir *L* a assumir o dever de achar outro locatário. Ambas as partes estariam melhores sob tal arranjo do que se a parte ineficiente, *R*, tivesse que tentar sublocar sozinho.

Isso significa que, mesmo sob indenizações sem um dever de o vendedor mitigar, existe um forte incentivo para um acordo pós-quebra, mutuamente benéfico entre comprador e vendedor, para minimizar as perdas da quebra.<sup>167</sup> Precisamente o mesmo tipo de conclusão segue quando o remédio padrão é execução específica. Caso *L* tenha o direito desse remédio, após

a quebra ele e *R* estarão, em relação um ao outro, da mesma maneira que estavam com a indenização, sem o dever de *L* mitigar suas perdas. Vimos que um acordo privado minimizaria as perdas da mesma maneira vislumbrada através de um dever legal de mitigar; dessa forma, se segue que, sob uma execução específica, existirá também um incentivo para *L* e *R* para minimizarem as perdas decorrentes da quebra através de uma negociação privada, que é indistinguível de um dever legal de mitigar.

Vamos considerar um caso extremo: *R* alugou as instalações de *L* por cinco anos sob a condição de que ele usasse a propriedade apenas como um bar; além disso, ele está proibido de sublocar as instalações durante o prazo do aluguel.<sup>168</sup> Após dois anos, na localidade em que *R* estava operando seu bar, de repente e inesperadamente, a venda de bebidas alcoólicas se tornou ilegal. *R* quebra seu contrato com *L* e *L* ingressa em juízo com pedido de execução específica. Sob esse remédio, talvez não seja o caso de que *R* fique ineficientemente obrigado a pagar a *L* os três anos faltantes de aluguel? Apesar de *R* não ter o direito de sublocar, ele tem à sua disposição a oportunidade de comprar de *L* o direito de *enforce* o cumprimento da ordem judicial de execução específica. Claramente, *L* não venderá esse direito por menos do que *R* é obrigado a pagar a ele pelo contrato. Considere a possibilidade de que *R* tenha pagado um aluguel abaixo de preço de mercado pela propriedade de *L*, precisamente porque *L* insistiu nas limitações de sublocação e de utilização das instalações apenas como bar. Suponha que sem essas restrições o aluguel mensal teria sido US\$ 600,00, mas com elas foi de US\$ 500,00. Sob execução específica, *L* tem o direito de acréscimo de renda de US\$ 500,00 por mês pelos próximos três anos. Apenas se *R* for capaz de pagar a ele mais do que isso *L* consentirá em liberá-lo da execução específica do contrato original. Há razões para acreditar que *R* pagará a ele, digamos, US\$ 550,00 por mês em retorno à renúncia de *L* das restrições de sublocação e da utilização das instalações para outros propósitos. *R* estará disposto a pagar uma quantia maior se existe uma alternativa de uso da propriedade que torna o pagamento de US\$ 550,00 por mês lucrativo para ele.

Em conclusão, os remédios contratuais alternativos são igualmente eficientes no que concerne ao incentivo para mitigar as perdas do vendedor,

no caso de uma quebra pelo comprador. A escolha entre o remédio legal e o *equitable relief* deve, portanto, ser feita no fundamento dos outros atributos já discutidos.

## 5. DANOS IMPREVISTOS

Uma das regras comuns que estabelece indenizações contratuais é que a parte inocente não tem, em geral, o direito de recuperar os danos imprevistos.<sup>169</sup> A regra deriva da doutrina da previsibilidade das indenizações contratuais, anunciada no célebre caso *Hadley vs. Baxendale*.<sup>170</sup> Essa doutrina suporta que o inadimplente é responsável apenas pelas perdas razoavelmente previsíveis derivadas de sua quebra, a menos que tenha sido notificado e tenha concordado com a responsabilidade pelas indenizações remotas.<sup>171</sup>

A racionalidade econômica dessa regra é que o lesado é possivelmente um melhor segurador ou pode melhor prevenir certas perdas remotas do que o inadimplente.<sup>172</sup> Por exemplo, considere uma pessoa que tem fundos transferidos eletronicamente de outros países para sua conta bancária nos Estados Unidos.<sup>173</sup> Devido a um erro por parte do banco que fez a transferência, os fundos chegam inesperadamente atrasados. Como resultado, a pessoa que esperava a transferência perde o prazo para a compra de ingressos para um evento a que ela atribuía uma valoração subjetiva extremamente alta. Ela processa o banco por quebra e pede um valor pelas perdas extraordinárias – a diferença entre a valoração subjetiva dos ingressos e os preços reais dos ingressos. Assumindo que a quebra não é escusável, o tribunal permitirá a recuperação apenas dos preços dos ingressos, mas não das perdas extraordinárias. A razão é que quem transferiu não tinha como prever as perdas do lesado. De fato, se a lei atribuísse a quem transferiu a responsabilidade por todas as perdas do lesado, então aqueles que transferem aumentariam seus preços para refletir esse aumento do risco desse negócio. O resultado seria ineficiente pelo fato de que todos os consumidores seriam obrigados a contribuir com um seguro contra perdas. Seria menos custoso desobrigar aqueles com perdas ordinárias do custo de contribuir para um fundo de seguro especial e, em vez disso, estabelecer o custo total do seguro contra perdas extraordinárias àqueles poucos que antecipam perdas.

Porque há uma razão de eficiência para limitar as perdas do lesado, para aquelas perdas razoavelmente previsíveis, a questão surge se a limitação será preservada com a execução específica como o remédio padrão. À primeira vista, não parece haver essa limitação: o lesado, em suas negociações pós-quebra, perseguiria a recuperação de *todas* as suas perdas, previsíveis ou não. Sem a limitação imposta pelo tribunal, a execução específica parece levar a uma possibilidade de a parte inocente recuperar ineficientemente demais.

Esta conclusão é incorreta. Primeiro, enquanto possa ser verdade que nas situações iniciais da concessão da execução específica como o remédio padrão, o lesado pressionaria por mais do que teria recuperado com indenizações temperadas pela previsibilidade ou pelo dever de mitigar, essa recuperação adicional não persistiria para futuras partes contratantes. Se fosse sabido que o lesado, sob execução específica, requereria perdas previsíveis e extraordinárias, então a limitação provavelmente se tornaria parte do próprio contrato, seja na forma de uma renúncia de responsabilidade por danos imprevistos,<sup>174</sup> seja como é especificado nas cláusulas penais.<sup>175</sup> Barganhar na época da formação do contrato sobre qualquer dessas alternativas levaria a uma estipulação eficiente de responsabilidade: se o inadimplente potencial fosse o mais capaz de suportar riscos para *todas* as perdas do potencial lesado, ele deveria estar disposto a assumir responsabilidade para *todas* as perdas em troca de um preço contratado um pouco maior. Por outro lado, caso o lesado estivesse mais bem posicionado para segurar contra ou prevenir algumas perdas, mas não todas, então a responsabilidade para esses tipos diferentes de perdas deveria ser transacionada de uma maneira que maximizasse o valor.<sup>176</sup>

Segundo, a situação na qual o lesado recupera as perdas previsíveis e extraordinárias, com execução específica, é pouco provável de surgir. Isto porque, na situação em que as perdas já foram incorridas e não existe a possibilidade física na qual o adimplemento possa ser completado pelo inadimplente, a execução específica não seria um remédio viável.<sup>177</sup> O instituto da indenização terá que ser aplicado. Considere o caso da transferência eletrônica dos fundos novamente. O dano já foi feito; a execução específica não faria sentido. Portanto, o pedido seria por indenização e o



tribunal pode então impor as eficientes limitações da previsibilidade das perdas e do dever do lesado de mitigar suas perdas.

## D. Defesas

Quando, sob o direito atual, uma parte contratual prejudicada pede a execução específica, o requerido pode invocar defesas que não seriam normalmente disponíveis se a parte inocente tivesse pedido indenização. Ela pode pedir uma inadequação de consideração,<sup>178</sup> segurança insuficiente para o desempenho do promissário,<sup>179</sup> e um erro unilateral pelo promitente.<sup>180</sup> Não há razão econômica para *nenhuma* dessas defesas na análise econômica de direito contratual.<sup>181</sup> Como nenhuma delas encontrou apoio nas defesas de formação, não existe uma boa razão para elas serem oferecidas para os requeridos usarem em ações com pedido de execução específica.<sup>182</sup> Não vou discutir essas defesas aqui.

Existem duas defesas adicionais, entretanto, para as quais existe algum conteúdo econômico: dificuldade de supervisão<sup>183</sup> e impossibilidade. Vamos tratar da discussão sobre a eficiência dessas duas defesas.

### 1. IMPOSSIBILIDADE

A limitação mais óbvia na concessão de execução específica padrão em quebras contratuais é o caso de impossibilidade física.<sup>184</sup> Na literatura que trata da economia dos contratos, a impossibilidade, como uma defesa para o cumprimento, tem sido analisada como um mecanismo para encorajar a alocação eficiente de riscos entre as partes contratantes.<sup>185</sup> Contudo, não se reconhece que a impossibilidade também possa influenciar o desenho de remédios contratuais eficientes.

Quando o cumprimento pelo inadimplente é literalmente impossível, a eficiência econômica não é atendida, concedendo ao lesado a execução específica. A execução específica é, nessas circunstâncias, de valor infinito: é a soma pela qual um promissário, para quem o tribunal concedeu a execução específica, venderá seu direito de ter o contrato *enforced*. Considere este caso: o dono de um *resort* convenceu clientes a irem para sua ilha com a promessa de muito sol e calor. Em vez disso, contudo, houve muita chuva e frio. Assumindo que houve uma quebra de contrato,<sup>186</sup> nessas

circunstâncias a execução específica é insignificante. As indenizações terão que ser suficientes para proteger as expectativas dos clientes.<sup>187</sup>

## 2. ALTOS CUSTOS DE SUPERVISÃO

Uma das questões mais difíceis de tornar a execução específica o remédio padrão nas quebras contratuais é a possibilidade de haver circunstâncias em que os custos para o tribunal supervisionar o cumprimento pelo inadimplente podem ser ineficientemente altos.<sup>188</sup> Pode haver uma alta probabilidade de desobediência, devido, talvez, ao fato de o inadimplente já ter indicado, forte e convincentemente, sua recusa em obedecer. O tribunal pode achar que, sob essas circunstâncias, precisará incorrer em despesas extraordinariamente altas para que o inadimplente seja vinculado à sua promessa. O prestígio do tribunal está em certo risco e pode sofrer um dano nessas circunstâncias; esse fato deve ser levado em consideração no cálculo dos custos da execução específica.<sup>189</sup>

Alternativamente, o cumprimento contemplado pode ser tão complexo a ponto de desafiar uma supervisão efetiva. Suponha que *A* contrata com *B* para interpretar *Hamlet* no teatro de *B* e subsequentemente *A* se recusa a cumprir. O tribunal não dará a *B* uma decisão requerendo que *A* atue.<sup>190</sup> Não existe dúvida de que os custos para o tribunal de julgar se, após *B* receber uma decisão de execução específica, *A* quitou sua obrigação contratual, incluindo a qualidade de seu cumprimento, são custos extraordinariamente altos. Por exemplo, como o tribunal deve assegurar a qualidade do cumprimento de *A* como o *Príncipe da Dinamarca*? Talvez, porque *A* esteja em grande disputa com *B*, ele possa, sem uma supervisão exigente pelo tribunal, tentar embaraçar *B* sabotando a peça. Mas quão longe deve ir o tribunal? Ele deve especificar gestos, expressões, sorrisos, tons de voz? Esse é um problema real, que o desenho de remédios contratuais eficientes deve confrontar seriamente.

A contenção é, em parte, que altos custos de supervisão aumentarão os custos de utilizar a execução específica como o remédio padrão quando as indenizações são mais atraentes. Considere, por exemplo, que se os requeridos sabem que talvez sejam liberados da execução específica quando podem demonstrar que existem altos custos de supervisão, então eles têm

incentivos para usar essa defesa em casos nos quais ela pode ser inapropriada. Isso, em geral, poderia aumentar os custos do processo, tornando o remédio, outrora eficiente, da execução específica mais caro e, portanto, menos claramente eficiente do que as indenizações. Outra contenção é que se uma gama maior de contratos, do que os comumente entendidos, envolverem altos custos de supervisão, a execução específica se tornará inapropriada como remédio contratual padrão.

Ainda que essa crítica carregue algum mérito, ela deve ser cuidadosamente considerada. Para essa crítica, a execução específica tem que se manter verdadeira, os altos custos de transação devem aparecer um grande número de contratos, e as indenizações devem ser o mecanismo mais eficiente de resolver a quebra destes contratos. E nenhuma destas questões pode ser demonstrada.

Primeiro, a gama de contratos nos quais os custos de supervisão são mais prováveis de serem altos pode ser uma classe relativamente pequena. O *restatement* exclui da prestação judicial da execução específica contratos por serviços personalíssimos, presumidamente sob o fundamento de que, para eles, os custos de supervisão por um tribunal são altos. Para quase todos os outros tipos de contrato, existe pouca razão para acreditar que o tribunal enfrentaria altos custos de supervisão. Portanto, à primeira vista, faria sentido econômico tornar a execução específica o remédio padrão, *exceto* nos casos, como contratos de serviços personalíssimos, em que os custos de supervisão serão, provavelmente, altos.<sup>191</sup>

Segundo, mesmo quando existe uma probabilidade de os custos de supervisão serem altos, as ineficiências que se seguiriam de garantir a execução específica seriam exageradas. Existem duas razões para isso: o contrato pode nunca ser cumprido e se o for, a preocupação do promitente por sua reputação profissional e futura empregabilidade temperará o incentivo para mal executar o contrato.

A presunção de que uma concessão de execução específica resultará no cumprimento do contrato é incorreta. Já vimos que a execução específica, tal como o procedimento cautelar, deve ser entendida como uma instrução para os litigantes utilizarem o mercado, ao invés do tribunal, para resolver uma disputa. Há razões para acreditar que sendo concedido para *B* uma

decisão de execução específica contra *A*, obrigando *A* a interpretar *Hamlet*, os dois começarão uma negociação para resolver a disputa, com *A* presumidamente disposto a pagar a *B* uma quantia, para *B* não exercer seu direito à prestação contratual. *B*, por sua vez, pode estar disposto a trocar aquele direito, evitando o risco de grandes despesas para policiar a interpretação de *Hamlet* feita por *A*. Isto é, pode ser mutuamente benéfico para as partes barganhar o não cumprimento. Apesar de ser difícil de saber, *a priori*, quando isso acontecerá, a possibilidade de não haver cumprimento em circunstâncias em que os custos de supervisão do cumprimento são altos, deve diminuir a preocupação sobre as ineficiências que possam resultar disso. De fato, pode ser que o caminho adequado para considerar o problema dos altos custos de supervisão não seja colocar um fardo extraordinário no sistema legal, mas em simplesmente dar ao inadimplente uma posição de barganha muito melhor nas negociações pós-quebra do que seria o caso de um contrato no qual a qualidade do cumprimento pelo inadimplente não estivesse apenas nas mãos deste. Se essa é a devida análise econômica da questão dos altos custos de supervisão, talvez a execução específica também seja o remédio preferível. Assumindo que o inadimplente faz uma ameaça crível, e seria custoso supervisionar a qualidade de seu cumprimento, então o pior que pode acontecer para o promissário é que ele aceite, em retorno pelo não *enforcing* de seu direito, a execução específica, um preço que reflete o preço contratado menos os custos antecipados de supervisão. Essa conclusão serviria de estímulo para contratos futuros relacionados a serviços personalíssimos, ou qualquer outra atividade com altos custos de supervisão, para incluir cláusulas penais especificando a responsabilidade pelos custos de monitorar o cumprimento. Por outro lado, promissários em situações com altos custos de supervisão descontarão do preço contratado que estão dispostos a dar ao promitente pela probabilidade de quebra e pelo nível dos custos antecipados de supervisão.<sup>192</sup>

Mesmo se não houver transação do direito de executar o resultado, a força da competição pode temperar o desejo do requerido de mal-executar de alguma forma. *A*, por exemplo, deve cuidar de sua futura empregabilidade no palco – com outros produtores, se não necessariamente *B* – e esse fato pode influenciá-lo a produzir um *Hamlet* tão crível quanto se ele

estivesse atuando pelo puro prazer de atuar e não sob a ameaça de desobediência de uma ordem judicial.<sup>193</sup>

Terceiro e último, os altos custos de supervisão de *equitable relief* são censuráveis em grande parte porque são suportados pelos recursos públicos.<sup>194</sup> Essa objeção seria mitigada, se os custos fossem arcados pelos litigantes e não pelos contribuintes em geral. O uso de técnicos especialistas indicados pelo tribunal para observar uma decisão equitativa é um dos meios de se atingir essa privatização, no entanto, esse é um meio que, apesar de sua atração para economistas, não encontra muito apoio na comunidade jurídica.<sup>195</sup>

## RESUMO E CONCLUSÃO

A reivindicação deste artigo é que os remédios para quebras contratuais não são inteiramente consistentes com o objetivo de eficiência econômica. Quando as considerações de eficiência econômica urgem pela execução específica como remédio padrão, o remédio padrão é a concessão de indenizações. Seguindo a análise de Calabresi e Melamed, do remédio legal e do *equitable relief* no direito de propriedade, propomos que a troca eficiente de promessas mutuamente benéficas seria mais bem atendida utilizando o nível dos custos de transação como guia para escolher um remédio contratual: se os custos de transação são baixos entre o inadimplente e a parte inocente, então uma concessão de execução específica encorajaria as partes a transacionarem o direito ao cumprimento voluntariamente e eficientemente; no entanto, caso esses custos sejam tão altos que nenhuma transação voluntária possa ocorrer, o tribunal deveria intervir e compelir uma troca a um preço determinado coletivamente, isto é, o tribunal deve conceder indenização. Como é mais provável que as partes de um contrato tenham baixos custos de transação por eles já terem, ao contrário, digamos, de um autor de um ilícito extracontratual e suas vítimas, estabelecido uma relação, os tribunais presumiriam que a execução específica deve ser concedida, sendo as indenizações uma decisão excepcional. Isto é precisamente o oposto da prática atual.

A reivindicação de que a execução específica, em grande medida, aumentará os custos administrativos ou os custos de negociações pós-quebra tem

demonstrado ser inexata. Por comparação a concessão de indenização dos danos baseada na legítima expectativa das partes, os custos do tribunal na execução específica são muito menores e mais exatos em proteger as expectativas do lesado. Não há menos incentivo para mitigar as perdas da parte inocente com a execução específica do que com indenizações eficientes. Tampouco os danos imprevistos serão ineficientemente capturados sob a execução específica, quando são eficientemente excluídos sob reparação judicial. Finalmente, existem duas defesas válidas para uma ação com pedido de execução específica: impossibilidade de cumprimento e altos custos de supervisão. Argumentei, contudo, que mesmo altos custos de supervisão não são condições necessárias ou suficientes para não se conceder execução específica. Isto porque existem fatores que atenuam as ineficiências do *equitable relief* em casos nos quais os custos de supervisão têm probabilidade de serem altos: a preocupação do inadimplente com sua reputação e a possibilidade de que, talvez, seja mais eficiente para as partes barganharem pelo não cumprimento do contrato do que se arriscarem aos altos custos de supervisão, mesmo se estes fossem pagos pelo orçamento público. Além disso, a execução específica deve ser imposta em situações com altos custos de supervisão caso, através de especialistas, os custos de supervisão possam ser transferidos aos litigantes e retirados do público.

Por último, se o objetivo do direito contratual é promover a troca economicamente eficiente de promessas mutuamente benéficas, cremos na hipótese segundo a qual a execução específica deve ser o remédio contratual padrão. Essa é uma hipótese bastante persuasiva, e não uma conclusão pacífica. Seria excessivamente apressado reformar a lei, antes de verificar se essa hipótese se mantém com uma confrontação com os fatos reais. Dentre outras coisas, precisamos conhecer os custos de transação relativos de um tribunal *versus* um acordo privado de promessas quebradas e se o comportamento contratual seria mais eficiente caso os que trocaram promessas soubessem que o remédio padrão fosse uma execução específica. Precisamos saber quais são os tipos de disputa sobre quebras de contratos levadas ao Judiciário: eles se referem a tipos particulares de bens ou a todos os tipos? São, por exemplo, bens cuja elasticidade da oferta é baixa ou bens

cuja elasticidade-preço cruzada da demanda é baixa? No que tange às decisões, qual é o percentual de indenizações? Qual é percentual de execução específica? Os tribunais normalmente concedem perdas de expectativas ou usam algum outro critério e, caso afirmativo, por quê?

A literatura de *Law & Economics* cresceu tão extensamente que tem oferecido um número impressionante de hipóteses. A agenda de pesquisa empírica no campo é uma das mais estimulantes de todas as ciências sociais. Dado as dificuldades bem conhecidas de se trabalhar com registros dos tribunais,<sup>196</sup> esse trabalho empírico não será fácil. Isso, entretanto, não desculpa não haver avanço. Uma possibilidade é a comparação da disposição de casos de quebras de contratos nos países de *common law* e de *civil law*. Outra possibilidade pode ser adotar os métodos da economia experimental para se testar as numerosas e complexas hipóteses sobre comportamento sob regras legais alternativas.<sup>197</sup>

**NOTAS**

\* Gostaria de agradecer a Dan Farber, da Escola de Direito da University of Minnesota, e a John Lopatka, da Faculdade de Direito da University of Illinois, pela sua grande ajuda. Proporcionaram debates estimulantes e comentários úteis nas versões preliminares deste artigo: os participantes do Seminário Contratos em Boalt Hall, da University of California, Berkeley; os *workshops* no Departamento de Economia da University of California, Davis; os *workshops* do corpo docente do Departamento de Economia e na Faculdade de Direito da Louisiana State University; e o Seminário da Organização Industrial, do Departamento de Economia da University of Illinois. Tenho grande gratidão a Thomas Wippman, Lon Carlson, Eric Blomquist, and David Waimon, por seu inestimável auxílio a esta pesquisa.

\*\* Professor Associado de Economia e Professor Associado Visitante de Direito na University of Illinois (N. E.: cargos ocupados quando o artigo foi publicado – 1984). A.B. pela Dartmouth College, 1968; B.A. pela University of Oxford, 1972; Ph.D. pela Stanford University, 1979.

**1** A melhor tentativa de integrar a eficiência econômica nos fundamentos do direito contratual encontra-se em: Eisenberg, *The Bargain Principle and Its Limits*, 95, *Harv. L. Ver.* 741 (1982); ver, também, R. Posner, *Economics Analysis of Law*, p. 65-98 (2. ed. 1977); Goetz e Scott, *Enforcing Promises: An Examination of the Basis of Contract*, 89 *Yale L. J.* 1261 (1980). Para uma coleção de artigos relevantes, ver *The Economics of Contract Law* (Kronman e R. Posner, eds., 1977) [aqui citado como Posner e Kronman].

**2** As demonstrações originais da relação entre eficiência econômica e quebra de contrato encontram-se em: Birmingham, *Damages Measures and Economic Rationality: The Geometry of Contract Law*, 1969, *Duke L. J.* 49, e Birmingham, *Breach of Contract, Damages Measures, and Economic Efficiency*, 24, *Rutgers L. Ver.* 273 (1970); ver, também, Barton, *The Economic Basis of Damages for Breach of Contract*, 1, *J. Legal Stud.* 277 (1972).

\* A palavra *enforce* e suas variações não serão traduzidas no decorrer deste capítulo. A tradução poderia levar a uma confusão terminológica que atrapalharia o entendimento do texto. (N. T.)

**3** Um resultado Pareto-superior é aquele no qual, por comparação a determinada posição original, ninguém está, em sua própria avaliação, pior e ao menos uma pessoa está, em sua própria avaliação, melhor. Ver, p.ex., H. Kohler, *Intermediate Microeconomics*, p. 417-436 (1982).



**4** Holmes, *The Path of the Law*, 10, *Harv. L. Rev.* 457, 462 (1897). Holmes reiterou esse tema diversos anos mais tarde em um de seus primeiros votos na Suprema Corte, *Globo Ref. Co. vs. Landa Cotton Oil Co.*, 190 U.S. 540 (1903).

**5** Ver, p.ex., artigos coletados em A. Kronman e R. Posner, nota 1 *supra*.

**6** Duas instâncias significativas são Kronman, *Specific Performance*, 45, *U. Chi. L. Ver.* 351 (1978), e Shuwartz, *The Case for Specific Performance*, 89, *Yale L. J.* 271 (1979).

\* Execução específica é uma espécie de *equitable relief*. *Injunction* e *rescission* do contrato são outras espécies. O termo *equitable relief* não compreende a indenização, ou seja, um pagamento em dinheiro. (N. T.)

**7** O excedente do consumidor é a área abaixo da curva de demanda e acima do preço de mercado. Ela é uma medida da diferença entre o que os consumidores estão dispostos a pagar para várias unidades de um bem, como medido pelos pontos na curva da demanda, e o que eles de fato pagam, como medido pelo preço de mercado. Ver H. Kohler, nota 3 *supra*, p. 203-204. Na literatura de *law & economics*, essa diferença entre o preço de mercado de um item e a avaliação do consumidor é frequentemente referida como sendo a “avaliação subjetiva” do consumidor. Uma das tendências da microeconomia moderna é que, em um mercado competitivo, o preço de mercado seja exatamente igual à avaliação subjetiva do último, ou o marginal, consumidor a comprar o bem. Todos os outros consumidores, chamados de “inframarginais”, atribuem um valor subjetivo ao bem que é melhor do que o preço de mercado.

**8** P.ex., os custos de administrar a regra devem ser os mais baixos possíveis.

**9** Uma seleção de peças críticas da eficiência econômica no direito pode ser encontrada em *Symposium on Efficiency as a Legal Concern*, 8, *Hofstra L. Ver.* 485 (1980).

**10** C. Fried, *Contract as Promise* (1981).

**11** Ver Linzer, *On the Amorality of Contract Remedies – Efficiency, Equity and the Second Restatement*, 81, *Colum. L. Rev.* 111, 131 (1981).

**12** Essa asserção tem sido promovida por diversos autores. Ver R. Posner, nota 1 *supra*, p. 399; Priest, *The Common Law Process and the Selection of Efficient Rules*, 6,

*J. Legal Stud.* 65 (1977); Rubin, Why Is The Common Law Efficient?, 6, *J. Legal Stud.* 51 (1971). Para uma visão de que o processo de *common law* não é necessariamente, mas apenas provavelmente, eficiente, ver Cooter e Kronhauser, Can Litigation Improve the Law Without the Help of Judges?, 9, *J. Legal Stud.* 139, p. 141-150 (1980). Uma opinião ainda menos favorável é a de Epstein, The Social Consequence of Common Law Rules, 95, *Harv. L. Ver.* 1717, 1721-1723 (1982).

**13** A declaração clássica da distinção é encontrada em M. Friedman, *Essays in Positive Economics*, p.3-43 (1953). Ver, também, H. Kohler, nota 3 *supra*, p. 45-46. Com relação à importância dessa distinção em *law & economics*, ver R. Posner, nota 1 *supra*, p. 17-18.

**14** Ver Joskow e Noll, *Regulation in Theory and Practice: An Overview*, in *Studies in Public Regulation* (G. Fromm, ed., 1981). Ver também S. Breyer, *Regulation and Its Reform 2*, p. 200-209 (desperdício regulatório na indústria de aviação); p. 227-228 (na indústria de caminhões); p. 244-247 (na indústria de gás natural) (1982).

**15** Economistas estão relutantes em confessar que estão fazendo um argumento normativo, presumidamente sob o fundamento de que isso significa que a disciplina deles é menos científica do que se suas declarações fossem baseadas em assunções factíveis mais claras. Um argumento persuasivo de que esses fundamentos são sensatos pode ser encontrado em McCloskey, The Rhetoric of Economics, 21, *J. Econ. Lit.* 481, 508-512 (1983).

**16** Ver notas 51, 57, 63, 65 e 151 *infra*, e o texto sobre sugestões de tipos de dados para atender a essa tarefa.

**17** Consumidores também estão preocupados com danos às suas reputações na forma de classificação de crédito, que pode resultar da sua quebra contratual. Para o propósito deste argumento, entretanto, nos concentraremos nas atitudes em prol da reputação de empresários.

**18** O trabalho seminal sobre as relações atuais entre o direito e o comportamento comercial é de Macaulay, Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study, 28, *Am. Sociol. Rev.* 55 (1963). Macaulay encontrou que dentro da comunidade comercial informal, as relações pessoais entre indivíduos formaram as bases para relações comerciais. As formalidades do direito contratual não influenciaram a natureza o volume de negociações comerciais salvo nas trocas mais complexas. Esses resultados são estendidos e atualizados em Macaulay, Elegant Models, Empirical Pictures, and the Complexities of Contract, 11, *Law & Soc. Rev.* 507 (1977). Macaulay não mencionou explicitamente a influência da reputação nas transações comerciais, mas a forte implicação

de seu trabalho é que uma boa reputação forma uma parte importante dos atributos informais sobre os quais comerciantes dependem nas suas relações.

**19** Ver Nelson, *The Economic Value of Advertising*, in, *Advertising and Society* 49-50 (Y. Brozen ed. 1974); Klein e Leffler, *The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance*, 89, *J. Pol. Econ.* 615, 620-23, 629-31 (1981). Claro, isso apenas diz respeito a quebras ineficientes. Se for uma quebra eficiente, o consumidor, por definição, não pode estar pior do que se o contrato for cumprido. Em outras palavras, o consumidor é pelo menos indiferente se o contrato é cumprido e pode de fato preferir a quebra, se a quebra for eficiente.

**20** Leffler, *Physician Licensure: Competition and Monopoly in American Medicine*, 21, *J. Law & Econ.* 165, 166-72 (1978). Leffler também encontra licença para ser positivo com relação à forte demanda dos consumidores por uma qualidade mínima nos médicos. *Id.*, p. 181.

**21** Ver H. Kohler, nota 3 *supra*, p. 302, sobre a teoria econômica da sinalização do mercado. A literatura sobre esse ponto começou com A. M. Spence, *Marketsignaling* (1974), que ainda é a melhor monografia sobre o tema.

**22** O conceito de *enforcer* eficiente abrange duas qualidades: promover apenas quebras eficientes de contratos e minimizar os custos de transação envolvidos em tornar todos pelo menos tão bem quanto antes após a quebra.

**23** Em Kornhauser, *Reliance, Reputation, and Breach of Contract*, 26, *J. Law & Econ.* 691 (1983), a reputação é considerada como um substituto para a regra de indenização.

**24** Ver notas 188 a 195.

**25** Ver, p.ex., *Restatement of Contracts*, § 379 (1932); *Restatement (Second) of Contracts* §§ 366, 367, e comment a (1979).

**26** Ver Knoeber, *An Alternative Mechanism to Assure Contractual Reliability*, 12, *J. Legal Stud.* 333 (1983). Esse cumprimento ou depósito de boa-fé discutido por Knoeber como um método extrajudicial de aumentar o cumprimento contratual deve ser distinguido de seguros-garantia. Um seguro-garantia, na forma de um seguro de cumprimento ou de pagamento, é um mecanismo comum na indústria de construção, para proteger promissários e subcontratantes de perdas derivadas da falta de capacidade do construtor de cumprir uma promessa contratual. Tal garantia pode ser interpretada como um método extrajudicial

de minimizar perdas de uma quebra contratual e, na medida em que aumenta o custo para o inadimplente de não cumprir, como uma variedade de um remédio extrajudicial para a quebra. Ver J. Sweet, *Legal Aspects Of Architecture, Engineering And The Construction Process*, p. 295-311 (2. ed., 1977).

**27** U.C.C. § 2-718(1) (1977); Restatement (Second) of Contracts §§ 356(1), 374(2) (1979).

**28** Não existe provisão no UCC que concede ou nega às partes de um contrato para a venda de bens a capacidade de contratar a execução específica. Tampouco o Restatement (Second) of Contracts (1979) contém qualquer seção expressamente negando às partes o direito de contratar a execução específica. Entretanto, os §§ 357-358 indicam que uma decisão judicial de execução específica é apenas dentro da discricionariedade do tribunal de conceder, e o §§ 359 (1) estabelece “Execução específica ou uma medida cautelar serão ordenadas se indenização seria adequada para proteger o interesse baseado na legítima expectativa da parte lesada”. Note, entretanto, que o § 359 (2) fornece: “A adequação do remédio de indenização por falhar em assegurar uma parte do cumprimento devido não impede a execução específica ou a medida cautelar para o contrato como um todo”. No exemplo de uma tentativa privada de vincular uma parte a cumprir forçadamente, o tribunal, expedindo a medida contratada, negou que eles fossem vinculados pelo contrato a expedir a medida. A cláusula do contrato especificando a execução específica foi vista apenas como uma evidência da intenção das partes. Ver *Stokes vs. Moore*, 262 Ala. 59, 77 So., 331 (1955). Também é possível contratar contornando essa restrição, especificando que na eventualidade de uma quebra o caso será referido e as partes concordarão em ser vinculadas pela decisão da American Arbitration Association As regras dessa associação permitem que o árbitro decida pela execução específica. *Staklinski vs. Pyramid Elec. Co.*, 6 N. Y. 2d 159, 160 N. E. 2d 78, 188 N. Y. S. (2. ed.) 541 (1959).

**29** Ver, p.ex., *Rockhill Tennis Club vs. Volker*, 331 Mo. 947, 957, 56 S.W. 2d. 9, 19 (1932); *Parish vs. Schwartz*, 344 Ill. 563, 176 N. E. 757 (1931); ver, também, Restatement (Second) of Contracts 365 (1979).

**30** Ver, p.ex., *Clarkson, Miller e Muris, Liquidated Damages vs. Penalties: Sense or Nonsense?*, 1978 *Wis. L. Rev.* 351; Fenton, *Liquidated Damages as Prima Facie Evidence*, 51, *IND. L. J.* 189 (1975); Kaplan, *A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages*, 50, *S. Cal. L. Rev.* 1055 (1977); Note, *Liquidated Damages and Penalties Under the Uniform Commercial Code and the Common Law: An Economic Analysis of Contract Damages*, 72, *Nw. U.L. Rev.* 1055 (1978).

**31** Em artigo recente, Polinsky examinou a capacidade de vários remédios pela quebra de contrato de alocar o risco de certas contingências entre o promitente e o promissário. Polinsky, Risk Sharing Through Breach of Contract Remedies, 12, *J. Legal Stud.* 427 (1983). Ele conclui que multas contratuais se aproximam de uma alocação ótima do risco de perda pela quebra mais do que qualquer outro remédio. Idem, p. 444. Vou retornar para a alegação deste artigo sobre a eficiência de outros remédios mais adiante. Ver nota 77 *infra*.

**32** Goetz e Scott, Liquidated Damages, Penalties, and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach, 77, *Colum. L. Rev.* 554, 579-583 (1977). Goetz e Scott dão um exemplo excelente de tal caso: um grupo de alunos de uma universidade deseja alugar um ônibus para seguir o time de basquete de sua escola para um torneio. Eles atribuem um valor muito alto para estarem no jogo, muito maior do que o preço cobrado pela empresa de ônibus. Se o ônibus quebrar, entretanto, o máximo que os alunos podem esperar recuperar, em uma ação pela quebra contratual, é o preço contratado pelo ônibus, o qual vai subcompensá-los por sua perda. A empresa de ônibus pode estar disposta, entretanto, a pagar ao grupo de alunos a valoração subjetiva do cumprimento no evento que eles atribuem em caso de uma quebra do ônibus, em troca de um pagamento adicional ao preço de contratação usual praticado pela empresa. Esse acréscimo no preço poderia então ser considerado como prêmio de uma apólice de seguro contra a quebra do ônibus. Idem, p. 578-579.

**33** É claro que as defesas contratuais usuais seriam mantidas para que, se a cláusula de auto-ajuda fosse verdadeiramente não equitativa, se ela não fosse *enforced*.

**34** Kronman e Posner, nota 1 *supra*, p. 224.

**35** Isso pode ser particularmente importante se a relutância do comprador, em acreditar que o construtor cumpriria com o prazo negociado, estava ligada ao fato do construtor ser novo no negócio. O construtor não poderia, dessa forma, oferecer qualquer outra base pela qual o comprador poderia julgar sua capacidade de completar o projeto a tempo. Se o mercado de construção é tão competitivo a ponto de não ser possível para o novo construtor competir cortando seu preço, então seu único meio de conseguir o contrato pode ser sua disposição em pagar danos punitivos para o comprador no evento de sua quebra. Sem este método de competição, o novo construtor pode ter sua entrada no mercado barrada.

**36** Rubin, Unenforceable Contracts: Penalty Clauses and Specific Performance, 10, *J. Legal Stud.* 237, 243 (1981); ver, também, Telser, A Theory of Self-Enforcing Agreements, 53, *J. Bus.* 27 (1980). Outro elemento do argumento – não analisado por Rubin ou Telser –

é que cláusulas penais aumentam o incentivo do inadimplente para litigar sobre questões que de outra forma não seriam objeto de litígio. Na medida em que a litigância envolve o subsídio pelo orçamento público, esse incentivo aumentado, se verdadeiro, aumentaria o custo social de alocar multas contratuais em excesso a perdas razoavelmente previsíveis.

**37** Rubin, nota 36 *supra*, p. 239-240.

**38** Ver notas 97 e 98 *infra*.

**39** Idem, Goetz e Scott, p. 567-568.

**40** Pode-se argumentar que o pagamento de *A* para *B* não é uma perda social, e sim um pagamento de transferência, cujo efeito é distributivo, mas não redutor da eficiência.

**41** No exemplo do utensílio, a cláusula penal foi designada para transferir informação para uma das partes sobre a força da crença da outra parte em sua confiabilidade.

**42** No exemplo dos grupo de universitários (nota 32 *supra*), os alunos descobrem, apenas depois que o ônibus foi contratado, que a estrela do time não ia jogar. Eles não têm mais interesse em ir ao torneio e, assim, têm um incentivo para induzir a quebra.

**43** O risco moral surge quando, após a compra do seguro, o comportamento de um assegurado se torna mais arriscado do que era antes de ele estar segurado. Um exemplo é alguém que para de trancar seu carro depois que está segurado contra o roubo do som do veículo. Ver Kohler, nota 3 *supra*, p. 310. Vale a pena notar que instâncias de indução à quebra são extraordinariamente raras.

**44** Goetz e Scott, nota 32 *supra*, p. 588.

**45** Ver Kronman, nota 6 *supra*, p. 370-371 (discutindo *Stokes vs. Moore*, 262 Ala. 59, 77 So. 2d 331 (1955)).

**46** Ver notas 118 a 121 *infra*.

**47** Dentre esses fatores, um dos mais importantes é contabilizar qualquer valoração subjetiva no cumprimento por uma das partes. Barganhar no momento em que o contrato é celebrado vai, melhor do que qualquer outro método, proteger a valoração subjetiva de alguém. Como vou argumentar mais adiante, se a medição da valoração subjetiva é tentada

apenas depois de uma quebra, existe um forte incentivo para que a parte lesada sobrevalorize sua valoração subjetiva e para que a outra parte discuta esse valor.

**48** Ver *Farnsworth, Legal Remedies for Breach of Contract*, 70 *Columl. Rev.* 1145, 1147-1149 (1970).

**49** *Bush vs. Canfield*, 2 Conn. 485 (1818); Restatement (Second) of Contracts § 373 e comentários ao (1979); UCC §§ 2-702, 2-703, 2-705 (1977); ver *Sanitary Linen Ser Co. vs. Alexander Proudfoot Co.*, 435 F. 2d 292 (5th Cir. 1970) (uma lavanderia recuperou as taxas pagas a um engenheiro especializado em eficiência quando nenhum aumento substancial de eficiência resultou de suas recomendações).

**50** Ver Restatement (Second) of Contracts 5 370 comment a (1979); D. Dobbs, *Remedies* 223-227 (1973).

**51** Ver Mather, *Restitution as a Remedy for Breach of Contract: The Case of the Partially Performing Seller*, 92, *Yale L. J.* 14, 21-28 (1982) (discutindo a eficiência comparativa de indenizações dos danos baseadas na legítima expectativa de uma das partes e restituição, ele conclui que quando os custos de transação são considerados, nenhum dos dois é claramente preferível).

**52** Isso não quer dizer que não existam fundamentos outros que a eficiência para preferir a restituição a outros remédios. Ver, p.ex., Mather, nota 51 *supra*, p. 36-47 (Restituição normalmente atende ao propósito liberal de retificar uma transferência involuntária, *idem*, p. 47). Tampouco impede a possibilidade de que a restituição possa ter algumas características de eficiência, p.ex., é fácil de medir. Harrison sugeriu recentemente que os tribunais têm evitado a eficiência como guia ao lidar com perdas de restituição. Hamson, *A Case for Loss Sharing*, 56 *S. Cal. L. Rev.* 573, 584-585 (1983). A eficiência dialoga para transferir perdas na sua totalidade de uma parte para outra. Tribunais raramente fazem isso; preferem utilizar um critério de justiça para dividir a perda.

**53** A afirmação original da medida pela confiança de indenizações é de Fuller e Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 46 *Yale L. J.* 52 (1936) (Part 1); 46 *Yale L. J.* 373 (1937) (Part 2).

**54** Restatement (Second) of Contracts § 349 (1979); UCC §§ 2-704, 2-708, 2-710 (1977).

**55** Note que, como essas despesas não conferem benefício a A elas não são

recuperáveis em indenizações pela restituição.

**56** Ver Goetz e Scott, nota 1 *supra*, p. 1267-1270, 1305-1309.

**57** Economistas diferenciam as diversas atitudes com relação a riscos: preferência por risco; neutro ao risco e aversão ao risco. É comum assumir que a maioria dos consumidores é avessa ao risco. Uma pessoa que é avessa ao risco, normalmente, prefere pagar para evitar ter que assumir o risco derivado da incerteza. para uma definição mais formal, ver Kohler, nota 3 *supra*, p. 290-293.

**58** Um modelo matemático mais formal de confiança e remédios contratuais está em Shavell, *Damage Measures for Breach of Contract*, 11 *Bell J. Econ.* 466, 473-87 (1980).

**59** Restatement (Second) Of Contracts §§ 349, 350 (1979).

**60** Restatement (Second) Of Contracts §§ 347 comentário *a* (1979).

**61** 154 Eng. Rep. 363, 365 (Ex. 1848).

**62** Apesar de a indenização dos danos com base na legítima expectativa das partes ser o remédio padrão, o direito não ofereceu razões convincentes para ela até muito recentemente. Ver artigos de Birmingham, nota 2 *supra*.

**63** Deve ficar claro que nessa situação as defesas usuais de formação ou de cumprimento não estão em discussão. Assim, a consideração econômica a respeito de qual parte era o segurador mais em conta contra a contingência inesperada que frustrou o cumprimento do contrato não é relevante.

**64** Ver Goetz e Scott, *Measuring Sellers' Damages: The Lost-Profits Puzzle*, 31 *Stan. L. Rev.* 323, 330-335, 346-348 (1979) (concluindo que em um mercado competitivo, indenizações pelos lucros cessantes são inapropriadas); ver, também, Goldberg, *An Economic Analysis of the Lost- V. Retail Seller*, 57 *S. Cal. L. Rev.* 283, 292-293 (1984).

**65** Ver Carroll, *Four Games and the Expectancy Theory*, 54 *S. Cal. L. Rev.* 503 (1981) (insistindo em uma maior disponibilidade da execução específica, em grande parte porque indenizações de danos com base na legítima expectativa das partes serão provavelmente subcompensatórias).



**66** No exemplo da venda da casa, o excedente de *B*, de US\$ 15 mil, foi adequadamente protegido apenas pela indenização dos danos com base na legítima expectativa. Ver notas 60 a 62 *supra*.

**67** O exemplo mais notório de quão errado esses palpites podem estar é de *Peevyhouse vs. Garland Coal & Mining Co.*, 382 P. 2d 109 (Okla.), *cert. denied*, 375 U.S. 906 (1963). Para uma discussão desse caso ver Linzer, nota 11 *supra*, p. 134-38.

**68** Restatement (Second) of Contracts §§ 272, 377 (1979).

**69** Para uma pesquisa de casos recentes, ver Muris, Cost of Completion or Diminution in Market Value: The Relevance of Subjective Value, 12 *J. Legal Stud.* 379, 396-99 (1983). Muris argumenta que nenhuma regra geral é apropriada; em vez disso, os tribunais devem proteger a valoração subjetiva do comprador determinando, aparentemente com base caso a caso, a forma mais barata de indenização dos danos com base na legítima expectativa. *Id.*, p. 395-396.

**70** 22 Am. Jur. 2D Damages § 46 (1965).

**71** *Hadley vs. Baxendale*, 156 Eng. Rep. 145 (Ex. 1854); *Evra Corp. vs. Swiss Bank Corp.*, 673 F. 2d 951 (7th Cir. 1982), *noted in* 71 ILL. B.J. 506 (1983).

**72** *Freund vs. Washington Square Press*, 357 N. Y. S. 2d 857, 314 N.E.2d 419 (1974); *Griffen vs. Colver*, 16 N.Y. 489, 491 (1858).

**73** Restatement (Second) of Contracts § 350 (1979); UCC §§ 2-703, 2-704, 2-706, 2-711, 2-712 (1977); Farnsworth, nota 48 *supra*, p. 1158.

**74** Essas diretrizes, embora tornem a resolução da disputa mais eficiente, também diminuem a tendência de promover apenas quebras eficientes porque *A* tem menor probabilidade de ser forçado a deixar *B* tão bem quanto esperado com o cumprimento do contrato.

**75** Pode haver alguma relutância, entretanto, de ambas partes, em dar informações sobre o lucro esperado, uma vez que essa atitude aumenta a força de barganha da outra parte. Se uma parte sabe antecipadamente que a outra parte espera um lucro de US\$ 10 mil, ela pode negociar por termos que deem a ela um lucro maior.

**76** Um contrato de completa contingência incluiria provisões para lidar com qualquer contingência futura concebível. Certamente os custos desse tipo de especificação são

proibitivos. Parece ser muito mais verossímil acreditar que partes contratuais especifiquem contingências até o ponto no qual os custos de especificar o que deve ser feito no evento de outra contingência é igual ao benefício esperado de alocar a responsabilidade pela perda no evento daquela contingência.

**77** Shavell, nota 58 *supra*, p. 485. Para uma análise de eficiência de outros aspectos de contratos, ver, Diamond e Maskin, An Equilibrium Analysis of Search and Breach of Contract, I: Steady States, 10 *Bell J. Econ.* 282 (1979) (impacto na eficiência de medidas de indenização por assumir um processo dispendioso de *stochastic* por parceiros contratuais); Farber, Reassessing the Economic Efficiency of Compensatory Damages for Breach of Contract, 66 *Va. L. Rev.* 1443 (1980) (questionando os aspectos eficientes do princípio da compensação estrita); Polinsky, nota 31 *supra* (capacidade do remédio contratual de alocar o risco de forma ideal).

**78** Rogerson, “Efficient Reliance and Damage Measures for Breach of Contract”, Working Paper N. 8 (Apr. 1983), Law & Economics Workshop Series, Stanford University Law School.

**79** *Idem*, p. 5.

**80** *Idem*, p. 6.

**81** J. Dawson e W. Harvey, *Contracts*, 132-137 (3. ed., 1977).

**82** Ver *Black’s Law Dictionary*, 1024 (5. ed., 1979).

**83** Restatement (Second) of Contracts § 359(1) e comentários ao (1979); ver, também, UCC § 2-716 (1977). Uma lista exaustiva de contratos que os tribunais são prováveis de *enforce* pela execução específica é dada em 5A A. Corbin, *Contracts* §§ 1143-1155 (1964). Entre aqueles identificados estão os seguintes: contratos para a venda de árvores para madeira de construção; contratos para a venda de terra ou para a venda de outros bens únicos; contratos requerendo cumprimento em prestações, por exemplo, pensão alimentícia e a promessa de uma companhia de seguros de pagar benefícios em prestações; contratos para a venda de ações de emissão de uma companhia, se as ações não podem ser obtidas no mercado e a indenização do autor não pode ser fixada; contratos para emprestar dinheiro, mas apenas se o promissário tem mudanças substanciais em sua posição desde a celebração, fez novos contratos, e já transferiu toda sua terra para segurança; contratos para o benefício de uma terceira pessoa; e contratos por um *trustee*, devido ao fato histórico

de que *trusts* foram criados pelos tribunais de equidade e permaneceram fora do alcance dos tribunais de *common law* durante muito tempo. Corbin também enumera os tipos de contratos nos quais tribunais geralmente recusarão conceder a execução específica, mesmo se os remédios legais são inadequados. Id. §§ 1162- 1176. Estes incluem os casos de frustrações contratuais devidas à impossibilidade, fraude, erro e semelhantes.

**84** UCC § 2-716 (1) (1977) (“[e]xecução específica pode ser decretada ainda se os bens são únicos ou em outras circunstâncias próprias”).

**85** A. Casner e W. Leach, *Cases and Text on Property* 725 (3. ed. 1984); Farnsworth, nota 48 *supra*, p. 1154. Mais cf: Unif. Land Transactions ACT 2-506(b), 13 U.L.A. 633-64 (1977) (rejeitando a ideia de que um vendedor de propriedade tenha automaticamente o direito à execução específica).

**86** Speidel, Court-Imposed Price Adjustments Under Long-Term Supply Contracts, 76 *Nw. U.L. Rev.* 369, 390-392 (1981); UCC 5 2-716, com. 2 (1977).

**87** Restatement (Second) of Contracts §§ 362, com. a, 363, 364, 366 (1979). Assim, enquanto os remédios legais pela quebra de contratos de trabalho e outros serviços profissionais tipicamente resultaria em subcompensação, tribunais geralmente negarão a concessão da execução específica como um remédio. Restatement (Second) of Contracts § 367(1) (1979) estabelece que a execução específica de uma promessa de serviço personalíssimo, i.e., não delegável, não seria decretada. Ver, também, *idem*, § 361 ilustrações 1 e 2, com relação aos deveres de se abster, especificadamente de não competir.

**88** Ver notas 78 a 80 *supra*.

**89** Schwartz, nota 6 *supra*, alcançou a mesma conclusão por razões relacionadas, mas distintas, às minhas.

**90** Calabresi e Melamed, Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral, 85 *Harv. L. Rev.* 1089 (1972). Os artigos posteriores comentando vários aspectos desse artigo seminal são: Frech, The Extended Coase Theorem and Long Run Equilibrium: The Nonequivalence of Liability Rules and Property Rights, 17 *Econ. Inquiry* 254 (1979); Polinsky, Controlling Externalities and Protecting Entitlements: Property Rights Liability Rules and Tax- Subsidy Approaches, 8 *J. Legal Stud.* 1 (1979); e Polinsky, On the Choice Between Property Rules and Liability Rules, 18 *Econ. Inquiry* 233 (1980).

**91** Calabresi e Melamed, nota 90 *supra*, p. 1105-10. A medida cautelar desse modelo deve ser entendida como abarcando tanto uma medida cautelar com obrigação de não fazer, proibindo que o requerido faça alguma coisa como uma medida cautelar com obrigação de fazer, exigindo que efetivamente se faça alguma coisa. Como uma medida cautelar condicional pode se enquadrar no cenário de Calabresi e Melamed não está inteiramente claro. Ver Rabin, Nuisance Law: Rethinking Fundamental Assumptions, 63 *Va. L. Rev.* 1299, 130041 (1977). A regra de propriedade de Calabresi e Melamed deve também ser interpretada para cobrir o caso no qual o tribunal sumariamente indefere a demanda; em tais circunstâncias, o tribunal pode ser acusado de ter dado o título para o requerido e de ter protegido aquele título por meio de uma regra de propriedade na medida em que, desta forma, o único meio do autor de ganhar acesso ao título é comprá-lo do requerido.

**92** Posner, nota 1 *supra*, p. 48-52.

**93** Calabresi e Melamed, nota 90 *supra*, p. 1101. Para uma discussão das situações nas quais os custos de transação provavelmente são altos, ver notas 130 a 133 *infra*.

**94** *Idem*, p. 1125.

**95** *Idem*, p. 11, 19-24. Eles também sugerem que pode haver circunstâncias nas quais a sociedade protege títulos de maneira mais eficiente ao proibir sua troca no mercado ou por meio de uma determinação objetiva do valor por um tribunal. Apesar da questão de quando uma regra de inalienabilidade provavelmente é a regra mais eficiente ser importante seja interessante, não desempenha um papel na análise de remédios contratuais e, dessa forma, não será discutida aqui. *Idem*, p. 11-15.

**96** Sobre o problema de *hold-out* e o problema do carona (“*free rider*”), estritamente associado, ver II. Kohler, nota 3 *supra*, p. 559-60. O problema do carona teria surgido na situação supradescrita se o tribunal tivesse escolhido proteger aquele direito por uma regra de propriedade. Ou seja, se os residentes valorizassem o direito de ser livres da poluição mais do que a fábrica valorizava seu direito de poluir, os custos para os residentes de comprar este direito da empresa teriam aumentado significativamente já que muitos residentes deixariam que os seus vizinhos arcassem com todos os custos de negociar e concluir uma troca com a empresa, na esperança de que posteriormente eles pudessem aproveitar os benefícios de uma redução na poluição sem ter que incorrer nos custos de interferir na troca. Esses residentes teriam pegado uma carona nos esforços de seus vizinhos em comprar esse direito.

**97** É claro, isso não quer dizer que o nível de indenizações deve ser estabelecido em

tal maneira a permitir que a empresa compre o direito de poluir dos residentes. As indenizações devem ser estabelecidas de tal modo que elas se aproximem do preço no qual os residentes teriam estado dispostos a vender esse direito, se os custos de transação tivessem sido baixos. Se o nível de indenizações foi determinado corretamente e tal que a esse preço não teria valido a pena para a empresa continuar suas operações, então ela fecha e liquida para extinguir as demandas dos residentes. Esse resultado é, por definição, o resultado eficiente se o nível de indenizações foi corretamente determinado a qualquer outro preço, a fábrica pode pagar as indenizações e continuar sua operação.

**98** O único “porém” dessa declaração tem a ver com os efeitos de comportamento estratégico nas negociações pós-quebra. Ver notas 132 a 135 *infra*.

**99** Ou, mais precisamente, a execução específica levaria as partes a gastar recursos de maneira menos eficiente do que elas o fariam tendo indenizações como o remédio padrão?

**100** Kronman, nota 6 *supra*, p. 363-365.

**101** *Idem*, p. 362.

**102** 5 A. Corbin, *Contracts*, § 1034 (1964).

**103** Kronman, nota 6 *supra*, p. 364.

**104** *Idem*, p. 365.

**105** Isso porque o promitente apenas quebrará se ele estiver em melhor situação quebrando, i.e. alguém oferece a ele mais dinheiro. Se ele apenas tem que pagar indenização, ele pode ficar com todo o dinheiro adicional, a menos que o promissário possa resolver o problema de provar que sua legítima expectativa é maior do que os custos contratuais. Se, entretanto, a execução específica é o remédio, o vendedor deve usar aquele dinheiro adicional para comprar do comprador o direito de executá-lo forçadamente.

**106** Kronman, nota 6 *supra*, p. 368-369.

**107** Ver 71 Am. Jur. 2D Specific Performance § 112 (1973): A questão subjetiva mais comumente envolvida em uma ação requerendo execução específica é aquela de contrato para a venda de terra ou contratos que envolvem interesses em bens imóveis. A razão para

isso está (...) no fato de que o remédio legal é menos provável de ser adequado no caso de terra do que no caso de outra propriedade (...) O aspecto mais importante da terra, que concerne a jurisdição da execução específica, é que nenhum pedaço de terra tem uma cópia em outro lugar, além da impossibilidade de ser duplicado através do uso de qualquer quantia de dinheiro. Nota de rodapé omitida. Ver, também, *Dickinson vs. McKenzie*, 197 Ark. 746, 126 S.W.2d 95 (1939); *McVoy vs. Baumann*, 93 N.J. Eq. 638, 117 A. 725 (1922).

**108** Ver, p.ex., *Stokes vs. Moore*, 262 Ala. 59, 77 So. 2d 331 (1955); *Diamond Match Co. vs. Roeber*, 106 N. Y. 473, 13 N.E. 419 (1887); *Mitchell vs. Reynolds*, 24 Eng. Rep. 347 (Ch. 1711). Ver Goldschmid, *Anti-trust's Neglected Stepchild: A Proposal For Dealing With Restrictive Covenants Under Federal Law*, 73 *Colum. L. Rev.* 1193 (1973).

**109** *Hogan vs. Norfleet*, 113 So. 2d 437 (Fla. Dist. Ct. App. 1959).

**110** 10 Am. Jur. 2D Bastards 8 73.

**111** *Goddard vs. American Queen, Inc.*, 44 A. D. 454, 61 N. Y. S. 133 (1899).

**112** Van Hecke, *Changing Emphases in Specific Performance*, 40 *N. C. L. Rev.* 1, 1-3 (1961).

**113** Ver Farnsworth, nota 48 *supra*, p. 1155; Speidel, nota 86 *supra*; Van Hecke, nota 112 *supra*, p. 7-8.

**114** Ver, p.ex., MD. Ann. Code art. 16, § 169 (1981); Mass. Ann. Laws ch. 214, § 1A (Michie/Law. Co-op. 1955). A mudança foi recomendada pelo Conselho Judicial de Massachusetts, que aparentemente percebeu que, em uma economia fortemente regulada, indenizações não eram mais equivalentes ao cumprimento. Para uma discussão dessa abordagem estatal, ver Van Hecke, nota 112 *supra*, p. 9-11.

**115** 5A A. Corbin, *Contracts* § 1142, p. 125-26 (1951).

**116** Ver A. Von Mehren e J. Gordley, *The Civil Law System*, p 108-1121 (2.ed. 1977); Dawson, *Specific Performance in French and German Law*, 57 *Mich. L. Rev.* 495, 524 (France), 529-530 (Germany) (1959). A execução específica é também o remédio padrão na maioria dos países comunistas, provavelmente porque os mercados nos quais o inadimplente pode realizar uma transação semelhante não estão disponíveis. Ver Grossfeld, *Money Sanctions for Breach of Contract in a Communist Economy*, 72 *Yale L. J.* 1326, 1330-1331 (1963).

**117** Alternativamente, pode ser argumentado que a execução específica não é, na prática, o remédio contratual padrão em países de *civil law*. Alguns estudiosos notam uma tendência em direção à convergência em remédios contratuais em países de *civil* e de *common law*. Ver Von Mehren e Gordley, nota 116 *supra*, p. 1122-1123. Existem, entretanto, poucos dados empíricos sobre esse ponto.

**118** O fato de não termos análises empíricas da porcentagem de disputas de contratos resolvidas por meio de indenizações ou execução específica prova quão longe temos que ir ao fazer uma análise positiva da lei. Tampouco sabemos com certeza como ou mesmo se esses percentuais variaram ao longo do tempo. Com a informatização de relatórios de casos, o custo de fazer tal análise pode ter caído o suficiente para torná-la viável.

**119** Ver notas 27 a 29 *supra*.

**120** Ver nota 45 *supra*.

**121** É uma questão interessante se a indisponibilidade de indenizações estipuladas em excesso aos danos efetivamente apurados e de estipulação de execução específica tem feito os custos de trocar promessas para as quais alguma parte atribui uma valoração subjetiva ineficientemente altos. Porque existe ainda algum ganho a ser percebido de se trocar essas promessas, as partes podem ter sido forçadas a contratar ao redor da relutância da lei de permitir a elas proteger suas valorações subjetivas no momento da formação do contrato.

**122** Ver nota 32 *supra*.

\* A cláusula *in terrorem* é aquela que colocada em um testamento ou contrato com o propósito de intimidar o beneficiário e, portanto, assegurar seu compromisso. (N. T.)

**123** Os custos serão minimizados apenas se a opção de estipular indenização até o montante da valoração subjetiva delas se tornar disponível rotineiramente.

**124** Ver notas 90 a 97 *supra*.

**125** Também notei que havia mais para o argumento que o mero valor de custos de transação. Poderia ser, p.ex., que mesmo não sendo os custos de transação muito baixos, os custos com um tribunal determinando a expectativa do promitente são tão altos que seria mais barato deixar aquela determinação para negociações entre as partes afetadas envolvendo execução específica. Ver notas 136 a 140 *infra*.

**126** Ver Cooter e Kornhauser, nota 12 *supra*, p. 150-156. Priest e Klein, The Selection of Disputes for Litigation, 13J. *Legal Stud.* 1, p. 14-16 (1984), argumentam que o montante que cada parte estima seus erros é do padrão da verdade o menos provável no litígio.

**127** Para estabelecer esse ponto, o exemplo ignorou as complicações introduzidas em assumir que litigar é caro.

**128** Note que, se a execução específica fosse o remédio padrão, as partes nessa hipótese não ficariam melhor em um julgamento do que elas ficariam estabelecendo um acordo.

**129** Ver G. Williamns, *Legal Negotiation and Settlement*, p. 48-50 (1983).

**130** Apesar de ninguém ter chamados esses custos de transação “objetivos”, estes são os elementos mais comuns das listas usuais destes custos. Ver Kohler, nota 3 *supra*, p. 32-33.

**131** Isso não quer dizer que não há condições subjetivas ou atributos dos litigantes que devessem ser levados em consideração como custos de transação aplicando a regra proposta por Calabresi e Melamed.

**132** Ver Polinsky, Resolving Nuisance Disputes: The Simple Economics of Injunctive and Damages Remedies, 32 *Stan. L. Rev.* 1075, 1078 (1980).

**133** *Idem*, p. 1078; ver, também, Cooter, The Cost of Coase, 11 *J. Legal Stud.* 1, 17-18, 20-27 (1982), para exemplos adicionais. Alguns comentaristas, p.ex.. Posner, nota 1 *supra*, p. 45, consideram que o comportamento estratégico é mais provável de surgir em situações de monopólio bilateral. Um monopólio bilateral surge quando um único comprador e um único vendedor ficam frente a frente. O preço e a oferta que resulta não são determinados, como eles são quando existem vendedores competindo e compradores competindo. Ver J. Henderson e R. Quandt, *Microeconomic Theory*, p. 244-249 (1971). A literatura econômica acentua essa indeterminação do preço e da quantidade em um monopólio bilateral. Em nenhum lugar essa literatura sugere que não ocorrerá uma troca entre monopolistas.

**134** Ver nota 98 *supra*.

**135** Esses mesmos atalhos da interpretação de comportamento estratégico se aplicam a alegação que remédios de injunção criam um incentivo para a parte que detém a medida



judicial extorquir a outra parte. Ver Polinsky, nota 132 *supra*, p. 1077-1078. Na melhor das hipóteses, essa extorsão é na realidade uma questão de distribuição, não uma questão de eficiência. Alguém pode também discutir que, no acordo da quebra contratual, o requerido sabia ou deveria saber da possibilidade de ficar “preso” ao autor se a execução específica fosse concedida na hipótese de quebra. Tendo conhecimento desta possibilidade, o requerido deveria, dessa forma, ter descontado a perda na quebra pela probabilidade da ocorrência. Como esse cálculo poderia ter sido feito a um custo razoável, não haveria razão de eficiência para o tribunal redistribuir o excedente da quebra: o requerido foi compensado *ex ante* por assumir o risco que um melhor comprador apareceria antes do cumprimento do contrato.

**136** Foi um desejo evitar precisamente esses problemas de instrução encorajando partes contratantes a trocarem informações sobre suas valorações subjetivas quanto ao cumprimento que esta no centro do argumento para conferir *enforcement* a cláusulas penais, mesmo àquelas com certo elemento punitivo. Ver notas 29 a 43 *supra*.

**137** Ver Posner, *Strict Liability: A Comment*, 2 *J. Legal Stud.* 205, 209 (1973). O juiz Posner também nota que, porque os custos para o autor de trazer uma demanda sobre o regime de responsabilidade objetiva são muito menores do que aqueles sob o regime de responsabilidade subjetiva, a responsabilidade objetiva pode levar a mais ações judiciais ou mais gastos em cada ação. A rede de resultado de uma troca de responsabilidade subjetiva para responsabilidade objetiva talvez seja então um acréscimo nos custos totais dos processos.

**138** Restatement (Second) of Torts §§ 289-296 (1965).

**139** Restatement of Contracts § 379, com. *d* (1932): “A recusa de afirmação específica de *enforcement* nesses casos é baseada em parte sobre a dificuldade de conferir *enforcement* e de julgar a qualidade do adimplemento, e em parte sobre o não desejo de compelir a continuação de associação pessoal depois que disputas surgiram e confiança e lealdade desencareceram. Em alguns casos a ordem judicial teria que se assemelhar com o *enforcement* de servidão involuntária”.

**140** Ver notas 188 a 195 *supra*.

**141** Ver Schwartz, nota 7 *supra*, p. 287; ver, também, Yorio, *In Defense of Money Damages for Breach of Contract*, 82 *Colum. L. Rev.* 1365, 1380-1382 (1982).

**142** Yorio, nota 141 *supra*, p. 1384.

**143** Idem, p. 1384-1385.

**144** Idem, p. 1385.

**145** Idem.

**146** Schwartz, nota 6 *supra*, p. 287.

**147** Idem, p. 287-288.

**148** Idem, p. 288.

**149** É necessário uma diferença entre os usos dos dois compradores é necessária para que haja um ganho particularmente grande em jogo decorrente da venda para o segundo comprador. Se o segundo comprador está planejando o mesmo tipo de uso do que o primeiro comprador, então o preço que ele estaria disposto a pagar ao vendedor não seria significativamente diferente do que o preço do contrato original. Assim, não haveria muito a ser ganho nas negociações prolongadas entre o primeiro comprador e o vendedor.

**150** Schwartz, nota 6 *supra*, p. 289-290.

**151** Idem, p. 290.

**152** Idem, p. 290-291.

**153** Restatement of Contracts § 346 (1932).

**154** Schwartz, nota 6 *supra*, p. 285.

**155** Essa questão tem ampla aplicação. Um tribunal preocupado em estabelecer regras jurídicas eficientes pode se encontrar impondo o que aparenta ser ineficientes perdas com desperdício em um esforço de influenciar comportamentos futuros, para que estes se tornarem mais eficientes. Talvez o melhor exemplo disto é o famoso caso *Jacob & Youngs, Inc. vs. Kent*, 230 N. Y. 239, 129 N.E. 889 (1921). Neste, uma cláusula contratual estabelecia o uso de uma marca específica de cano na contração de uma casa; o construtor substituiu por uma alternativa. Defendendo que o comprador detinha o balanço devido no contrato, o tribunal disse que seria um desperdício requerer que o construtor incorresse em custos extraordinariamente altos de quebrar as paredes interiores para colocar a marca

correta de canos. Enquanto nesse caso poderia ter havido ineficiências decorrentes do *enforcing* dos termos do contrato, não existe dúvida de que se o tribunal tivesse imposto os custos ao construtor, construtores futuros e outros teriam sido mais eficientemente cuidadosos sobre a decisão de, por conta própria, realizarem substituições sem consultar a outra parte.

**156** A exceção são Goetz e Scott, *The Mitigation Principle: Toward a General Theory of Contractual Obligation*, 69 *Va. L. Rev.* 967 (1983).

**157** Restatement (Second) of Contracts, § 350(1), coms. *b-c*, illus. 1-5, 7 (1979); ver, também, UCC §§ 2-708(1), 2-713(1), 2-715(2) (a) (1977).

**158** Goetz e Scott, nota 156 *supra*, p. 973.

**159** Uma possibilidade é uma decisão para uma execução específica condicional. Ao inadimplente seria concedido o *equitable relief* sob a condição de que tenha dado passos para mitigar suas perdas. Ver Rabin, nota 91 *supra*. É possível que um tribunal interprete a restrição que aqueles pretendendo o *equitable relief* tenham “mãos limpas” ao implicar que eles tenham dado passos para mitigar suas perdas. Em qualquer evento, o argumento desenvolvido a seguir sugere que não há necessidade para tornar a concessão condicional, tanto explicitamente quanto implicitamente, portanto, o inadimplente tem precisamente o mesmo incentivo para mitigar sob execução específica incondicional do que ele tem sob indenizações.

**160** Goetz e Scott, nota 156 *supra*, p. 1011.

**161** Ver notas 122 a 128 *supra*.

**162** *Neumiller Farms, Inc. vs. Cornett*, 368 So. 2d 272 (Ala. 1979); U.C.C.8 2-708(1) (1977). Pretendo deixar de lado as questões complexas se esse vendedor já sofreu alguma perda nos lucros por causa da quebra do comprador. Vamos assumir que esse é realmente o caso de perda no volume das vendas e, dessa forma, de perda de lucros.

**163** Esse ponto indica a conexão bem próxima entre a questão de custos relativos de cobertura, tratada na seção anterior, e mitigação.

**164** *B* pode ainda pagar para *S* um pouco mais que a soma acima mencionada. Por US\$ 2 mil mais os custos de revenda, *S* deve ser indiferente entre essa soma e receber execução

específica. Por um pouco mais, *S* preferiria vender seu direito a execução específica. Ver notas 39 e 40 *supra*.

**165** *BVA Credit Group. vs. Fisher*, 369 So 2d 606 (Fla. Dist. Ct. App. 1978); *Industrial Leasing Corp. vs. Thomason*, 96 Idaho 574 P. 2d 916 (1974).

**166** Se existe essa restrição no contrato, então é possível inferior que *R*, voluntariamente, tenha assumido o risco de ser obrigado a pagar todo o aluguel. Talvez *R* tenha conseguido um aluguel mais baixo em retorno por assumir esse risco, ou ele, depois da quebra, talvez possa comprar o direito de sublocar de *L*. Ver nota 168 *infra*.

**167** A possibilidade de tal acordo pós-quebra levar a um resultado eficiente é uma ramificação do argumento de que tal acordo substituirá o adimplemento ineficiente de um contrato no qual existe cláusula penal punitiva. Ver notas 39 e 40 *supra*.

**168** Ver, p.ex., *Peterson vs. Jefferson County*, 372 So. 2d 839 (Ala. 1979); *Lloyd vs. Murphy*, 25 Cal. 2d 48, 153 P. 2d 47 (1944); *Mitchell vs. Ceazan Tires, Ltd.* 25 Cal. 2d 45, 153 P. 2d 53 (1944).

**169** Antes da adoção do UCC, a maioria dos estados sustentava que danos emergentes fossem concedidos apenas se o vendedor soubesse do propósito do comprador de fazer a compra e se nenhum bem substituto estaria disponível no evento de uma quebra pelo vendedor. *Marcus & Co. vs. K. L. G. Baking Co.*, 122 N. J. L. 202, 3 A. 2d 627 (1939). UCC § 2-715(2) (1977) mantém os requerimentos do *common law*, estabelecendo que o vendedor deve pagar danos emergentes por “qualquer perda resultante de requerimentos gerais ou particulares e necessidades das quais o vendedor, no momento de contratar, tinha razão para saber e as quais não poderiam razoavelmente ser prevenidas por cobertura ou outro mecanismo”. Ver, também, *United Cal. Bank vs. Eastern Mountain Sports, Inc.*, 546 F. Supp. 945, 966-972 (D. Mass. 1982), *affd. mem.*, 705 F.2d 439 (1st Cu.1983). Alguns comentaristas sugerem que o critério sob o UCC relaxa o requerimento da previsibilidade. Ver Calamari e Perillo, *Contracts*, p. 551-553 (2.ed. 1977).

**170** 156 Eng Rep 145 (Ex. 1854).

**171** Restatement (Second) of Contract § 351(1979); Calamari e Perillo, nota 169 *supra*, p. 523-526.

**172** Posner, nota 1 *supra*, p. 94. Note a próxima conexão entre indenizações por danos

imprevistos, a questão de custos relativos de cobertura, e a doutrina da mitigação.

**173** Ver, p.ex., *Evra Corp. vs. Swiss Bank Corp.* 673 F2d 951 (7 Cir.), cert. denied, 459 U.S. 1017 (1982).

**174** *Kalil Bottling Co. vs. Burroughs Corp.*, 127 Ariz. 278, 619 P.2d 1055 (Ct. App. 1980); *Bakal vs. Burroughs Corp.*, 74 Misc. 2d 202, 343 N. Y. S. 2d 541 (1972).

**175** Ver discussão de multa contratual como a forma de seguro por perdas subjetivas legalmente não compensadas, nota 122 *supra*.

**176** Ver Schwartz e Wilde, *Imperfect Information in Markets for Contract Terms The Examples of Warranties and Security Interests*, 69 *Va. L. Rev.* 1387, 1398-1399 (1983); Priest, nota 12 *supra*, p. 66-71.

**177** Ver discussão sobre a impossibilidade com defesa em um processo com pedido de execução específica, nota 121 *supra*.

**178** J. Calamari e J. Perillo, nota 169 *supra*, p. 589 (execução específica vai geralmente ser negada se a consideração é apenas nominal, mesmo se seria suficiente para sustentar um contrato perante a lei). Em algumas jurisdições a defesa é legal. Ver, p.ex., Cal. Civ. Code 5 3391 (West 1970); *Lamb vs. Cal. Water & Tel. Co.*, 21 Cal. 2d 33, 129 P.2d 371 (1942). Ver, também, *In re Estate of Brown*, 130 Ill. App. 2d 514, 264 N. E. 2d 287 (1970) (permitindo inadequação de consideração como uma defesa quando também houve uma injustiça procedimental na formação do contrato).

**179** Ver, p.ex., *Carmen vs. Gunn*, 198 So. 2d 76 (Fla. Dist. Ct. App. (1967)); Calamari e Perillo, nota 169 *supra*, p. 589; Restatement (Second) of Contracts § 363 (1979).

**180** *Clayburg vs. Whitt*, 171 N.W.2d 623 (Iowa 1969); *Damazo vs. Neal*, 32 Md. App. 536, 363 A. 2d 252 (1976); Calamari e J. Perilo, nota 169 *supra*, p. 594-595.

**181** Os indivíduos engajados na análise econômica do direito têm, em geral, favorecido a teoria da barganha da consideração, na qual a adequação da consideração é deixada ao julgamento subjetivo das partes contratantes. Ver 2 W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* 440 (1776) (“no caso de arrendamentos, sempre reservando uma margem, qualquer que seja: qualquer uma das considerações, aos olhos da lei, converterá o presente (...), se não executada, em um contrato”); ver, também,

Batsakis *vs.* Demotsis, 226 S.W.2d 673 (Tex. Civ. App. 1949), e Posner, nota 1 *supra*, p. 69-71. A razão porque a análise econômica favorece essa teoria, ao invés de uma que analise uma medida objetiva de adequação da consideração, é que a teoria da escolha do consumidor na microeconomia moderna é baseada na noção de gostos individuais puramente subjetivos. Nessa teoria, as preferências dos consumidores são medidas em uma escala de utilidade ordinal, não cardinal, de forma que comparações interpessoais de utilidade não podem ser feitas. Isso significa que a teoria microeconômica moderna não reconhece nenhum critério objetivo de comparação à força das preferências ou gostos entre consumidores. Com relação à questão de remédio pela quebra de contratos, isso sugere que não há base na teoria econômica para examinar a adequação da consideração. E mesmo se houvesse, certamente não há nada sobre a forma particular de amparo pela qual a parte inocente espera que justifique que um tribunal investigue a adequação da consideração quando a execução específica é buscada, mas não investigue a adequação quando busca-se o remédio legal.

Se houve segurança suficiente para o cumprimento do promissário é uma questão que poderia ser analisada similarmente. Primeiro, a questão de adequação da segurança é melhor ser deixada para o julgamento das partes contratantes no momento que o contrato é celebrado. Segundo, não há razão aparente para um tribunal considerar a adequação da segurança quando se busca o *equitable relief*, mas não quando se busca o remédio legal.

Finalmente, nenhuma análise legal tradicional ou análise econômica favorece escusar o cumprimento por um promitente em razão de seu erro unilateral. Ver Posner, nota 1 *supra*, p. 71-74. Sendo assim, é inconcebível que um caso poderia ser feito para escusar a execução específica sob o fundamento de erro unilateral se o promissário requer a execução específica, mas não se ele requer indenizações.

A única ameaça consistente que ataca as defesas extraordinárias quando se concede a um promitente uma execução específica é aquela que vislumbra nestas defesas um aumentando dos custos para o promissário inocente, de requerer a execução específica e, assim, de desencorajá-lo a pedir esta forma de amparo.

**182** Ver Schwartz, nota 6 *supra*, p. 296. Uma inferência concorrente pode ser traçada de R. Posner, nota 1 *supra*, p. 95.

**183** Ver, p.ex., *Dover Shopping Center, Inc. vs. Cushman's Sons, Inc.*, 63 N.J. Super. 384, 164 A.2d 785 (1960); Restatement (Second) of Contracts § 366, com. a (1979); 5A A. Corbin, nota 115 *supra*, p. 48 1171, 1172; Van Hecke, nota 112 *supra*, p. 13-16.

**184** Pelo bem da conveniência, eu incluo sob a impossibilidade o caso de quebra involuntária. Ver UCC 8 2-615 (1977) para a doutrina de impraticabilidade comercial.

Ver, também, *Iowa Elec. Light & Power Co. vs. Atlas Corp.*, 467 F. Supp. 129 (N. D. Iowa 1978); Restatement of Contracts §§ 454-469, com. a (1932).

**185** Posner, nota 1 *supra*, p; 74-79; ver, também, Posner e Rosenfieldm, *Impossibility and Related Doctrines in Contract Law*, 6 *J. Legal Stud.* 83, p. 90-92, 97-108 (1977).

**186** Isso é uma forte assunção. A maneira pela qual isso hipoteticamente seria tratado é como se fosse uma situação de fraude. Se o dono do *resort* fez uma má representação fraudulenta do tempo, então o contrato foi formado invalidamente, nesse caso o remédio apropriado é a rescisão e a restituição.

**187** Em geral, economistas não têm olhado favoravelmente para a defesa de impraticabilidade comercial. Ver, p.ex., Joskow, *Commercial Impossibility, the Uranium Marker and the Westing house Case*, 6 *J. Legal Stud.* 119, 162-163 (1977). Com relação às preocupações levantadas aqui, a defesa de impraticabilidade comercial, se não é permitida, não significa, como a impossibilidade física, que uma concessão de execução específica seja de valor infinito. Apenas significa que, da mesma forma como qualquer concessão de execução específica, o requerido terá que pagar para o autor indenizações por danos baseadas na legítima expectativa deste como determinado em uma barganha pós-litígio entre os litigantes.

**188** Restatement (Second) of Contracts § 366 comment a (1979); ver, também, Rubin, nota 36 *supra*, p. 246.

**189** 5A A. Corbin, nota 115 *supra*, §§ 1171, 1172.

**190** Restatement (Second) of Contracts § 367 (1) (1979).

**191** Considere este exemplo: um casal, *C*, descobre que apesar de a mulher ser capaz de ficar grávida, ela não é capaz de levar o feto ao final da gravidez. O casal celebra um contrato com *M*, uma mãe de aluguel, que concorda em ter o embrião fertilizado do casal em seu útero, para levar o feto ao final da gravidez, dar a luz à criança e então, devolver o bebê para *C*. Imagine, primeiro, as complexidades em especificar em um contrato e negociar a respeito das contingências relevantes e das ações a serem tomadas no evento de essas contingências ocorrerem. Imagine, ainda, as questões que surgem se *M* declara sua intenção de quebrar o contrato e *C*, a processa. Assumindo que o tribunal entenda que *M* quebrou o contrato, serão os custos de determinar e conceder a *C* suas perdas, decorrentes de sua legítima expectativa em indenizações, maiores ou menores do que os

custos de supervisão de *enforcing* a execução específica? Para uma discussão lúcida e detalhada destas e correlatas, ver L. Andrews, *New Conceptions*, p. 226-233 (1984).

**192** Rubin, nota 36 *supra*, p. 243-246, argumenta que a execução específica não deve ser o remédio padrão para a quebra porque não é um remédio “auto” *enforcing* e impõe custos ao público os quais deveriam ser melhor alocados pelas partes contratuais. Ele estava especialmente preocupado com altos custos de supervisão, mas não reconheceu a possibilidade de que essa questão poderia ser internalizada adequadamente.

**193** Ver discussão de como a reputação como uma força de mercado pode levar a quebra apenas quando é mais eficiente inadimplir do que cumprir, notas 17 a 23 *supra*.

**194** Essa foi o cerne da crítica de Rubin sobre a execução específica. Ver Rubin, nota 36 *supra*.

**195** Fed. R. CIV. P. 53(b) estabelece que o uso de um especialista “deve ser a exceção e não a regra”. Ver Schwartz, nota 6 *supra*, p. 279-284. Ver Brazil, Referring Discovery Tasks to Special Masters: Is Rule 53 a Source of Authority and Restrictions?, 83 *AM. B. Found. Research J.* 143 (1983).

**196** Ver Priest e Klein, nota 126 *supra*, p. 2-5.

**197** Para uma pesquisa geral sobre as técnicas e conclusões de econômica experimental, ver Smith, Microeconomic Systems as an Experimental Science, 72, *Am. Econ. Ver.* 923 (1982). Uma pesquisa recente da pequena e crescente literatura sobre o custo de técnicas experimentais na análise econômica do direito é Hoffman e Spritzer, Experimental Law and Economics: An introduction, *Colum. L. Ver.* (forthcoming). Ver, também, para um exemplo particular, Grether, Schwartz e Wilde, “Experimental Tests de Informação Imperfeita”, Califórnia Institute of Technology Social Science Working Paper (1984).

#### **The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies**

Thomas S. Ulen

*Michigan Law Review*, Vol. 83, No. 2 (Nov., 1984), pp. 341-403

Publicado por: The Michigan Law Review Association

Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1288569>

DOI: 10.2307/1288569





6.

**MEDIDAS DE DANOS PARA QUEBRA DE CONTRATO**

Steven Shavell\*

**1. INTRODUÇÃO****Observações gerais**

Quando um contrato é criado existe sempre a possibilidade de que uma das partes não o cumpra. Se isso acontece, a parte que quebra o contrato muitas vezes paga, à outra parte, pelos “danos” causados; esse valor é determinado de diversas formas – por lei ou regulamentação, por costumes comerciais ou hábito, por um acordo prévio e explícito entre as partes (a chamada apuração de danos). Consideraremos aqui o valor pago como associado a uma *medida de danos*, entendendo que esse termo deve ser compreendido em seu sentido mais amplo.<sup>1</sup>

Ao se considerar a natureza e a função de medida de danos, é necessário primeiramente lembrar a noção de contrato completo, isto é, o contrato que prevê todas as contingências possíveis. Esse é um acordo que especifica as obrigações das partes contratantes e os pagamentos a serem feitos diante de cada uma das circunstâncias concebíveis. Tal acordo pode ser tão bem adaptado quanto for possível às habilidades e necessidades das partes. Se o acordo é construído dessa forma, e se não há mudanças mutuamente benéficas que as partes possam fazer (visando ao futuro), então ele é considerado um contrato de contingências completo Pareto-eficiente.

Resulta da definição que um contrato de contingências completo Pareto-eficiente é um contrato em que as partes aderem tendo em consideração seu próprio interesse. Elas esperarão que os danos por falhas no cumprimento dos termos do contrato tenham consequências relativamente custosas, para que os termos sejam *sempre* cumpridos.<sup>2</sup>

Entretanto, os contratos costumam ser garantidos por meio de medidas de danos, que não são tão rigorosas, a ponto de as partes serem sempre compelidas a cumprir os seus termos; os contratos são frequentemente quebrados. Portanto, somos levados a concluir que os contratos não são sempre

Pareto-eficiente. E, claro, os contratos não costumam prever muitas contingências; eles deixam muitas coisas indeterminadas.<sup>3</sup> Para entender a relação entre incompletude e medidas de danos para quebras, consideremos o exemplo a seguir.

Suponha que um comprador contrate e pague adiantado a um vendedor para que ele produza e entregue uma máquina; o valor de ter a máquina para o comprador é de US\$ 200,00, e as contingências relevantes dizem respeito ao custo de produção, que se tornará conhecido para o vendedor antes de ele iniciar o processo de produção. Vamos assumir que o contrato é Pareto-eficiente e depende do custo de produção. Esse contrato *especificaria* que o vendedor deverá continuar a produção se o custo for menor do que os US\$ 200,00 do valor da máquina para o comprador, e o vendedor não deverá continuar a produção se o custo exceder US\$ 200,00.<sup>4</sup> Agora, vamos assumir que o contrato não dependa do custo de produção. (O motivo pelo qual isso pode acontecer será discutido mais à frente.) Em vez disso, suponha que o contrato afirme meramente que o vendedor “deverá produzir e entregar a máquina”, e estipule que o vendedor deverá pagar ao comprador, digamos, US\$ 200,00, caso ocorra um inadimplemento. Claramente, nesse contrato, o vendedor seria *induzido* a agir como se estivesse *explicitamente obrigado* a se comportar dentro dos termos de um contrato de contingências completo: se o custo de produção for menor do que US\$ 200,00, seria mais barato ao vendedor cumprir do que descumprir e pagar os danos; se o custo de produção for maior do que US\$ 200,00, seria mais barato para o vendedor descumprir o contrato e pagar os danos do que cumprir o contrato de entrega.<sup>5</sup> (Fica claro que não seria do interesse de ambos que o comprador e o vendedor estipulassem uma indenização tão alta a ponto de que o vendedor sempre cumprisse suas obrigações contratuais de “produzir e entregar a máquina”, dado que, neste caso, ele preferiria produzi-la mesmo quando o custo de produção exceder US\$ 200,00.)

Esse exemplo mostra que uma medida de danos para um inadimplemento pode criar incentivos para as partes de um contrato, que não prevê várias contingências, ajam de forma semelhante a um contrato de contingências completo Pareto-eficiente (na verdade, neste caso, o comportamento seria idêntico).

Caso se pudesse garantir que medidas de danos para inadimplementos serviriam como uma espécie de substituto para contratos de contingências completos, ainda restaria esta pergunta: Por que existe a necessidade de substitutos –, e deveriam ser revistas duas respostas comuns. A primeira afirma que, dado os custos envolvidos na enumeração e negociação das obrigações contratuais de uma série de contingências relevantes, é normalmente insensato objetivar a completude.<sup>6</sup> Ou seja, se a probabilidade da contingência (ou classe de contingências – um evento) for baixa, então será menos custoso para as partes resolverem as dificuldades, quando aparecerem, do que arcarem com os custos de prevenção contra tais contingências por meio do contrato.<sup>7</sup>

A segunda razão para a necessidade de substitutos para contratos completos contempla a dificuldade – ou impossibilidade –, para uma das partes verificar a ocorrência de certas contingências e assim dizer se a outra parte está cumprindo o contrato.<sup>8</sup>

No exemplo dado, podemos imaginar que o comprador seja incapaz de determinar qual é o custo de produção verdadeiro – talvez isso exigisse dele um conhecimento detalhado do processo de produção ou dos preços dos insumos materiais; o comprador não saberia se o custo de produção excedeu os US\$ 200,00; isso tornaria um contrato dependente de custos de produção sem sentido. A importância do problema de uma das partes não ser capaz de verificar facilmente a ocorrência de contingências pode ser significativa, quando se começa a refletir sobre os tipos de contingências que podem ser pertinentes em uma situação contratual. Existem muitos aspectos da posição de um vendedor que importam a ele e os quais o comprador não pode observar, e às vezes nem mesmo reconhecer;<sup>9</sup> o mesmo ocorre com a posição do comprador.<sup>10</sup>

Os argumentos dos dois últimos parágrafos devem justificar o interesse no tema deste artigo, que é discutir como medidas de danos para quebra de contratos funcionam, e como elas se comparam, uma vez que os contratos não estipulam explicitamente “*qualquer* contingência”. Esta é uma hipótese extrema, mas ela é apropriada para o objetivo de se explicitar o entendimento a respeito do papel das medidas de danos como substitutas para contratos de contingências Pareto-eficientes.<sup>11</sup>

## Resumo informal

No modelo a ser examinado,<sup>12</sup> um comprador neutro ao risco faz um contrato com um vendedor, também neutro ao risco, para a entrega de um bem ou para a execução de um serviço.<sup>13</sup> Como acabamos de explicar, o contrato não contém provisões para contingências; entretanto, as partes entendem que, se alguém descumpri-lo, deverá pagar um valor determinado por uma medida de danos.<sup>14</sup> Uma vez celebrado o contrato, o comprador ou o vendedor deverá decidir o nível de sua *confiança*, ou seja, que ações devem ser tomadas antes e com vistas à execução do contrato.<sup>15</sup> Em nosso exemplo, o comprador da máquina poderá incorrer em vários custos na expectativa da entrega; ele pode contratar e treinar trabalhadores para operar a máquina ou divulgar o bem a ser produzido com ela. Da mesma forma, o vendedor poderá incorrer em certos custos, antecipando a hipótese de que o comprador aceite a entrega; ele pode arcar com alguns custos de produção ou fazer desembolsos adiantados para o transporte. Depois que uma ou outra parte decide e age com confiança, todas as incertezas existentes no ambiente são resolvidas: o vendedor se informa sobre o custo de produção ou busca lances alternativos, e o comprador calcula o valor da execução ou busca ofertas alternativas. Então, o contrato será cumprido ou inadimplido.<sup>16</sup> As possibilidades de cumprimento parcial ou de renegociação<sup>17</sup> não são consideradas.

Como essas decisões sobre confiança e sobre quebra são feitas e, mais ainda, como elas são influenciadas pelas medidas de danos? A decisão sobre o inadimplemento depende das medidas de danos: uma parte descumprirá somente se sua posição, dado sua ação e a indenização prevista, for melhor do que se ele cumprir o contrato. Por outro lado, a decisão sobre a confiança depende das medidas de danos de uma forma mais complicada e, em certos aspectos, sutil. Considere a possibilidade de que uma parte que está decidindo sobre confiança pode *ela própria* desejar descumprir o contrato. Pensando dessa forma, ela pode se dar conta de que, se ela descumprir, deixará de obter os “benefícios” da confiança. Em nosso exemplo, os gastos do comprador, para contratação e treinamento de trabalhadores, etc., podem ser desperdiçados se ele descumprir o contrato. E o mesmo acontece com os gastos com custos de produção do vendedor, se ele decide descumprir o

contrato. Dado que a probabilidade de uma parte que se vê tentada a descumprir o contrato é influenciada pela medida de danos, sua decisão sobre confiança também será. Em segundo lugar, com relação à possibilidade de uma das partes no processo de confiança se tornar *vítima* de uma quebra de contrato, a medida de danos deve ser considerada por três razões distintas. A primeira é análoga ao que acabamos de mencionar, a medida de danos ajuda a determinar a probabilidade de se tornar vítima de uma quebra e, portanto, a probabilidade de obtenção dos benefícios de sua confiança. Segunda, o valor da indenização que receberá, como vítima de uma quebra, pode funcionar como um calibrador do nível de confiança. Terceira, dado que a indenização recebida pode alterar seu nível de confiança, ela pode também mudar a probabilidade de a outra parte descumprir quando ocorrerem alterações no seu nível de confiança.

Sabendo que as decisões sobre confiança e sobre descumprimento dependem da medida de danos, e dado também o valor do contrato, os valores esperados de um contrato, para o comprador e para o vendedor, podem ser determinados. Então, as medidas de danos podem ser comparadas não somente no sentido descritivo – como elas afetam diferencialmente confiança e adimplemento –, mas também de acordo com seu sucesso para as partes contratantes. Ou seja, em determinada situação contratual, uma medida de danos é Pareto-superior que a outra se ambas as partes puderem garantir a si mesmas um valor mais alto com um contrato.

Lembremos as várias medidas de danos comumente usadas. Na *medida de expectativa*, a parte descumpridora paga um valor que coloca a outra parte na posição em que ela estaria caso o contrato tivesse sido cumprido. Na *medida de confiança*, a parte descumpridora compensa a outra parte por seus gastos de confiança e restitui os gastos já realizados. Portanto, exceto na hipótese de oportunidades perdidas, a vítima do inadimplemento é colocada na posição em que ela estava antes de ter celebrado o contrato.<sup>18</sup> Na *medida de restituição*, a parte descumpridora devolve somente os pagamentos já realizados;<sup>19</sup> ela não compensa a outra parte por gastos de confiança. Além disso, se considera o caso de *inexistência de danos* – quando a parte descumpridora não restitui coisa alguma. Podemos prever o emprego dessa última medida nas situações em que os custos

de identificação dos danos são altos o suficiente para tornar seu pagamento impraticável.<sup>20</sup> (Outras medidas de danos podem certamente ser imaginadas, e serão comentadas aqui.)

Esboçaremos nossos resultados começando com a descrição de um contrato de contingências completo Pareto-eficiente. Nos termos desse contrato, uma parte somente deixará de cumprir quando e somente quando, dado a contingência e o nível de confiança, a soma dos valores ao comprador e ao vendedor puder ser aumentada. No caso dado, seria Pareto-eficiente para o vendedor deixar de cumprir todas as vezes que seu custo de produção excedesse o valor da máquina para o comprador, levando em conta sua confiança. Além disso, nesse contrato, o nível Pareto-eficiente da confiança refletiria a probabilidade de um descumprimento Pareto-eficiente (definido da forma já descrita). Uma vez que, na hipótese de um inadimplemento, os benefícios totais de confiança não seriam propriamente resultados, quanto maior a probabilidade de inadimplemento, mais baixo será o nível de confiança Pareto-eficiente, *ceteris paribus*. Em nosso exemplo, quanto maiores as previsões de custos de produção e, conseqüentemente, de quebras contratuais Pareto-eficientes pelo vendedor, mais baixo será o valor Pareto-eficiente que o comprador se comprometerá a investir para treinar empregados, gastar em propaganda, etc.

Com relação às medidas de danos, ressaltamos quatro pontos. (1) O pagamento de indenizações tende a promover comportamentos de quebra Pareto-eficientes. Implicitamente, isso força a parte que pretende inadimplir a levar em conta as perdas que isso imporá sobre a outra parte. (2) O recebimento da indenização pela vítima sempre resulta da sua escolha por um nível de confiança que excede o nível Pareto-eficiente. Isto porque a indenização assegura contra eventuais perdas de confiança. Assim, ao decidir seu nível de confiança, a parte não percebe que a confiança é, na verdade, como um investimento não pago para assegurar um cumprimento.<sup>21</sup> (3) A medida de expectativa é geralmente Pareto-superior à medida de confiança. Nenhuma dessas medidas, entretanto, pode ser objetivamente comparada com a medida de restituição ou com a hipótese de inexistência de danos; a relação depende da natureza do tipo da situação contratual. (4) Não existe uma medida de danos que leve, ao mesmo tempo,

a decisões Pareto-eficientes referentes ao inadimplemento e à confiança. Em outras palavras, não existe medida de danos que atue como um substituto perfeito para contratos de contingência completos.

Esses quatro pontos, contudo, oferecem apenas uma descrição em linhas gerais dos resultados. Portanto, mesmo os leitores que não estejam interessados nos detalhes da análise vão querer considerar as demonstrações formais das proposições na próxima seção; e eles devem também ler os comentários conclusivos, que são de natureza geral.

## 2. ANÁLISE DO MODELO

### Preliminares

Como já explicamos, assumiremos que um contrato é feito entre um comprador e um vendedor, ambos neutros ao risco<sup>22</sup> e, depois que a confiança é determinada, que a contingência se torna conhecida (o que será especificado depois), o contrato é ou não executado. Para simplificar, em nosso exemplo apenas uma das partes decide por confiança e somente uma – provavelmente a mesma – decide inadimplir. Assim, dois casos serão considerados: aquele em que uma parte opta por confiança e a outra parte pelo descumprimento, e o caso em que a mesma parte opta por ambos.

Eis a definição:

$r$  = nível de confiança;

$\theta$  = contingência;

$p(\cdot)$  = probabilidade sobre  $\theta$ ; e

$B$  = conjunto de quebra, ou seja,  $\{\theta \mid \text{o contrato não será executado}\}$ .

Aqui  $r$  é uma quantia não negativa e será determinada endogenamente;  $\theta$  é um escalar, a ser interpretado de forma variada;  $p(\cdot)$  é diferenciável<sup>23</sup> e dado de forma exógena, e  $B$  será determinado endogenamente.

No que segue será visto como, dada uma medida de danos, cada parte maximiza (sobre  $r$  e, no caso,  $B$ ) sua própria posição,<sup>24</sup>

$$\int_{\sim B} (\text{posição dada a execução}) p(\theta) d\theta + \int_B (\text{posição dada a quebra}) p(\theta) d\theta \quad (1)$$



enquanto se leva em consideração que a outra parte está fazendo o mesmo. A confiança e o conjunto de quebra serão determinados pelo comportamento de equilíbrio (de Nash) resultante das duas partes.

### Primeiro caso: Uma parte decide sobre confiança e a outra sobre quebra

Vamos definir os valores obtidos pelas partes contratantes como função de confiança, de contingência, e do fato do contrato ser ou não executado. Esses valores devem ser entendidos como *exclusivos de qualquer transferência monetária* entre as partes; eles são exclusivos do pagamento do preço de contrato e do pagamento de quebras de contrato. Sejam:

$v(r)$  = valor obtido pela parte que decide por confiança, dado que o contato é executado;

$\underline{v}(r)$  = valor obtido por esta parte se a outra parte quebra o contato;

$w(\theta)$  = valor obtido pela outra parte se ele cumpre o contrato e  $\theta$  é a contingência; e

$\underline{w}(\theta)$  = valor obtido por esta parte se ele não cumpre o contrato e  $\theta$  é a contingência.

Observe que a parte que escolhe confiança não se depara com incerteza de uma forma direta, o que ocorre com a outra parte. Isto quer dizer que a parte que decide sobre confiança não é aquela que decide sobre quebra.

Se considerarmos uma situação em que uma nova parte – um comprador alternativo ou um vendedor alternativo – puder ser envolvida numa quebra com uma das partes contratantes originais, devemos então nos referir a  $z(\theta)$ :

$z(\theta)$  = oferta feita por um comprador alternativo – ou o valor negativo da oferta feita por um vendedor alternativo – se esse indivíduo estiver envolvido na quebra e se  $\theta$  for a contingência.<sup>25</sup>

As ofertas são não negativas.

Será esclarecedor descrever em termos de notação os diversos tipos de exemplos.

- (a) *O comprador confia e o vendedor depara-se com incerteza sobre custos de produção:* Se o comprador executa certas atividades, antes de os custos de produção serem conhecidos pelo vendedor, o valor bruto  $v$  da execução do contrato, para ele, será aumentado;  $r$  é o nível dessas atividades de confiança, de tal forma que  $v(r) - r$  é o valor líquido do comprador, dada a execução. Entretanto, se o vendedor descumpre, o comprador obterá apenas  $\underline{v}(r)$  (valor parcial de confiança; ou seu valor, se o comprador encontrar um vendedor alternativo do bem – que, conjectura-se, entregará em uma data posterior), de tal forma que  $\underline{v}(r) - r$  é seu valor líquido nessa situação. O custo de produção do vendedor é influenciado por fatores aleatórios e é dado por  $c + \theta$ , onde  $c$  é uma despesa constante que precisa ser feita antes de  $\theta$  tornar-se conhecida, e onde  $\theta$  é a quantia adicional necessária para completar a produção. Se após conhecer  $\theta$  o vendedor quebra o contrato, ele obtém um valor parcial de  $s$ . Portanto,  $w(\theta) = -c - \theta$  e  $\underline{w}(\theta) = -c + s$ . Como não há novas partes envolvidas,  $\underline{z}(\theta) = 0$ .
- (b) *O comprador confia e o vendedor depara-se com incerteza sobre ofertas de compradores alternativos:* A descrição do comprador é como em (a), mas aqui o vendedor tem o bem no inventário e a incerteza é sobre quanto um comprador alternativo ofertaria pelo bem. Se  $\theta$  denota essa quantia, então  $\underline{z}(\theta) = \theta$  e  $w(\theta) \equiv \underline{w}(\theta) \equiv 0$  (dado que não há custos de produção).
- (c) *O vendedor confia e o comprador depara-se com incerteza sobre o valor do contrato:* É vantajoso ao vendedor começar o processo de produção cedo, antes do valor da execução do contrato se tornar conhecido para o comprador. Ou seja, até certo ponto, quanto mais o vendedor fizer durante o período inicial, mais baixos serão seus custos totais de produção. Os custos totais de produção são, portanto, a soma dos custos iniciais  $r$  feito sob confiança somado aos custos  $c(r)$ , quaisquer que sejam eles, que tenham que ser arcados para completar a produção. Como o valor líquido do vendedor, dada a execução do contrato, é  $-c(r) - r$ , a interpretação é que  $v(r) = -c(r)$ . Se o comprador descumpre o contrato, o bem inacabado do vendedor tem um valor parcial de  $\underline{v}(r)$ .

O valor da execução do contrato para o comprador é  $\theta$ . Consequentemente,  $w(\theta) = \theta$ , e dado que o comprador não obtém o bem, se ele não cumpre,  $\underline{w}(\theta) \equiv 0$ . Também, como não novas partes envolvidas,  $\underline{z}(\theta) \equiv 0$ .

(d) *O vendedor confia e o comprador depara-se com incerteza sobre ofertas de vendedores alternativos:* A descrição do vendedor é como em (c), mas aqui o valor da execução do contrato para o comprador é fixo em  $w$ . A incerteza é sobre o preço que um vendedor alternativo ofertaria pelo bem ao comprador. Se  $\theta$  é essa oferta, então  $\underline{z}(\theta) = -\theta$  e  $w(\theta) = \underline{w}(\theta) = w$ .

Com esses exemplos em mente, faremos as seguintes hipóteses:  $v'(r) > 1$  para  $r$  não negativo suficientemente pequeno (caso contrário, nunca seria vantajoso ter confiança),  $v''(r) < 0$  (retornos decrescentes), e  $\underline{v}'(r) < 1$  e  $\underline{v}(r) < r$  (mantendo-se a ideia de que confiança se mostra não lucrativa em um evento de quebra de contrato).

Dadas essas hipóteses, estamos quase preparados para considerar as medidas de danos e como eles atuam como substitutos de contratos de contingência completos Pareto-eficientes. Primeiramente, desejamos determinar a natureza de contratos de contingência completos, e para esse fim, faça  $k$  ser o preço do contrato. Na prova da proposição e na discussão e provas dos resultados subsequentes desta seção, consideraremos apenas situações nas quais o comprador confia e o vendedor pode cometer quebra, dado que a análise de situação em que o vendedor confia e o comprador pode cometer quebra são análogas ou idênticas. Entretanto, para evitar eventuais confusões, as afirmativas das Proposições mencionarão quaisquer diferenças entre os dois tipos de situações (nas Proposições 1 e 2 não há nenhuma diferença). Além disso, há notas de rodapé com comentários sobre as situações em que o vendedor confia e o comprador pode cometer quebra.

## PROPOSIÇÃO 1

Sob os termos de um contrato de contingências completo eficiente de Pareto-eficiente, (i) a soma dos valores esperados do contrato para o comprador

e para o vendedor é maximizada. Isso implica que (ii) há falha de executar sob contingência se, e somente se, isso aumentar a soma dos valores obtidos pelo comprador e pelo vendedor (mais a oferta de qualquer nova parte). Mais precisamente, o conjunto de quebras Pareto-eficientes iguala-se a  $B^*(r^*)$ , onde:

$$B^*(r) = \{ \theta \mid \underline{v}(r) + \underline{w}(\theta) + \underline{z}(\theta) \geq v(r) + w(\theta) \} \quad (2)$$

é o conjunto de quebras Pareto-eficientes dado  $r$ , e onde (iii)  $r^*$  é o nível de confiança eficiente de Pareto. Isso é determinado pela condição:

$$v'(r) = \frac{1 - \bar{v}'(r) \Pr(B^*(r))}{1 - \Pr(B^*(r))} \quad (3)$$

Então, em particular,  $r^*$  satisfaz:

$$v'(r^*) > 1 \quad (4)$$

### OBSERVAÇÕES

Parte (i) é verdadeiro por razões familiares: se a soma dos valores esperados não é maximizada, é possível construir um contrato diferente, com uma quantia maior, onde as posições esperadas tanto do comprador quanto do vendedor são maiores. Parte (ii) segue obviamente de (i), e vamos dar um exemplo no qual o comprador confia e o vendedor depara incerteza sobre custos de produção. (Vide exemplos do tipo (a) supra). Se assumirmos por simplicidade que os valores  $\underline{v}(r)$  e  $s$ , dado falha em executar o contrato, são zero e o vendedor não arca com custos  $c$  antes de conhecer  $\theta$ , então (2) reduz-se a  $B^*(r) = \{ \theta \mid \theta \geq v(r) \}$ , que diz que é Pareto-eficiente para o vendedor não cumprir todas as vezes que ele determina que os custos de produção excedem o valor de execução do comprador, dado sua confiança.<sup>26</sup> Com relação à parte (iii), observe que (4) se alinha com nossos comentários anteriores. Dado que a confiança pode ser vista como um investimento com *payoff* incerto, maximizar a

soma dos valores esperados requer que se pare num ponto um pouco antes daquele em que o produto marginal da confiança condicionado à execução do contrato se iguale à unidade. Manter a confiança até o ponto onde  $v'(r) = 1$  seria apropriado somente se o cumprimento do contrato fosse uma certeza; e para evitar a discussão de casos desinteressantes, assumiremos que  $0 < \Pr(B^*(r)) < 1$ .<sup>27</sup>

### PROVA

Para verificar (i), denomine o valor esperado de um contrato, exclusive do preço, ao comprador por  $X(r, B)$ . Então, o valor esperado (inclusive o preço) é  $X(r, B) - k$ . Similarmente, denomine o valor esperado, exclusive do preço, ao vendedor por  $Y(r, B)$ , de forma que o valor esperado do contrato para ele seja  $Y(r, B) + k$ . Denote a soma dos valores esperados por  $Z(r, B)$ , ou seja  $Z(r, B) = X(r, B) - k + Y(r, B) + k = X(r, B) + Y(r, B)$ . Se um contrato especificado por  $r_1, B_1$  e  $k_1$  é tal que  $Z$  não é maximizado, então há algum  $r_2$  e  $B_2$  e um  $\delta > 0$  tal que  $Z(r_2, B_2) - Z(r_1, B_1) = \delta$ . Agora, sob o contrato especificado por  $r_2, B_2$  e  $k_2 = k_1 + X(r_2, B_2) - X(r_1, B_1) - \delta/2$ , o comprador estará melhor dado que:

$$X(r_2, B_2) - k_2 = X(r_1, B_1) - k_1 + \delta/2 > X(r_1, B_1) - k_1 \quad (5)$$

e o vendedor estará melhor dado que:

$$\begin{aligned} Y(r_2, B_2) + k_2 &= Y(r_2, B_2) + k_1 + X(r_2, B_2) - X(r_1, B_1) - \delta/2 \\ &= Z(r_2, B_2) - Z(r_1, B_1) + Y(r_1, B_1) + k_1 - \delta/2 \\ &= Y(r_1, B_1) + k_1 + \delta/2 > Y(r_1, B_1) + k_1. \end{aligned} \quad (6)$$

Para confirmar (ii), observe agora que:

$$X(r, B) = \int_{\sim B} v(r)p(\theta)d\theta + \int_B \underline{v}(r)p(\theta)d\theta - r \quad (7)$$

e:

$$Y(r, B) = \int_{\sim B} w(\theta)p(\theta)d\theta + \int_B (\underline{w}(\theta) + \underline{z}(\theta))p(\theta)d\theta. \quad (8)$$

Então,

$$Z(r, B) = \int_{\sim B} (v(r) + w(\theta))p(\theta)d\theta + \int_B (\underline{v}(r) + \underline{w}(\theta) + \underline{z}(\theta))p(\theta)d\theta - r, \quad (9)$$

de onde segue imediatamente que o  $B$  que maximiza  $Z$ , dado  $r$ , é de fato  $B^*(r)$ .

De (i) e (ii) fica claro que  $r^*$  é determinado ao se maximizar  $Z(r, B^*(r))$  sobre  $r$ . Vamos assumir que  $B^*(r)$  é um intervalo da forma  $[\theta(r), \infty)$ . (Esse é o caso nos exemplos do tipo (a) e (b). Entretanto, nosso argumento é mantido para  $B^*(r)$  que tenha uma forma geral).<sup>28</sup> Diferenciando e usando o fato de que  $\Pr(\sim B^*(r)) = 1 - \Pr(B^*(r))$ , obtemos:

$$\begin{aligned} \frac{dZ(r, B^*(r))}{dr} &= (1 - \Pr(B^*(r)))v'(r) + \Pr(B^*(r))\underline{v}'(r) - 1 + \theta'(r)[v(r) + w\theta(r) \\ &\quad - \underline{v}(r) - \underline{w}(\theta(r)) - \underline{z}(\theta(r))]p(\theta(r)) \\ &= (1 - \Pr(B^*(r)))v'(r) + \Pr(B^*(r))\underline{v}'(r) - 1. \end{aligned} \quad (10)$$

O termo entre os colchetes é zero, pois a caracterização (2) de  $B^*(r)$  implica que  $v(r) + w(\theta) = \underline{v}(r) + \underline{w}(\theta) + \underline{z}(\theta)$  no ponto de fronteira  $\theta(r)$  de  $B^*(r)$ . Fazendo a derivada igual a zero, obtemos (3); e (4) então segue dado que assumimos que  $\Pr(B^*(r)) > 0$  e dado que  $\underline{v}'(r) < 1$ . *C.Q.D.*

Vamos prosseguir para considerar medidas de danos. Defina:

$d(\cdot)$  = a medida de danos, que determina danos pagos pela parte descumpridora à outra parte;  $d$  será várias funções das variáveis  $k, r, v$ , e  $\underline{v}$  e será especificada abaixo.

Observe que não consideramos medidas de danos que dependam da contingência  $\theta$ ; isso está de acordo com o objetivo deste capítulo e com a hipótese de que o contrato não previne contingências.<sup>29</sup> Exceto no caso de inexistência de danos, assumiremos, sem perda de generalização, que o preço do contrato  $k$  é pago quando é feito um contrato.<sup>30</sup>

Podemos agora descrever as posições das partes contratantes e derivar seu comportamento. Temos que:<sup>31</sup>

$$\begin{aligned}
 v(r) - r - k &= \text{posição do comprador, dado que o contrato} \\
 &\quad \text{é executado;} \\
 \underline{v}(r) - r - k + d &= \text{posição do comprador, dado que há quebra} \\
 &\quad \text{de contrato;} \\
 w(\theta) + k &= \text{posição do vendedor, dado que o contrato é executado;} \\
 \underline{w}(\theta) + k - d + \underline{z}(\theta) &= \text{posição do vendedor, dado que há quebra } (\underline{z} = 0 \\
 &\quad \text{exceto se há comprador alternativo envolvido).}
 \end{aligned}$$

Segue que o vendedor quebra todas as vezes em que  $\underline{w}(\theta) + k - d + \underline{z}(\theta) \geq w(\theta) + k$ , ou seja, todas às vezes em que  $\underline{w}(\theta) + \underline{z}(\theta) - w(\theta) \geq d$ ; o conjunto de quebras é:

$$B(r) = \{\theta \mid \underline{w}(\theta) + \underline{z}(\theta) - w(\theta) \geq d\} \quad (11)$$

(A dependência em  $r$  aparece, pois  $d$  pode ser uma função de  $r$ .)

O comprador escolherá confiança de forma a maximizar sua posição esperada,

$$\int_{\sim B(r)} v(r)p(\theta)d\theta + \int_{B(r)} (\underline{v}(r) + d)p(\theta)d\theta - r - k,$$

que reduz a

$$(1 - \Pr(B(r)))v(r) + \Pr(B(r))(\underline{v}(r) + d) - r - k. \quad (12)$$

Assumiremos que, para as medidas de danos consideradas, a maximização do problema tem uma solução que é unicamente identificada ao se igualar a derivada de (12) a zero. Além disso, assumiremos que tanto o comprador quanto o vendedor estão tão bem com a presença do contrato quanto sem ele. Então, como assumiremos que a posição de cada um seria zero, se não houvesse realização de contrato,<sup>32</sup> o contrato precisa ser de tal forma, que as posições esperadas do comprador e do vendedor são não negativas: (12) precisa ser não negativa (dado que a escolha ótima de  $r$  do comprador), e a posição do vendedor

$$\int_{\sim B(r)} w(\theta)p(\theta)d\theta + \int_{B(r)} (\underline{w}(\theta) + z(\theta) - d)p(\theta)d\theta + k \quad (13)$$

também precisa ser não negativa.

Para que sejam capazes de agir da forma que acabamos de descrever, que conhecimento as partes devem ter uma sobre a outra? Para decidir por quebra, o vendedor precisa saber a medida dos danos, e como já afirmamos isso pode depender da confiança do comprador e do valor que ele atribui ao cumprimento do contrato. (Obviamente, deduz-se que o comprador observa  $\theta$  no primeiro lugar.) Para decidir sobre confiança, o comprador precisa saber  $B(r)$  e sua probabilidade. Isso requer que ele entenda a natureza do problema do vendedor – em particular, as *funções*  $w(\cdot)$ ,  $\underline{w}(\cdot)$ ,  $z(\cdot)$  e a densidade  $p(\cdot)$  –, mas não requer que ele seja capaz de observar  $\theta$ .

Apliquemos a caracterização geral, dada por (11) e (12), do comportamento das partes, ao examinarem as diversas medidas de danos de particular interesse; começaremos com a medida de expectativa. Vamos relembrar que sob essa medida de danos, a vítima da quebra é colocada numa posição em que ela estaria caso o contrato tivesse sido executado. Então, sob medida de expectativa:

$$d = v(r) - \underline{v}(r); \quad (14)$$

pois se houver uma quebra, a posição do comprador é  $\underline{v}(r) - r - k + (v(r) - \underline{v}(r)) = v(r) - r - k$  como afirmado. Agora temos a Proposição 2.

## PROPOSIÇÃO 2

Sob medida de expectativa, (i) o conjunto de quebras, dada confiança, é  $B^*(r)$ ; a quebra é então Pareto-eficiente dada confiança.<sup>33</sup> Entretanto, (ii), confiança,  $r_e$  é determinada por

$$v'(r) = 1 \quad (15)$$

de forma que:



$$vr_e > r^*; \tag{16}$$

confiança excede o nível Pareto-eficiente.

### OBSERVAÇÕES

Parte (i) é facilmente compreensível. O vendedor quebrará o contrato se, e somente se, seu ganho exceder a “expectativa” do comprador,  $v(r)$  o que quer dizer que, se, e somente se, a soma dos valores obtidos por ambas as partes for aumentada. Referindo-se ao exemplo do tipo (a), mencionado nas observações que acompanham a proposição anterior, dado que  $d = v(r)$ , é óbvio que o vendedor quebrará o contrato todas as vezes em que seu custo de produção  $\theta$  exceder o valor do bem para o comprador; então o conjunto de quebras é de fato  $B^*(r) = \{\theta \mid \theta \geq v(r)\}$ . Com relação a (ii), considere o fato de que, sob a medida de expectativa, o comprador é, de fato, assegurado de sua expectativa e, assim, ele vê a confiança como um investimento com um certo *payoff*. Portanto, ele engaja em confiança até o ponto em que o produto marginal condicionado à execução do contrato seja reduzido a um. Isso excede confiança Pareto-eficiente, dado que, como temos enfatizado, aquele nível é tal que o produto marginal condicionado à execução é maior do que um e reflete a probabilidade de que o investimento em confiança não se pagará em termos da soma dos valores se houver uma quebra.

### PROVA

Usando (14) para substituir por  $d$  em (11), temos:

$$\begin{aligned} B(r) &= \{\theta \mid \underline{w}(\theta) + \underline{z}(\theta) - w(\theta) \geq v(r) - \underline{v}(r)\} \\ &= \{\theta \mid \underline{v}(r) + \underline{w}(\theta) + (\underline{z}(\theta) \geq v(r) + \underline{w}(\theta))\} = B^*(r), \end{aligned} \tag{17}$$

estabelecendo-se (i). E usando (14) para substituir por  $d$  em (12), vemos que  $r$  é escolhido de forma a maximizar

$$(1 - \Pr(B(r)))v(r) + \Pr(B(r))(\underline{v}(r) + v(r) - \underline{v}(r)) - r - k = v(r) - r - k, \tag{18}$$

de forma que  $r$  precisa satisfazer (15). Também, (16) segue de (4), (15), e a hipótese de que  $v$  é estritamente côncava em  $r$ . *C.Q.D.*

Examinemos a medida de confiança. Sob essa medida, a parte precisa ser compensada pelas despesas (em valores líquidos, dada a não execução do contrato) feitas em antecipação à execução, e seu pagamento precisa ser devolvido; de forma equivalente, ela precisa ser colocada na posição em que se encontraria, caso ela não tivesse feito esse contrato, ou seja, zero. Então, sob medida de confiança, o comprador precisa receber de um vendedor que descumpre:<sup>34</sup>

$$d = r - \underline{v}(r) + k; \quad (19)$$

pois, dessa forma, a posição do comprador torna-se  $\underline{v}(r) - r - k + (r - \underline{v}(r) + k) = 0$  como afirmamos. O resultado referente à medida de confiança é a Proposição 3.

### PROPOSIÇÃO 3

Sob a medida de confiança, (i) o conjunto de quebra é dado por:<sup>35</sup>

$$B(r) = \{\theta \mid \underline{w}(\theta) + v(r) + z(\theta) \geq w(\theta) + r + k\} \supset B^*(r). \quad (20)$$

(Em situações em que o comprador pode descumprir, o sinal precedendo  $k$  é negativo.) Então, dada a confiança, a quebra ocorre mais frequentemente do que seria Pareto-eficiente.<sup>36</sup> (ii) Confiança,  $r_r$ , é determinada por:

$$v'(r) = 1 + \frac{\frac{d \Pr(B(r))}{dr} (v(r) - r - k)}{1 - \Pr(B(r))}. \quad (21)$$

(O sinal precedendo  $k$  é positivo em situações em que o comprador pode descumprir o contrato). Então,  $r_r$  satisfaz:

$$v'(r_r) \leq 1 \quad (22)$$

de forma que:

$$r_r \geq r_e, \quad (23)$$

o nível de confiança geralmente excede o nível daquele sob medida de expectativa (e, portanto, do nível Pareto-eficiente).

### OBSERVAÇÕES

A afirmação da parte (i) é explicada como segue. O vendedor cometerá quebra de contrato se, e somente se, seu ganho exceder a confiança do comprador, que, como será visto, tem de ser menor do que sua expectativa. Então, o vendedor pode cometer quebra quando seu ganho, apesar de maior do que a confiança, é menor do que a expectativa do comprador; isso não seria Pareto-eficiente, dado que a soma dos valores obtidos por ambas as partes seria reduzido. Retomando nosso simples exemplo do tipo (a), suponha que o comprador tenha pago um preço de contrato de US\$ 4,00 ao vendedor, que o comprador tenha gasto US\$1,00 em confiança, e que ele obtenha um valor de US\$ 10,00, caso o vendedor entregue o bem. Sob medida de confiança, o vendedor terá de pagar US\$ 5,00, se ele quebra descumpre (o preço de US\$ 4,00 mais o US\$ 1,00 em confiança); então, ele descumprirá todas as vezes que seu custo de produção  $\theta$  exceder US\$ 5,00, em vez de apenas quando  $\theta$  exceder US\$ 10,00, que seria o caso Pareto-eficiente. Observe que quanto mais alto o preço pago pelo comprador, menor a probabilidade do vendedor de descumprir.<sup>37</sup> Isto quer dizer que o preço tem um papel além daquele de partir o excedente vindo da transação; o preço também afeta o valor total da transação através de sua influência sobre o comportamento de quebra do contrato.

A plausibilidade da parte (ii) segue de duas considerações. Primeiro, dado que o comprador é compensado por sua confiança no evento de uma quebra, ele vê a confiança como um investimento em que, na pior das hipóteses, ele terá uma situação de *break even* (zero lucro e zero prejuízo). Isto sugere que ele escolherá um nível mais alto de confiança do que seria numa situação Pareto-eficiente. Segundo, dado que o comprador está numa situação pior do que estaria se houvesse uma quebra (ele obtém confiança ao invés da

expectativa mais alta), ele gostaria de reduzir a probabilidade de quebra; e ele pode fazer isso aumentando sua confiança, pois isso aumenta a medida de danos. Esse segundo motivo não está presente sob medida de expectativa, o que sugere por que a confiança é mais alta sob medida de confiança.

### PROVA

Usando (19) para substituir por  $d$  em (11), imediatamente obtemos  $B(r)$  como dado em (20). Para provar que  $B(r)$  contém  $B^*(r)$ , precisamos mostrar que  $w(\theta) + r + k \leq w(\theta) + v(r)$ , ou que  $r + k \leq v(r)$ . Mas dado que o valor esperado para o comprador precisa ter sido não negativo, temos, usando (19) e (12):

$$\begin{aligned} 0 &\leq (1 - \Pr(B(r)))v(r) + \Pr(B(r))(v(r) + r - v(r) + k) - r - k \\ &= (1 - \Pr(B(r)))v(r) - r - k, \end{aligned} \quad (24)$$

que implica que  $0 \leq v(r) - r - k$  ou que  $r + k \leq v(r)$ . Para derivar (21), diferenciamos a última expressão em (24) com relação a  $r$  e igualamos a zero:

$$(1 - \Pr(B(r)))(v'(r) - 1) - \frac{d \Pr(B(r))}{dr} (v(r) - r - k) = 0. \quad (25)$$

Isso nos dá (21). E (22) (que é geralmente uma desigualdade estrita), segue, pois,  $0 \leq v(r) - r - k$  e porque  $d \Pr(B(r))/dr \leq 0$ . O último é verdadeiro porque  $B(r)$  pode ser re-escrito como  $\{\theta \mid \underline{w}(\theta) + \underline{z}(\theta) - w(\theta) - k \geq r - v(r)\}$  e  $d/dr(r - v(r)) = 1 - v'(r) > 0$ ; então, o conjunto  $B(r)$  encolhe de tamanho com aumentos de  $r$ . Finalmente, (23) segue da concavidade estrita de  $v$  em  $r$  e nossos resultados anteriores. *C.Q.D.*

Sob a medida de restituição, o vendedor deve devolver ao comprador o pagamento feito por este, então  $d = k$ . Os resultados sob essa medida, e no caso de inexistência de danos, são dados na Proposição 4.

### PROPOSIÇÃO 4

Se não há danos da quebra de contrato, (i) as partes concordarão em que

o preço será pago quando o contrato é executado. Então, quando não há danos, os resultados são idênticos àqueles sob restituição: (ii) o conjunto de quebras é dado por

$$B = \{\theta \mid \underline{w}(\theta) + z(\theta) - w(\theta) \geq k\} \cap B^*(r). \quad (26)$$

(O sinal precedendo  $k$  é negativo nas situações em que o comprador pode descumprir o contrato.) Então, a quebra ocorre mais frequentemente, dada confiança, do que seria Pareto-eficiente.<sup>38</sup> (iii) Confiança,  $r_n$ , é determinado por:

$$v'(r) = \frac{1 - \Pr(B) \bar{v}'(r)}{1 - \Pr B} \quad (27)$$

de forma que:

$$v'(r_n) > 1 \quad (28)$$

e:

$$r_e > r_n \quad (29)$$

confiança é menor do que sob medida de expectativa. Além disso, (iv) confiança é Pareto-eficiente, dado o conjunto de quebras.

### OBSERVAÇÕES

No caso de inexistência de danos, se o comprador pagasse o vendedor, quando o contrato fosse feito, não haveria nada que prevenisse o segundo de descumprir o contrato e segurar o dinheiro do comprador. Se o comprador pagasse somente depois da execução do contrato, o vendedor teria algo a perder com o descumprimento. (Não consideramos a possibilidade de pagamento parcial no início e o restante no fim, após a execução.) Isso explica a parte (i). O argumento da parte (ii), em que a quebra ocorre com excessiva frequência, é verdade porque o vendedor descumpre se, e somente se, seu

ganho excede o preço de contrato, mas isso deve ser menos do que a expectativa do comprador (caso contrário o comprador não estaria disposto a pagar o preço). Observe que, como no caso de medida de confiança, quanto mais alto o preço, menor a probabilidade de quebra.<sup>39</sup> Novamente, o preço afeta o valor total da transação. Com relação à parte (iv), é claro que dado que o comprador vê confiança como um investimento, que se paga se, e somente se, o contrato é executado, ele engajará em confiança de maneira Pareto-eficiente, dada a probabilidade de quebra. A parte (iii) é explicada de forma semelhante.

### PROVA

A primeira parte da Proposição é óbvia do comentário nas observações acima. Somado a isso, dado que  $k$  é pago com a execução, segue que no caso de inexistência de danos e sob medida de restituição, o vendedor descumprirá se, e somente se, sua posição após o descumprimento,  $\underline{w}(\theta) + \underline{z}(\theta)$ , for maior do que aquele se ele cumprir,  $w(\theta) + k$ ; então, o conjunto de quebras  $B$  em (26) está correto. Para provar que  $B^*(r)$  está contido em  $B$ , observe que a condição em que o valor esperado do contrato para o comprador precisa ser não negativo é

$$(1 - \Pr(B))(v(r) - k) + \Pr(B)\underline{v}(r) - r \geq 0. \quad (30)$$

Esta hipótese e a hipótese de que  $r \geq \underline{v}(r)$  implicam que  $v(r) - \underline{v}(r) > k$ . Da última desigualdade, a expressão para  $B$ , e o fato de que  $B^*(r) = \{\theta \mid \underline{w}(\theta) + \underline{z}(\theta) - w(\theta) \geq v(r) - \underline{v}(r)\}$ , o resultado segue imediatamente. Para obter (27), façamos a derivada do lado esquerdo de (30) igualar a zero. A equação (28) segue de (27) dado que  $\underline{v}'(r) < 1$ , e (29) segue de (28), (15), e da concavidade estrita de  $r$ . Para estabelecer (iv), observe que o nível Pareto-eficiente de confiança, dado  $B$ , é encontrado ao se maximizar sobre  $r$

$$\begin{aligned} & \int_{\sim B(r)} (v(r) + w(\theta))p(\theta)d\theta + \int_{B(r)} (v(r) + \underline{w}(\theta) + \underline{z}(\theta))p(\theta)d\theta - r \\ & = (1 - \Pr(B))v(r) + \Pr(B)\underline{v}(r) - r + \text{termos independentes de } r, \end{aligned} \quad (31)$$

que difere do lado esquerdo de (30) pelos termos que não dependem de  $r$ . Então,  $r_n$  precisa ser o nível Pareto-eficiente de confiança, dado  $B.C.Q.D.$ .  
A seguir, vamos comparar as quatro medidas de danos que estudamos.

### PROPOSIÇÃO 5

(i) A medida de expectativa é Pareto-superior à medida de confiança, independentemente da natureza da situação contratual. Entretanto, (ii) não há necessariamente relação de Pareto entre essas duas medidas e a de restituição ou de inexistência de danos; a relação dependerá das características de cada situação contratual particular.

### OBSERVAÇÕES

Vamos lembrar que sob medida de expectativa, mas sob medida de confiança, quebra é Pareto-eficiente, dada a confiança. Além disso, sob medida de expectativa, confiança é menos excessiva do que sob medida de confiança. Isso indica porque a parte (i) é verdadeira. Sou grato a William Rogerson por um passo da prova de (i) sob condições gerais. Com relação à parte (ii), observemos primeiro que foi mostrado que, se não há danos para a quebra ou sob a medida de restituição, confiança é Pareto-eficiente, dado o conjunto de quebras. Então, se em certa situação contratual a decisão de confiança é suficientemente mais importante (em termos de aumentar a soma dos valores esperados) do que a decisão de quebra, as medidas de restituição e inexistência de danos serão Pareto-superiores à medida de expectativa e à medida de confiança. Por outro lado, se numa situação contratual a decisão de quebra é suficientemente mais importante do que a decisão de confiança, as medidas de expectativa e de confiança serão Pareto-superiores às medidas de inexistência de danos e de restituição, pois a quebra será mais provável sob essas últimas duas medidas.

### PROVA

Observe primeiro (veja (9)) que  $Z(r, B^*(r))$  é a soma dos valores esperados como função de  $r$ , dado que quebra é Pareto-eficiente; e suponha que:

$$Z(r_e, B^*(r_e)) \geq Z(r_r, B^*(r_r)) \quad (32)$$

Pela Proposição 2(i),  $Z(r_e, B^*(r_e))$  é igual à soma dos valores esperados sob a medida de expectativa; e pela Proposição 3(i),  $Z(r_r, B^*(r_r))$  é maior ou igual à soma dos valores esperados sob medida de confiança. Disto e de (32), segue que a soma dos valores esperados sob medida de expectativa é pelo menos aquela sob medida de confiança. Portanto, a parte (i) segue por um argumento análogo àquele usado para mostrar a Proposição 1(i), se pudermos mostrar que (32) é verdadeiro. Agora,  $Z(r, B^*(r))$  pode ser escrito como  $\int \max(v(r) - r + w(\theta), \underline{v}(r) - r + \underline{w}(\theta) + \underline{z}(\theta))p(\theta)d\theta$ . Mas dado que (veja (18))  $r_e$  maximiza  $v(r) - r$ , temos que  $v(r_e) - r_e \geq v(r_r) - r_r$ ; e dado que (veja (23))  $r_r \geq r_e$  e  $\underline{v}'(r) < 1$ , temos que  $\underline{v}(r_e) - r_e \geq \underline{v}(r_r) - r_r$ . Então, para qualquer  $\theta$ ,  $\max(v(r_e) - r_e + w(\theta), \underline{v}(r_e) - r_e + \underline{w}(\theta) + \underline{z}(\theta)) \geq \max(v(r_r) - r_r + w(\theta), \underline{v}(r_r) - r_r + \underline{w}(\theta) + \underline{z}(\theta))$ , de forma que, de fato,  $Z(r_e, B^*(r_e)) \geq Z(r_r, B^*(r_r))$ . (Dado que (32) é válido estritamente se  $r_r \geq r_e$ , a medida de expectativa costuma ser estritamente Pareto-superior à medida de confiança).

A parte (ii) deve ser óbvia de nossos comentários nas Observações, exceto pela asserção de que a medida de confiança poderia ser Pareto-superior às medidas de inexistência de danos e restituição. Para justificar isso, será suficiente mostrar que o comportamento de quebra sob medida de confiança é mais perto de ser Pareto-eficiente, dados  $r$  e  $k$ , do que sob medida de inexistência de danos ou de restituição. Sob medida de confiança, o conjunto de quebras do vendedor é  $B(r) = \{\theta \mid \underline{w}(\theta) + \underline{z}(\theta) - w(\theta) \geq r - \underline{v}(r) + k\}$ , e quando inexistem danos ou sob restituição, o conjunto de quebras é  $B = \{\theta \mid \underline{w}(\theta) + \underline{z}(\theta) - w(\theta) \geq k\}$ . E como  $r > \underline{v}(r)$ , temos que  $B(r)$  está contido em  $B$ . *C.Q.D.*

Concluimos esta seção provando um fato sobre a classe geral de medidas de danos.

## PROPOSIÇÃO 6

Não existe uma medida de danos que sempre induza a comportamento Pareto-eficiente; de forma equivalente, qualquer medida de danos induzirá tanto a confiança Pareto-ineficiente ou a quebra Pareto-ineficiente em algumas situações contratuais.<sup>40</sup>



### OBSERVAÇÕES

A lógica da prova é, mais ou menos, como segue. Se existisse uma medida de danos que sempre induzisse a comportamento Pareto-eficiente, então ela deveria induzir a quebra Pareto-eficiente. Mas isso implica que a medida de danos deve ser essencialmente a medida de expectativa,<sup>41</sup> e nós sabemos pela Proposição 2(ii) que essa medida induz a confiança Pareto-ineficiente. Então, a hipótese de que existe uma medida de danos que induza comportamento Pareto-eficiente leva a uma contradição.

### PROVA

Vamos assumir que tal medida de danos  $d$  exista. Então, dada uma situação contratual arbitrária, temos de ter

$$d(k, r^*, v(r^*), \underline{v}(r^*)) = v(r^*) - \underline{v}(r^*), \quad (33)$$

pois supomos que  $d$  induz o comprador a escolher  $r^*$  e induz o vendedor a descumprir o contrato de forma Pareto-eficiente, dado  $r^*$ . Ou seja, o conjunto de quebras escolhido  $B(r^*)$  precisa ser igual a  $B^*(r^*)$ . Como temos de (11),  $B(r^*) = \{\theta \mid \underline{w}(\theta) + \underline{z}(\theta) - w(\theta) \geq d(k, r^*, v(r^*), \underline{v}(r^*))\}$ , e de (2),  $B^*(r^*) = \{\theta \mid \underline{w}(\theta) + \underline{z}(\theta) - w(\theta) \geq v(r^*) - \underline{v}(r^*)\}$ , (33) segue.

O que acabamos de mostrar pode ser afirmado de outra forma como segue: se um quádruplo  $(k, r, v, \underline{v})$  corresponde a um resultado Pareto-eficiente para alguma situação contratual, então  $d(k, r, v, \underline{v})$  precisa ser igual a  $v - \underline{v}$  (a medida de expectativa). Agora, é claro que o conjunto de tais quádruplos tem um interior não vazio. Considere uma situação contratual tal que um quádruplo Pareto-eficiente associado  $(k, r^*, v(r^*), \underline{v}(r^*))$  está no interior. Então, em particular, para todo  $r$  numa vizinhança de  $r^*$ , temos de ter que  $d(k, r, v(r), \underline{v}(r)) = v(r) - \underline{v}(r)$ . Então, de (12), a derivada da posição esperada do comprador avaliada em  $r^*$  é  $v'(r^*) - 1$ . Mas dado que, de (4),  $v'(r^*) - 1 > 0$ ,  $d$  não poderia ter induzido o comprador a escolher  $r^*$ . *C.Q.D.*

### Segundo caso: A mesma parte decide sobre confiança e sobre quebra<sup>42</sup>

Nesta seção, uma parte, a parte “ativa”, decide sobre o nível de confiança

e também depara-se com incerteza numa forma direta, o que significa que ele decide também sobre quebra. A outra, a parte “passiva” não toma decisões. Vamos definir os valores obtidos pelas duas partes, onde, como na seção anterior, eles são exclusivos de qualquer transferência monetária:

$v(r, \theta)$  = o valor exclusivo da confiança  $r$  obtido pela parte ativa, dado que ela cumpre o contrato;

$\underline{v}(r, \theta)$  = o valor exclusivo da confiança obtido por esta parte, dado que ela descumpre;

$w$  = o valor obtido pela parte passiva se o contrato é executado; e

$\underline{w}$  = o valor obtido pela parte passiva se o contrato não é executado.

Podemos pensar em exemplos relevantes ao combinar aspectos dos exemplos da seção anterior: o comprador pode engajar em confiança e também se depara com incerteza sobre o valor, para ele, do bem contratado ou sobre ofertas a serem feitas por vendedores alternativos; o vendedor pode engajar em confiança e se deparar com incerteza sobre custos de produção ou sobre ofertas a serem feitas por compradores alternativos. Devemos ainda comentar sobre um assunto de interpretação relacionado à parte passiva. Apesar de esta não tomar nenhuma decisão, sob nossas definições, podemos imaginar em alguns casos que ela pode engajar em um nível de confiança que é efetivamente fixo na natureza das coisas. Por exemplo, a parte pode ser um vendedor que precisa gastar exatamente  $c_1$  para montar a produção e, se o comprador não descumprir ao ser informado sobre  $\theta$ , exatamente  $c_2$  para completar a produção; então, devemos ter  $w = -c_1 - c_2$  e  $\underline{w} = -c_1$  (assumindo que o valor parcial seja zero).

Devemos ainda considerar diversas hipóteses que são similares àquelas feitas anteriormente, mais precisamente  $v_r(r, \theta) > 1$  para  $r$  não negativo suficientemente baixo,  $v_{rr}(r, \theta) < 0$ ,  $\underline{v}_r(r, \theta) < 1$ , e  $\underline{v}_r(r, \theta) < v_r(r, \theta)$ .

Agora vamos afirmar diversas proposições correspondentes àquelas apontadas na última seção. Quando uma prova (ou um passo de uma prova) for óbvia do que foi feito previamente, ela será omitida; além

disso, como antes, quando um argumento é fornecido, será suficiente que aquele argumento se aplique somente a um dos dois tipos de situação (aqui para a situação em que o comprador é a parte ativa).

### PROPOSIÇÃO 7

Sob os termos de um contrato de contingências completo eficiente de Pareto, (i) a soma dos valores esperados do contrato para o comprador e para o vendedor é maximizada. Isto implica que (ii) há uma falha de cumprimento em uma contingência se, e somente se, isso aumentar a soma dos valores obtidos pelo comprador e pelo vendedor (mais a oferta de uma nova parte). Mais precisamente, o conjunto de quebras eficientes de Pareto  $B^*(r^*)$ , onde:

$$B^*(r) = \{ \theta \mid \underline{v}(r, \theta) + \underline{w} + \underline{z}(\theta) \geq v(r, \theta) + w \} \quad (34)$$

é o conjunto de quebras eficientes de Pareto dado  $r$ , e onde (iii)  $r^*$  é o nível de confiança Pareto-eficiente. Isso é determinado pela condição

$$\int_{\sim B^*(r)} v_r(r, \theta) p(\theta) d\theta = 1 - \int_{B^*(r)} \underline{v}_r(r, \theta) p(\theta) d\theta. \quad (35)$$

Então, em particular,  $r^*$  satisfaz.

$$\int_{\sim B^*(r^*)} v_r(r^*, \theta) \frac{p(\theta)}{\Pr(\sim B^*(r^*))} d\theta > 1. \quad (36)$$

### OBSERVAÇÕES

A explicação para essa Proposição é quase a mesma da Proposição 1; a única ressalva que precisa ser feita é que dado que (36) significa que o produto marginal esperado da confiança condicionado à execução excede um, de fato ele é análogo a (4). Da mesma forma, a prova do resultado é similar ao da Proposição 1.

Dado uma medida de danos  $d$ , as posições das partes se o comprador é a parte ativa são:<sup>43</sup>

$$\begin{aligned}
 v(r, \theta) - r - k &= \text{valor do comprador se ele cumpre o contrato;} \\
 \underline{v}(r, \theta) - r - k + \underline{z}(\theta) - d &= \text{valor do comprador se ele não cumpre} \\
 &\quad (\underline{z}(\theta) = 0 \text{ a não ser que um vendedor} \\
 &\quad \text{alternativo esteja envolvido);} \\
 w + k &= \text{posição do vendedor dada a execução; e} \\
 w + k + d &= \text{posição do vendedor dada a quebra do contrato.}
 \end{aligned}$$

Então, o conjunto de quebras é:

$$B(r) = \{\theta \mid \underline{v}(r, \theta) + \underline{z}(\theta) - v(\theta) \geq d\} \quad (37)$$

e o comprador escolhe  $r$  de forma a maximizar sua posição esperada:

$$\int_{\sim B(r)} v(r, \theta) p(\theta) d\theta + \int_{B(r)} (\underline{v}(r, \theta) + \underline{z}(\theta) - d) p(\theta) d\theta - r - k. \quad (38)$$

Sob medida de expectativa  $d = w - \underline{w}$ , pois essa é a quantia necessária para trazer a parte passiva para a posição em que ela estaria se o contrato tivesse sido executado, e temos a Proposição 8.

### PROPOSIÇÃO 8

Sob a medida de expectativa, (i) o conjunto de quebras e (ii) o nível de confiança são Pareto-eficientes; a medida de expectativa é então um substituto perfeito para um contrato de contingências completo Pareto-eficiente.

### OBSERVAÇÕES

A parte (i) é explicada assim como foi na parte (i) da Proposição 2. A parte (ii) é verdade porque a parte ativa vê confiança como um investimento que se paga se, e somente se, ela cumpre. (Diferentemente da seção anterior, aqui a parte que confia não recebe danos se há descumprimento, dado que ela é a parte que descumpre.)

### PROVA

A prova da parte (i) será omitida. O argumento para a parte (ii) é simplesmente aquele da parte (i) e de (38). Segue que  $r$  é escolhido para maximizar:

$$\int_{\sim B^*(r)} v(r, \theta) p(\theta) d\theta + \int_{B^*(r)} (\underline{v}(r, \theta) + \underline{z}(\theta) - w + \underline{w}) p(\theta) d\theta - r - k. \quad (39)$$

Mas (39) difere de:

$$Z(r, B^*(r)) = \int_{\sim B^*(r)} (v(r, \theta) + w) p(\theta) d\theta + \int_{B^*(r)} (\underline{v}(r, \theta) + \underline{z}(\theta) + \underline{w}) p(\theta) d\theta - r. \quad (40)$$

por um termo que é independente de  $r$  – por  $-w - k$ . Então, assim como  $r^*$  é o  $r$  que maximiza (40), ele também deve ser o  $r$  que maximiza (39). *C.Q.D.*

Sob a medida de confiança,  $d = -\underline{w} - k$ , se o comprador é a parte ativa,<sup>44</sup> dado que esta é a quantia necessária para restaurar o vendedor para a posição em que ele estaria se contrato não tivesse sido criado, e temos a Proposição 9.

### PROPOSIÇÃO 9

Sob a medida de confiança, (i) o conjunto de quebras é dado por:

$$B(r) = \theta \mid \underline{v}(r, \theta) + \underline{w} + \underline{z}(\theta) \geq v(r, \theta) - k \} \supset B^*(r). \quad (41)$$

(O sinal precedendo  $k$  é positivo quando o vendedor é a parte ativa.) Então, a quebra ocorre mais frequentemente dada a confiança do que ocorreria se fosse Pareto-eficiente. (ii) Confiança é determinada por:

$$\int_{\sim B(r)} v_r(r, \theta) p(\theta) d\theta + \int_{B(r)} \underline{v}_r(r, \theta) p(\theta) d\theta = 1 \quad (42)$$

de forma que:

$$r^* \geq r_r \quad (43)$$

a confiança é geralmente menor do que o nível Pareto-eficiente.

### OBSERVAÇÕES

A parte (i) é explicada da mesma forma que a parte (i) da Proposição 3.

A parte (ii) segue da parte (i), pois a segunda significa que a confiança da parte ativa se paga com menor frequência do que seria Pareto-eficiente; e isso, por sua vez, faz com que pareça razoável que o nível escolhido de confiança seja menor do que seria Pareto-eficiente. Entretanto, é necessário uma hipótese adicional na prova final (que o *payoff* esperado da parte ativa seja estritamente côncava em  $r$ ).

### PROVA

A prova da parte (i) será omitida. Com relação à prova da parte (ii), vamos usar (38) para escrever a posição esperada do comprador:

$$\int_{\sim B(r)} v(r, \theta) p(\theta) d\theta + \int_{B(r)} (v(r, \theta) + z(\theta) + w + k) p(\theta) d\theta - r - k. \quad (44)$$

e diferenciá-lo com relação a  $r$  para obter (com o tipo de lógica empregada em (10))

$$\int_{\sim B(r)} v_r(r, \theta) p(\theta) d\theta + \int_{B(r)} (v_r(r, \theta) p(\theta) d\theta - 1. \quad (45)$$

Igualando-se esta expressão a zero obtemos (42). Para obter (43), observe de (35) que:

$$\begin{aligned} 0 &= \int_{\sim B^*(r^*)} v_r(r^*, \theta) p(\theta) d\theta + \int_{B^*(r^*)} v_r(r^*, \theta) p(\theta) d\theta - 1 \\ &\geq \int_{\sim B(r^*)} v_r(r^*, \theta) p(\theta) d\theta + \int_{B(r^*)} v_r(r^*, \theta) p(\theta) d\theta - 1. \end{aligned} \quad (46)$$

A desigualdade (que será geralmente estrita) é válida dado que  $B^*(r^*)$  está contido em  $B(r^*)$  e dado que  $v_r(r^*, \theta) > v_r(r^*, \theta)$ . Mas, de (45), essa última expressão é simplesmente a derivada de (44) avaliada em  $r^*$ . Portanto, assumindo que (44) é estritamente côncava, temos que  $r^* \geq r_r$ . *C.Q.D.*

No caso de inexistirem danos para quebra ou sob restituição, a conclusão é basicamente a mesma descrita na Proposição 4, e vamos abster-nos da exposição formal análoga. Com relação à comparação das medidas de dados, é verdade, aqui, como na seção anterior, que a medida de expectativa é Pareto-superior à medida de confiança. Entretanto, diferentemente do

resultado da seção anterior, a medida de expectativa é também Pareto-superior à medida de inexistência de danos e à medida de restituição. Ambas as afirmações seguem do fato da demonstração de que a medida de expectativa induz ao nível de confiança Pareto-eficiente e à quebra também Pareto-eficiente.

### COMENTÁRIOS CONCLUSIVOS

Os resultados do artigo devem ajudar na compreensão do funcionamento das medidas de danos em situações que combinem características das duas últimas seções, ou seja, quando o comprador e o vendedor podem, cada um, decidir pela confiança ou pela quebra. Por exemplo, na medida de expectativa, nossos resultados indicam que, na medida em que cada parte acredita que será vítima de uma quebra de contrato, ela engaja em confiança excessiva (Proposição 2(ii)); mas na medida em que a parte acredita que ela própria descumprirá o contrato, ela engajará em confiança de forma apropriada (Proposição 8); e não importa o quanto de confiança ela e a outra parte engajem, ela decidirá numa base correta, se descumprirá ou não (Proposição 2(i) e 8). Entretanto, um estudo formal de medidas de dano em situações mais gerais requerer um tipo de análise mais complicado do que o nosso, especialmente dada a interdependência das decisões das duas partes sobre confiança.

Apesar de termos assumido que o comprador e o vendedor eram neutros ao risco, a disponibilidade e a habilidade de ambas as partes em arcar com o risco pode, na verdade, ser diferente; e a análise permitindo essa possibilidade reconheceria problemas da alocação de riscos bem como da alocação de recursos na determinação de quão medidas de danos para quebras de contrato servem como um substituto para contratos de contingência completos Pareto-eficientes.<sup>45</sup>

Em alguns casos, a alocação de risco é o principal aspecto de um arranjo contratual, e quando isso acontece, o papel das medidas de danos deve ser visto sob essa ótica. Suponha que um comprador avesso ao risco contrate um vendedor neutro ao risco para futura entrega de uma quantia fixa de um bem perecível que o primeiro comercializa num mercado *spot* (e não é comercializável em um mercado futuro organizado). Se supusermos ainda

que o vendedor é um intermediário (não um produtor), então precisamos pensar somente sobre os problemas de alocação de risco. É aparente que, sob um contrato de contingências completo Pareto-eficiente, o comprador avesso ao risco obteria o bem em um preço fixo – ele seria assegurado pelo vendedor neutro sobre o risco contra flutuações no preço *spot* futuro (a contingência). Ainda é aparente que a medida de expectativa agiria como um substituto perfeito para o contrato de contingências completo, pois sob aquela medida, o comprador teria efetivamente assegurado o bem naquele preço concordado.<sup>46</sup>

Mas na grande parte das relações contratuais, tanto a alocação de risco quanto a alocação de recursos devem ser consideradas em relação ao papel das medidas de danos. Se o vendedor neutro ao risco fosse o produtor do bem em vez de mero intermediário, então a medida de expectativa serviria não apenas para alocar o risco de forma apropriada, mas também para alocar recursos, e de uma forma similar ao descrito neste artigo.

Dois pontos de qualificação devem ser feitos com relação ao nosso resultado de que a medida de expectativa é Pareto-superior à medida de confiança (Proposições 5, 8, 9). Primeiro, como enfatizado, a alocação de risco pode entrar na avaliação das medidas de danos; e como consideração deste fator dá mais força ao caso de medida de expectativa se o comprador (ou quem quer que possa ser vítima da quebra contratual) for mais avesso ao risco do que o vendedor (ou quem quer que possa ser a parte descumpridora), isso ao mesmo tempo dá mais força à medida de confiança se o vendedor for mais avesso ao risco do que o comprador. Segundo, a informação que a corte (ou outra autoridade) tem poder suficientemente limitado de forma a torná-la incapaz de aplicar uma ou outra medida de danos. Mesmo que se possa imaginar circunstâncias em que a corte sabe a medida de expectativa mas não a de confiança, é mais provável que ocorram circunstâncias em que contrário seja verdadeiro.<sup>47</sup>

Quando o uso de um contrato incompleto juntamente com uma medida de danos induz a significativa ineficiência – quando isso induz as partes a agirem de uma forma que difira substancialmente do que elas teriam agido sob um contrato de contingências completo Pareto-eficiente –, então geralmente espera-se que haja alguma pressão para a criação de um contrato



especificado de forma mais completa – apesar dos custos resultantes. (Como já discutido, esses custos explicam a tendência à incompletude na primeira vez.) Suponha que a medida de danos aplicável seja a medida de confiança (talvez a de expectativa seria particularmente difícil para a corte inferir), que o comprador gaste praticamente nada em confiança na entrega de um bem a ser manufaturado pelo vendedor, e o valor do bem para o comprador seja muito grande. Então, para prevenir que o vendedor descumpra o contrato muito frequentemente (pois ele teria que pagar muito pouco em danos por descumprimento), poderia ser estipulado no contrato que o vendedor não pode descumprir, a não ser em caso de seus custos de produção serem muito altos, mesmo que esta provisão gere certos custos (custos da inclusão literal no contrato e, especialmente, da verificação pelo comprador da magnitude dos custos de produção do vendedor, quando este afirma serem muito altos, por exemplo).

Finalmente, vale a pena comparar a visão deste artigo com o argumento expresso muito frequentemente de que medidas de danos têm um papel econômico *socialmente* vantajoso.<sup>48</sup> Nessa segunda visão, o papel de medidas de danos é visto como derivado dos dois efeitos diretos de seu uso, mais precisamente, que as partes são motivadas a aderir ao contrato, mas, ao mesmo tempo, que elas têm a opção de escapar de suas obrigações e decidirão agir assim em certas circunstâncias atípicas. Esses dois efeitos são identificados como tendo dois papéis sociais benéficos: aderência a contratos promove trocas, tanto privadas como comerciais (um mundo onde houvesse pouca garantia de cumprimento de contratos seria inconveniente e muito mais oneroso); e a opção de não cumprir significa que contratos serão quebrados quando a execução impedir o uso dos recursos da forma mais valiosa (como no caso em que um comprador alternativo estiver disposto a pagar ao vendedor mais do que o comprador contratante inicial).

A visão elaborada aqui é, na lógica, estrita, uma visão diferente, mas complementar, pois, como enfatizamos, mostramos que o uso de medidas de danos é de *interesse mútuo* das partes contratantes.<sup>49</sup> A utilidade de medidas de danos para as próprias partes contratantes é sem dúvida um e talvez o maior aspecto no qual a vantagem social das medidas de danos é inerente. Além disso, ela contém uma explicação mais atraente do uso observado de

medida de danos do que uma aquela baseada na noção que ela está no interesse social difuso.

**NOTAS**

\* Harvard University. Agradeço a R. Claman, P. Diamond, R. Ericson, J. Green, B. Greenwald, A. M. Polinsky, R. Posner, ao Editorial Board pelos comentários, e à National Science Foundation pelo apoio financeiro.

**1** Ao leitor interessado no papel econômico das medidas de danos sugerimos os seguintes artigos: Barton (1972), Birmingham (1969), Diamond e Maskin (1979), Fuller e Perdue (1937), Goetz e Scott (1977), Grossfeld (1963), Kornhauser (1979), Posner (1977, p. 88-94), Priest (1979), e Rogerson (1980). O texto de Barton é o que guarda mais relação com o nosso (ver nota de rodapé 17, Rogerson), e posteriormente teceremos alguns comentários sobre esse e outros artigos. O leitor ainda deve levar em conta a comparação entre a perspectiva geral da maior parte das referências acima com referências baseadas em argumentos “morais”; para uma análise recente e sistemática sobre quebra de contratos e outros assuntos relacionados ao direito contratual usando a segunda perspectiva, ver Fried (1980).

**2** Deve-se, entretanto, enfatizar que *de acordo com os termos* de um contrato de contingências completo Pareto-eficiente, uma parte será tipicamente isenta de cumprir algumas “obrigações” diante de algumas contingências. Por exemplo, tal contrato poderá indicar que um vendedor não precisará produzir e entregar um bem se sua empresa for incendiada ou se seus trabalhadores entrarem em greve. Portanto, a afirmação de que uma parte sempre obedece um termo de um contrato de contingências completo Pareto-eficiente não significa que a parte sempre cumpre uma determinada obrigação, ou toma uma ação em particular.

**3** Uma breve reflexão ou análise de casos deverá convencer o leitor da razoabilidade dessa afirmativa. As referências também podem ser encontradas em um famoso artigo de Macaulay (1968).

**4** Aqui, provaremos que isso caracteriza o contrato de contingências completo Pareto-eficiente, ou seja, que esse é o modelo preferido por ambas as partes. Para o leitor que não a considere essa ideia óbvia, um cálculo pode torná-la plausível.

O que devemos ilustrar é que, dado o contrato em que o vendedor deve sempre trabalhar, nós podemos montar um contrato alternativo onde ambos, ele e o comprador prefeririam, e no qual ele o utiliza somente se o custo de produção for menor ou igual a US\$ 200,00 (o que em uma lógica estrita deve ser interpretado como o valor da máquina baseado nas alternativas disponíveis). Considere que o custo de produção será de US\$ 100,00 com probabilidade de 0.99 e US\$ 1.000,00 com probabilidade 0.01. Suponha primeiramente que o contrato exija que o vendedor trabalhe independente do custo de produção e que

o preço (lembre que, foi pago no início) é, digamos, US\$ 150,00. Então o valor de contrato esperado pelo vendedor é de  $US\$ 150,00 - (0.99(US\$ 100,00) + 0.01(US\$ 1.000,00)) = US\$ 150,00 - US\$ 109,00 = US\$ 41,00$ ; e o valor para o comprador é de  $US\$ 200,00 - US\$ 150,00 = US\$ 50,00$ . Agora suponha que o contrato requer que o vendedor produza somente se o custo de produção for de US\$ 100,00 e que o preço do contrato é reduzido para, digamos, US\$ 145,00. Então, o valor esperado pelo vendedor é de  $US\$ 145,00 - 0.99(US\$ 100,00) = US\$ 46,00$  e seu valor esperado pelo comprador é de  $0.99(US\$ 200,00) - US\$ 145,00 = US\$ 53,00$ . Portanto, ambos, o vendedor e o comprador preferem estritamente o segundo contrato, aquele que permite que o vendedor não produza sob uma determinada contingência; deixando o vendedor se negar a produzir quando o custo de produção exceder o valor da máquina, já para o comprador foi possível reduzir o preço suficientemente para que seja bom para ele (apesar da chance ele não ficaria com a máquina) mas ao mesmo tempo, a redução seria a menor possível para ainda ser vantajoso para o vendedor.

**5** Lembre-se de que assumimos que o vendedor recebe adiantado, portanto, o vendedor não perde o pagamento se ele descumprir o contrato. (Mas veremos, com a análise, que a hipótese referente ao *timing* do pagamento não é essencial.)

**6** Devemos mencionar que a razão para a necessidade de um substituto para contratos de contingência completos explica por que sempre há (a) recurso a uma nova negociação a fim de completar lacunas contratuais; e (b) dependência dos costumes e da lei para o reconhecimento de certas contingências como justificativas para o inadimplemento.

A nova negociação, no entanto, tem duas desvantagens que limitam (mas, claro, não eliminam) sua utilidade frente às medidas de dano. A primeira é que a renegociação é geralmente um processo custoso. A segunda é que não há razão forte para acreditar que a renegociação terá um resultado Pareto-eficiente, quando uma das partes não puder verificar a ocorrência da contingência. Em nosso exemplo, o vendedor pode querer renegociar se houver um aumento nos custos de produção, e vamos assumir que o aumento é tal que os custos totais permaneçam abaixo do valor da máquina para o comprador. Se o comprador não sabe o valor dos custos de produção, e se achar que o vendedor está blefando, ele poderá recusar a proposta do vendedor e assim destruir um contrato que seria Pareto-eficiente.

A dependência aos costumes e à lei está sujeita às mesmas desvantagens e só poderia funcionar como preenchimento de lacunas dos contratos no que diz respeito a contingências prováveis, as quais as partes teriam deliberadamente levado em consideração e chegado a um acordo.

Devemos observar ainda que, dado que a dependência aos costumes e às leis (e talvez na renegociação também) corresponda a uma adição de termos contratuais sobre certas

contingências, ela deve ser vista como tendo uma função que é bem distinta das medidas de danos, pois elas não adicionam termos no sentido contratual, e sim em um sentido subjetivo, por meio de incentivos.

**7** Isto pode ser colocado da seguinte forma. Suponha que  $t_1$  seja o custo de incluir no contrato uma provisão Pareto-eficiente para uma contingência que ocorrerá com probabilidade  $p$ , que  $e$  é o custo de garantir a provisão se a contingência ocorrer, que  $t_2 > e$  é o custo da resolução da disputa, caso não exista a provisão contratual para a contingência e ela ocorra, e  $b$  é o custo atribuído ao desvio do ponto Pareto-eficiente em um sistema de resolução de disputas. Então, não haverá provisão para a contingência incluída no contrato se o custo esperado de fazer tal provisão,  $t_1 + pe$ , exceder o custo esperado de não a fazer,  $p(t_1 + b)$ , ou se  $t_1 > p(t_2 + b - e)$ . *Portanto, uma baixa probabilidade de ocorrência (ou um baixo custo devido ao desvio do ponto Pareto-eficiente, etc.) vai contra a inclusão da provisão contratual contra contingências.*

**8** Esse ponto foi originalmente enfatizado na literatura econômica por Radner (1968).

**9** Isso inclui (a) não apenas determinantes do custo de produção de um bem a ser produzido, mas também (b) determinantes de como o vendedor transforma em capital um bem a ser produzido (uma máquina, uma pintura) ou um bem já apropriado (uma casa, um carro, uma joia, etc.), e também (c) lances para o bem do vendedor feitos por compradores alternativos.

**10** Esses aspectos incluem (a) determinantes de como o comprador transforma em capital o bem em questão e (b) ofertas do bem feitas por vendedores alternativos.

**11** Uma perspectiva analítica mais completa do que aquela apresentada aqui questionaria (com base nos fatos que acabamos de discutir) quando exatamente as contingências deixariam de ser incluídas em um contrato; e, talvez, sob tal perspectiva, as medidas de danos teriam o mesmo papel em relação a estas contingências que aquele que normalmente têm na nossa perspectiva.

**12** O modelo é similar ao de Barton (1972), o primeiro autor – que eu conheço – a usar um estudo formal de medidas de danos. Barton questiona, em uma série de exemplos, como o uso de diferentes medidas de danos afetaria o comportamento das partes contratantes, e se isso levaria à maximização do “valor total”. A análise desse autor toca em diversos pontos que não abordaremos aqui, mas ela discute pouco a confiança (a ser definida em breve), e em nenhum momento indica explicitamente que medidas de danos podem substituir contratos de contingências completos Pareto-eficientes.

**13** Assuntos relacionados à formação de contratos (incluindo como as partes se encontram e chegam a um acordo) não serão estudados aqui. Entretanto, tais assuntos e outros foram tratados por Diamond e Maskin (1979), que analisaram o modelo de um mercado para trocas sob a perspectiva de um contrato de um bem indivisível (p.ex., casas) em que compradores e vendedores decidem quanto tempo querem gastar à procura de parceiros contratuais.

**14** Não perguntamos se a medida de danos é decidida pelas partes, originada nos costumes, ou é uma imposição legal. Ressaltamos no último caso que não se precisa inferir que as partes irão à justiça caso ocorra um inadimplemento, pois se elas concordarem sobre a indenização a ser imposta pelo juiz, elas geralmente evitarão o risco e pouparão tempo e custos legais fazendo uso de um acordo extrajudicial.

**15** O emprego do termo confiança é padrão. Ver Fuller e Perdue (1937) ou Dawson e Harvey (1977).

**16** Nossa visão de sequência de eventos é obviamente muito simples – é sempre verdade que a confiança ocorre de forma contínua no tempo e isso também é verdade para a resolução da incerteza. Entretanto, nossa visão permite o estudo do que parece ser o item de interesse sobre confiança, qual seja, que ele é um investimento feito em condições de incerteza quanto ao resultado final do contrato.

**17** Rogerson (1980) emprega o modelo por nós introduzido em um interessante estudo da situação em que as partes renegociam, se isso resultar em benefícios para ambas. Decidi não estudar esta situação (e, portanto, implicitamente assumimos “altos” custos de renegociação) porque pretendo estudar a situação em que uma parte pode vir a descumprir, mesmo que isso não seja Pareto-eficiente, ou a situação em que ela cumpra, mesmo que isso não seja Pareto-eficiente.

**18** A medida de confiança, algumas vezes, é considerada de forma a incluir oportunidades perdidas; ver Fuller e Perdue (1937) ou Dawson e Harvey (1977). Quando o caso for esse, a medida de confiança pode se sobrepor à medida de expectativa. Por exemplo, se o comprador pudesse ter feito um contrato idêntico com outro vendedor, pode-se dizer que a oportunidade perdida foi a “expectativa”. Portanto, para isolar o efeito de compensação para ações realizadas com confiança, depois de se ter feito um contrato daquele de proteção da expectativa, parece melhor analisar a versão da medida de danos como estamos fazendo.

**19** Leitores familiarizados com a lei contratual observarão que, dado que ignoramos

a possibilidade de execução parcial, não estamos preocupados com a restituição do vendedor ao comprador por eventuais despesas antes da quebra contratual.

**20** Essa interpretação ignora os fatores morais e os danos à reputação, que entram nas decisões sobre quebra contratual.

**21** A exigência legal de que a vítima de um inadimplemento faça um esforço considerável para tornar suas perdas as menores possíveis objetiva resolver um problema diferente daquele que destacamos aqui, dado que nosso problema refere-se à escolha inicial de confiança, não à “mitigação dos danos” *ex post*.

**22** Ou seja, cada parte age de forma a maximizar sua utilidade esperada (von Neumann-Morgenstern), e sua utilidade simplesmente se iguala ao nível de uma única variável denominada riqueza ou valor ou, sempre (neste artigo) “posição”. Então, diremos que cada parte age de forma a maximizar sua riqueza esperada ou valor esperado ou posição esperada.

**23** Ainda assumiremos, sem comentários adicionais, que as outras funções a serem definidas e consideradas aqui são diferenciáveis.

**24**  $\sim B$  é definido como complemento de  $B$ .

**25** Observe que essas ofertas são dadas como exógenas ao modelo. Essa hipótese parece apropriada caso consideremos situações em que as novas partes fazem suas ofertas de forma relativamente rápida, por algum motivo, sem observação da posição da contratante original e sem real negociação. Esta hipótese não parece apropriada se considerarmos situações em que as ofertas das novas partes possam ser influenciadas pela posição da contratante original. (P.ex., se um comprador alternativo encontrar um vendedor que já tenha feito um contrato, o novo comprador poderá muito bem ofertar mais se o vendedor tiver que pagar uma grande quantia em danos por quebra do que se ele tivesse que pagar somente uma quantia pequena.) Entretanto, na versão prévia deste texto a hipótese foi relaxada, e as ofertas das novas partes foram determinadas de forma endógena; a natureza qualitativa dos resultados-naquele caso foram praticamente a mesma encontrada aqui, mas dado que as complicações que apareceram naquela análise foram tangenciais aos nossos propósitos, pareceu-nos melhor apresentar hipóteses simplificadoras.

**26** Considere mais um exemplo. Com relação aos exemplos do tipo (d), assumamos que o valor parcial  $v(r)$  seja zero. Então, (2) reduz-se a  $B^*(r) = \{\theta \mid c(r) \geq \theta\}$ , o que quer dizer que é Pareto-eficiente para o comprador não cumprir, e comprar o bem por  $\theta$  de um

comprador alternativo se  $\theta$  for menor do que  $c(r)$ , o custo do vendedor contratante de completar a produção do bem.

**27** De agora em diante, nas proposições que se seguem, assumiremos hipóteses similares sobre os conjuntos de quebras.

**28** Se  $B^*(r)$  é a união dos intervalos com extremos que sejam diferenciáveis em  $r$ , o argumento será o mesmo, e assumiremos que  $B^*(r)$  seja dessa forma.

**29** Se  $d$  dependesse de  $\theta$ , nossa hipótese teria de ser que  $\theta$  pode ser observado por ambas as partes, o que conflita com a hipótese de que o contrato, por si só, não prevê contingências.

**30** O leitor poderá facilmente verificar que, para qualquer medida de danos  $d$  aplicável, se  $k$  é pago quando um contrato é celebrado, há uma medida de danos equivalente que pode ser usada se  $k$  é pago quando o contrato é cumprido: o valor equivalente é somente  $d - k$  em situações em que o vendedor pode descumprir e  $d + k$  em situações em que o comprador pode descumprir.

**31** Em situações em que o vendedor confia e o comprar pode descumprir,  $v(r) - r + k$  é a posição do vendedor com a execução,  $\underline{v}(r) - r + k - d$  é a sua posição com o inadimplemento, e assim sucessivamente.

**32** Em outras palavras, aqui abstraímos assuntos relacionados a oportunidades perdidas.

**33** A noção de que a medida de expectativa é, de alguma forma, socialmente desejável, pois induz uma parte a inadimplir todas as vezes em que, agindo de tal forma, isso compensa mais do que o valor obtido com a execução do contrato para a outra parte, foi primeiramente afirmado na edição de 1972 de Posner (1977), creio. Entretanto, que isso seja um aspecto de eficiência de Pareto foi – até onde eu sei – afirmado pela primeira vez aqui.

**34** Em situações em que o comprador pode descumprir,  $d = r - \underline{v}(r) - k$ .

**35** Em (20) será visto que  $B(r)$  geralmente incluirá  $B^*(r)$ ; e o mesmo será verdade todas as vezes em que usarmos o símbolo de inclusão de conjuntos em qualquer outra parte deste capítulo.

**36** Isso tem sido afirmado essencialmente por Posner (1977).



**37** Pode, então, parecer que nossa afirmativa sobre a ocorrência frequente de quebra de contrato é contraditória. Se em nosso exemplo o preço do contrato fosse suficiente alto, por exemplo US\$ 9,25, a quebra raramente ocorreria (pois  $d$  seria então US\$ 10,25 na medida de confiança). Entretanto, a prova mostra (como deve mostrar) que o preço de contrato não pode ser alto o suficiente para que isso aconteça; o argumento é que o comprador não estaria disposto a pagar um preço tão alto logo no início.

**38** Como mostraremos mais adiante, também é verdade que, dado  $r$  e  $k$ ,  $B(r)$  contido em  $B$ , o inadimplemento ocorrerá mais frequentemente do que com a medida de confiança.

**39** Isso levanta a possibilidade de que o comprador pode, na verdade, preferir pagar (até um limite) um preço “alto” para o vendedor; isso seria muito provável se o excedente que o comprador derivar da execução do contrato for grande.

**40** Para que o resultado não seja interpretado equivocadamente, deve-se ter em mente que uma medida de danos é assumida aqui como dependente somente dos *valores das variáveis* (além de  $\theta$  – ver nota 29). Se, em vez disso, assumirmos que uma medida de danos poderia depender das *funções* completas ( $r(\cdot)$ ,  $v(\cdot)$ ,  $\underline{v}(\cdot)$ ,  $w(\cdot)$ ,  $\underline{w}(\cdot)$ ,  $z(\cdot)$ , e  $p(\cdot)$ ) que descrevem a situação contratual, uma medida de danos induzindo um comportamento Pareto-eficiente poderia facilmente ser desenhada: com o seu conhecimento perfeito da situação contratual, o tribunal poderia simplesmente determinar confiança e inadimplemento Pareto-eficientes e ameaçar uma punição severa, se as partes se desviarem de tal comportamento; as partes seriam induzidas a se comportar de maneira Pareto-eficiente. Em nosso caso, o fato da medida de danos depender dos valores das variáveis, e não das funções, é justificado pelo conhecimento limitado da natureza das situações contratuais pelos tribunais.

**41** Devemos mencionar que o passo da prova implica que *não existe uma medida de danos que seja sempre Pareto-superior à medida de expectativa*. O argumento é que qualquer outra medida de danos seria Pareto-inferior à medida de danos em situações contratuais nas quais a decisão de inadimplir é mais importante do que a opção pela confiança.

**42** A não ser que seja ressaltado o contrário, as hipóteses e definições da última seção também se aplicam aqui.

**43** Se o vendedor é a parte ativa, então  $v(r, \theta) - r + k$  é a posição do vendedor se ele cumpre,  $\underline{v}(r, \theta) - r + k + z(\theta) - d$  é a sua posição se ele descumpre,  $w - k$  é a posição do comprador, dado a execução, e  $\underline{w} - k + d$  é sua posição, dado o inadimplemento. Então, o conjunto de descumprimento é dado por (37), e a posição esperada do vendedor

é dada por (38), exceto quando o sinal de  $k$  naquela expressão deva ser mudado de negativo para positivo.

**44** Se o vendedor é a parte ativa,  $d = -w + k$ .

**45** Na literatura que trata de *Law & Economics*, remete-se o leitor a um recente manuscrito não publicado, Kornhauser (1979)\*, que estuda como medidas de danos para quebra de contratos alocam risco (bem como alocam recursos); ver também Joskow (1977), Posner e Rosenfield (1977), e Perloff (1979), que se concentraram na alocação de risco ao analisar impossibilidade e doutrinas relacionadas a justificativas em direito contratual.

\* O trabalho ainda não foi publicado, muito embora outras publicações do autor derivem daí, como, por exemplo, Kornhauser, L. Reliance, Reputation, and Breach of Contract, *Journal of Law and Economics*, v. XXVI, October 1983 [N. T.].

**46** Se o vendedor descumprisse e o comprador comprasse o bem a um preço mais alto no mercado *spot*, na medida de expectativa, o vendedor teria de pagar ao comprador o valor que excedeu o preço inicialmente contratado.

**47** Isso porque a determinação de confiança (quanto a oportunidades perdidas) se refere a fatos (ações efetivamente tomadas), enquanto a determinação de expectativa está relacionada a uma situação hipotética (quais teriam sido os lucros de uma empresa; qual teria sido o valor para um indivíduo ter seu retrato pintado).

**48** Esse argumento é refletido (mas não plenamente ou exatamente expresso) em, por exemplo, Birmingham (1969), e Fuller e Perdue (1937).

**49** Em circunstâncias normais, é óbvio que a aderência a um contrato é do interesse de ambas as partes. Quanto à afirmação de que a quebra em circunstâncias atípicas também é do seu interesse, os leitores que não acompanharam os detalhes da análise deveriam reconsiderar o exemplo da nota 4 *supra*.

**REFERÊNCIAS**

- : Barton, J. The Economic Basis of Damages for Breach of Contract. *Journal of Legal Studies*, v. 1, n. 2, p. 277-304, 1972.
- : Birmingham, S. Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency. *Rutgers Law Review*, v. 24, n. 2, p. 273-292, 1970.
- : Dawson, J. and Harvey, W. *Contracts*, 3. ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1977.
- : Diamond, P. and Maskin, E. An Equilibrium Analysis of Search and Breach of Contract, I: Steady States. *The Bell Journal of Economics*, v. 10, n. 1 p. 282-316, Spring 1979.
- : Fried C. *Contract as Promise: a Theory of Contractual Obligation*. Cambridge: Harvard University Press, Forthcoming.
- : Fuller, L. and Perdue, W. Reliance Interest in Contract Damages. *Yale Law Journal*, v. 46, n. 3, p. 373-420, 1973.
- : Goetz, C. and Scott, R. Liquidated Damages, Penalties, and the Just Compensation Principle: Some Notes in an Enforcement Model of Efficient Breach. *Columbia Law Review*, v. 77, n. 4, p. 554-594, 1977.
- : Grossfeld, B. Money Sanctions for Breach of Contract in a Communist Economy. *Yale Law Journal*, v. 72, n. 7, p. 1326-1346, 1963.
- : Joskow, P. Commercial Impossibility, the Uranium Market, and the Westinghouse Case. *Journal of Legal Studies*, v. 6, n. 1, p. 119-176, 1977.
- : Kornhauser, L. An Essay on the Economics of the Construction and Interpretation of Contracts. New York University Law School, mimeo, 1979.
- : Macaulay, S. Noncontractual Relations in Business: A Preliminary Study. *American Sociological Review*, v. 28, n. 1, p. 55-69, 1963.
- : Perloff, J. The Forward Market Effects of the Excuse Doctrines. University of Pennsylvania, mimeo, 1979.
- : Posner, R. *Economic Analysis of Law*. 2. ed. Boston: Little Brown, 1977.
- : Posner, R.; Rosenfield, A. Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis. *Journal of Legal Studies*, v. 6, n. 1, p. 83-118, 1977.
- : Priest, G. Breach and Remedy for the Tender of Nonconforming Goods under the Uniform Commercial Code: An Economic Approach. *Harvard Law Review*, v. 91, n. 5, p. 960-1001, 1978.
- : Radner, R. Competitive Equilibrium under Uncertainty. *Econometrica*, v. 36, n. 1, p. 31-58, 1968.
- : Rogerson, W. Economic Efficiency and Damage Measures in Contract Law. *California Institute of Technology*, mimeo, 1980.

: Williamson, O. Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations. *Journal of Law and Economics*, v. 22, p. 233-261, 1979.

**Damage Measures for Breach of Contract**

Steven Shavell

*The Bell Journal of Economics*, Vol. 11, No. 2 (Autumn, 1980), pp. 466-490

Publicado por: RAND Corporation

Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/3003374>

DOI: 10.2307/3003374



7.

## LIMITES DA COGNIÇÃO E LIMITES DO CONTRATO

Melvin A. Eisenberg\*

### INTRODUÇÃO

Um princípio básico do direito dos contratos é que os acordos devem ser impostos conforme seus termos.<sup>1</sup> Esse princípio – que chamarei de princípio da negociação – pode ser identificado em frases como “os tribunais não ponderam a proporcionalidade das prestações”,<sup>2</sup> e “uma mera desproporção entre as prestações não leva à nulidade do contrato”,<sup>3</sup> Quando colocado dessa maneira, o princípio da negociação parece ser uma regra sobre prestações, mas ele também é uma regra sobre a abrangência da decisão judicial e sobre indenizações. Quanto ao primeiro, o princípio prescreve que tribunais devem impor os acordos de forma literal, sem promover alterações em seus termos. Quanto ao segundo, os tribunais devem não apenas impor os acordos; devem impô-los de forma completa, a fim de que a indenização pelo inadimplemento possa ser calculada a partir do valor que a execução teria para a parte lesada.

Um feixe de normas sociais embasa o princípio da negociação. As partes são, normalmente, o melhor juiz da própria vantagem, e costumam revelar as suas definições de vantagem em suas promessas. Promessas de negociação geralmente são feitas para obter algum tipo de vantagem para si, e promessas dessa ordem devem ser cumpridas. Negociações geram valor, permitem às partes planejar as suas condutas com antecedência, retiram uma certa dose de incerteza, alocam bens para usos mais eficientes, e distribuem melhor os fatores de produção.<sup>4</sup> A imposição dessas negociações promove todos esses fins desejáveis. Em última instância, essas proposições e, portanto, o próprio princípio da negociação, são embasadas pela premissa empírica de que, ao negociar, a parte contratante agirá com total cognição para, racionalmente, maximizar aquilo que ela entende por vantagem.

Não obstante o princípio da negociação, a lei contratual define uma série de limites para a imposição plena das promessas negociais. Alguns desses limites podem ser aplicados a casos em que o promitente agiu de

maneira condenável. Muitas das alegações tradicionais, como coerção e incapacidade, podem ser enquadradas, total ou parcialmente, nesses limites. O princípio do abuso de posição dominante [*principle of unconscionability*], elaborado ao longo dos últimos quarenta anos,<sup>5</sup> também traz a ideia de que, se uma parte negociou de forma desleal, ela não tem motivos para impor o cumprimento do contrato resultante. Na prática, o princípio do abuso de posição dominante deu aos tribunais um pressuposto para desenvolver uma jurisprudência mais específica sobre a revisão de comportamentos contratuais,<sup>6</sup> que envolvam algum tipo de exploração de uma parte por outra, como ocorreu com a jurisprudência da surpresa injusta.<sup>7</sup>

Entretanto, algumas das correntes jurisprudenciais que limitam o princípio da negociação não podem ser explicadas coerentemente pela “exploração injusta”. Na verdade, o substrato dessas correntes está no limite da cognição humana.

Considere, por exemplo, a alegação tradicional de incapacidade. A ausência de capacidade configura-se quando uma parte não é capaz de entender a natureza dos seus atos e suas consequências, é uma criança ou está sob tutela.<sup>8</sup> Se uma parte não tem capacidade para entender a natureza e a consequência dos seus atos, ela não pode fazer julgamentos adequados sobre vantagens. Se uma parte é uma criança ou um tutelado, a lei presume que ela não pode fazer esses julgamentos. Em ambos os casos, a parte negocia com limites reais ou presumidos, ou seja, o argumento da capacidade não tem por base uma exploração censurável. Aliás, a incapacidade pode ser alegada mesmo se uma das partes – capaz – não tiver conhecimento da incapacidade da outra.<sup>9</sup> Portanto, o argumento da capacidade pode ser explicado pela “presunção de que incapazes, devidamente identificados, necessitam de proteção quanto a seus próprios atos”.<sup>10</sup> Sendo assim, a premissa do princípio da negociação, que atesta que uma parte contratante deve agir com plena cognição para racionalmente maximizar o que ela entende por vantagem, não pode ser cumprida.

Neste artigo, mostrarei que os limites da cognição também explicam outros limites ao princípio da negociação. Mostrarei, também, como os limites do princípio da negociação devem ser interpretados, modificados e estendidos. Eu começo a parte I com um rascunho sobre os limites cognitivos

que são mais comuns aos contratos. Na parte II, desenvolvo a aplicação desses limites a diversas áreas do direito contratual: fixação de perdas e danos, condições, contratos-padrão, contratos para cessão de obrigações fiduciárias, contratos fechados e acordos pré-nupciais.

## **I. OS LIMITES DA COGNIÇÃO**

Os contratos dizem respeito ao futuro e, portanto, sempre são feitos em condições de incerteza. Segundo o típico modelo econômico da escolha,<sup>11</sup> um agente que precisa fazer uma escolha diante de uma incerteza selecionará racionalmente a opção que maximiza aquilo que ele entende por vantagem. Agir racionalmente requer, dentre outras coisas, que diante de consequências incertas a probabilidade de sua ocorrência possa ser avaliada nos limites da teoria da probabilidade.<sup>12</sup> Como Tom Ulen ressaltou, o modelo da escolha racional tem a presunção a respeito das habilidades cognitivas dos tomadores de decisão, que se resumem a tudo aquilo que eles “sabem ou podem saber, todas as ações alternativas possíveis – que tenham conhecimento ou tenham como descobrir –, todos os preços relevantes, e consciência dos seus desejos e necessidades”.<sup>13</sup> Se aplicado a escolhas feitas em condições de incerteza, há outros pressupostos a respeito das habilidades cognitivas que devem ser feitas:

(...) que tomadores de decisão possam calcular a probabilidade estimada de eventos futuros e incertos; que eles tenham em mente os custos exatos de eventuais resultados inesperados; que eles tenham ciência de suas próprias atitudes em relação ao risco envolvido; que eles combinem essas informações quanto a probabilidades, valores de imprevistos e atitudes, para calcularem as vantagens de ações alternativas e escolherem a ação que maximize a vantagem esperada.<sup>14</sup>

Na realidade, porém, as provas empíricas mostram que os agentes violam de maneira sistemática o modelo da escolha racional e o modelo da vantagem esperada, devido, justamente, a seus limites cognitivos. Neste artigo, abordarei três deles: limites baseados na racionalidade limitada e



na ignorância racional, limites fundados na capacidade e limites baseados em problemas de habilidade.

### A. Racionalidade limitada e ignorância racional

Se os custos de procurar e processar (analisar e deliberar) informações fossem igual a zero, e a capacidade de processar informações fosse perfeita para os humanos, um agente em vias de decidir faria uma busca coerente e relevante de informações, as processaria e, finalmente, tomaria a melhor decisão possível – isso levaria à maior vantagem possível. Chamarei essa decisão de decisão ideal.

Na vida real, a busca e o processamento de informações envolvem uma série de custos, traduzidos em tempo, energia e – nem sempre – dinheiro. A maioria dos agentes ou não quer gastar os recursos necessários para adquirir informação, ou não acredita não ser possível realizar uma busca detalhada e um processamento cuidadoso a um custo acessível. Além disso, nossas habilidades de processar informações – e resolver problemas – ao computá-las, ao calcular as consequências, organizar e utilizar a memória, são restritas por limitações e pelas preferências subjetivas.<sup>15</sup> Logo, os agentes frequentemente processarão de maneira imperfeita até mesmo a informação que conseguirem obter. Essas imperfeições da capacidade humana de processamento aumentam à medida que as decisões se tornam mais complexas e envolvem maiores transformações.<sup>16</sup>

Sendo assim, a racionalidade humana fica restrita à informação limitada e ao processamento limitado dessa informação.<sup>17</sup> Os agentes normalmente não objetivam fazer escolhas *ideais*, e sim escolhas *satisfatórias*. March e Simon distinguem o processo decisional ideal do satisfatório da seguinte maneira:

Uma alternativa é ideal se: (1) existe uma série de critérios que permite a comparação entre todas as alternativas, e (2) a alternativa em questão é, a partir desses critérios, preferível a todas as outras. Uma alternativa é satisfatória se: (1) existe uma série de critérios que descreve alternativas minimamente satisfatórias, e (2) a alternativa em questão é igual ou superior a esses critérios.

A maioria dos processos decisoriais, quer sejam individuais ou coletivos, tem por objetivo a descoberta e seleção de alternativas satisfatórias; apenas em casos excepcionais há a preocupação com escolhas ideais (...). Um exemplo é a diferença entre procurar em um palheiro uma agulha qualquer e procurar em um palheiro uma agulha boa o suficiente para costurar.<sup>18</sup>

Apesar de o conceito de racionalidade limitada sugerir que os agentes optarão por procedimentos específicos para a busca e o processamento, ele não define quais serão esses procedimentos. Em um modelo desenvolvido por Stigler, um agente investe em busca até que o custo de mais busca se iguale ao lucro marginal esperado de mais buscas.<sup>19</sup> Neste ponto, o agente interrompe a sua procura. O modelo de tomada de decisão em que agente aperfeiçoa sua busca e depois decide – baseado na sua procura anterior – de maneira ideal ou não, é o ideal.<sup>20</sup> Ele pode ser aplicado à quantidade de processamento de informações que um agente se dispõe a adquirir, bem como à duração da busca. Eu chamo esse modelo – em que a quantidade de busca e processamento de informação é ideal, mas a decisão final pode não ser – de modelo de procedimento decisional ideal. Uma implicação relevante deste modelo é que os agentes decidem em um estado de ignorância racional das alternativas e consequências, que poderiam ter sido descobertas e levadas em consideração se a busca e o processamento tivessem continuado.

Simon desenvolveu um modelo alternativo do processo de decisão. De acordo com esse autor, antes da busca, o agente já tem um nível de ambição e satisfação em mente. (O agente pode muito bem alterar esse nível ao longo da busca.) Quando o agente descobre uma alternativa que vai ao encontro dos seus níveis pré-determinados de ambição, ele encerra a busca e o processamento das informações e faz a escolha. Simon chama esse modelo de “*suficitório*”.<sup>21</sup> “Quando o ‘homem econômico’ maximiza – ou seja, seleciona a melhor alternativa dentre todas as possíveis – o seu primo, ‘homem administrador’, *suficita* – ou seja, procura um modo de agir que seja satisfatório ou ‘bom o suficiente’”.<sup>22</sup>

Existem outras estratégias possíveis. Por exemplo, há agentes que usam frequentemente a heurística (regras sobre decisão) da “regra do polegar”,\*

em decisões recorrentes. Kunreuther estudou residências localizadas em áreas sujeitas a inundações ou terremotos, para determinar se os moradores faziam seguro contra desastres naturais, e descobriu que, em vez de reunir e utilizar a informação disponível para estimar os benefícios de se adquirir um seguro dessa espécie, os moradores seguiam a “regra do polegar”: “eu faço o que o meu vizinho fizer”.<sup>23</sup>

Para os propósitos deste artigo, considero que o modelo de procedimento decisional ideal determina a quantidade de busca e processamento pelo agente.<sup>24</sup> Esse modelo não exaure o conceito de racionalidade limitada, já que descreve apenas a quantidade desses processos, e não sua qualidade. Por outro lado, segundo o conceito de racionalidade limitada os agentes não processarão a informação de maneira correta, ainda que queiram, pois a habilidade humana de calcular consequências, entender as implicações e fazer julgamentos comparativos em situações complexas é limitada.

O fato de os agentes restringirem a busca e o processamento não significa, necessariamente, que eles vão falhar em maximizar racionalmente a vantagem esperada. A vantagem total em uma decisão depende não apenas dos méritos da escolha, como também dos custos do processo decisional. Os limites nos custos da busca e do processamento podem maximizar uma vantagem para o agente, já que o ganho, ao optar pelo menor custo da busca e processamento, pode compensar a troca de uma decisão satisfatória por uma decisão ideal. Para os fins deste artigo, assumo que as *habilidades de planejamento* dos agentes são limitadas – e eles podem ou não ter conhecimento disso – e, ao determinar a quantidade apropriada de busca e processamento, os agentes seguem o modelo do procedimento decisional ideal, ou seja, sua ignorância quanto às alternativas desconhecidas é racional, mas seus cálculos quanto às alternativas levadas em consideração talvez não sejam.

## B. Inclinação para o otimismo

Embora a racionalidade limitada não leve, necessariamente, a escolhas irracionais, dois tipos de evidência empírica mostram que, em certas circunstâncias, os agentes são sistematicamente irracionais. Em outras palavras,

eles costumam falhar ao decidir racionalmente, mesmo dentro dos limites das informações adquiridas.

Uma das evidências diz respeito à inclinação emocional: as pessoas são otimistas demais.<sup>25</sup> Quase 90% dos motoristas acreditam que dirigem melhor do que a média,<sup>26</sup> e 97% dos consumidores acredita que a sua habilidade em evitar acidentes de bicicleta é boa ou acima da média.<sup>27</sup> Em um estudo feito por Viscusi e Magat, no qual os consumidores foram informados dos riscos comuns envolvendo alvejantes e desinfetantes, apenas 3% acharam que esses produtos expunham seus familiares a riscos de queimaduras e envenenamentos. Quase metade achava suas casas relativamente perigosas, e o restante, que suas casas eram seguras. Os consumidores são particularmente otimistas quanto ao envenenamento de crianças por alvejantes, que é – de longe – o risco mais alto.<sup>28</sup>

De modo similar, quando as pessoas calculam suas chances para sucesso pessoal e profissional, a maioria acredita, inocentemente, que as suas chances estão acima da média.<sup>29</sup> Em um estudo, Weinstein perguntou a seus colegas se eles acreditavam que a probabilidade de eles passarem por determinados eventos agradáveis ou desagradáveis era maior ou menor que a de alunos do mesmo sexo e da mesma universidade. Os otimistas – que acreditavam que gostariam do seu emprego, após o fim da faculdade – superaram em seis vezes os pessimistas. Os que acreditavam que não teriam problemas com bebidas alcoólicas superaram em sete vezes os que consideraram essa possibilidade. Quanto ao divórcio, a esmagadora maioria defendeu que não se divorciaria nos primeiros anos de casamento. As demais respostas foram todas otimistas, e algumas apresentaram a mesma lógica entre respostas pessimistas e otimistas.<sup>30</sup> De modo similar, os agentes tendem a superestimar sua habilidade de resolver problemas, principalmente nos casos em que a avaliação [dos problemas] é mais difícil.<sup>31</sup>

O otimismo desmedido foi recentemente pesquisado por Baker e Emery, em um estudo muito bem intitulado *When Every Relationship is Above Average*.<sup>32</sup> Esses autores perguntaram a pessoas que estavam prestes a se casar sobre a probabilidade de se divorciarem. As disparidades entre a percepção da sociedade e a expectativa do próprio fato foram enormes e quase sempre penderam para o otimismo. Por exemplo, os entrevistados

estimaram corretamente que 50% dos casais americanos eventualmente se divorciariam, mas os mesmos entrevistados estimaram a probabilidade de eles se divorciarem era igual a zero.<sup>33</sup> Sobre a concessão de pensão alimentícia pelos tribunais, 40% achavam essa ocorrência provável, e, paradoxalmente, 81% delas acreditavam que receberiam pensão se fossem a juízo.<sup>34,35</sup> O mesmo otimismo permeou as respostas sobre a guarda dos filhos, todos concordaram que filhos de pais divorciados passam 80% do seu tempo com suas mães. Por outro lado, mais de 95% das mulheres acreditavam que teriam a custódia das crianças no caso de um divórcio.<sup>36</sup>

### C. Capacitação defectiva

Assim como “defeitos” na inclinação prejudicam o julgamento otimista de um agente, defeitos quanto à capacitação distorcem a maneira pela qual um agente procura, processa e sopesa informações e cenários. Tversky e Kahneman apontaram que a teoria da vantagem esperada “teve início com uma análise lógica de possibilidades e chances, e não com uma análise psicológica de riscos e valores. A teoria foi concebida como um modelo normativo de um tomador de decisão idealizado, e não como uma descrição de comportamentos de pessoas reais”.<sup>37</sup> Nos últimos trinta anos, contudo, a psicologia cognitiva estabeleceu que pessoas reais usam regras de decisão (heurística) que produzem erros sistemáticos, e outros aspectos da capacidade cognitiva dos agentes também são sistematicamente defectivos. “Os desvios do comportamento quanto ao modelo normativo são muito difundidos para serem ignorados, muito sistemáticos para serem desconsiderados, e muito elementares para serem acomodados com um relaxamento do sistema normativo”.<sup>38</sup>

Por exemplo, um pressuposto básico da teoria da vantagem esperada – às vezes chamado de constante – é que, entre duas opções, a preferência de um tomador de decisão não pode depender da forma como a escolha foi caracterizada ou apresentada (“qualificada”). Uma constante requer que os agentes façam escolhas baseadas em consequências reais,<sup>39</sup> a fim de que duas caracterizações ou apresentações da mesma opção levem à mesma escolha.<sup>40</sup> No entanto, foi demonstrado que, na verdade, a escolha geralmente depende de como são qualificados os efeitos.<sup>41</sup>

Outro exemplo: o fato de opções idênticas serem qualificadas como ganhos ou perdas tem um efeito determinante nas decisões.<sup>42</sup> Esse tipo de efeito de qualificação se fundamenta na aversão que a maioria das pessoas tem ao risco quando há ganhos envolvidos, ao mesmo tempo em que os suporta quando há prejuízos.<sup>43</sup> Se houver uma chance para um ganho certo de US\$ 800,00 e uma probabilidade de 85% de ganhar US\$ 1 mil, a maioria das pessoas preferirá o ganho certo à probabilidade, ainda que esta seja contemplada com um valor maior. Por outro lado, dada uma escolha entre uma perda inevitável de US\$ 800,00 e 85% de chance de perda de US\$ 1 mil, a maioria das pessoas escolherá a última alternativa, ainda que a primeira tenha um valor matemático menor.<sup>44</sup>

Essas preferências contrastantes não são em si irracionais, mas podem ser manipuladas por meio da qualificação, para produzir escolhas irracionais. Em uma experiência famosa, Tversky e Kahneman deram a seus entrevistados dois problemas para que eles analisassem programas de combate a uma doença que poderia matar 600 pessoas.<sup>45</sup> No problema I, o programa A salvaria 200 vidas, e o programa B oferecia um terço de probabilidade de salvar todas as 600 vidas. No problema II, o programa A custaria 400 vidas, e o programa B oferecia dois terços de probabilidade de perder todas as 600 vidas. Na verdade, ambos os programas eram iguais, bem como os programas B. Entretanto, como o problema I foi apresentado como um ganho (vidas salvas) e, portanto, trazia a ideia de aversão a risco, e o problema II foi apresentado como uma perda (vidas perdidas), ou seja, uma hipótese de risco –, 72% escolheram o programa A do problema I, enquanto 78% escolheram o programa B do problema II.<sup>46</sup>

Outro exemplo de qualificação é a caracterização de uma opção como segura ou arriscada. Suponha que, diante das possibilidades de ganhar US\$ 50,00 e 25% por cento de chance de perder US\$ 200,00, a maioria das pessoas escolha a primeira opção quando se trata de segurança e a última quando se trata de risco.<sup>47</sup>

O efeito qualificativo é tão forte, que muitas pessoas defenderão sua posição inconsistente mesmo se souberem das inconsistências. Em diversas ocasiões, Tversky e Kahneman confrontaram os mesmos entrevistados com as duas versões do problema da doença.<sup>48</sup> Quando eles discutiram

as preferências inconsistentes das duas versões, muitos continuaram avessos ao risco na versão “vidas salvas” e suportando o risco na versão “vidas perdidas”, mesmo quando se pretendia que as respostas fossem firmes.<sup>49</sup> De maneira similar, Lewis percebeu que mesmo quando alguns pesquisadores mostraram a um grupo de alunos universitários que eles haviam feito escolhas inconsistentes com base nos efeitos qualificativos, metade deles se recusou a mudar suas respostas para torná-las consistentes.<sup>50</sup> Como Kahneman e Tversky comentam:

A falha da constante é tanto resistente quanto disseminada. É tão comum entre pessoas intelectuais como entre leigos, e não é eliminada nem quando as mesmas pessoas respondem ambas as perguntas em questão de minutos (...) diante dessa teimosia, os efeitos da qualificação lembram mais as ilusões da percepção do que os erros computacionais.<sup>51</sup>

O efeito da qualificação é uma ilustração dramática de como os agentes usam sistematicamente uma heurística falha. O efeito pode ser relevante para o direito das obrigações porque, por exemplo, ele pode ajudar a explicar como vendedores “porta em porta” conseguem manipular a preferência dos compradores, e a partir disso justificar regras como o período de “resfriamento” das vendas de porta em porta, que dá ao consumidor muitos dias para reconsiderar e cancelar seus pedidos.<sup>52</sup> Neste artigo, porém, enfatizarei os efeitos de outros quatro defeitos sistemáticos da capacitação no direito contratual: defeitos associados com a heurística conhecida como disponibilidade e representatividade, defeitos na capacidade de antevisão e defeitos na faculdade de estimação de riscos.

## 1. DISPONIBILIDADE

Uma vez que a habilidade humana de processamento de informações é limitada, os agentes que adquiriram informação relevante para tomar uma decisão – por meio de uma busca ou pela própria experiência –, precisam fazer uso da heurística para processar informação de maneira eficiente. A disponibilidade é um tipo de heurística.<sup>53</sup> Quando um agente precisa

tomar uma decisão que requer um julgamento acerca da probabilidade de ocorrência de um evento, ele julga essa probabilidade com base em dados e cenários semelhantes disponíveis em sua memória ou imaginação. Esse tipo de heurística leva a tendências sistemáticas, já que os dados e os cenários são afetados por outros fatores que não a sua frequência, dificultando a imaginar o cenário ou recuperar um dado da memória.<sup>54</sup>

Por exemplo, em uma experiência, pesquisadores mostraram listas de personalidades famosas a um determinado grupo de pessoas. Todas as listas continham o mesmo número de nomes de homens e mulheres, mas em algumas os homens eram mais famosos do que as mulheres, e em outras, o contrário. Quando perguntaram às pessoas se havia mais homens ou mulheres em determinada lista, elas concluíram – erroneamente – que o gênero que continha mais personalidades era o mais numeroso.<sup>55</sup> De maneira similar, eventos recentes são mais facilmente recuperáveis pela memória. Tversky e Kahneman apontaram: “É comprovado que a probabilidade de ocorrer acidentes de trânsito aumenta quando alguém vê um carro capotado no acostamento”.<sup>56</sup>

A significação independente (como a fama, na experiência das listas) e a distância espacial ou temporal (como o exemplo do acidente de carro) são dois elementos que podem fazer com que um dado se torne marcante e, conseqüentemente, mais fácil de ser recuperado. Além disso, dados e cenários vívidos e concretos normalmente são mais marcantes do que os abstratos e gerais, como dados estatísticos e probabilidades aleatórias.<sup>57</sup> Lichtenstein, Slovic, Fischhoff, Layman e Combs pediram para que um grande número de entrevistados estimasse a frequência de 41 causas de morte nos Estados Unidos.<sup>58</sup> Todos superestimaram a frequência de mortes memoráveis e dramáticas, como homicídios, acidentes e desastres naturais, e subestimaram a frequência de mortes silenciosas, como asma, enfisema e diabetes.<sup>59</sup> Da mesma forma, um agente pode avaliar o risco de um ataque cardíaco em pessoas de meia-idade ao relacionar tais ocorrências com seus conhecidos da mesma faixa etária. Ou pode avaliar a possibilidade de determinado empreendimento comercial fracassar através da apuração de dificuldades gerenciais que lhe venham à mente.<sup>60</sup> A título de conclusão: “exemplos marcantes tendem a se sobrepor a informações que, embora sejam mais confiáveis, são abstratas”.<sup>61</sup>



## 2. REPRESENTATIVIDADE

A heurística da disponibilidade diz respeito à maneira pela qual os agentes recuperam dados adquiridos e imaginam situações futuras. Outra heurística, a da representatividade, diz respeito à adequação do julgamento final à busca realizada. Como se pode deduzir do conceito de racionalidade limitada, os agentes raramente adquirem todos os dados relevantes antes de tomar uma decisão. Aliás, eles geralmente decidem com base em algum pedaço de informação que julgam relevante.<sup>62</sup> Ao fazer essa escolha, no entanto, os agentes, sistematicamente e de maneira errônea, veem pequenas amostras como sendo relevantes,<sup>63</sup> inclusive para influir em decisões futuras.<sup>64</sup> Arrow observou que “o indivíduo julga a probabilidade de um acontecimento futuro pela semelhança com o que está dado no *presente*”, ao passo que ignora outras provas, por mais verossímeis que sejam.<sup>65</sup>

## 3. DEFEITOS NA CAPACIDADE DE ANTEVISÃO

Outro tipo de defeito da cognição diz respeito à habilidade dos agentes em comparar, racionalmente, circunstâncias presentes e futuras: as pessoas tendem a dar pouco valor a vantagens e custos futuros, se comparados a vantagens e custos atuais.<sup>66</sup> Feldstein conclui que “alguns indivíduos – ou todos – têm, nas palavras de Pigou, uma ‘capacidade de antevisão defeituosa’, que faz com que eles menosprezem a utilidade do consumo futuro”.<sup>67</sup> Por exemplo, uma explicação racional para o sistema de seguridade social – suportado por impostos e programas governamentais – é justamente a incapacidade das pessoas de preverem e economizarem para a própria aposentadoria, ou seja, capacidade de antevisão defeituosa.<sup>68</sup>

## 4. DEFEITOS NA FACULDADE DE ESTIMAÇÃO DE RISCOS

A sistemática subestimação dos riscos está relacionada à capacidade de antevisão defeituosa.<sup>69</sup> Com base em achados de psicólogos cognitivos, principalmente Tversky e Kahneman, Arrow observou que “é uma hipótese plausível que os indivíduos são incapazes de reconhecer que o futuro reserva diversas surpresas; ou seja, há uma tendência a subestimar incertezas”.<sup>70</sup>

Na verdade, as provas empíricas demonstram que as pessoas não apenas subestimam os riscos pouco prováveis, como também os ignoram. Em

entrevistas realizadas com 2.055 moradores de áreas sujeitas a inundações nos Estados Unidos e com 1.066 moradores de áreas sujeitas a terremotos na Califórnia, Kunreuther e Slovic descobriram que muitos deles não tinham ideia da probabilidade de ocorrência de um desastre futuro nem dos danos que poderiam sofrer.<sup>71</sup> Das pessoas que não tinham seguro residentes em áreas sujeitas a inundações, 29% afirmaram não esperar sofrer nenhum dano em caso de enchente, ao passo que 26% estimaram o seu prejuízo em US\$ 10 mil ou menos. Dos moradores em áreas sujeitas a terremotos que não possuíam seguro, 12% esperavam não sofrer coisa alguma, e 19% estimaram o prejuízo em até US\$ 10 mil.<sup>72</sup> Muitos dos entrevistados que reconheciam a possibilidade de sofrer prejuízos se recusaram a adquirir um seguro, justamente como foi previsto no modelo da vantagem esperada.<sup>73</sup>

Da mesma forma, resultados também demonstraram que as pessoas preferem comprar seguros apenas para se precaver de riscos de alta probabilidade e pouco prejuízo, ao passo que tendem a rejeitar seguros contra riscos de baixa probabilidade e muito prejuízo.<sup>74</sup> Quando inquiridos a respeito de suas decisões a respeito de seguros, as pessoas de ambas as pesquisas indicaram que elas não se preocupam com riscos de baixa probabilidade.<sup>75</sup>

Por outro lado, há provas empíricas de que as pessoas, às vezes, superestimam os riscos de baixa probabilidade.<sup>76</sup> A teoria da perspectiva, um tratamento matemático dos limites da cognição, prevê que os agentes ou ignoram, ou superestimam as baixas probabilidades,<sup>77</sup> o que faz com que sua estimativa a respeito desse tipo de risco seja muito instável.<sup>78</sup> Muito embora a teoria da perspectiva não preveja quais são as condições para que determinado risco seja ignorado ou superestimado, parece provável que os agentes ignorarão os riscos como regra, a não ser que esses riscos sejam demasiado relevantes.<sup>79</sup> Viscusi e Magat levantaram a hipótese de que esses resultados empíricos podem variar, se os dados foram adquiridos experimentalmente ou se eles refletem decisões dos agentes, como, não adquirir seguros.<sup>80</sup> De acordo com essa hipótese, quando os agentes são forçados a enfrentar um risco de baixa probabilidade – em uma experiência –, eles tendem a superestimar o risco; quando não há essa coação – como é o caso nas decisões do mundo real –, eles tendem a ignorá-lo.

Aliás, Latin percebeu que a superestimação “pode ser aplicável quando as pessoas são *obrigadas* a levar em conta os riscos de baixa probabilidade, mas a racionalidade limitada e a falta de avaliação podem induzir as pessoas a desconsiderarem a maioria dos riscos improváveis da vida cotidiana”.<sup>81</sup> Outra possibilidade consistente com a maior parte, senão toda, evidência empírica é que os atores tendem a superestimar o risco de acidentes pessoais dos quais foram alertados, o que não acontece com os demais riscos. Ou seja, fica claro que a estimação do risco é bastante instável e as evidências sugerem que as pessoas subestimam, sistematicamente, a maioria dos riscos, inclusive aqueles que envolvem perdas econômicas, ainda que de baixa probabilidade de ocorrência.

Os defeitos da cognição discutidos até aqui são muito próximos e interagem constantemente. Por exemplo, as pessoas podem relevar os custos futuros porque o futuro envolve um grande número de riscos, e os agentes subestimam os riscos. Além disso, o presente é concreto, enquanto o futuro é distante e abstrato. Ainda, os riscos podem ser subestimados porque são abstratos e gerais, e também porque eles estão relacionados com o futuro, e os agentes dão pouco valor para os custos do futuro.

Esses defeitos da cognição também estão intimamente relacionados com o otimismo: se as pessoas são otimistas demais, elas tenderão a subestimar riscos. Se os agentes sistematicamente subestimam riscos, eles são otimistas demais.

Finalmente, esses defeitos da cognição estão ligados à racionalidade limitada: por exemplo, se a busca e o processamento fossem independentes a disponibilidade e a representatividade nem teriam lugar. Somente quando os agentes confiam em informação incompleta e previamente selecionada a ênfase nos dados disponíveis – que não representam a realidade – torna-se um problema.

## II. APLICAÇÕES

Até aqui, mostrei que, ao tomar decisões em situações de incerteza, a maior parte dos agentes faz, deliberadamente, uma busca imperfeita por informações e um processamento imperfeito das informações obtidas. Além disso, eles tendem a ser otimistas e a trabalhar em condições de capacidade

defeituosa. Agora, mostrarei que esses limites cognitivos têm um papel substancial em algumas classes de previsões contratuais (como na pré-fixação de perdas e danos\* e condições expressas), e alguns tipos de contratos (como contratos padrão, contratos de renúncia a obrigações fiduciárias, contratos fechados e acordos pré-nupciais). Os tribunais vêm reconhecendo que esses tipos de contrato e de cláusula requerem um tratamento diferenciado, muito embora este tratamento não seja justificado – explicitamente – com base nos limites da cognição. Disso resulta que a doutrina, ao contrário dos limites cognitivos, não fornece explicações satisfatórias nem coerentes para esse fenômeno.

### A. Pré-fixação de perdas e danos

É um princípio básico da lei contratual que as cláusulas contratuais que estipulam indenizações, em caso de inadimplemento, não são passíveis da mesma execução judicial que outros termos da negociação. Elas, inclusive, passam por um exame minucioso. As formulações desse princípio variam,<sup>82</sup> e conforme demonstrarei, muitas delas são ambíguas.<sup>83</sup> De qualquer forma, podemos dizer que o princípio resume-se a: as cláusulas de pré-fixação de perdas e danos devem ser impostas apenas – e somente apenas – se duas condições forem satisfeitas: (I) se a estimação dos danos for difícil de ser feita, e (II) se o valor fixado na cláusula for uma estimação racional da perda. Chamarei essas condições de I e II, respectivamente. As cláusulas de pré-fixação de danos que não atendem a esses requisitos são consideradas “penalidades” pelos tribunais, que se recusam a impor o seu cumprimento.<sup>84</sup>

Muitos têm questionado o exame minucioso das cláusulas feito pelos tribunais. Embora os argumentos variem, pode-se ter uma ideia do argumento central pela crítica do juiz Posner em *Lake River Corp. vs. Carborundum Co.*,<sup>85</sup> “As partes (assumindo que são competentes), ao decidir quanto à inclusão de uma pré-fixação no contrato, vão ponderar as vantagens e os custos (...) e incluirão a condição apenas se as vantagens superarem os custos (...)”.<sup>86</sup> Goetz e Scott, por sua vez, fazem uma crítica mais simples: “Não há razão para presumir que as cláusulas de antecipação de perdas e danos sejam mais suscetíveis à coação ou outras aberrações negociais, comparadas às alocações contratuais de risco”.<sup>87</sup>

A maioria das críticas, como as de Posner, Goetz e Scott, tem uma estrutura implícita ou explícita dividida em três partes. Elas assumem, desde o início, que a apuração minuciosa das cláusulas de antecipação de perdas e danos é justificável porque elas dariam ensejo a uma exploração censurável de uma parte pela outra, o que levaria ao surgimento de uma posição dominante, que não acontece em outros tipos de cláusulas contratuais. Eles ainda argumentam que essa justificação não se sustenta, e concluem que o princípio especial é injustificado. Assim, por exemplo, Goetz e Scott defendem que o princípio do exame especial das cláusulas que antecipam perdas e danos foi criado em um contexto histórico em que não havia proteção contra fraudes e coação. O desenvolvimento do princípio da desproporcionalidade – como um princípio geral que engloba qualquer tipo de injustiça no contrato – deveria absorver o tratamento da pré-fixação.<sup>88</sup>

O exame minucioso das previsões de pré-fixação de perdas e danos é justificado pelo potencial que elas têm para a exploração censurável e o egoísmo, o qual é refletido pelo argumento desenvolvido pelos tribunais, que discute se essas cláusulas são “penalidades”, portanto, sugere uma preocupação com vantagens indevidas e opressão. Na realidade, porém, o exame minucioso justifica-se porque essas previsões são produto direto dos limites da cognição.

Para começar, a racionalidade limitada e a ignorância racional têm um papel especial nas previsões de apuração de danos. As partes contratantes normalmente acharão bastante fácil avaliar os termos da execução, como exceções pessoais, quantidade e preço. Por outro lado, no momento de formação do contrato, é impraticável, senão impossível, imaginar todos os cenários de um inadimplemento. De modo similar, a complexidade inerente à aplicação da previsão de pré-fixação a todos os cenários do inadimplemento vai além da capacidade de cálculo das partes.

Mesmo diante do pressuposto duvidoso de que uma parte consiga imaginar todos os cenários de quebra contratual e, a partir daí, calcular a aplicação de uma cláusula, os benefícios da busca extensa e do processamento de informações envolvidos no processo serão muito baixos comparados aos custos. Uma parte que contrata para vender ou comprar uma *commodity*

normalmente pretende cumprir sua parte da obrigação. No mesmo sentido, os benefícios envolvidos na deliberação cuidadosa dos termos da execução tendem a reforçar a obrigatoriedade do adimplemento, e os custos dessa deliberação são proporcionais às vantagens. Contudo, essa mesma parte não espera que seja usada uma cláusula de pré-fixação contra ela – em parte porque ela pretende cumprir o contrato, e em parte porque a experiência lhe ensinará que, geralmente, há uma grande relação de contratos que são cumpridos.<sup>89</sup> Por exemplo, se os contratos são cumpridos em pelo menos 95% dos casos (o que é bastante provável), todos os custos de processar as aplicações mais remotas da cláusula de antecipação de perdas e danos teriam de ser levados em conta, mas os benefícios desse processamento teriam de ser descontados à razão de 95%. O custo-benefício geralmente atuará como um poderoso desincentivo para o processamento de todas as aplicações possíveis de uma cláusula, mesmo que seja de fato possível imaginar esse cenário. Como resultado, as partes contratantes tendem a não levar em consideração a previsão da pré-fixação de perdas e danos, ou seja, elas, provavelmente, não entendem a sua implicação.

O problema da inclinação também reflete de modo significativo na cláusula. Por ser otimista, um agente tende a acreditar que a sua execução é mais provável – e o seu inadimplemento, menos provável – do que exatamente é. De modo semelhante, o otimismo fantasioso reduzirá ainda mais a deliberação dos agentes quanto às previsões de antecipação de perdas e danos.

Finalmente, os defeitos da capacidade têm uma relevância particular à matéria. A heurística da disponibilidade pode fazer com que a parte contratante dê um peso desproporcional à sua intenção de cumprir o contrato, que é próxima e concreta, se comparada à possibilidade abstrata de que circunstâncias futuras a leve a inadimplir. Uma vez que existe a possibilidade de que uma parte selecione uma amostra de seu presente como exemplo para seu futuro, ela pode superestimar sua presente intenção de cumprir o contrato como uma previsão confiável de suas intenções futuras. Devido aos defeitos em sua capacidade de antevisão, é provável que os agentes superestimem os benefícios do cumprimento, que geralmente aparecem a curto prazo, contra os custos do inadimplemento, que ocorrem – se chegarem a ocorrer –, quando a situação já está desencaminhada.

A subestimação dos riscos, por outro lado, leva a parte contratante a subestimar o risco do efeito de uma cláusula de pré-fixação de perdas e danos.

Os casos concretos mostram exatamente como as previsões de perdas e danos estão sujeitas a limites cognitivos. Um bom exemplo é o marco inglês *Kemble vs. Farren*.<sup>90</sup> Nesse caso, um ator concordou em ser o comediante principal no teatro Covent Garden durante quatro temporadas, além de aceitar plenamente às normas do teatro. O teatro pagaria ao ator £3, 6s. 8d. [3 libras, 6 xelins e 8 pence] por noite. O contrato também previa que, se uma parte descumprisse o acordo ou qualquer parte dele, essa parte deveria pagar à outra £1000 [mil libras]. O ator descumpriu o contrato, e o teatro processou-o para que os danos fossem apurados.

O tribunal começou apontando que as previsões de apuração de danos servem a diversos propósitos: “Em muitos casos, esse acordo fixa aquilo que é impossível de ser determinado com precisão; e, em todos os casos, ele economiza o custo e a dificuldade de trazer testemunhas para prová-lo”.<sup>91</sup> De qualquer forma, o tribunal decidiu que a previsão em questão não podia ser executada judicialmente:

A cláusula (...) estende o inadimplemento a qualquer desentendimento entre as partes. Portanto, se o autor tivesse se esquecido de fazer um único pagamento de £3, 6s. 8d., ou o réu tivesse se recusado a se conformar a uma das regras do teatro, não importa quão irrelevante fosse, a quantia de £1000 seria devida.<sup>92</sup>

É pouco provável que as partes envolvidas no caso *Kemble* tivessem em mente aplicar a cláusula a todas as condutas imagináveis. Aliás, é quase certo que, como resultado dos limites da cognição, as partes sequer pensaram em todos os cenários em que essa previsão poderia ser aplicada.

O caso *Lake River*,<sup>93</sup> no qual o juiz Posner fez a sua crítica ao princípio das previsões em questão, é outro exemplo. Em *Lake River*, a empresa Carborundum fez um contrato com a empresa Lake River para que esta empacotasse e transportasse Ferro Carbo, um pó abrasivo utilizado na fabricação do aço, para seus clientes. Para manusear o Ferro Carbo, a Lake River deveria instalar um novo sistema de empacotamento a um custo de US\$ 89 mil.

Para assegurar a recuperação desse valor, a Lake River insistiu em que fosse colocada uma cláusula de mínima-quantidade-em-garantia [*minimum-quantity-guarantee provision*]. A previsão obrigava a Carborundum a enviar para empacotamento 22.500 toneladas de Ferro Carbo para a Lake River nos primeiros três anos do contrato. Se a Carborundum não enviasse esse mínimo, ela deveria pagar o restante. Como o juiz Posner reconheceu, tratava-se, na essência, de uma cláusula de pré-fixação de perdas e danos.<sup>94</sup>

Após a assinatura do contrato, em 1979, a demanda por aço nacional e, em consequência, por Ferro Carbo, caiu drasticamente. Como resultado, quando expiraram os três anos, em 1982, a Carborundum enviara apenas 12 mil das 22.500 toneladas que ela garantira, e a outra parte exigiu o pagamento de US\$ 241 mil, nos termos da previsão de apuração de danos.

O tribunal decidiu que a cláusula não poderia ser executada judicialmente.<sup>95</sup> O juiz Posner apontou que a autora esperava um lucro líquido de US\$ 107 mil, incluindo o custo do sistema de empacotamento, se a Carborundum tivesse enviado a quantidade garantida. Depois, ele demonstrou o comportamento extraordinário da cláusula diante de diferentes cenários. Por exemplo, se a ré descumprisse o contrato sem ter enviado nenhuma quantidade de Ferro Carbo e a cláusula fosse executada, a Lake River poderia obter um lucro de US\$ 444 mil, ou mais de quatro vezes o valor do lucro que receberia se a outra parte cumprisse o contrato – mesmo assumindo que o sistema de empacotamento não tivesse lhe custado nada. Se, como realmente aconteceu, a Carborundum descumprisse o contrato, após o envio de 55% do material, e a cláusula fosse executada, a Lake River obteria US\$ 260 mil, ou duas e meia vezes o valor do lucro de todo o empreendimento completo. Ou seja, se a cláusula fosse executável, ela geraria uma indenização para a Lake River, que poderia alcançar até 434% dos lucros que ela conseguiria se a outra parte adimplisse.<sup>96</sup>

É quase inconcebível que as partes tenham entendido e pretendessem que a previsão operasse dessa maneira, ou que a Carborundum, sem dúvida a parte mais forte, concordaria com tal previsão, se tivesse entendido como ela funciona. É praticamente certo que, como em *Kemble*, devido aos limites cognitivos na apuração de danos, nem a Carborundum, nem



a Lake River, conseguiram conceber como a previsão operaria nos diferentes cenários de quebra contratual.

Casos como *Kemble* e *Lake River*, que não são a exceção,<sup>97</sup> forçosamente ilustram que como um resultado dos limites da cognição, a premissa que permeia o princípio da negociação – que uma parte contratante agirá de forma a racionalmente maximizar a vantagem esperada – não se aplica às cláusulas de pré-fixação de perdas e danos. Uma vez que a premissa não se aplica, tampouco cabe o princípio. Aliás, o exame apurado dessas previsões justifica-se porque elas são sujeitas aos limites cognitivos de uma maneira especial.

A explicação cognitiva para o princípio da apuração de danos é importante, porque ajuda a moldar a forma que esse exame deve ter. Lembremos que, pela formulação geral, uma cláusula de apuração de danos é executável apenas se: (I) o prejuízo é de difícil estimação; e (II) a quantidade fixada na previsão é uma estimação razoável do verdadeiro prejuízo. Essa formulação geral levanta duas questões críticas e paralelas quanto à sua aplicação.

A primeira questão diz respeito ao significado do requisito (I), que é suscetível de duas interpretações bastante diferentes. O requisito pode significar que a quantidade de danos, em caso de inadimplemento, é difícil de ser determinada no momento da celebração do contrato. Por outro lado, também pode significar que, no momento da celebração do contrato, é previsível que a estimação do prejuízo seja difícil em uma futura quebra. Chamarei essas alternativas de “momento-do-contrato” [*time-of-contract*] e de “momento-da-quebra” [*time-of-breach*], respectivamente.

As diferenças práticas e teóricas entre as duas abordagens são significativas. Por exemplo, suponha que a soma dos prejuízos dependa da diferença entre o preço do contrato e o preço de mercado no momento da quebra. Na abordagem do “momento-do-contrato”, o requisito (I) quase sempre será cumprido, já que o preço futuro de mercado praticamente nunca pode ser previsto quando da celebração do contrato. Mas se adotarmos a abordagem do “momento-da-quebra”, o requisito quase nunca será cumprido, uma vez que o preço de mercado costuma ser facilmente determinável no momento do inadimplemento.

A ambiguidade do requisito (I) fica explícita em uma divergência jurisprudencial. Por exemplo, no caso *Lee Oldsmobile, Inc. vs. Kaiden*,<sup>98</sup> o tribunal utilizou o “momento-da-quebra” para invalidar a previsão de apuração de danos. Kaiden depositou US\$ 5 mil na conta de Lee, um vendedor de Rolls-Royces, para a compra de um carro. Em seguida, Lee enviou um formulário para Kaiden, que o assinou e devolveu-o. O documento continha uma cláusula que permitia a empresa reter qualquer depósito feito como forma de apuração de danos, caso o comprador se recusasse a aceitar a entrega do carro. Então, surgiu uma divergência quanto à data da entrega. Kaiden notificou Lee que ela comprara um Rolls-Royce em outro lugar, cancelou seu pedido, se recusou a aceitar o carro – após ter sido notificada da data de entrega –, e exigiu a devolução do depósito antecipado. Lee negou. Kaiden processou Lee para reaver o dinheiro.<sup>99</sup> O tribunal adotou a linha do “momento-da-quebra” e decidiu que Kaiden tinha direito ao dinheiro, subtraindo-se os prejuízos sofridos pelo vendedor, “porque no momento da celebração do contrato, estava claro que e os eventuais prejuízos resultantes de uma possível quebra eram facilmente apuráveis”.<sup>100</sup>

Já no caso *Hutchison vs. Tompkins*<sup>101</sup> a Suprema Corte da Flórida adotou a abordagem do “momento-do-contrato”. O autor alegava que o comprador concordara em comprar terras por US\$ 125 mil, e depositara US\$ 10 mil em dinheiro para o fiador da compra. O contrato continha uma cláusula de apuração de danos pela qual o vendedor podia reter o depósito, se o comprador não cumprisse sua parte da obrigação. O vendedor afirmava que o comprador descumprira o contrato, recusando-se a completar a compra, e entrou com um processo reivindicando o valor do depósito.<sup>102</sup> O tribunal recusou-se a apreciar a demanda por entender que a cláusula era inválida.<sup>103</sup>

A Suprema Corte da Flórida começou por reexaminar duas de suas últimas decisões. Em *Pembroke vs. Caudill*,<sup>104</sup> os juízes entenderam que, a partir do “momento-da-quebra”, a previsão de apuração de danos será tratada como uma penalidade mesmo que as perdas e danos sejam difíceis de se estimar quando da celebração do contrato.<sup>105</sup> Em *Hyman vs. Cohen*,<sup>106</sup> entendeu-se que, pelo “momento-do-contrato”, o requisito (I)

estava satisfeito se, no momento da celebração, as perdas e danos não eram apuráveis.<sup>107</sup> Em *Hutchison*, a Corte seguiu *Hyman* em detrimento de *Pembroke*:

As perdas e danos, principalmente em transações de imóveis, são quase sempre apuráveis no momento da quebra do contrato, uma vez que, como o entendimento de *Pembroke* salienta, a medida da indenização envolve determinar a diferença entre o preço da compra original e o valor de mercado da terra no momento do inadimplemento. Nesse sentido, a regra de *Pembroke* deve ter, quando levada ao pé da letra (...) um efeito de resfriamento das negociações em que as partes querem incluir uma previsão de apuração de danos.<sup>108</sup>

O requisito (II) – a quantia fixada na cláusula de apuração de danos é uma estimativa razoável do prejuízo – está sujeito à mesma ambiguidade que o requisito (I). Ele pode significar: (1) que a apuração de danos deve ser uma estimativa razoável da provável perda futura no momento da celebração do contrato; (2) que a apuração de danos não pode ser desproporcional à perda que realmente aconteceu; (3) que a cláusula deve satisfazer, alternativamente, ou o teste *A* ou o teste *B*; ou (4) que a cláusula deve satisfazer, aditivamente, o teste *A* e o teste *B*. Chamarei o teste *A* de “critério de antecipação” [*forward-looking*], e os testes *B*, *C* e *D* de “critérios de revisão” [*second-look*].

A visão tradicional do requisito (II) resumia-se a aceitar apenas o critério de antecipação. Esta posição era consistente com a visão de que a apreciação cuidadosa da cláusula de apuração de danos justificava-se porque a previsão era utilizada para a exploração censurável e para o egoísmo – e essas atitudes deveriam ser julgadas remontando-se ao momento da celebração do contrato.<sup>109</sup> Por outro lado a justificativa cognitiva para o exame minucioso das previsões de apuração de danos sugere um padrão de revisão – comparando a apuração de danos com a verdadeira perda – porque a discrepância grave entre previsão e resultado sugere que a cláusula era um produto de cognição limitada ou defeituosa.

Apesar da ênfase tradicional no padrão antecipatório, o critério de revisão, apoiado pela justificativa cognitiva, parece estar sendo adotado pelo direito que está surgindo. A título de previsão, é bastante provável que mesmo os tribunais que professam um critério antecipatório revisarão a cláusula de apuração de danos à luz dos danos realmente sofridos.<sup>110</sup> Além disso, a doutrina parece estar se aproximando de um critério revisional, muito embora os casos não sejam consistentes nesse ponto.<sup>111</sup>

Várias autoridades formalizaram uma regra na qual as cláusulas de apuração de danos podem ser *sustentadas* na base da revisão. Por essa regra, os tribunais podem sustentar a previsão que se aproxima dos danos efetivamente sofridos, mesmo se, no momento de formação do contrato, ela não contivesse uma estimativa razoável do dano provável. Por exemplo, a seção 2-718(1) do Código de Comércio Uniforme\* prevê que “perdas e danos decorrentes de quebra contratual por qualquer das partes podem ser apuradas no acordo, mas apenas no montante que seja razoável à luz dos previstos ou prejuízos efetivos causados pela quebra”.<sup>112</sup> De modo similar, o comentário *b* do Restatement Second, na seção 356, coloca que “o montante fixado é razoável na medida em que se aproxima do prejuízo *efetivo* que resultou de uma quebra particular, mesmo que não se aproxime do prejuízo que poderia ter sido previsto diante de outras quebras possíveis”.<sup>113</sup>

Se os tribunais podem revisar com o objetivo de sustentar a cláusula de apuração de danos, deduz-se que eles podem revisar qualquer coisa. Pelo menos uma Corte interpretou a seção 2-718 do Código Comercial Uniforme dessa maneira,<sup>114</sup> e o *Restatement Second* adota explicitamente esta posição:

Se (...) a dificuldade na prova do prejuízo é desprezível, a aproximação [da previsão ou do efetivo prejuízo] deve ser reduzida. Se, em caso extremo, é claro que nenhum prejuízo ocorreu, uma previsão fixando uma soma substancial a título de indenização não é passível de execução.<sup>115</sup>

O critério de revisão também está bem embasado pela jurisprudência.<sup>116</sup> Lembremos que em *Hutchison vs. Tompkins* a Corte da Flórida,

na linha de uma decisão anterior em Hyman, adotou a mesma abordagem “momento-do-contrato” do requisito (I), ao assumir que o critério dominante do requisito (II) é o critério de revisão, ou seja, que a apuração de danos não pode ser desproporcional ao prejuízo efetivamente sofrido:

O melhor resultado, em nosso entendimento, (...) é permitir que a cláusula seja mantida se os prejuízos não forem apuráveis no momento da celebração do contrato, e utilizar a equidade para impedir o confisco no momento da quebra. Por exemplo, imagine uma situação em que os prejuízos não estivessem apurados quando da assinatura do contrato, e as partes estipulassem uma previsão de apuração de danos no valor de US\$ 100 mil. O comprador desiste do contrato; o vendedor vende sua propriedade a um terceiro, e – devido a flutuações no mercado de imóveis – perde apenas US\$ 2 mil. Neste caso, a Corte que seguisse a teoria de Hyman permitiria que a cláusula de apuração de danos continuasse válida, uma vez que os prejuízos não eram apuráveis no momento da contratação, mas em um julgamento por equidade, ela seria relaxada por ser considerada abusiva.<sup>117</sup>

Embora o tribunal tenha utilizado a palavra “abusiva”, o abuso não é a melhor abordagem para descrever o critério de revisão adotado pela Corte. Isto porque, na hipótese admitida pelos juízes, não há nada que sugira exploração ou conduta injusta. Além disso, o princípio de abusividade é reservado a condutas impróprias, quando da formação do contrato.<sup>118</sup> É justificável revisar cláusulas de apuração de danos porque, à segunda vista, isso pode mostrar que a previsão foi abusiva – e não porque a previsão tinha problemas de cognição defectiva.

Portanto, diante da abordagem cognitiva ao princípio da apuração de danos, os tribunais deveriam formulá-lo e aplicá-lo da seguinte maneira: se, no cenário do inadimplemento, a apuração de danos for abusiva aos prejuízos efetivos (isto é, prejuízos reais, e não o valor da indenização legal), a previsão não é passível de execução, a não ser que ela estabeleça que as partes tinham a intenção específica – e muito bem pensada

– de que a cláusula deveria ser aplicada no cenário que veio efetivamente a ocorrer.

Chamarei essa abordagem de “interpretação cognitiva do princípio da apuração de danos”. A interpretação, que é consistente com o direito em fase de consolidação – e apóia a abordagem da revisão – tem implicações importantes, a saber: a constatação de que a apuração de danos é uma penalidade não deveria fazer com que a previsão não pudesse ser executada judicialmente. Feller oferece um bom exemplo:

Muitas das regras contratuais que regem a compensação do empregado incluem penalidades e são intencionalmente negociadas como tais. Por exemplo, bônus por horas trabalhadas no sábado e no domingo ou horas extras durante a semana têm por objetivo penalizar erros no planejamento do horário. O caráter punitivo dessas regras de compensação fica evidenciado pela magnitude do valor desses bônus, se comparados àqueles pagos por substituição de trabalhadores na mesma indústria ou àqueles pagos por indústrias de trabalho contínuo aos empregados que trabalham de domingo, uma vez que, nelas, trabalhar aos domingos é algo esperado pelos funcionários.<sup>119</sup>

A segunda implicação é que o requisito (I) – de que os efetivos prejuízos são de difícil estimação – deveria ser abandonado, já que ele é irrelevante em determinar se a cláusula é ou não produto dos limites da cognição. Essa modificação ao princípio não é tão drástica quanto parece. Casos como *Hutchison*, que sugerem que a aplicação do requisito (I) é baseada na abordagem do “momento-do-contrato”, o derrubam por inteiro – com exceção da forma – já que, no momento da formação do contrato, é quase sempre impossível determinar qual será o valor dos efetivos prejuízos quando do inadimplemento.

A terceira implicação é que os tribunais não deveriam apreciar longamente as cláusulas de apuração de danos, que tomam a forma de um depósito sujeito a confisco em caso de inadimplemento completo. Tal depósito tem menor probabilidade de envolver problemas cognitivos em relação

a uma simples cláusula – em parte porque desembolsar dinheiro mantém o foco, e em parte porque o depósito é instantâneo, concreto e presente.

É preciso enfatizar que a interpretação cognitiva do princípio em questão permite aumentar o alcance das previsões de apuração de danos, já que elas diminuem o ônus de provar os prejuízos – por deslocar ao réu o ônus de estabelecer que a previsão não é passível de execução judicial.<sup>120</sup> Além disso, permite que o autor recupere o prejuízo, que não seria compensável, já que as regras jurídicas que regulam as indenizações contratuais não proveem o reembolso completo. Por exemplo, uma previsão de apuração de danos deveria ser executada se ela cobrisse os prejuízos extrapatrimoniais, prejuízos cujo reembolso seriam impedido pelo princípio de *Hadley vs. Baxendale*,<sup>121</sup> prejuízos que seriam demasiado incertos, ou custas processuais, como honorários advocatícios. Além disso, uma previsão dessa ordem deveria ser obrigatória, se o prejuízo fosse determinável até certa quantia, e o montante fixado estivesse dentro desse limite.

A título de conclusão, é difícil sustentar a análise racional da censurabilidade do princípio da apuração de danos. Por essa análise ser fraca – senão incorreta – a jurisprudência costuma ser incoerente: casos semelhantes são decididos de modo diverso, e os resultados são difíceis de prever. A justificativa cognitiva para o princípio da apuração de danos traz à tona a verdadeira razão pela qual se deve examinar cuidadosamente essas previsões, e prescreve a forma pela qual esse exame deve ser feito.

## B. Escusa de condições expressas

A lei contratual adotou um princípio de exame especial das previsões de apuração de danos, e transmitiu-o ao exame das condições expressas. Uma *promessa* envolve um compromisso quanto ao acontecimento ou não de certas situações. Uma *condição expressa* é uma qualificação de um dever contratual. Ela dispõe que, se determinado fato vier – ou não – a ocorrer, a parte ou não está obrigada a cumprir a sua parcela do contrato, ou o seu dever se extingue. Ou seja, a condição expressa, em si, não implica um compromisso, a não ser que ela esteja atuando também como uma promessa.<sup>122</sup>

Promessas e condições expressas têm consequências muito diferentes. Uma parte pode executar judicialmente um contrato, se ela cumpriu sua

promessa, mesmo que o adimplemento não tenha sido perfeito. Por outro lado, ela não pode processar a outra parte por ter quebrado sua promessa, a não ser que ela própria já tenha cumprido todas as condições. Um beneficiário pode recuperar perdas e danos por uma quebra de promessa do promitente, mas geralmente não consegue extinguir o contrato, a não ser que a quebra seja materialmente relevante. Por outro lado, se *A* falha no cumprimento da condição para que *B* cumpra sua parte do contrato, então – pelo princípio – *B* pode extinguir o contrato, mesmo que a falha seja insignificante. A extinção por não cumprimento de uma cláusula é uma sanção severa, já que *A* pode perder não apenas o valor envolvido no contrato, como também o valor desembolsado no cumprimento da sua parte da obrigação, passível de recuperação.

A regra estrita de que as condições devem ser perfeitamente cumpridas é qualificada de diversas maneiras. A mais notável se dá por um princípio de exame minucioso, codificado no Restatement Second, seção 229: “Se a não ocorrência de uma condição der causa a uma privação desproporcional, o tribunal pode escusar essa não ocorrência, a não ser que ela seja parte significativa da transação”.<sup>123</sup>

O comentário à seção 229 define “privação” como “a ausência da compensação que resulta da perda do direito à transação, quando o devedor, na expectativa do negócio, confiou substancialmente, o que se refletiu na sua preparação ou na sua conduta”. O comentário continua:

Ao determinar se a privação é desproporcional, o tribunal deve sopesar a sua extensão contra o risco do qual o devedor pretendia se proteger, e o grau dessa proteção a ser perdido se a não ocorrência da condição for escusada para impedir essa privação.<sup>124</sup>

O comentário também deixa claro que, diferentemente de uma determinação de excessiva desproporção, a aplicação do princípio consubstanciado na seção 229 depende do efetivo resultado da previsão de caráter obrigatório, e não da conduta das partes no momento da formação do contrato.<sup>125</sup>

Os casos práticos embasam o princípio do exame minucioso das condições expressas. Por exemplo, em *Jacob & Youngs, Inc. vs. Kent*,<sup>126</sup> o autor



concordou em construir uma casa de campo para o réu. Uma das especificações do encanamento era: “todos os canos de ferro devem ser (...) da categoria padrão da manufatura Reading”.<sup>127</sup> O último pagamento estava condicionado a um certificado a ser dado pelo arquiteto do réu. Alguns dos canos utilizados pelo autor foram da manufatura Cohoes, idênticos aos da Reading, e o arquiteto se recusou a dar o certificado de conclusão. O autor moveu uma ação judicial para obter o pagamento.<sup>128</sup> O juiz Cardozo, dirigindo-se à Corte de Recursos de Nova York, sustentou que o autor tinha direito ao pagamento, devendo ser descontada a diferença de valor entre o cano da Cohoes e o da Reading, “que seria insignificante ou igual a zero”.<sup>129</sup>

De maneira similar, em *Hegeber vs. New England Fish Co.*,<sup>130</sup> a Suprema Corte de Washington sustentou que um pequeno desvio de uma condição temporal não dava ensejo ao inadimplemento. O tribunal salientou que “não havia hesitado em relaxar condições contratuais expressas, se a sua execução implicasse injustiça ou privação excessiva”.<sup>131</sup> Em *Holiday Inns of America, Inc. vs. Knight*,<sup>132</sup> a Suprema Corte da Califórnia também relaxou uma condição temporal. *C* havia feito um contrato com *V* para comprar uma propriedade. O contrato previa uma entrada de US\$ 10 mil e mais quatro parcelas de US\$ 10 mil, a serem pagas a *V* no dia 1º de julho de cada ano. Por esse contrato, o não pagamento na data implicava a extinção do acordo. *C* fez pagamentos pontuais por dois anos seguidos, e construiu benfeitorias que aumentaram o valor da propriedade. No terceiro ano, no entanto, *V* só recebeu o cheque de *B* no dia 2 de julho. *V* devolveu o cheque, alegando que o contrato estava cancelado.<sup>133</sup> O tribunal se recusou a executar a cláusula de cancelamento.<sup>134</sup>

O princípio que rege a revisão de condições expressas é bastante similar ao princípio que rege a revisão das pré-fixações de perdas e danos. Ambos dizem respeito a sanções, e ambos permitem que as cortes passem por cima de previsões negociadas, mesmo que não haja desproporção excessiva. Ambos dão uma “segunda vista”. E assim como o princípio que diz respeito à apuração de danos é embasado por uma retórica centrada na ideia de penalidade, a retórica da escusa de condição expressa centra-se na ideia de privação.<sup>135</sup>

O mais importante, contudo, é que ambos os princípios não são explicados pela retórica, e sim pelos limites da cognição. Não fossem os limites cognitivos, o direito não deveria escusar uma condição expressa, e nem se recusar a fazer cumprir termos da execução que são extremamente desvantajosos para a outra parte. Entretanto, os limites da cognição operam nas condições expressas de maneira quase paralela aos limites das cláusulas de apuração de danos.

Em primeiro lugar, a racionalidade limitada impede frequentemente a compreensão das condições expressas. Os custos de determinar as diversas maneiras pelas quais uma condição expressa pode ser descumprida são muito altos, justamente porque, no momento da contratação, uma parte não pode prever eficientemente todas as contingências. Além disso, os benefícios de incorrer nesses custos podem parecer irrelevantes para a parte contratante. Uma vez que as partes normalmente pretendem cumprir as condições, as consequências do descumprimento parecerão demasiado remotas, quando da celebração do contrato. Embora as partes possam deliberar mais quanto a uma condição expressa do que quanto à apuração de danos – já que uma condição tende a ser mais específica –, as partes também podem dar menos atenção à deliberação das condições expressas, se não estiverem cientes das sanções draconianas a variações insignificantes no cumprimento. A bem da verdade, a maioria das partes não está ciente da distinção jurídica entre promessas e condições expressas, ou das consequências dessa distinção, o que resulta em questões extremamente difíceis, mesmo para os tribunais.<sup>136</sup>

O problema da inclinação também tem um impacto especial nas condições expressas. Se os agentes são otimistas, a parte contratante pode acreditar que a satisfação de uma condição expressa é mais provável que o seu descumprimento.

Finalmente, defeitos na capacitação provavelmente desencorajarão as partes a focarem as condições expressas. A heurística da disponibilidade pode levar uma parte a dar uma importância excessiva à sua intenção de satisfazer uma condição, que é vívida e concreta, se comparada à possibilidade de circunstâncias futuras, pálidas e abstratas levarem ao descumprimento. Além disso, a tendência a subestimar riscos influi na previsão de que determinada condição pode ou não vir a ser satisfeita.

Assim como na apuração de danos, os casos práticos ilustram como as condições expressas são vulneráveis à cognição defectiva. Em muitos casos, parece claro que uma ou ambas as partes não previram devidamente como determinada condição deveria operar. Por exemplo, um atacadista de canos, entrevistado no contexto de *Jacob & Youngs vs. Kent*, explicou que no período do pré-guerra, os canos de ferro genuínos eram produzidos apenas por quatro empresas – Reading, Cohoes, Byers e Soutchester –, todas produziam canos de qualidade e os preços eram absolutamente idênticos.<sup>137</sup> Nessas circunstâncias, a prática comum de nomear determinada empresa tinha aparentemente, o objetivo de assegurar que o contratante não utilizasse imitações de uma companhia que não daquelas quatro.<sup>138</sup> Portanto, parece bastante improvável que, se as partes tivessem apreciado a questão, elas teriam concordado que a instalação de canos das outras três marcas levaria à extinção do contrato. De modo similar, parece bastante improvável que o devedor em *Holiday Inns* teria concordado previamente em perder todos os pagamentos e benfeitorias realizados se atrasasse a parcela em um dia.<sup>139</sup>

Pode-se argumentar que, mesmo que a parte *A* não concorde com o conteúdo de determinada cláusula, a parte *B* pode insistir nas sanções. Isso é possível, mas improvável. Se ambas as partes entendem como a condição funciona, para refletir o risco adicional de *A*, o preço que *B* paga pela execução de *A* seria bastante superior, se comparado a uma situação comum. Se ambos compreenderem isso perfeitamente, *B* provavelmente preferiria pagar menos – sem o poder de impor sanções draconianas a cumprimentos imperfeitos – a pagar mais com direito a esse poder.

Uma vez que o princípio que rege a escusa de condições expressas é mais bem justificado pelos limites da cognição, esse princípio deve ser interpretado de maneira similar à interpretação cognitiva da apuração de danos: se, no cenário de cumprimento imperfeito que efetivamente ocorreu, um requisito do cumprimento perfeito resultar em uma perda substancial desproporcional à vantagem auferida por aquele que cumpriu, e se o requisito do cumprimento perfeito neste cenário destoar do primeiro acordo entre as partes, os tribunais não deverá exigir o cumprimento perfeito, a não ser que fique provado que as partes tinham uma intenção específica –

e muito bem pensada – de que o cumprimento perfeito fosse necessário naquele cenário.

### C. Contratos padrão

Os problemas que surgem do uso de contratos padrão têm sido uma grande preocupação dos doutrinadores nos últimos quarenta anos. As principais questões têm origem na obrigatoriedade dos termos gerais (em um formulário, por exemplo). Além disso, um formulário mandado em resposta a uma oferta pode ser considerado uma aceitação? Ambas as preocupações têm sua base nos limites da cognição.

Para começar, a maioria dos termos gerais diz respeito ao descumprimento, e lida com o futuro e a baixa probabilidade de risco. Nesse sentido, os problemas cognitivos associados às previsões de apuração de danos e às condições expressas, incluindo a racionalidade limitada, a inclinação otimista, a subestimação de riscos, e o sopesamento problemático entre passado e futuro, aplicam-se também à maioria dos termos gerais.

Destes, o fenômeno da ignorância racional tem um papel particularmente importante. Chamemos uma parte que prepara um contrato padrão de “fornecedor do formulário”, e a parte que o recebe de “recebedor do formulário”. Um fornecedor de formulários oferece um pacote, que consiste em uma *commodity* material (inclui bens, imóveis e serviços) e um contrato padrão que estabelece os termos em que a *commodity* é vendida. Cada parte do pacote, por sua vez, traz uma série de subpartes: a *commodity* tem atributos físicos, como tamanho, forma e cor; o contrato padrão tem atributos negociais e jurídicos, como preço, quantidade e limitações aos recursos possíveis.<sup>140</sup>

Para fazer uma decisão eficiente, o recebedor de formulários delibera, no mínimo, sobre os atributos jurídicos de cada contrato. Analisar atributos jurídicos dessa maneira, no entanto, costuma ser caro. Em primeiro lugar, um contrato padrão traz vários termos jurídicos. Além disso, o significado e o efeito das previsões gerais geralmente são inacessíveis para leigos. Em parte, isto se dá porque os termos são escritos em vocabulário extremamente técnico. Mesmo que eles sejam redigidos de forma clara, o recebedor de formulários não entenderá seus efeitos, já que os termos

gerais variam quanto aos direitos básicos do consumidor, e a maioria dos consumidores não conhece seus direitos.

*Williams vs. Walker-Thomas Furniture Co.*<sup>141</sup> é um bom exemplo de ambos os problemas. Um consumidor comprava regularmente móveis e utilidades domésticas a crédito. Os acordos continham uma cláusula<sup>142</sup> cujo efeito imediato – e obscuro – atestava que o vendedor tinha a propriedade de cada item comprado até que o comprador terminasse de pagar todas as prestações de todos os produtos, mesmo se o montante restante equivalesse a poucos centavos, como aconteceu no caso *Williams*.<sup>143</sup> Os efeitos da previsão sobre os direitos básicos do comprador eram ainda mais obscuros e – sem dúvida alguma – não eram conhecidos por ele: até que o comprador zerasse seu débito, o vendedor poderia reintegrar a posse de todo e qualquer item comprado.<sup>144</sup>

Apesar da relevância desta cláusula, poucos leigos teriam entendido suas implicações. Até mesmo juristas frequentemente encontram dificuldades para entender os termos gerais dos contratos padrão. Durante a sustentação oral de *Gerhardt vs. Continental Insurance Co.*,<sup>145</sup> diante da Suprema Corte de Nova Jérsei, o ministro Weintraub avaliou a apólice de seguros em questão e disse: “Eu não sei o que ela significa. Estou perplexo. Eles dizem uma coisa em letras grandes, e nas letras miúdas negam”. O ministro Haneman acrescentou: “Eu não consigo entender metade das minhas apólices de seguros”. O juiz Francis completou: “Tenho a impressão de que as seguradoras mantém a linguagem das suas apólices obscura de propósito”.<sup>146</sup>

Se isso já não bastasse, a maioria dos contratos padrão é distribuída por agentes que não têm autoridade para variar suas cláusulas gerais, ou seja, qualquer deliberação costuma ser inútil.<sup>147</sup> Além disso, os recebedores de formulários geralmente lidam com contratos padrão em circunstâncias que os desencorajam a entender as cláusulas gerais. Poucos viajantes apressados, por exemplo, pararão para ler as previsões fixas dos acordos de aluguel de carros. O assunto atraiu a atenção do tribunal em *Thorton vs. Shoe Lane Parking Ltd.*<sup>148</sup> Nesse caso, o contrato padrão consistia em um bilhete, entregue na entrada do estacionamento, que trazia condições que seriam especificadas apenas *dentro* do estabelecimento. Lorde Denning comentou:

Nós temos feito referência aos bilhetes de antigamente (...). Eles diziam respeito a ferrovias, barcos a vapor e chapelarias, nos quais os balconistas emitiam bilhetes para os consumidores, que os levavam sem ler. Naqueles casos, a emissão do bilhete era entendida como uma *oferta* da companhia. Se o consumidor o pegasse e o mantivesse, seu ato era entendido como *aceitação* à oferta. Esses casos foram baseados na teoria de que o consumidor, ao receber o bilhete, poderia rejeitá-lo e recusar-se a contratar naqueles termos. Ele poderia pedir o seu dinheiro de volta. Essa teoria era uma ficção. Nenhum consumidor lê as condições. Se ele parasse para fazê-lo, perderia o trem ou o barco.<sup>149</sup>

Lorde Megaw, fazendo referência aos fatos de *Thorton*, acrescentou que não era preciso grande esforço mental para imaginar a indignação dos donos dos estacionamentos caso “seus potenciais clientes, após terem retirado o seu bilhete e observado as condições contratuais (...), saíssem dos veículos, um após o outro, para discutir os termos do contrato!”<sup>150</sup>

A conclusão é simples: a obscuridade jurídica e literal dos termos gerais faz com que os custos de pesquisa e deliberação sejam excepcionalmente altos. Por outro lado, a baixa probabilidade de que os termos de inadimplemento efetivamente ocorram não compensa a pesquisa e a deliberação. Ainda, a amplitude e complexidade dos contratos padrão normalmente não estão relacionadas ao valor em dólar da transação. Quando esses contratos envolvem uma execução de baixo valor, o custo de busca e deliberação quanto aos termos gerais, sem falar no custo do aconselhamento jurídico quanto ao seu significado e efeitos, é proibitivo em relação às vantagens. Defrontado com termos gerais cujo efeito o recebedor de formulários sabe que é difícil ou impossível de entender, que envolve riscos que provavelmente nunca vão se concretizar, cujo custo de busca e processamento não compensa, e os quais provavelmente não estão sujeitos a revisão, o agente racional certamente optará por ignorar as cláusulas.<sup>151</sup>

Existe, entretanto, um desequilíbrio fundamental entre o recebedor de formulários e o fornecedor de formulários. Para o consumidor, qualquer contrato padrão implica uma única transação. Essa é uma das razões pela

qual não vale a pena o gasto com a deliberação e a contratação de um advogado para avaliá-lo.<sup>152</sup> Para o fornecedor, porém, um contrato padrão é uma transação de peso repetida inúmeras vezes. Por isso, um fornecedor de formulários racional gastará uma quantidade significativa de tempo e dinheiro – inclusive gastos com advogados –, para preparar um contrato que seja, a seu ver, eficiente.<sup>153</sup> Essa assimetria tende a inclinar os contratos padrão a favor dos seus fornecedores.

Schwartz e Wilde sugeriram que mesmo que a maioria dos recebedores de formulários não discuta os termos gerais, a qualidade das cláusulas será definida pela competição.<sup>154</sup> A teoria resume-se a: na medida em que uma quantidade suficiente de consumidores procure por termos eficientes, todos os fornecedores precisam oferecê-los, se eles não forem capazes de diferenciar pesquisadores de não pesquisadores.<sup>155</sup> A competição, contudo, só terá esse efeito se um número significativo de consumidores participar dessa busca. Geralmente, não ocorre isso, já que eles consideram irracional a pesquisa e a deliberação em relação a qualquer formulário.<sup>156</sup>

A bem da verdade, a competição tende a diminuir a qualidade dos termos gerais. Por exemplo, imagine que os bancos competem para atrair contas correntes expressivas.<sup>157</sup> Ao abrir uma conta, os clientes provavelmente estarão mais interessados na taxa de juros e nas taxas de serviços. Esses são os termos de execução, e são os elementos mais importantes das contas. Em razão disso, eles são características públicas, que a maioria dos consumidores vai pesquisar e entender. Para a maioria dos consumidores, contudo, as cláusulas de não execução envolvendo riscos de baixa probabilidade – como a penalidade por ficar no vermelho – não são claras, não costumam ser públicas, e aparecem “silenciosamente” apenas nos formulários padrão. Em consequência, a maioria dos clientes as ignorará racionalmente.

Já que os consumidores avaliam as taxas de juros e de administração quando param para comparar serviços, qualquer banco tem um incentivo para diminuir suas taxas e compensar isso reduzindo outros custos. Para reduzir custos, um banco pode produzir cláusulas padrão desfavoráveis ao consumidor, para reger características não evidentes de suas contas. A receita marginal de contas correntes do banco poderá então se igualar a

seu custo marginal, como a competição exige, mas os termos gerais talvez não reflitam as expectativas racionais do consumidor. Ou seja, eles podem ser ineficientes: os consumidores que estavam completamente cientes poderiam ter colocado seu dinheiro em uma conta que tinha uma taxa de serviço um pouco maior, mas, ao mesmo tempo, ofereceria termos mais favoráveis para outras características.

Além disso, uma vez que alguns bancos oferecem termos gerais de baixa qualidade, a competição forçará outros bancos a incluir as mesmas cláusulas de baixa qualidade nos seus contratos padrão. Este é um caso especial do fenômeno *market-for-lemons*:<sup>158</sup> se, como resultado de uma informação imperfeita, o preço de mercado de um produto é baixo devido à sua qualidade inferior, os produtores que oferecem uma qualidade superior precisam diminuí-la para garantir seu lucro no baixo preço de mercado. Aplicado aos contratos padrão, isso significa que a competição pode degradar termos gerais que envolvem riscos ocultos.<sup>159</sup>

O direito respondeu ao problema levantado pelos limites da cognição no contexto dos termos gerais por meio da seção 2-207(1) do Código Comercial Uniforme [Uniform Commercial Code, UCC] e com a doutrina do *common law*, da surpresa injusta, que limitam o efeito das cláusulas, respectivamente, na formação do contrato e na execução judicial.

## 1. SEÇÃO 2-207(1) DO CÓDIGO COMERCIAL UNIFORME

A seção 2-207 do UCC diz respeito a um problema que surge quando um ofertante usa um formulário de venda ou uma ordem de compra, e o comprador responde com um formulário próprio. (Geralmente, a oferta é um formulário e a resposta, uma ordem de compra, ou vice-versa.) Diante da regra do “reflexo,” [*mirror-image*] tradicional do *common law*, a resposta a uma oferta, que não seja idêntica à oferta em todos os seus termos, é uma contraoferta e não uma aceitação. Ou seja, não há a formação de um contrato.<sup>160</sup> No entanto, se uma parte fez uma proposta de execução, essa proposta é considerada em relação à resposta ou à contraoferta. Se a proposta foi aceita, um contrato foi formado nos termos da resposta.<sup>161</sup> Na era dos formulários de venda e ordens de compra, a aplicação desta regra impediria a formação de qualquer contrato, já que cada formulário contém



uma proposta no interesse de cada parte, e esses interesses quase sempre são conflitantes.

Aplicada aos contratos padrão, a regra do reflexo frustra expectativas. Pelas razões já discutidas,<sup>162</sup> poucas partes leem todas as cláusulas gerais, e se os termos escritos à mão ou digitados em uma resposta – que parece ser uma aceitação – coincidem com aqueles da oferta, o ofertante concluirá, racionalmente, que um contrato foi formado. Nesse sentido, a seção 2-207(1) do UCC reverteu a regra do reflexo, pelo menos no que diz respeito aos contratos de venda de bens. Ela dispõe que “uma expressão definida (...) de aceitação” – isto é, a resposta de um comprador que parece uma aceitação – funcionará como uma aceitação, ainda que inclua termos que variam materialmente daqueles da oferta.<sup>163</sup> Embora a seção não esteja limitada explicitamente a contratos padrão e termos gerais, ela foi obviamente criada para lidar com esse tipo de contrato<sup>164</sup> e, na prática, todos os casos que fizeram uso dessa seção diziam respeito a contratos padrão.

A seção 2-207(1) é justificada apenas pelos limites da cognição. Afinal, se um ofertante recebe uma resposta que ele sabe não ser uma aceitação, nenhum contrato seria formado, independentemente da diferença entre a oferta e a resposta. Por exemplo, suponha que *A* oferece vender sua casa a *B* por US\$ 400 mil e *B* responde: “Eu comprarei sua casa por US\$ 400 mil, desde que você troque a maçaneta da porta da frente”. Não haveria contrato nenhum, apesar de o preço para trocar a maçaneta ser mínimo, uma vez que qualquer pessoa racional na posição de *A* ou *B* perceberia que a negociação ainda não foi concluída.

De modo semelhante, nenhum contrato será formado, mesmo diante da seção 2-207(1), se as partes usarem comunicações individuais – em vez de formulários – e esteja claro que a negociação ainda não foi concluída. Por exemplo, em *Koehring Co. vs. Glowacki*,<sup>165</sup> Koehring circulou uma carta listando nove itens de maquinário disponíveis para venda na sua indústria, na base do “como está, onde está”. Glowacki telefonou para um funcionário de Koehring, perguntando o preço. O agente respondeu que Glowacki precisava dar um lance de US\$ 16.500,00 por telegrama. Glowacki mandou um telegrama, mas também incluiu o seguinte: “FOB [*Free on Board* – livre de despesas de transporte], nosso caminhão, sua

indústria, carregado”. Koehring respondeu com outro telegrama, aceitando o lance, mas reafirmou que o maquinário estava vendido “como está, onde está”.<sup>166</sup> Embora a diferença seja mínima, o tribunal entendeu, corretamente, que não havia sido formado um contrato.<sup>167</sup>

No caso dos contratos padrão, no entanto, a maioria dos ofertantes ignorará racionalmente os termos gerais dos formulários de resposta. Portanto, um ofertante que recebe um formulário que parece ser uma aceitação e cujos termos impressos são iguais aos termos impressos por ele acreditará que um contrato foi formado, mesmo que haja diferenças nas palavras utilizadas.

## 2. SURPRESA INJUSTA

A doutrina do *common law* sobre a surpresa injusta é, em muitos aspectos, comparável à regra da seção 2-207(1). Os estudos defendem que uma previsão contratual não será executada judicialmente se uma parte de um contrato preliminar incluir uma cláusula que sabidamente violará as expectativas da outra parte.<sup>168</sup> Assim como no Código Comercial Uniforme, a doutrina da surpresa injusta não está limitada aos termos gerais, mas geralmente é aplicada apenas a eles.<sup>169</sup> Assim como na seção 2-207(1), a doutrina baseia-se na limitação da cognição: se fosse esperado que os recebedores de formulários leiam e entendam perfeitamente o funcionamento dos termos gerais, não poderia haver surpresa. Mas enquanto os limites da cognição são a única base da seção do UCC, a base da surpresa injusta é mantida por uma superestrutura de culpabilidade. Ao menos em teoria, a doutrina requer não apenas surpresa, mas surpresa *injusta*.

Certamente, é injusto – excessivamente injusto – que um fornecedor de formulários inclua em um contrato escrito um termo geral que ele saiba – ou deveria saber – que violará a expectativa do recebedor de formulários. Ao inserir tal termo, o ofertante explora injustamente os limites da cognição do recebedor. Mesmo assim, a culpa não deveria ser um elemento da lei que rege a execução judicial dos termos gerais. Requerer prova da culpa adiciona uma dificuldade extra à demanda judicial do recebedor.<sup>170</sup> Requerer a culpa pode demonstrar um problema onde, como no exemplo da conta corrente, a redução dos custos do fornecedor de formulários resultantes das economias geradas pelos termos é apreendida no preço do fornecedor de

formulários, assim, o recebedor de formulários é pago por estar sujeito ao termo. Através de uma análise justa, isso pode ser relevante, mas segundo uma análise cognitiva, não é.

O elemento “culpa” na surpresa injusta também levou tribunais a examinarem se o termo relevante estava evidente e claramente escrito. Em *Williams vs. Walker-Thomas Furniture Co.*, o tribunal enfatizou a importância de determinar se o termo estava “escondido em um labirinto de belas frases”.<sup>171</sup> Em *Gerhardt vs. Continental Insurance Co.*, o tribunal recusou-se a executar uma exceção obscura de uma apólice compreensível, por entender que o termo não era “claro, tampouco evidente”.<sup>172</sup>

O problema desse exame é que, por razões já exploradas, a maioria dos recebedores de formulários ignorará racionalmente a maioria dos termos gerais. Nesse sentido, não deveria importar se um termo geral está evidente e claramente escrito. Em negociações, a não ser que o consumidor seja colocado a par das cláusulas gerais, por uma declaração oral clara, mesmo termos gerais escritos de maneira clara e evidente deveriam ser considerados inválidos, se infringirem as suas expectativas razoáveis. Aliás, pela regra do nocaute [*knockout rule*], quando um contrato é formado – nos termos da seção 2-207(1) do UCC – por uma troca de formulários, e os termos dos formulários forem diferentes, todos os termos em conflito, quer claros, quer não, são derrubados, e o contrato consistirá apenas em termos nos quais os formulários concordam.<sup>173</sup>

Em outras palavras, a regra que regula a execução judicial dos termos gerais não deveria apelar para a justiça, como na surpresa injusta. Aliás, a regra deveria ser aplicada apenas com base nos limites da cognição, assim como na seção 2-207(1) do UCC. Esse resultado é apoiado pelo princípio básico da interpretação. Sob esses princípios, um contrato entre *A* e *B* é interpretado de acordo com o significado atribuído por *A* – mesmo que *B* lhe dê um significado diferente: (1) se *A* não sabia o sentido diferente dado por *B*, e *B* sabia o sentido atribuído por *A*; ou (2) se *A* não tinha motivo para saber o significado diferente de *B*, e *B* tinha motivo para saber o significado de *A*.<sup>174</sup> A seção 211 do *Restatement Second of Contracts* [Acordos Padronizados] aplica de modo específico esse princípios aos contratos padrão. A seção 211(1) dispõe:

Quando uma parte de um acordo assina ou manifesta consentimento a um escrito, e tem razão para acreditar que escritos semelhantes são regularmente utilizados para corporificar termos de acordos semelhantes, ela adota o escrito como um acordo integrado, no que diz respeito aos termos incluídos no escrito.<sup>175</sup>

Posteriormente, a seção 211(3) qualifica essa regra: “Quando a outra parte tem motivo para acreditar que a parte que consente não o faria se soubesse que o escrito contém um termo particular, esse termo não faz parte do acordo”.<sup>176</sup> O comentário *c* e o exemplo 6 da seção 211 deixam claro que a aplicação da seção 211(3) não depende de uma demonstração independente da falta de visibilidade ou clareza ou qualquer outro tipo de falta de equidade.<sup>177</sup> Aliás, ele se volta estritamente para os limites da cognição.

*Weaver vs. American Oil Co.*<sup>178</sup> assume a mesma posição. Este caso envolveu uma previsão complexa que obrigava o dono de um posto de gasolina Amoco a indenizar a Amoco por danos causados por negligência da própria Amoco. O tribunal entendeu que a previsão não era passível de execução judicial porque “a parte que procura executar o contrato tem o ônus de demonstrar que as previsões foram explicadas à outra parte, foram *compreendidas* e havia efetivamente *um acordo entre os interesses, não bastando um acordo objetivo*”.<sup>179</sup> Como mostram a seção 211 e o caso *Weaver*, o direito está se movendo corretamente na direção de fundamentar a execução judicial de termos gerais, bem como o seu papel na formação dos contratos, apenas nos limites da cognição, sem apelar à equidade.

#### D. NEGOCIAÇÕES PARA RENUNCIAR A OBRIGAÇÕES FIDUCIÁRIAS

Se um agente tem um grau significativo de direção ou outro controle sobre bens que pertencem no todo ou em parte a outros, o relacionamento entre o agente e os outros geralmente é considerado um relacionamento fiduciário e impõe ao agente certas obrigações fiduciárias. Chamemos o agente de administrador, e aqueles a quem o agente deve obrigações fiduciárias, de beneficiários. Acima das obrigações fiduciárias do administrador, há o dever de lealdade, que requer que o administrador negocie de maneira imparcial quando lida com ou em relação aos bens, ou usa sua posição fiduciária no

seu próprio interesse. Esse dever de imparcialidade inclui os deveres de transparência, de negociar imparcialmente, de não usar os bens sem oferecer compensação, e não obter lucro por meio de sua posição.<sup>180</sup>

Um aspecto importante da lei que regula os relacionamentos fiduciários é se as obrigações fiduciárias devem ser tratadas como regras dispositivas, que podem ser excluídas por vontade dos beneficiários, ou como regras cogentes, que não podem ser excluídas por acordo.<sup>181</sup> Levando em conta os limites da cognição, as regras que compõem o núcleo do dever de lealdade não devem estar sujeitas a uma renúncia geral, comum.

Para começar, os beneficiários, devido à racionalidade limitada, não poderiam identificar todas as circunstâncias nas quais uma renúncia geral ao dever de lealdade seria aplicada. Além disso, os beneficiários talvez fossem excessivamente otimistas quanto à negociação imparcial do administrador, mesmo sem restrições fiduciárias. As heurísticas da disponibilidade e da representatividade aumentariam esse otimismo: os beneficiários tenderiam a valorizar excessivamente o seu bom relacionamento com o administrador no momento da contratação, porque o relacionamento é vívido, concreto e momentâneo, se comparado à possibilidade de o administrador explorar a negociação, que é abstrata, futura e distante. Além disso, eles tenderiam a superestimar a relação entre um bom relacionamento presente e um bom relacionamento futuro. De modo similar, a capacidade de antecipação defectiva os levariam a sopesar incorretamente as vantagens presentes do relacionamento, se comparadas aos custos futuros da renúncia. Finalmente, os beneficiários tenderiam a subestimar os riscos envolvidos com a renúncia. Ademais, uma renúncia geral ao dever de lealdade levaria, inevitavelmente, a permitir comportamentos oportunistas imprevisíveis por parte dos administradores.

Por outro lado, os administradores não explorariam tão facilmente um acordo em interesse próprio [*self-dealing*]. O consentimento a uma transação em que há conflito de interesses, por exemplo, pode não ser afetada pela cognição defectiva, porque o consentimento diria respeito a um evento presente específico, e não ao futuro incerto. O acordo de que um tipo específico de empreendimento não será considerado uma oportunidade empresarial pode cair nesta categoria.

As leis que dizem respeito a obrigações fiduciárias refletem esses problemas cognitivos. O núcleo “dever de lealdade” das regras que regem relações fiduciárias corporativas não são passíveis de renúncia,<sup>182</sup> mas os tribunais podem garantir eficácia a acordos muito específicos que não apresentam perigos imprevisíveis e potencial para exploração.<sup>183</sup> De modo semelhante, vários estatutos recentes têm permitido a limitação ou eliminação da responsabilização pessoal dos diretores por violação de dever de cuidado, muito embora a maioria desses estatutos exclua as violações do dever de lealdade e a obtenção de vantagens pessoais.<sup>184</sup> De modo geral, a seção 5.09 do *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* do American Law Institute prevê que os tribunais devem garantir eficácia aos padrões adotados por uma empresa na governança de transações com conflito de interesses apenas se esses padrões atenderem a certos requisitos:

Se um diretor (...) ou executivo sênior (...) agir segundo um padrão da empresa (...) isso autoriza o diretor ou executivo a:

- (a) Realizar uma transação com uma empresa que seja de um tipo especificado (...);
- (b) Usar a posição da empresa ou propriedade da empresa de maneira especificada (...); [ou]
- (...)
- (d) Concorrer com a empresa em uma situação especificada; e o padrão tenha sido autorizado anteriormente por diretores desinteressados (...) ou acionistas desinteressados (...) seguindo-se a conclusão quanto aos efeitos do padrão e ao tipo de transação ou, se a conduta for abarcada pelo padrão, então o padrão deve ser considerado equivalente a uma autorização dos diretores e acionistas desinteressados.<sup>185</sup>

A lei societária está seguindo um caminho semelhante. A Revised Uniform Partnership Act (Lei Uniforme das Sociedades Revisada) estabelece:

O contrato social não pode (...)

- (3) eliminar o dever de lealdade (...), mas:
- (i) o contrato social pode identificar tipos específicos de categorias de atividades que não violam o dever de lealdade, se não forem manifestamente desarrazoáveis; ou
  - (ii) todos os sócios ou uma porcentagem específica prevista no contrato social pode autorizar ou ratificar, após a conclusão de todos os fatos, um ato ou transação específica que, do contrário, violaria o dever de lealdade;
- (4) reduzir de forma desarrazoada o dever de cuidado (...);
- (5) eliminar a obrigação de boa-fé e negociação imparcial (...), mas o contrato social pode determinar os padrões que servirão de medida à execução da obrigação, se esses padrões não forem manifestamente desarrazoáveis.<sup>186</sup>

Isso somado a restrições semelhantes em acordos para renúncia de deveres fiduciários, refletem ainda outra área do direito em que as regras jurídicas que restringem a execução judicial dos contratos são mais bem explicadas pelos limites da cognição, muito embora não sejam explicitamente baseadas nesses limites.

## E. CONTRATOS FECHADOS

Certos tipos de contrato regem relacionamentos caracterizados por um envolvimento pessoal intenso, de escopo amplo e potencialmente duradouro. Exemplos incluem o casamento, a relação de emprego, a sociedade por ações e a copropriedade de ações em sociedades limitadas. Chamarei esses relacionamentos de “relacionamentos fechados”.

Os limites da cognição são especialmente problemáticos nos contratos que regem esse tipo de relacionamento. A natureza dos relacionamentos fechados faz com que seja impossível prever, no momento da formação do contrato, as contingências que podem afetar seu rumo. Além disso, no momento da contratação, cada parte tende a ser demasiadamente otimista quanto às chances de sucesso e quanto à probabilidade da outra parte de agir de maneira oportunista ou manipular regras contratuais conforme o desdobramento do relacionamento. Finalmente, devido aos defeitos na

capacitação, as partes provavelmente sopesam a condição do seu relacionamento com base no momento da formação do contrato, que é vívido, concreto e instantâneo; a considerar esse estado do relacionamento como representativo do futuro; e a dar pouca importância ao risco de que o relacionamento não dê certo.

A longa duração acentua todos esses problemas. John Stuart Mill, que afirmou que “*laissez faire* (...) deveria ser a prática geral” e “qualquer distanciamento dele, a não ser que seja em nome do bem maior, é um mal”,<sup>187</sup> conclui que

uma exceção à doutrina de que os indivíduos são os melhores juízes do seu próprio interesse é quando um indivíduo tenta decidir agora o que será melhor para si em algum momento futuro e distante. A presunção a favor do julgamento individual é legítima apenas quando ele é baseado em uma experiência pessoal atual, no presente; não quando é formado antes da experiência, e não quando pode ser revertido após a experiência tê-lo condenado. Quando pessoas se submetem a um contrato, não apenas para fazer uma única coisa, mas para continuar fazendo algo (...) por um determinado período de tempo, sem poder para revogar o compromisso (...) qualquer presunção que possa ser baseada na sua adesão voluntária ao contrato (...) é praticamente nula.<sup>188</sup>

Como nos tipos de contratos analisados anteriormente, o problema levantado por contratos de relacionamentos fechados não é um problema de falta de consciência. Geralmente, nenhuma das partes terá explorado a outra no momento da criação do contrato. Muito pelo contrário, ambas estarão sujeitas aos mesmos limites cognitivos. Se, com o passar do tempo, ambas as partes quiserem sair ou modificar o relacionamento, elas podem simplesmente concordar em rescindir ou modificar o contrato. Os problemas difíceis surgem, se a parte *A* vem a obter vantagens à custa de *B* devido à capacidade de *A* de explorar previsões contratuais que não impediram essa exploração, resultado da cognição limitada das partes no momento da contratação. Nesse caso, *A* não vai querer uma rescisão e nem uma modificação.



Embora a literatura dos contratos relacionais contenha regras que manteriam esses relacionamentos,<sup>189</sup> essa tentativa é quixotesca e mal orientada. O direito está equipado para fazer leis que impedirão uma parte de usar, de modo oportunista, uma quebra da outra parte como desculpa para quebrar o *negócio*, mas o direito não está equipado para fazer regras que mantenham um *relacionamento*. Tampouco deveria tentar fazê-lo, porque, se tentar, a parte que pretende agir maliciosamente saberá que a outra não poderá extinguir a relação. A solução para os problemas resultantes dos relacionamentos fechados é não executar judicialmente o contrato, o que ensejaria a continuidade da relação, e sim garantir a qualquer uma das partes o direito de sair em termos justos, mesmo que a saída não esteja prevista no contrato.

O direito já vem apontando nesse sentido. Por exemplo, contratos de emprego que não limitam sua duração são interpretados “à vontade”, e não por um tempo razoável.<sup>190</sup> Além disso, contratos de emprego não são passíveis de execução específica, quer sejam por tempo determinado ou não.<sup>191</sup> Contratos que regem a condução dos deveres conjugais não são passíveis de execução judicial,<sup>192</sup> e diante das modernas leis de divórcio, o casamento em si pode ser livremente dissolvido.

De modo semelhante, uma sociedade pode ser dissolvida a qualquer tempo por qualquer sócio.<sup>193</sup> Hetherington e Dooley defenderam uma regra análoga para as sociedades de capital fechado, baseando-se exclusivamente em termos cognitivos:

A ênfase em acordos contratuais (para resolver problemas relacionados a acionistas minoritários em sociedades de capital fechado) revela o mal entendido fundamental inerente a esse tipo de sociedade. O fato de as partes adotarem arranjos contratuais específicos é muito menos importante que a sua habilidade de sustentar um relacionamento próximo e harmonioso com o passar do tempo. A persistência de uma relação é crucial, porque reflete qual é, talvez, a suposição fundamental daqueles que decidem investir em uma empresa de capital fechado: eles esperam que durante a vida da empresa, os acionistas estejam de acordo quanto ao seu funcionamento.

(...)

O tempo e a natureza humana, no entanto, podem causar divergência de interesses e o fim do consenso.

(...)

(...) O problema da exploração está relacionado apenas com a falta de liquidez e, por isso, não pode ser resolvido por arranjos contratuais *ex ante* (...) Nesse sentido, (...) o direito deveria obrigar a maioria a comprar as ações da minoria insatisfeita quando esta assim o quisesse.<sup>194</sup>

Embora a lei societária ainda precise avançar até o cenário idealizado por Hetherington e Dooley, a tendência dos tribunais tem sido permitir a dissolução com base na quebra dos interesses do acionista, garantindo a compra das suas ações a um valor justo.<sup>195</sup>

Tendo em mente os limites da cognição, a tendência do direito de permitir a saída em termos justos de relacionamentos fechados é desejável e deve ser estendida.

## F. ACORDOS PRÉ-NUPCIAIS

Noivos podem fazer contratos para reger seus direitos de propriedade durante o casamento ou em caso de morte. Tanto os estatutos quando o *common law* têm reconhecido a obrigatoriedade desses contratos.<sup>196</sup> Futuros cônjuges podem também fazer contratos que especifiquem sua propriedade e direitos conexos em caso de divórcio. Até os anos 1970, os tribunais consideravam que esses contratos infringiam a ordem pública.<sup>197</sup> Hoje, no entanto, os tribunais não negam a execução judicial desses acordos, que chamarei de acordos pré-nupciais.

Os limites da cognição também têm um papel claro na executoriedade dos acordos pré-nupciais. Primeiro, indivíduos que planejam se casar são propensos a ser extremamente otimistas quanto ao futuro do casamento.<sup>198</sup> Duas pessoas apaixonadas não consideram a possibilidade de um divórcio, porque elas enfatizam as provas concretas do seu relacionamento maravilhoso, e não dão a mínima para as estatísticas abstratas sobre divórcio – e porque o divórcio é um risco que, como outros riscos, as pessoas tendem

a subestimar.<sup>199</sup> Como resultado, futuros cônjuges não acham que um acordo pré-nupcial seja efetivamente necessário.

A racionalidade limitada também acrescenta um problema nesse contexto. Devido à natureza excepcionalmente indefinida do casamento, é quase impossível prever o impacto que um acordo pré-nupcial terá se ele for aplicado. A renda pode aumentar ou diminuir; as habilidades podem ser adquiridas ou perdidas; as obrigações familiares podem variar quanto ao outro cônjuge ou aos filhos; as expectativas podem mudar. Mudanças durante o casamento são previsíveis, mas as especificações da mudança não. Os limites da cognição, portanto, oferecem uma forte justificativa para uma abordagem de revisão [“segunda vista”] dos acordos pré-nupciais.

Embora os tribunais tratem hoje os acordos pré-nupciais como válidos, eles discordam quanto à permissividade da abordagem da revisão. A Suprema Corte da Pensilvânia, por exemplo, recusou-se a revisar o acordo em *Simeone vs. Simeone*.<sup>200</sup> Catherine, uma enfermeira desempregada, casou-se com Frederick, um neurocirurgião que ganhava US\$ 90 mil por ano, e seus bens contabilizavam cerca de US\$ 300 mil. Na véspera do casamento, e sem consultar um advogado, Catherine assinou um acordo pré-nupcial que limitava uma potencial ajuda de custos a US\$ 200,00 por semana, com um pagamento total mínimo de US\$ 25 mil. O casal divorciou-se após sete anos de casamento. Quando Frederick terminou de pagar os US\$ 25 mil, Catherine entrou com uma ação judicial pedindo pensão.<sup>201</sup> O tribunal sustentou que acordos pré-nupciais deveriam ser avaliados sob os mesmos critérios aplicáveis a outros contratos. “Certamente”, disse a corte,

as possibilidades de doença, nascimento de filhos, confiança no cônjuge, mudanças na carreira, ganhos e perdas financeiras, e diversos outros eventos que podem ocorrer no decurso de um casamento não podem ser entendidos como completamente imprevisíveis. Se as partes optaram por não incluir tais assuntos no seu acordo pré-nupcial, elas devem ser encaradas como conscientes de que suportariam o risco de circunstâncias que alterassem o valor da sua negociação.<sup>202</sup>

De modo similar, em *Chiles vs. Chiles*,<sup>203</sup> um tribunal de apelação do Texas, ao reverter a decisão do tribunal de que um acordo pré-nupcial não era judicialmente executável, sob a alegação de injustiça, sustentou que não é relevante se o acordo é justo ou não.<sup>204</sup>

Tribunais que utilizam a abordagem da segunda vista usam vários critérios de revisão. Muitos empregam uma variação do critério do Uniform Premarital Agreement Act,<sup>205</sup> adotado por uma minoria dos estados,<sup>206</sup> e sustentam o acordo, a não ser que a execução judicial transforme uma das partes em peso para a sociedade.<sup>207</sup> Por exemplo, em *Bassler vs. Bassler*,<sup>208</sup> Linda e George fizeram um acordo pré-nupcial no qual Linda renunciava a qualquer direito de propriedade, presente ou futuro, relativo aos bens de George.<sup>209</sup> Após o divórcio do casal, Linda pediu que o Estado lhe desse uma ajuda de custo. Depois, ela reivindicou judicialmente os bens que o casal adquiriu durante o casamento, e George usou como defesa o acordo.<sup>210</sup> A Suprema Corte de Vermont recusou-se a executar o acordo, alegando que um acordo pré-nupcial que relega ao Estado um gasto com o cônjuge não é passível de execução.<sup>211</sup>

O critério de “peso-para-a-sociedade” relaciona-se com diversos outros princípios contratuais já sedimentados: é pouco invasivo e negará a execução judicial apenas em circunstâncias excepcionais. Esse teste, no entanto, não reflete toda a aplicação dos limites da cognição aos acordos pré-nupciais. Outras autoridades, portanto, usam uma abordagem mais radical na segunda vista.<sup>212</sup> Por exemplo, em *Osborne vs. Osborne*,<sup>213</sup> David, um estudante de medicina, casou-se com Bárbara, uma colega de faculdade e herdeira de uma fortuna de US\$ 17 milhões. Antes da cerimônia, o casal assinou um acordo mútuo renunciando a qualquer direito à propriedade um do outro, bem como ao direito à pensão. Durante o divórcio, David tentou reivindicar tanto a pensão quanto uma divisão equitativa dos bens.<sup>214</sup> A Suprema Corte de Massachusetts sustentou que um acordo pré-nupcial é executável apenas se for justo e razoável no momento do divórcio.<sup>215</sup> Com base nisso, o tribunal não deu razão a David, que exercia a medicina e recebia um salário relevante.<sup>216</sup> Em *Warren vs. Warren*,<sup>217</sup> um acordo entre Marcia e Marvin para renunciar a apoio financeiro e propriedade não sobreviveu na revisão da Corte de Apelação de Illinois. No

momento do acordo, Marcia tinha bens no valor de US\$ 70 mil e Marvin, no valor de US\$ 7 milhões.<sup>218</sup> Quando do divórcio, o tribunal sustentou que o acordo pré-nupcial era injusto e, portanto, não era passível de execução, apesar de Marcia comprovadamente ter bens para se sustentar por algum tempo.<sup>219</sup> Ao explicitar a injustiça, o tribunal apontou que “por diversos anos Marcia e Marvin sustentaram um estilo de vida muito mais extravagante do que Marcia poderia pagar sozinha”.<sup>220</sup>

Os tribunais geralmente justificam uma abordagem radical da segunda vista por meio do discurso do abuso de posição dominante.<sup>221</sup> O abuso, no entanto, destina-se a mostrar que uma parte explorou injustamente a outra no momento da formação do contrato.<sup>222</sup> A abordagem da segunda vista não depende de algum tipo de demonstração. A constituição de Nova Jérsei, por exemplo, dispõe que uma disparidade muito grande entre o padrão de vida anterior ao casamento e o resultado do acordo é “abusiva”.<sup>223</sup> De modo semelhante, em *Lewis vs. Lewis*, a Suprema Corte do Havaí disse: “(...) como é aplicado aos acordos anteriores ao casamento, a existência de uma posição dominante significaria que o acordo leva à uma situação pós-divórcio economicamente injusta”.<sup>224</sup> A intenção de se recusar a executar judicialmente os acordos pré-nupciais sem haver a prova da exploração injusta no momento da formação do contrato sugere que o abuso de posição dominante não é efetivamente aplicado a esses casos. O abuso de poder dominante é uma doutrina de equidade, e se um contrato é justo quando é feito, a execução judicial não pode ser injusta. Aliás, o que rege esses casos são os limites da cognição, porque assim como o abuso, os limites justificam a recusa na aplicação do princípio da negociação, mesmo se o contrato tenha sido justo quando foi feito.

Nesse sentido, em *Gant vs. Gant*,<sup>225</sup> a Suprema Corte da Virgínia Ocidental concluiu corretamente que “quando os tribunais fazem referência a ‘equidade’ (nos acordos pré-nupciais), eles não estão se referindo a um conceito completamente subjetivo e aberto (...). Esses tribunais estão realmente interessados na questão da ‘previsibilidade’”.<sup>226</sup> O tribunal discutiu em seguida se “as circunstâncias do momento do término do casamento são exatamente o que as partes previram no momento em que concordaram com o acordo pré-nupcial”.<sup>227</sup>

De modo semelhante, em *Gross vs. Gross*,<sup>228</sup> a Suprema Corte de Ohio sustentou que as previsões de pensão nesses acordos, mesmo se válidas e passíveis de execução judicial quando criadas, não o serão necessariamente por um tribunal caso “se tornem desarrazoadas e abusivas na sua aplicação ao cônjuge no divórcio”.<sup>229</sup> Os exemplos foram:

Um problema grave de saúde que requer gastos e cuidados consideráveis; mudança na empregabilidade do cônjuge; ônus adicionais quanto à responsabilidade dos filhos; mudanças pontuais no custo de prover a manutenção do cônjuge; e mudança no padrão de vida ocasionada pelo casamento em que um retorno à condição anterior traria dificuldade para o cônjuge.<sup>230</sup>

O tribunal entendeu que, embora o acordo fosse justo – porque havia sido celebrado de boa-fé, sem excessos e com transparência –, ele não era passível de execução judicial à luz das mudanças nas circunstâncias:

(...) os fatos tendem a mostrar que, embora o Sr. Gross fosse um homem bastante rico no momento da execução do acordo pré-nupcial, ele tornou-se ainda mais rico durante o seu segundo casamento. O padrão de vida da esposa mudou drasticamente entre o acordo e o divórcio. Forçá-la a retornar ao estado anterior seria bastante difícil para a ex-esposa.<sup>231</sup>

Os tribunais de *Gant* e *Gross* conseguiram acertar a questão. No fim das contas, ao rever um acordo pré-nupcial de um casamento cujas circunstâncias mudaram significativamente, os juízes precisam decidir se as partes, à luz de todos os fatores relevantes, teriam a maturidade de entender que o acordo seria aplicado mesmo no cenário que efetivamente ocorreu.

## CONCLUSÃO

O direito sempre reconheceu tacitamente os limites da cognição. Por exemplo, a seguridade social parte da presunção tácita de que os indivíduos não distribuirão adequadamente sua renda entre o consumo presente e futuro.

De maneira semelhante, diversas regras de segurança, como as que proíbem a propaganda de remédios ainda não testados, baseiam-se na presunção tácita de que os consumidores são incapazes de entender certos tipos de informação. Apenas recentemente, no entanto, os estudos empíricos quanto aos limites da cognição estabeleceram uma base formal científica para essas presunções.

À luz da novidade dessa base científica, não é de surpreender que os tribunais, em sua maioria, ainda não tenham justificado os limites dos contratos com base nos limites da cognição. Mesmo assim, muitos desses princípios, como os discutidos neste artigo, sem dúvida surgiram e permanecem válidos com base no entendimento tácito dos limites. Agora é tempo de reconhecer precisamente a explicação, em parte para deixar os princípios mais transparentes, e em parte porque o reconhecimento explícito do papel dos limites da cognição ajudará a mostrar como nós devemos moldar os princípios existentes e quais são os novos princípios que deveremos desenvolver.

Neste artigo, examinei apenas alguns princípios que limitam o contrato, mas uma análise baseada nos limites da cognição pode facilmente ser estendida a outros contratos. Esses limites podem explicar, por exemplo, a regra do UCC, que dispõe que quando circunstâncias dão causa a uma indenização “que falha no seu propósito essencial”, essa indenização não é válida:<sup>232</sup> limitações contratuais à indenização são cláusulas relativas ao inadimplemento, ou seja, estão sujeitas aos problemas cognitivos que contaminam outras cláusulas, como as previsões de apuração de danos e as condições expressas. De modo semelhante, os limites da cognição podem explicar, ao menos em parte, porque as doações são irrevogáveis, ao passo que as promessas de doação não podem ser executadas judicialmente: na transmissão efetiva de um objeto, o conhecimento das consequências de um ato é extremamente relevante. Os limites da cognição também servem de base para o conceito de erro e de resolução por onerosidade excessiva.<sup>233</sup>

É claro que os limites da cognição não são uma explicação universal para o direito contratual ou para os limites do contrato. Outros ensinamentos, como a experiência, e conceitos de eficiência e moralidade desempenham papéis importantes.<sup>234</sup> Mas mesmo esses outros elementos são devidamente

valorizados apenas quando entendemos a estrutura psicológica dentro da qual os agentes operam quando fazem escolhas.



## NOTAS

\* *Koret Professor* de Direito na University of California em Berkeley. Versões anteriores deste texto foram apresentadas em um *workshop* na Faculdade de Direito de Stanford, em um colóquio na Faculdade de Direito da Universidade da Califórnia, em Berkeley, e em seminários nas faculdades de direito da Universidade de New South Wales, da Universidade de Adelaide, e na Universidade Bond. O autor conseguiu valiosas sugestões nesses fóruns, e agradece a ajuda inestimável de Tom Tyler, pelo material sobre cognição, e de Matt Forsyth, pelo material sobre acordos pré-nupciais.

**1** Por acordo, tenho em mente uma troca em que cada parte vê seu desempenho como contraprestação ao desempenho da outra parte.

**2** Ver *Westlake vs. Adams*, 141 Eng. Rep. 99, 106 (CP. 1858).

**3** *Batsakis vs. Demotsis*, 226 S.W.2d 673, 675 (Tex. Civ. App. 1949); ver, p.ex., *Schweitzer vs. Gibson*, 151 N.E. 865, 866-867 (111. 1926); (Segundo) Tratado sobre Contratos § 79 (1979).

**4** Ver Melvin Aron Eisenberg, *The Bargain Principle and Its Limits*, 95 *Harv. L. Rev.*, 741, 743-747 (1982).

**5** Ver UCC § 2-302 (1989); (Segundo) Tratado sobre Contratos § 208 (1979).

**6** Ver Eisenberg, nota 4 *supra*, p. 799.

**7** A doutrina da surpresa injusta pressupõe que um dispositivo contratual não deve ser imposto se uma das partes inclui no contrato um termo que sabidamente violará as expectativas da outra. Ver notas 168 a 172 *infra*.

**8** Ver (Segundo) Tratado sobre Contratos §§ 12-15 (1979).

**9** *Idem*, § 15, com. *d*.

**10** John D. Calamari; Joseph M. Perillo, *Contracts*, p. 326 (3. ed., 1987).

**11** Ver Robyn M. Dawes, *Rational Choice in an Uncertain World*, p. 10-14, 146-163 (1988).

**12** Idem, p. 8.

**13** Thomas S. Ulen, Cognitive Imperfections and the Economic Analysis of Law, 12 *Hamline L. Rev.*, p. 385-386 (1989).

**14** Idem, p. 386.

**15** James G. March, Racionalidade limitada, Ambiguity, and the Engineering of Choice, 9 *Bell J. Econ.*, 587, 590 (1978); ver também Herbert A. Simon, Rational Decision making in Business Organizations, 69 *Am. Econ. Rev.*, 493, 502-503 (1979).

**16** Ver James G. March; Herbert A. Simon, *Organizations*, p. 171 (1. ed., 1958).

**17** Ver Herbert A. Simon, *Administrative Behavior*, p. 79-109 (3. ed., 1976).

**18** March e Simon, nota *supra* 16, p. 140-141.

**19** George J. Stigler, The Economics of Information, 69 *J. Pol. Sci.*, 213 (1961).

**20** Esse modelo de tomada de decisão é baseado na maximização da utilidade esperada, aplicado a decisões de busca e não a decisões objetivas.

**21** Simon, nota *supra* 15, p. 502-503; Herbert A. Simon, Theories of Bounded Rationality, in *Decision and Organization*, p. 161 (C. B. McGuire, Roy Radner (eds.), 2. ed. 1986). (Suficitório é um termo equivalente da palavra em inglês “*satisficing*”; esta é uma combinação das palavras “*satisfactory*” e “*suficing*”, ou seja, satisfatório e suficiente. [N. T.]

**22** Simon, nota 17 *supra*, p. xxix.

\* Do original *rule-of-thumb*, que, regra geral, indica uma medida aproximada baseada no saber comum e na experiência. (N. T.)

**23** Howard Kunreuther, Limited Knowledge and Insurance Protection, 24 *Pub. Pol’y* 227, 255 (1976); ver, também, Lee S. Friedman, *Bounded Rationality vs. Standard Utility-Maximization: A Test of Energy “Price” Responsiveness* (Jan. 1993) (manuscrito não publicado, arquivado em *Stanford Law Review*).

**24** Alguns comentaristas utilizam o termo “*satisfice*” como um equivalente a esse

modelo. Ver, p.ex., David M. Grether; Alan Schwartz; Louis L. Wilde, The Irrelevance of Information Overload: An Analysis of Search and Disclosure, 59 *S. Cal. L. Rev.* 277, 279 (1986) (“‘Otimizar’ é escolher a melhor entre várias alternativas; ‘satisfice’ é fazer o melhor que puder ser feito em determinadas circunstâncias.”).

**25** Neil D. Weinstein, Unrealistic Optimism About Future Life Events, 39 *J. Personality & Soc. Psychol.* 806 (1980). A tendência das partes a sistematicamente subestimarem os riscos está relacionada a um otimismo exagerado. Ver notas 69 a 73 *infra*.

**26** Ola Svenson, Are We All Less Risky and More Skillful Than Our Fellow Drivers Are?, 47 *Acta Psychologica* 143 (1981), citado em Colin F. Camerer e Howard Kunreuther, Decision Processes for Low Probability Events: Policy Implications, 8 *J. Pol’y Anal. & Mgmt.* 565, 569 (1989).

**27** W. Kip Viscusi; Wesley A. Magat, Learning about Risk: Consumer and Worker Responses to Hazard Information 95 (1987).

**28** Idem, p. 94-95.

**29** Weinstein, nota 25 *supra*, p. 809-814.

**30** Idem. Ver também Camerer; Kunreuther, nota 26 *supra*, p. 569 (discussão da prova empírica do otimismo); Richard G. Noll; James E. Krier, Some Implications of Cognitive Psychology for Risk Regulation, 19 *J. Legal Stud.* 747, 757-758 (1990) (fornece um modelo matemático para o “efeito do otimismo” na tomada de decisões).

**31** Ward Edwards; Detlof von Winterfeldt, Cognitive Illusions and Their Implications for the Law, 59 *S. Cal. L. Rev.* 225, 239 (1986).

**32** Lynn A. Baker e Robert E. Emery, When Every Relationship Is Above Average: Perceptions and Expectations of Divorce at the Time of Marriage, 17 *Law & Hum. Behav.* 439 (1993).

**33** Idem, p. 443.

**34** Idem.

**35** Idem. Contra esse otimismo, se poderia argumentar que, embora a média masculina

dos entrevistados estimasse que os tribunais concediam pensão a apenas 50% das mulheres divorciadas, 83% deles esperava que um tribunal concedesse o benefício às suas mulheres se elas pedissem. Idem. Em seu artigo, Baker e Emery caracterizam essa resposta como excessivamente otimista, ver idem, mas, agora, Baker crê que a resposta poderia ser melhor caracterizada como uma superestimação da probabilidade. Letter from Lynn Baker to Melvin Aron Eisenberg (Sept. 30, 1993) (arquivado em *Stanford Law Review*).

**36** Baker e Emery, nota 32 *supra*, p. 443.

**37** Amos Tversky; Daniel Kahneman, Rational Choice and the Framing of Decisions, 59 *J. Bus.* S251, S251 (Sup. 1986).

**38** Idem, p. S252; ver também Camerer; Kunreuther, nota 26 *supra*, p. 568 (“O modelo [da utilidade esperada] é simples e fácil de ser utilizado em aplicações teóricas. No entanto, foi mostrado que ele pode ser uma descrição inadequada de escolhas individuais. Muitas violações descritivas surgem porque as pessoas utilizam regras heurísticas para estimar probabilidades – regras que produzem erros sistemáticos.”) (citação omitida). Como observado por Ulen: “Há provas fundamentadas de que (...) muitos, talvez a maioria, dos indivíduos cometem constantes erros na rotina de processamento de informações. Ou seja, os indivíduos podem cometer mais erros na tentativa de maximizar sua utilidade ou seu perfil do que é assumido pelo modelo de escolha racional; esses erros resultam de um novo conjunto de imperfeições individuais, que eu chamo de ‘imperfeições cognitivas’; e estes erros são sistemáticos, e não distribuídos aleatoriamente”, Ulen, nota 13 *supra*, p. 387-388.

**39** Dawes, nota *supra* 11, p. 34-35.

**40** Daniel Kahneman e Amos Tversky, Choices, Values, and Frames, 39 *Am. Psychol.*, 341, 343 (1984); Tversky & Kahneman, nota *supra* 37, p. S253.

**41** Ver, p.ex., Camerer e Kunreuther, nota *supra* 26, p. 572-574; Kahneman & Tversky, nota *supra* 40, p. 343-344; Noll e Krier, nota *supra* 30, p. 753-754.

**42** Ver, p.ex., Kahneman e Tversky, nota *supra* 40, p. 349.

**43** Amos Tversky e Daniel Kahneman, The Framing of Decisions and the Psychology of Choice, 211 *Science* 453, 453 (1981). A inclinação para o risco, no caso de perdas, pode não se aplicar às extremidades do cenário, ou seja, quando a probabilidade de ganhar ou perder é pequena ou a perda seria catastrófica. Ver Tversky e Kahneman, nota *supra* 37, p. S255, S258.

**44** Kahneman e Tversky, nota *supra* 40, p. 342; ver também Noll e Krier, nota *supra* 30, p. 752.

**45** Ver Tversky e Kahneman, nota *supra* 43, p. 453-455.

**46** Idem, p. 453.

**47** Baruch Fischhoff, Cognitive Liabilities and Product Liability, 1 *J. Prod. Liab.* 207, 213 (1977); Kahneman e Tversky, nota *supra* 40, p. 349; Paul Slovic, Baruch Fischhoff e Sarah Lichtenstein, Response Mode, Framing, and Information-Processing Effects in Risk Assessment, in *Question Framing and Response Consistency*, p. 21, 22-28 (Robin M. Hogarth, ed., 1982).

**48** Ver Kahneman e Tversky, nota *supra* 40, p. 343; Tversky e Kahneman, nota *supra* 43, p. 453.

**49** Kahneman e Tversky, nota *supra* 40, p. 343.

**50** Ver Dawes, nota *supra* 11, p. 36-37 (discussão sobre a busca de Scott B. Lewis).

**51** Kahneman e Tversky, nota *supra* 40, p. 343.

**52** Ver, p.ex., 16 C.F.R. § 429.1 (1994).

**53** Ver Dawes, nota *supra* 11, p. 92-94; Susan T. Fiske e Shelley E. Taylor, *Social Cognition*, p. 270-271 (1984); Kunreuther, nota *supra* 23, p. 243; Tversky e Kahneman, Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability, in *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, p. 164, 166, 174-175 (Daniel Kahneman, Paul Slovic, Amos Tversky, eds., 1982); Tversky e Kahneman, Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases, in *op. cit.*, p. 3, 11.

**54** Dawes, nota *supra* 11, p. 92-94; cf. Kahneman e Miller, Norm Theory: Comparing Reality to Its Alternatives, 93 *Psychol. Rev.* 136, 141-142 (1986) (expandindo a discussão sobre a heurística da disponibilidade, analisando o relacionamento entre um estímulo e aquelas experiências passadas ou construções específicas que constituem a “regra” à qual o estímulo é comparado).

**55** Tversky e Kahneman, *Judgment*, nota 53 *supra*, p. 1127.

**56** Idem.

**57** Ver Nisbett e Ross, *Human Inference: strategies and shortcomings of social judgment*, p. 43-62 (1980) (concluindo que pode ser presumido que conclusões e comportamentos são muito mais influenciados por informações vívidas e concretas do que por informações abstratas e distantes, ainda que empiricamente comprováveis); *cf.* Tversky e Kahneman, *Availability*, nota 53 *supra*, p. 176 (propondo que os atores, ao avaliar a probabilidade de ocorrência de um evento, podem dar mais importância às memórias mais frescas do que a fatos mais relevantes). Fiske e Taylor distinguem “proeminência” – “uma propriedade do estímulo em contexto”, de “nitidez”, que seria “uma propriedade inerente do estímulo”. Fiske e Taylor, nota *supra* 53, p. 190. Eles então concluem que há prova experimental para o efeito de proeminência, mas não para o efeito de nitidez, com a exceção de estudos de caso. Idem, p. 190-192. No entanto, essa definição parece artificial: a maioria das pessoas consideraria os dados como nítidos se essa for uma propriedade inerente dos dados. Após delinear uma distinção artificial, Fiske e Taylor chegam à proposição que é quase tautologicamente verdadeira, já que poucos dados, se é que existe algum, são “inerentemente” vívidos sem relação a um contexto.

**58** Lichtenstein, Slovic, Fischhoff, Layman, Combs, *Judged Frequency of Lethal Events*, 4 *J. Experimental Psychol.: Hum. Learning & Memory*, 551 (1978).

**59** Idem, p. 555-557 e tab. 2. Da mesma forma, Borgida e Nisbett forneceram informações sobre cursos de psicologia para alunos de especialização que tentavam escolher disciplinas. Alguns alunos receberam informações de dois ou três outros alunos que fizeram o curso; outros receberam resumos estatísticos de relatórios de dúzias de alunos que fizeram o mesmo curso. As comunicações tiveram efeito muito maior do que os resumos estatísticos. Borgida e Nisbett, *The Differential Impact of Abstract vs. Concrete Information on Decisions*, 17 *J. Applied Soc. Psychol.* 258 (1977); ver também Nisbett e Ross, nota 57 *supra*, p. 52, 57-58 (descrevendo outros experimentos).

**60** Tversky e Kahneman, *Judgment*, nota 53 *supra*, p. 1127.

**61** Fiske e Taylor, nota 53 *supra*, p. 252.

**62** Ver, p.ex., idem, p. 268-269; Tversky e Kahneman, *Judgment*, nota 53 *supra*, p. 1124.

**63** Ver Tversky e Kahneman, *Belief in the Law of Small Numbers*, in *Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases*, nota *supra* 53, p. 23, 24-25.

**64** Ver Arrow, Risk Perception in Psychology and Economics, *20 Econ. Inquiry* 1, 5 (1982).

**65** Idem. Ver também Fiske e Taylor, nota *supra* 53, p. 269-700 (discussão sobre a heurística da representatividade).

**66** Feldstein, The Optimal Level of Social Security Benefits, *100 Q. J. Econ.* 303, 307 (1985).

**67** Idem. (Citando, de modo incorreto, Pigou, *The Economics of Welfare* (1920). A citação correta seria: “[N]ossa capacidade de antevisão é defeituosa, e (...) nós, portanto, vemos vantagens futuras em escala menor”, Pigou, *The Economics of Welfare*, p. 25, 4. ed. 1960.

**68** Idem, p. 303.

**69** Ver Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, p. 237-240 (1986).

**70** Arrow, nota 64 *supra*, p. 5.

**71** Kunreuther, nota *supra* 23, p. 232-233; Kunreuther e Slovic, Economics, Psychology, and Protective Behavior, *Am. Econ. Rev.*, May 1978 (papers & proceedings), p. 64, 66-67.

**72** Kunreuther, nota *supra* 23, p. 234, tab. 3.

**73** Kunreuther e Slovic, nota *supra* 71, p. 66-67.

**74** Idem, p. 67.

**75** Idem. Ver também Camerer e Kunreuther, nota *supra* 26, p. 565-592 (analisa a prova empírica de as pessoas ou ignorarem ou subestimarem riscos de baixa probabilidade e de grandes consequências, e analisa as razões); Karr, False Sense of Security and Cost Concerns Keep Many on Flood Plains From Buying Insurance, *Wall St. J.*, Aug. 31, 1993, p. A12 (cita dados estatísticos e entrevistas de campo para propor que a maioria das pessoas em áreas de risco de enchente não contrata seguro, em parte, devido a uma atitude do tipo “isso não acontece aqui”).

**76** Viscusi e Magat, nota *supra* 27, p. 83-97.

**77** Camerer e Kunreuther, nota *supra* 26, p. 572.

**78** Kahneman e Tversky, nota *supra* 40, p. 345.

**79** Ver Camerer e Kunreuther, nota *supra* 26, p. 570; Howard Latin, “Good” Warnings, Bad Products, and Cognitive Limitations, 41 *UCLA L. Rev.*, 1193, 1245-1247 (1994).

**80** Viscusi e Magat, nota *supra* 27, p. 91. A nota do autor: “Se as pessoas têm dificuldades de internalizar baixas probabilidades, mas são *forçadas*, por uma busca, a tomar decisões, elas podem aumentar mentalmente a probabilidade a um nível que lhes seja familiar. Por outro lado, se os tomadores de decisão têm permissão para ignorar eventos de baixa probabilidade, como enchentes, eles podem fazê-lo para simplificar os custos de processamento de tomar tais decisões”. Idem; ver também Latin, nota *supra* 79, p. 1246.

**81** Latin, nota *supra* 79, p. 1246. Zeckhauser e Viscusi argumentam que “as pessoas geralmente superestimam a probabilidade de eventos de baixa probabilidade”. Zeckhauser e Viscusi, *Risk Within Reason*, 248 *Science*, 559, 560 (1990). Essa sustentação, no entanto, é posta em cheque tanto pela teoria, que prevê que as pessoas superestimarão ou ignorarão tais riscos, quanto pelas provas empíricas, tais como aquelas reunidas por Kunreuther e Slovic com relação a seguros contra enchentes e terremotos, que mostram que as pessoas geralmente subestimam ou ignoram totalmente os riscos de baixa probabilidade. Ver notas 71-75 *supra*. Zeckhauser e Viscusi contam parcialmente com os dados de Lichtenstein et al. relacionados com as estimativas das pessoas sobre a frequência das causas de morte, ver os textos anexados às notas 58-59 *supra*, mas essas estimativas não levam em conta se as diferentes causas de morte são de baixo ou alto risco (a maioria é de baixo risco), e sim a disponibilidade das várias causas de morte. De fato, a sustentação de Zeckhauser e Viscusi contradiz até o trabalho anterior de Viscusi. Ver Viscusi e Magat, nota *supra* 27, p. 90-91. Além disso, em alguns casos em que as pessoas podem superestimar um risco de baixa probabilidade, tal como o risco de um acidente perto de um gerador nuclear, o que parece ser uma superestimação de risco pode ser, na verdade, baseado em um conjunto de outros fatores, tais como a magnitude do pior cenário e uma aversão a riscos que sejam impostos involuntariamente. Ver Shrader-Frechette, *Risk and Rationality: Philosophical Foundations for Populist Reforms* (1991); Waldron e Schrader-Frechette, *Risk and Rationality: Philosophical Foundations for Populist Reforms*, 20 *Ecology L. Q.* 347, 347-348 (1993) (crítica do livro).

\* Do original *liquidated damages*. Trata-se de uma verdadeira antecipação de perdas e danos, considerada pelo direito norte-americano uma “cláusula penal”, que mais se aproxima, no direito brasileiro, da apuração de danos. (N. T.)



**82** Para várias formulações ver, por exemplo, Tratado sobre Contratos § 339 (1932); (Segundo) Tratado sobre Contratos § 356 e com. *b* (1979); 3 Dan B. Dobbs, *Law of Remedies: Damages–Equity–Restitution* § 12.9 (*Practitioner Treatise Series*, 2. ed., 1993).

**83** Ver o texto apenso às notas 98-118 *infra*.

**84** Ver *Higgs vs. United States*, 546 F.2d 373, 377 (Ct. CI. 1976); *Southwest Eng'g Co. vs. United States*, 341 F.2d 998, 1001 (8ª Cir. 1965), *cert, denied*, 382 U.S. 819 (1965); *Security Safety Corp. vs. Kuznicki*, 350 Mass. 157, 158, 213 N.E.2d 866, 867 (1966); *Massey vs. Love*, 478 P.2d 948, 950 (Okla. 1971); *Chaffin vs. Ramsey*, 276 Or. 429, 431-32, 555 P.2d 459, 461 (1976); Samuel A. Rea, Jr., *Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages*, 13 J. Legal Stud. 147, 150 (1984) (“[E]m muitos estados, os tribunais expressam a regra em termos idênticos ao Primeiro Tratado sobre Contratos, § 339(1): o acordo sobre danos não é passível de execução judicial, a menos que tenha havido uma previsão razoável do prejuízo e este seja de fácil estimação.”).

**85** 769 F.2d 1284 (7ª Cir. 1985) (Posner, J.).

**86** *Idem*, p. 1289.

**87** Goetz e Scott, *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*, 11 *Colum. L. Rev.*, 554, 592 (1977); ver também 3 Dobbs, nota *supra* 82, § 12.9(1), p. 246: “As regras coercitivas resultaram de uma história particular, de pouca relevância nos dias de hoje, e de contratos opressivos e injustos do ponto de vista de uma economia medieval, não mercantil. As regras coercitivas evoluíram para lidar, ainda que de forma primitiva, com contratos abusivos. Hoje em dia, há muitos outros métodos de identificação e controle de contratos abusivos, de modo que elas [regras] não se fazem mais necessárias”. *Idem* (nota de rodapé omitida). Para outros argumentos contra o princípio especial que rege as cláusulas de apuração de danos, ver *idem*, § 12.9(3)-(4).

**88** Goetz e Scott, nota 87 *supra*, p. 593-594; ver também Schwartz, *The Myth that Promisees Prefer Supracompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damage Measures*, 100 *Yale L. J.* 369, 370 (1990) (argumenta que, como as partes na verdade não querem cláusulas de apuração de danos que prevejam perdas e danos desproporcionais, a proibição judicial a essas cláusulas é potencialmente desnecessária e danosa).

**89** Ver Eisenberg, *The Principle of Hadley vs. Baxendale*, 80 *Cal. L. Rev.* 563, 593 (1992).

- 90** 6 Bing, p. 141, 19 Eng. Rep. 71 (CP. 1829).
- 91** 6 Bing, p. 148.
- 92** Idem.
- 93** *Lake River Corp. vs. Carborundum Co.*, 769 F.2d 1284 (7<sup>a</sup> Cir. 1985).
- 94** Idem, p. 1288 (“A questão mais difícil (...) é se a fórmula na cláusula da garantia mínima impõe uma penalidade... ou é somente um esforço para apurar os danos.”).
- 95** Idem, p. 1290.
- 96** Idem, p. 1290-1291. De acordo com a análise do juiz Posner, se a disposição de danos apurados fosse passível de execução judicial desde o início do cumprimento pela Lake River até o fim, isso geraria um lucro inesperado que variaria de 130% a 400% do lucro esperado. Se o sistema de embalagem valesse algo como US\$ 20 mil no momento da violação, os danos variariam de 150% a 434% dos lucros esperados. Idem.
- 97** Ver, p.ex., *Meltzer vs. Old Furnace Dev. Corp.*, 254 N.Y. S. 2d 246, 249, 44 Misc. 2d 552, 553 (1964) (invalida disposições de hipotecas que davam o direito a 25% adicionais de débito na hipoteca em razão do descumprimento, já que o atraso de um dia resultaria na mesma indenização que uma inadimplência de vários meses); *Alvord vs. Banfield*, 85 Or. 49, 58-59, 166 P. 549, 552 (1917) (sustenta que uma disposição de arrendamento mercantil que exige o pagamento de US\$ 2.500,00 por qualquer violação, independente da magnitude, é uma cláusula de penalidade); *Stewart vs. Basey*, 150 Tex. 666, 671, 245 S. W. 2d 484, 487 (1952) (sustenta que uma indenização que não foi “elaborada cuidadosamente” não deveria vincular as partes).
- 98** 32 Md. App. 556, 363 A. 2d 270 (1976).
- 99** 363 A.2d, p. 271.
- 100** Idem, p. 274.
- 101** 259 So. 2d 129 (Fla. 1972).
- 102** Idem, p. 129-130.

**103** Idem, p. 130.

**104** 160 Fla. 948, 37 So. 2d, p. 538 (1948).

**105** 37 So. 2d, p. 540-541, discutido em Hutchison, 259 So. 2d, p. 131.

**106** 73 So. 2d, p. 393 (Fla. 1954).

**107** Idem, p. 400-401, discutido em Hutchison, 259 So. 2d, p. 131-132.

**108** Hutchison, 259 So. 2d, p. 132.

**109** Ver, p.ex., *United States vs. Bethlehem Steel Co.*, 205 U.S. 105, 119-21 (1907) (sustentando uma cláusula contratual, negociada durante a guerra, estipulando uma indenização por atraso na entrega de armas, embora o fim da guerra antes da data de entrega tenha eliminado a possibilidade de prejuízo); ver também *Southwest Eng'g Co. vs. United States*, 341 F.2d 998, 1003 (8ª Cir. 1965) (sustentando que a situação no momento do contrato controla e determina a razoabilidade da cláusula de apuração de danos), certificação indeferida, 382 U.S. 819 (1965).

**110** Sweet alega que, quando os tribunais decidem se aplicam ou não uma cláusula de apuração de danos, “embora o teste anunciado seja “olhar prospectivo”, o que conta é a conveniência e a eficiência com a qual a indenização é apurada no julgamento”. Justin Sweet, *Liquidated Damages in California*, 60 Cal. L. Rev. 84, 136 (1972). Sweet conclui que, ao se deparar diretamente com a questão, a maioria dos tribunais da Califórnia não aplicará a cláusula quando não houver dano efetivo. Idem, p. 138; ver, também, *Freedman vs. Rector*, 37 Cal. 2d 16, 21-22, 230 P.2d 629, 632 (1951) (sustentando que qualquer cláusula que não considere os danos efetivamente sofridos é abusiva e inaplicável) (citando *Ebbert vs. Mercantile Trust Co.*, 213 Cal. 496, 499, 2 P.2d 776, 777 (1931)).

**111** Ver Rea, nota 84 *supra*, p. 150 (citação de casos).

\* Do original *Uniform Commercial Code*. Codificação norte-americana que unifica o tratamento de vendas e demais transações comerciais em todos os estados dos EUA. (N. T.)

**112** UCC § 2-718(1) (1987) (grifo nosso).

**113** *Restatement Second of Contracts* § 356, com. b (1979) (grifo nosso). O comentário

segue até afirmar que essa é, na verdade, uma abordagem ou/ou (teste C): “Além disso, o valor fixado é razoável na medida em que se aproxima da indenização antecipada no momento do contrato, embora possa destoar do efetivo prejuízo”. Idem. (Restatement Second of Contracts [Compilação que reúne as decisões da jurisprudência norte-americana. [N. T.]])

**114** Em *Equitable Lumber Corp. vs. IPA Land Devel. Corp.*, 38 N.Y. 2d 516, 344 N.E. 2d 391, 381 N.Y.S.2d, p. 459 (1976), o tribunal afirmou que a seção [U.C.C] 2-718 sinaliza, até certo ponto, um afastamento da lei anterior, que considerava apenas os danos antecipados no momento do contrato. Assim, decisões que restringiram suas análises da validade das cláusulas apenas ao dano antecipado no momento da contratação foram abolidas pelo Código Comercial Uniforme em casos envolvendo transações de bens. 344 N.E. 2d, p. 395 (citações omitidas).

**115** Restatement Second of Contracts § 356 com. *b* (1979). Exemplos 3 e 4 ao § 356 dispõem: “3. A contrata para construir uma tribuna para a pista de corridas de B por \$1.000.000,00 até uma data especificada, e pagará \$1.000,00 por dia para cada dia de atraso na sua conclusão. A se atrasa na conclusão em dez dias. Se \$1.000,00 não for injustificável diante da perda antecipada e for difícil provar a perda de B, a promessa de A não é um termo que prevê uma cláusula abusiva, e sua aplicação não fica impedida (...). 4. Tomados os mesmos fatos do Exemplo 3, B se atrasou em um mês para obter permissão para operar sua pista de corridas, e fica comprovado que o atraso de dez dias de A não lhe causou nenhuma perda. Como não é difícil provar a perda de B, a promessa de A é um termo que prevê uma cláusula abusiva, e não é aplicável”. Idem, com. *b*, exemplos 3-4.

**116** Ver, p.ex., *Colonial em Lynnfield, Inc. vs. Sloan*, 870 F.2d 761, 765 (1ª Cir. 1989) (invalida uma cláusula porque não ocorreu prejuízo algum, embora a estimativa do prejuízo fosse razoável no momento em que o contrato foi feito); *Northwest Fixture Co. vs. Kilbourne & Clark Co.*, 128 F. 256, 261 (9ª Cir. 1904) (negando ganho de causa a uma empresa que não sofreu nenhum prejuízo demonstrável); *Vines vs. Orchard Hills, Inc.*, 181 Conn. 501, 511, 435 A.2d 1022, 1028 (1980) (considera indenização compensatória no momento da violação na determinação da validade de uma cláusula); *Norwalk Door Closer Co. vs. Eagle Lock & Screw Co.*, 153 Conn. 681, 688-89, 220 A.2d 263, 268 (1966) (invalida uma cláusula porque não ocorreu dano algum); *Huntington Coach Corp. vs. Board of Educ.*, 372 N. Y. S. 2d 717, 719, 49 A.D.2d 760, 761 (App. Div. 1975) (indeferimento de aplicação de uma cláusula de US\$ 100,00 por dia pela falha no fornecimento de serviços de ônibus escolar para um distrito por um período de cinco dias, quando o distrito não havia procurado outro meio de transporte e a empresa não cobrou o distrito pelo período), *aff'd*, 40 N.Y. 2d 892, 357 N.E. 2d 1017, 389 N.Y. S. 2d 362

(1976); Kenneth W. Clarkson, Roger L. Miller & Timothy J. Muris, *Liquidated Damages vs. Penalties: Sense or Nonsense?*, *Wis. L. Rev.*, 351, 380, 1978 (“Na maioria dos casos em que a indenização compensatória foi declarada irrelevante (...) as cláusulas eram justificáveis antes do fato, e não injustificáveis depois do fato. Ademais, em vários casos em que a cláusula era claramente não mais justificável após o fato, o tribunal indeferiu sua aplicação.”) (notas de rodapé omitidas); Schwartz, nota *supra* 88, p. 369 (“Os tribunais não aplicarão cláusulas de apuração de danos quando [a] estipulada exceder (...) o dano real que a violação acabou causando.”); ver também *Massman Constr. Co. vs. City Council*, 147 F.2d 925, 927 (5ª Cir. 1945) (indeferindo uma cláusula porque a cidade não sofreu danos pelos atrasos na conclusão da ponte, devido aos atrasos ainda maiores na construção da rodovia). Mas cf. *California & Hawaiian Sugar Co. vs. Sun Ship, Inc.*, 794 F.2d 1433, 1435-37 (9ª Cir. 1986) (deferiu uma cláusula embora o querelante tenha sofrido danos mínimos devido a uma violação simultânea por terceiros), *cert. indeferido*, 484 U.S. 871 (1987); *McCarthy vs. Tally*, 46 Cal. 2d 577, 586, 297 P.2d 981, 987 (1956) (sustentando que nenhuma perda real é necessária para obter indenização); *Leeber vs. Deltona Corp.*, 546 A.2d 452, 454-56 (Me. 1988) (deferindo uma cláusula porque o valor não era absurdo, apesar da ausência de prejuízo).

**117** *Hutchison vs. Tompkins*, 259 So. 2d 129, 132 (Fla. 1972).

**118** Ver, p.ex., (Segundo) Tratado sobre Contratos § 208 (1979) (“Se um contrato ou termo deste é abusivo *no momento em que o contrato é feito* um tribunal poderá se recusar a aplicar o contrato” [grifo nosso]).

**119** Feller, *The Remedy Power in Grievance Arbitration*, 5 *Indus. Rel. L. J.* 128, 133 (1982) (nota de rodapé omitida. [N. T.]

**120** Ver Fenton, nota, *Liquidated Damages as Prima Facie Evidence*, 51 *Ind. L. J.* 189, 197-207 (1975) (argumentando que, quando houver uma violação, mas for difícil apurar a indenização, deverá surgir uma presunção relativa de que um valor pré-determinado para a indenização está correto).

**121** 9 Ex. 341, 354, 156 Eng. Rep. 145 (1854) (sustentando que a indenização concedida pela violação de contrato deve surgir naturalmente da violação ou ser previsível no momento do contrato). Ver Goetz e Scott, nota 87 *supra*.

**122** Em alguns casos, no entanto, um tribunal poderá inferir uma promessa de uma condição.

**123** (Segundo) Tratado sobre Contratos § 229 (1979). Com base em um princípio expresso no § 227(1), os tribunais favorecem a interpretação de um termo contratual como uma promessa se, ao interpretar o termo como uma condição, o risco de perda for maior. Ver *idem* § 227(1) com. *b*.

**124** *Idem*, §. 229 com. *b*.

**125** O comentário diz: “Embora tanto esta Seção quanto o §208 sobre contrato ou termos abusivos limitem a liberdade do contrato, eles foram projetados para atingir diferentes situações. Enquanto o § 208 trata da abusividade ‘no momento em que o contrato é feito’, esta Seção lida com a perda que resultaria se a condição não fosse dispensada. Ela pretende lidar com um termo que não aparenta ser abusivo no momento em que o contrato é feito e, devido a fatos supervenientes, causa prejuízos”. *Idem*, com. *a*. A esse respeito, o § 229 também difere do § 227, que é baseado em risco de perda no momento de formação. *Idem*, § 227, com. *b*.

**126** 230 N.Y. 239, 129 N.E. 889 (1921).

**127** 129 N.E., p. 890.

**128** *Idem*; ver também Danzig, *The Capability Problem in Contract Law: Further Readings on Well-Known Cases* 108-12 (1978) (extraindo trecho do contrato em questão em *Jacob & Youngs*); E. A. Farnsworth & W. Young, *Contracts—Cases and Materials* 502 n.a (4. ed. 1988).

**129** *Jacob e Youngs*, 129 N.E., p. 891.

**130** 7 Wash. 2d 509, 526, 110 P.2d 182, 189 (1941).

**131** 110 P.2d, p. 188.

**132** 70 Cal. 2d 327, 450 P.2d 42, 74 Cal. Rptr. 722 (1969).

**133** 450 P.2d, p. 43.

**134** *Idem*, p. 44 (“[A] questão não é se o exercício da escolha foi oportuno, mas se o direito de exercê-la no futuro foi perdido pela falha em pagar a prestação por aquele direito na data *precisa*.” [grifo nosso]). Para tratamentos semelhantes das condições expressas, ver, p.ex., *Elliott vs. Snyder*, 246 S. C. 186, 186, 143 S.E. 2d 374, 375 (1965) (recusa em

anular um contrato apesar do pagamento de uma prestação atrasada).

**135** Ver, p.ex., *Jones Assocs., Inc. vs. Eastside Properties, Inc.*, 41 Wash. App. 462, 469, 704 P.2d 681, 686 (1985) (sustentando que a exigência de aprovação de loteamento deve ser vista como uma promessa, não uma condição, porque a lei tenta impedir o confisco).

**136** Ver, p.ex., *Brown-Marx Assocs., Ltd. vs. Emigrant Sav. Bank*, 703 F.2d 1361 (11<sup>a</sup> Cir. 1983) (sustenta que a falha de um construtor em cumprir integralmente uma condição expressa de aluguel-mínimo dispensou o banco de sua obrigação de fornecer-lhe um empréstimo); *In re Carter's Claim*, 390 Pa. 365, 134 A.2d 908 (1957) (aplicando a tradicional distinção entre promessas e condições).

**137** Danzig, nota *supra* 128, p. 121 (citando um vendedor de canos não identificado).

**138** *Idem*, p. 122. Boletins comerciais do período alertaram que alguns fabricantes de canos mais baratos venderam seus produtos com nomes enganosos como "cano manufaturado". Até canos rotulados como "cano de ferro manufaturado genuíno" podiam conter remendos de aço; os compradores eram aconselhados a procurar o nome de um fabricante conhecido por não utilizar sucata. *Idem*.

**139** Ver texto apenso à nota 132 *supra*.

**140** Em alguns casos, como em seguros, a *commodity* relevante consiste em atributos comerciais e legais. A existência de tais casos não afeta a análise.

**141** 350 F.2d 445 (D.C. Cir. 1965).

**142** *Idem*, 447 (material entre parêntesis (exceto o primeiro) e ênfase em *Williams*).

**143** Skilton e Helstad, Protection of the Installment Buyer of Goods Under the Uniform Commercial Code, 65 *Mich. L. Rev.*, 1465, 1476-77 (1967).

**144** Ver, p.ex., Cal. Code Civ. Proc. §§ 703.510-704.210 (West 1993).

**145** 48 N.J. 291, 225 A.2d 328 (1966).

**146** New Jersey Court Overrules Small Print in Policy, *Jury Verdicts Wkly. News* (comp. Jury Verdicts Wkly.), Jan. 13, 1969, p. 3.

**147** Michael I. Meyerson, *The Efficient Consumer Form Contract: Law and Economics Meets the Real World*, 24 *Ga. L. Rev.*, 583, 600 (1990).

**148** [1971] 2 Q. B., p. 163 (Eng. C.A. 1970).

**149** *Idem*, p. 169.

**150** *Idem*, p. 173.

**151** Meyerson, nota 147 *supra*, p. 600.

**152** *Idem*, p. 597-600.

**153** *Idem*, p. 599.

**154** Ver Schwartz e Wilde, *Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis*, 127 *U. Pa. L. Rev.*, 630, 678-679 (1979).

**155** Ver *idem*, p. 638 (“Quando as preferências dos que buscam são positivamente correlacionadas às preferências dos que não buscam, a concorrência entre as firmas tenderá a proteger os consumidores.”).

**156** Isso também é verdade para estudiosos notáveis de direito e economia. Cooter e Ulen fizeram uma pesquisa informal durante uma reunião de direito e economia, na qual quase nenhum dos entrevistados sabiam os termos específicos de seus contratos de conta corrente, e quase nenhum já tinha feito um balanço de suas contas. Robert Cooter & Thomas S. Ulen, *Law and Economics*, p. 31 (2. ed., disponível em 1995).

**157** A passagem a seguir traz um exemplo discutido em Eisenberg, *The Structure of Corporation Law*, 89 *Colum. L. Rev.*, 1461, 1520-1521 (1989).

**158** Ver George A. Akerlof, *The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 *Q. J. Econ.*, 488 (1970) (sustenta que, nos mercados em que os compradores são céticos quanto à qualidade dos produtos, os vendedores são incentivados a abaixar a qualidade das suas mercadorias).

**159** Ver Meyerson, nota 147 *supra*, p. 603-608. Como Meyerson explica, consumidores que não têm consciência dos riscos não vão buscar e nem optar por contratos que transferem



esses riscos para o vendedor, mesmo quando o custo extra por mudar o risco é menor do que o consumidor considera que economizou. Porque consumidores são “conscientes do valor” mas não “conscientes dos termos”, o valor menor aumentará a demanda, mas contratos com termos melhores, que não são entendidos, não farão o mesmo. Assim, consumidores desinformados vão, na realidade, preferir um contrato ineficiente, com preço menor estabelecido mas com custo maior, do que um contrato que eficientemente transfere os riscos para o vendedor. *Idem* p. 605 (nota de rodapé omitida).

**160** Ver, p.ex., *Poel vs. Brunswick-Balke-Collender Co.*, 216 N.Y. 310, 110 N.E. 619 (1915) (sustenta que nenhum contrato foi formado porque o vendedor incluiu, em seu formulário de resposta, uma solicitação pré-impressa de reconhecimento, e nenhum reconhecimento foi feito).

**161** Ver Duesenberg e King, *Sales and Bulk Transfers Under the Uniform Commercial Code* § 3.02 (rev. ed. 1994).

**162** Ver texto apenso às notas 140 a 149 *supra*.

**163** Seção 2-207(1), estabelece que em contratos para venda de bens, “[u]ma expressão de aceitação definida e oportuna (...) que seja enviada dentro de um prazo razoável funciona como uma aceitação, mesmo se contiver termos adicionais ou diferentes daqueles oferecidos ou anteriormente acordados”. UCC § 2-207(1) (1989). UCC § 2-207(2) deixa claro que o § 2-207(1) poderá ser aplicado mesmo se as diferenças entre a oferta e a aceitação forem relevantes; e uma resposta pode constituir uma aceitação pelo § 2-207(1) mesmo que inclua termos que divergem substancialmente dos termos da oferta.

**164** *Idem*, § 2-207, com. 1 (“Um exemplo frequente (...) é a troca entre ordens de compra impressas e formulários de (...) aceitação.”).

**165** 77 Wis. 2d 497, 253 N.W. 2d 64 (1977).

**166** 253 N.W.2d 68.

**167** *Idem*, p. 69.

**168** Ver Eisenberg, nota 157 *supra*, p. 1468.

**169** Ver, p.ex., *Weaver vs. American Oil Co.*, 257 Ind. 458, 460, 276 N.E. 2d 144,

146 (1971); *Gerhardt vs. Continental Ins. Cos.*, 48 N.J. 291, 296-298, 225 A.2d 328, 332-333 (1966).

**170** Isto é, se o consumidor paga \$Y por um contrato, sendo que, o valor do contrato que não incluiu o termo relevante teria um valor \$X, então, na realidade, o fornecedor de formulário “pagou” ao consumidor \$Y menos \$X por aceitar um contrato que possui o termo relevante.

**171** 350 R2d 445, 449 (DC Cir. 1965).

**172** 225 A.2d 332.

**173** Ver *Daitom, Inc. vs. Pennwalt Corp.*, 741 F.2d 1569, 1579 (10<sup>a</sup> Cir. 1984) (sustenta que os termos conflitantes na oferta e na aceitação se cancelam de acordo com a regra do nocaute).

**174** (Segundo) Tratado sobre Contratos § 201(2) (1979).

**175** Idem, § 211(1).

**176** Idem, § 211(3).

**177** O exemplo 6 dispõe: “A envia produtos por B, uma transportadora. B contrata uma apólice de seguro com C, uma companhia de seguros, e com a autorização de C emite para A uma certidão de que o carregamento de A está segurado por uma apólice. A apólice contém uma cláusula excluindo a cobertura de viagens aos Grandes Lagos, a menos que aprovado por D, uma pessoa física, mas essa cláusula não consta da certidão, e nem é conhecida por A. Essa cláusula não faz parte do contrato entre A e C. Idem, com.f, ex. 6.

**178** 257 Ind. 458, 276 N.E. 2d 144 (1971).

**179** 276 N.E. 2d em 148; cf. N.Y. Gen. Oblig. Law § 5-702 (McKinney, 1989) (exigindo o uso de linguagem simples em contratos com o consumidor).

**180** Ver, p.ex., Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations §§ 5.02, 5.04 (1994).

**181** Ver *Symposium, Contractual Freedom in Corporate Law*, 89 *Colum. L. Rev.*, 1395 (1989).

**182** Ver, p.ex., *Pappas vs. Moss*, 393 F.2d 865, 867-68 (3ª Cir. 1968); *Abeles vs. Adams Eng'g Co.*, 35 N.J. 411, 428-429, 173 A.2d 246, 255 (1961); ver também *Labovitz vs. Dolan*, 189 111. App. 3d 403, 416, 545 N.E. 2d 304, 313, 136 111. Dez. 780, 789 (1989) (afirmando que “não há autoridade (...) para a defesa de que *a priori* pode haver renúncia de deveres fiduciários em uma sociedade – seja ela anônima ou limitada.”).

**183** Ver *Piccard vs. Sperry Corp.*, 48 F. Comp. 465, 469 (S.D.N.Y. 1943), *aff'd per curiam*, 152 F.2d 462 (2ª Cir.), *cert. indef.*, 328 U.S. 845 (1946); *Sterling vs. Mayflower Hotel Corp.*, 33 Del. Ch. 293, 313-314, 93 A.2d 107, 118 (1952); *Hackett vs. Diversified Chem., Inc.*, 180 So. 2d 831, 834-35 (La. Ct. App. 1965); *Everett vs. Phillips*, 288 N.Y. 227, 236-237, 43 N.E. 2d 18, 20-22 (1942); *Adams vs. Mid-West Chevrolet Corp.*, 198 Okla. 461, 473, 179 P.2d 147, 160 (1946).

**184** Ver Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations § 7.17 nota 4 do relator (1994); Ver, p.ex., Del. Code Ann. tit. 8, § 102(b)(7) (1991) (autoriza cláusulas em certidões de incorporação que eliminam ou limitam a responsabilidade pessoal dos diretores por danos financeiros decorrentes da violação de certos deveres).

**185** Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations § 5.09 (1994). O comentário acrescenta: “Nem a Parte V [Dever de Negociação Justa] em geral, nem o § 5.09 em particular, permite que os diretores ou acionistas de uma sociedade dispensem ou modifiquem as regras essenciais e processuais (...) que regem a conduta de diretores e altos executivos e a revisão judicial de tal conduta (...). Esta limitação é baseada (...) em parte nos limites aos arranjos consensuais (...). A seção 5.09 reflete a visão de que um acionista não poderia prever as consequências de renunciar a todas as regras, porque as circunstâncias às quais tal renúncia seria aplicável não poderiam ser antecipadas por algumas regras. Por exemplo, os acionistas não poderiam prever as consequências de renunciar à regra de que a autocontratação está sujeita à revisão de equidade, ou que a regra de que o ônus da prova em tal revisão recai sobre a parte interessada, na ausência de aprovação pelos diretores não interessados, um superior não interessado ou acionistas não interessados”. *Idem*, com.

**186** Revised Unif. Partnership Act § 103(b) (1994). Restrições semelhantes se aplicam na lei antitruste. Ver Unif. Prob. Code § 7-302 (1991) (descreve o padrão de cuidado e execução de um fideicomissário).

**187** John Stuart Mill, *Principles of Political Economy*, p. 950 (W. J. Ashley, ed., 1961) (1848).

**188** Idem, p. 959-960.

**189** Ver, p.ex., Hillman, Contract Excuse and Bankruptcy Discharge, 43 *Stan. L. Rev.*, 99, 131-133 (1990); Hillman, Court Adjustment of Long-Term Contracts: An Analysis Under Modern Contract Law, 1987 *Duke L.J.* 1; Macneil, Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a “Rich Classificatory Apparatus”, 75 *Nw. U.L. Rev.*, 1018, 1032-34 (1981); Speidel, Court-Imposed Adjustments Under Long-Term Supply Contracts, 76 *Nw. U.L. Rev.*, 369 (1981); Speidel, Excusable Nonperformance in Sales Contracts: Some Thoughts About Risk Management, 32 *S. C.L. Rev.*, 241, 271-80 (1980).

**190** Ver Summers, Individual Protection against Unjust Dismissal: Time for a Statute, 62 *Va. L. Rev.*, 481, 484-85 (1976).

**191** Ver (Segundo) Tratado sobre Contratos § 167(1) (1979).

**192** Ver *Miller vs. Miller*, 78 Iowa 177, 35 N.W. 464, 42 N.W. 641 (1889); *Balfour vs. Balfour*, [1919] 2 K.B. 571 (1919).

**193** Ver Unif. Partnership Act § 31 (1969).

**194** Hetherington e Dooley, Illiquidity and Exploitation: A Proposed Statutory Solution to the Remaining Close Corporation Problem, 63 *VA. L. Rev.*, 1, 2, 3, 6 (1977).

**195** Ver, p.ex., Sobre a Dissolução Judicial de Kemp & Beatley, Inc., 64 N.Y. 2d 63, 473 N.E. 2d 1173, 484 N.Y.S. 799 (1984).

**196** Ver Mass. Gen. Laws Ann. ch. 209, § 25 notas históricas (West 1992); *Freeland vs. Freeland*, 128 Mass. 509 (1880); *Pickett vs. Chilton*, 19 Va. (5 Munf.) 467 (1817).

**197** Ver *Posner vs. Posner*, 233 So. 2d 381, 384 (Fla. 1970) (traça a evolução das visões dos tribunais).

**198** Ver texto apenso às notas 32 a 36 *supra*.

**199** Ver texto apenso à nota 33 *supra*.

**200** 525 Pa. 392, 581 A.2d 162 (1990).

**201** 581 A.2d, p. 163-64.

**202** Idem, p. 166.

**203** 779 S.W.2d 127 (Tex. Ct. App. 1989).

**204** Idem, p. 129; ver também Va. Code Ann. § 20-151(A) (Michie 1990) (acordos pré-nupciais são válidos se forem justos e imparciais quando formulados); *Herget vs. Herget*, 77 Md. App. 268, 274, 276, 550 A.2d 382, 385, 386 (1988) (sustenta que os tribunais não deveriam considerar, no julgamento da equidade de um acordo pré-nupcial, os eventos ocorridos após a formação do contrato), ver com outros fundamentos, 319 Md. 466, 573 A.2d 798 (1990).

**205** Unif. Premarital Agreement Act §§ 1-13 (1987).

**206** 9B U.L.A. 46 (Supp. 1994).

**207** Ver, p.ex., *Williams vs. Williams*, 166 Ariz. 260, 263, 801 P.2d 495, 498 (Ct. App. 1990) (“[O]s resultados não podem ser abusivos (...), como quando a aplicação da cláusula de renúncia da manutenção do cônjuge o deixa sem sustento ou o torna um peso para o Estado”.); *Lewis vs. Lewis*, 69 Haw. 497, 503, 748 P.2d 1362, 1367 (1988) (nenhuma aplicação de acordos que resultem em privação desmedida); *Osborne vs. Osborne*, 384 Mass. 591, 599, 428 N.E. 2d 810, 816 (1981) (sustenta que um acordo será modificado se um cônjuge se tornar um peso para o Estado); *Unander vs. Unander*, 265 Or. 102, 107 506 P.2d 719, 721 (1973) (sustenta que um acordo pré-nupcial é válido, a menos que um dos cônjuges “não tenha outra fonte razoável de sustento.”). O respectivo texto da UPAA § 6 dispõe o seguinte: “Se uma cláusula de um acordo pré-nupcial modifica ou elimina o sustento do cônjuge, e essa modificação ou eliminação faz com que uma das partes do acordo passe a necessitar do programa de assistência pública no momento da separação ou dissolução conjugal, um tribunal, não obstante os termos do acordo, poderá exigir que a outra parte forneça sustento na medida do necessário para evitar o auxílio do Estado”. Unif. Premarital Agreement Act § 6 (1987). Note que o § 6 permite que o tribunal desconsidere o acordo para evitar o direito à assistência social, mas tal direito não anula o contrato original. No *common law* análogo, tal direito poderá invalidar o acordo inteiro.

**208** 156 Vt. 353, 593 A.2d 82 (1991).

**209** 593 A.2d, p. 84.

**210** Idem, p. 84-85.

**211** Idem, p. 87.

**212** Ver, p.ex., N.Y. Dom. Rel. Law § 236(B)(3) (McKinney 1986); *Newman vs. Newman*, 653 P.2d 728, 735 (Colo. 1982); *Posner vs. Posner*, 233 So. 2d 381 (Fla. 1970); *Scherer vs. Scherer*, 249 Ga. 635, 641, 292 S.E.2d 662, 666 (1982); sobre Marriage of Burgess, 138 111. App. 3d 13, 15, 485 N.E. 2d 504, 505 (1985); *Osborne vs. Osborne*, 384 Mass. 591, 599, 428 N.E. 2d 810, 816 (1981); *McKee-John-son vs. Johnson*, 444 N.W. 2d 259, 261 (Minn. 1989); *MacFarlane vs. Rich*, 132 N.H. 608, 617, 567 A.2d 585, 591 (1989); *Marschall vs. Marschall*, 195 N.J. Super. 16, 28 n. 3, 477 A.2d 833, 839 n. 3 (1984); *Gross vs. Gross*, 11 Ohio St. 3d 99, 109, 464 N.E. 2d 500, 510 (1984), cert. Indef., 476 U.S. 1117 (1986); *Bassler vs. Bassler*, 156 Vt. 353, 361, 593 A.2d 82, 87 (1991); *Gant vs. Gant*, 174 W. Va. 740, 747-48, 329 S.E.2d 106, 115 (1985); *Button vs. Button*, 131 Wis. 2d 84, 98-99, 388 N.W. 2d 546, 552 (1986).

**213** 381 Mass. 591, 428 N.E. 2d 810 (1981).

**214** 428 N.E. 2d 813.

**215** Idem, p. 816.

**216** Idem, p. 814.

**217** 169 111. App. 3d 226, 523 N.E. 2d 680 (1988).

**218** 523 N.E. 2d, p. 681.

**219** Idem, p. 684; ver idem, p. 683 (“Embora os ativos de Marcia fossem modestos, se comparados aos de Marvin, eles eram suficientes para a sua sobrevivência.”).

**220** Idem, p. 683.

**221** Ver, p.ex., *Newman vs. Newman*, 653 P.2d 778, 734-35 (Colo. 1982); *Lewis vs. Lewis*, 69 Haw. 497, 501-03, 748 P.2d 1362, 1366-67 (1988); *Gross vs. Gross*, 11 Ohio St. 3d 99, 109, 464 N.E. 2d 500, 510 (1984), cert, indef., 476 U.S. 1117 (1986).

**222** Ver nota 118 *supra*.

**223** *N. J. Rev. Stat. Ann.* § 37:2-32(c)(2), -38(b) (West Supp. 1994).

**224** Lewis, 748 P.2d em 1366; ver também Newman, 653 P.2d at 734 (sustenta que os termos do pré-nupcial poderiam ser anuláveis por abusividade “mesmo se o acordo for celebrado de boa-fé, com ampla divulgação e sem nenhum elemento de fraude e abuso de poder”); Gross, 464 N.E. 2d em 510 (sustenta que os termos de um acordo pré-nupcial eram abusivos por causa da disparidade entre o estilo de vida do cônjuge e o estilo de vida que resultaria da aplicação do acordo).

**225** 174 W. Va. 740, 329 S.E.2d 106 (1985).

**226** 329 S.E.2d, p. 114-15.

**227** *Idem*, p. 116.

**228** 11 Ohio St. 3d 99, 464 N.E. 2d 500 (1984), cert. indef., 476 U.S. 1117 (1986).

**229** 464 N.E. 2d, p. 509.

**230** *Idem*, n. 11.

**231** *Idem*, p. 510.

**232** UCC § 2-719(2) (1989).

**233** Ver Paul L. Joskow, Commercial Impossibility, the Uranium Market and the Westinghouse Case, 6 *J. Legal Stud.* 119, 157-62 (1977).

**234** Ver Eisenberg, nota 4 *supra*, p. 745-746.

#### **The Limits of Cognition and the Limits of Contract**

Melvin A. Eisenberg

*Stanford Law Review*, Vol. 47, No. 2 (Jan., 1995), pp. 211-259

Publicado por: Stanford Law Review

Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1229226>

DOI: 10.2307/1229226

8.

## **ERRO, DEVER DE REVELAR A INFORMAÇÃO E DIREITO DOS CONTRATOS\***

**Anthony T. Kronman\*\***

*“[Grande parte dos autores do direito natural] acredita que a boa-fé que deve governar o contrato de venda requer apenas que o vendedor apresente o objeto a ser vendido tal como este realmente é, sem dissimular os defeitos, além de não vendê-lo acima do preço que possui no momento da contratação; que esse vendedor não cometa injustiça ao vendê-lo a tal preço, embora saiba que o valor possa vir a baixar rapidamente; que ele não seja obrigado a revelar ao comprador um conhecimento que ele possa ter a respeito das circunstâncias que tornem possível uma queda do preço; que o direito do comprador em exigir do vendedor a transmissão desse conhecimento não seja maior do que o direito de exigir que ele ofereça sua propriedade como presente...”*

POTHIER, *TRAITÉ DU CONTRACT DE VENTE*\*\*\*

### **INTRODUÇÃO**

Este trabalho pretende explicar uma aparente inconsistência no direito dos contratos. Por um lado, há muitos casos de contratos – geralmente classificados sob a rubrica de “erro” –, que consideram que um promitente se torna isento de sua obrigação de executar o serviço ou pagar por danos quando estiver equivocado acerca de algum fato importante, e seu equívoco for conhecido (ou devesse sê-lo) pela outra parte. Por outro lado, também há casos em que se relata que, em algumas circunstâncias, uma das partes do contrato é autorizada a reter informações de que a outra parte carece. Esses últimos apoiam-se na proposição de que a parte com conhecimento não deve à outra um “dever de revelação”.

Apesar de essas duas linhas de casos empregarem diferentes técnicas da doutrina, ambas tratam da mesma questão: se uma das partes do contrato



sabe ou possui motivos para crer que a outra parte está equivocada em relação a um fato em particular, a parte com discernimento tem o dever de se pronunciar ou pode permanecer em silêncio e tirar proveito do erro da outra parte em questão? O objetivo deste trabalho é prover uma teoria que explique por que em alguns casos de contrato se impõem tal dever e em outros não.

O presente ensaio divide-se em três partes. Na primeira, discute-se o problema do erro e oferece-se uma justificativa econômica para o preceito segundo o qual um promitente equivocado é isento de sua responsabilidade quando seu equívoco é de conhecimento, ou deve sê-lo, da outra parte. A seguir, propõe-se uma distinção entre dois tipos de informação – a resultante de uma averiguação deliberada e aquela adquirida fortuitamente. Defende-se que o privilégio jurídico de não revelar a informação é, com efeito, um direito de propriedade e uma tentativa de demonstrar que, onde o conhecimento ou a informação privilegiada é fruto de uma busca deliberada, é necessário a atribuição de um direito de propriedade dessa espécie, para garantir a produção de informações em nível socialmente desejável. Por fim, busca-se demonstrar que seria oportuno distinguir informações adquiridas de forma deliberada e informações obtidas fortuitamente, para elucidar o motivo pelo qual é necessário revelá-las em alguns casos de contrato, mas não em outros.

Na terceira e última parte, retorno brevemente o problema do erro, a fim de reconciliar o aparente conflito entre as duas linhas de casos anteriormente descritas. Acredita-se que esse aparente conflito desapareça quando os casos de erro são vistos a partir da perspectiva desenvolvida na segunda seção do texto.

## **I. ERRO E ALOCAÇÃO DO RISCO**

Todo acordo contratual é estabelecido com base em um número de suposições fatuais a respeito do mundo. Algumas dessas suposições são compartilhadas pelas partes do contrato e outras não. Sempre é possível que uma suposição factual em especial seja equivocada.<sup>1</sup> Do ponto de vista econômico, o risco de existir um equívoco (seja de apenas de uma das partes ou de ambas) representa um custo<sup>2</sup> às partes contratantes envolvidas e à

sociedade como um todo, visto que a ocorrência efetiva de um erro sempre aumenta (de forma potencial) os recursos que precisam ser destinados ao processo de alocação de bens àqueles usuários que mais os valorizam.

Há, basicamente, duas maneiras pelas quais esse custo em particular pode ser reduzido a um nível mais adequado. Primeiro, uma ou ambas as partes podem tomar medidas para impedir que o erro ocorra. Em segundo lugar, na medida em que o erro não possa ser evitado, cada parte (ou ambas) pode se garantir contra o risco de sua ocorrência pela aquisição de uma apólice de seguro de um segurador profissional ou por meio do autosseguro.<sup>3</sup>

Na parte que segue, tratarei da prevenção dos erros. Embora essa delimitação possa parecer arbitrária, ela se justifica pelo fato de que a maioria dos casos envolve erros que podem ser evitados a um custo razoável. Na situação em que isso não ocorre – o que é verdade em muitos dos riscos que o direito designa como “impossibilidades supervenientes” –, o seguro é o único meio efetivo de redução do risco. (Esse é o motivo pelo qual o conceito de seguro desempenha um papel mais proeminente no tratamento da impossibilidade do que na análise do erro.<sup>4</sup>)

A informação é o antídoto para o erro. Não obstante o fato de a informação ter um custo para ser produzida,<sup>5</sup> um indivíduo pode ser capaz de obter informações relevantes a um preço mais baixo do que o conseguido por outro. Se as partes signatárias de um contrato agem racionalmente, elas reduzirão os custos conjuntos de um erro em potencial, atribuindo o risco de sua ocorrência à parte que melhor reúne informações a custo baixo. No caso em que as partes verdadeiramente atribuíram os riscos – explicita ou implicitamente pela sua adesão à prática comercial e aos padrões anteriores de negociações –, a própria alocação destes deve ser respeitada.<sup>6</sup> Por outro lado, em casos em que elas não fizeram isso – e exista uma lacuna no contrato<sup>7</sup> – o tribunal, preocupado com a eficiência econômica, deve impor o risco à parte que melhor reúne informações. Isso ocorre por razões conhecidas: ao alocar o risco dessa maneira, um tribunal voltado à eficiência reduz os custos de transação do próprio processo de contratação.<sup>8</sup>

A mais importante distinção doutrinária com relação às normas referentes ao erro é aquela feita entre erros “mútuos” e “unilaterais”. Tradicionalmente, os tribunais têm sido mais relutantes em eximir um promitente equivocado

quando somente este incorre em erro do que nos casos em que a outra parte equivocou-se em relação ao mesmo fato.<sup>9</sup> Embora a mitigação para o erro unilateral tenha sido liberalizada durante a segunda metade do século XX<sup>10</sup> (a ponto de alguns críticos terem questionado a utilidade da distinção feita entre erro unilateral e mútuo, e outros terem, ainda, insistido em sua abolição),<sup>11</sup> ainda é bem aceito e difundido o princípio de que um promitente, cujo erro não seja partilhado pela outra parte, é menos suscetível à mitigação de sua obrigação do que um promitente cujo erro é comum à outra parte.<sup>12</sup>

Visto de maneira abrangente, a distinção entre erro mútuo e unilateral faz sentido em termos econômicos. Quando ambas as partes de um contrato estão equivocadas a respeito do mesmo fato ou situação, decidir qual delas teria sido a mais apta a evitar o erro pode perfeitamente requerer uma investigação detalhada em relação à natureza do erro e do papel (econômico) ou da posição de cada uma das partes envolvidas.<sup>13</sup> Quando apenas uma parte incorre em erro, contudo, é razoável supor que ela estaria em uma posição melhor do que a outra para evitar seu próprio erro. Como veremos adiante, essa ideia não é válida para todos os casos, mas oferece um ponto de partida profícuo para análise e ajuda a explicar a diferença genérica entre erros mútuos e unilaterais.

O caso *Bowser vs. Hamilton Glass Co.*<sup>14</sup> fornece um exemplo simples. Nele, o pleiteante era um empreiteiro que trabalhava para um projeto do governo. Ele solicitou propostas de outros subempreiteiros para produzir, entre outras coisas, “lentes refletoras variadas”. Em resposta à essa solicitação, o réu submeteu uma oferta de 1.400 lentes a US\$ 22,00 cada. O pleiteante enviou ao réu um “pedido de compra” formal, que constituía sua proposta para celebrar um contrato vinculante. Foram anexados ao pedido de compra especificações detalhadas e projetos. O réu validou o recibo do pedido de compra e produziu as lentes. Ao ter conhecimento de que as lentes não estavam de acordo com as especificações contratuais, o réu informou ao pleiteante que “cancelaria” o acordo. O pleiteante obteve as lentes de outro fabricante e entrou com um processo para reaver a diferença entre o que teve de pagar pelas lentes e o que teria concordado em pagar ao acusado. O acusado afirmou que se enganara em relação à

natureza dos bens a serem produzidos. O tribunal, em defesa do pleiteante, declarou que o engano do réu não justificava a mitigação da obrigação, asseverando que um erro unilateral o isentaria da obrigação apenas se pudesse ser conhecido pela outra parte.

Nitidamente, o resultado no caso Bowser faz sentido do ponto de vista econômico. O acusado situava-se na melhor posição para se precaver contra seu próprio erro a partir da leitura cuidadosa das especificações e do exame dos projetos. Embora o acusado pudesse ter evitado o equívoco, adquirindo a *expertise* necessária – supervisionando desde o início a leitura do contrato proposto pelo réu, e fiscalizando periodicamente, para ter certeza de que a mercadoria estava de acordo com as especificações contratuais –, teria sido muito dispendioso para ele fazer isso. Os custos conjuntos de um erro desse tipo são minimizados colocando o risco do erro sob responsabilidade da parte equivocada. Essa é a solução com a qual as próprias partes estariam de acordo, se estivessem cientes do risco no momento em que o contrato foi celebrado. É, também, a solução mais adequada do ponto de vista social.

No passado, afirmava-se que, afora os casos de fraude ou engano, um erro nunca justifica eximir a parte equivocada de sua obrigação de executar o serviço ou pagar pelos danos.<sup>15</sup> Isso não é mais a regra, e Corbin demonstrou que provavelmente nunca tenha sido.<sup>16</sup> Uma exceção bastante aceita protege o promitente cujo erro unilateral é conhecido, ou deveria ser, pela outra parte.<sup>17</sup> Nessa hipótese, a mitigação tem sido regra, não obstante o fato de o equívoco do promissor não ser partilhado pela outra parte do contrato.

Por exemplo, se um ofertante submete uma proposta contendo um erro de transcrição ou mesmo de cálculo, e o equívoco for ou evidente em face do conteúdo da oferta, ou possa ser razoavelmente inferido por uma discrepância entre esta e outras ofertas, ao ofertante será permitido retirar a proposta sem ter de pagar pelos prejuízos (mesmo depois de a oferta ter sido aceita e, em alguns casos, gerado confiança pela outra parte).<sup>18</sup> Para citar outro exemplo, suponha que *A* submeta uma proposta de contrato por escrito a *B* e saiba que *B* interpretou o documento erroneamente. Se *B* aceitar o contrato proposto, logo após descobrir seu erro, poderá

esquivar-se de suas obrigações contratuais e não terá o dever de ressarcir A pela expectativa perdida.<sup>19</sup> Uma situação intimamente relacionada envolve a oferta que é “boa demais para ser verdade.” Alguém que receba esse tipo de oferta não pode simplesmente “agarrá-la”; se o fizer, o proponente poderá retirar a oferta a despeito do fato de ela ter sido aceita.<sup>20</sup>

Em cada um dos casos citados, uma das partes incorre em erro e a outra possui conhecimento real ou motivo para conhecer o erro mencionado. A parte equivocada em cada um dos casos é eximida de cumprir quaisquer obrigações contratuais devidas à parte com conhecimento do erro.

Uma regra desse tipo é sensata. Embora seja verdade que, em cada um dos casos descritos, a parte que incorreu em erro provavelmente é a mais apta para impedir a ocorrência do equívoco num primeiro momento (seja exercitando a prudência no preparo de sua oferta, seja lendo o contrato proposto submetido à sua avaliação), a outra parte pode ser capaz de retificar o erro com um custo melhor, no ínterim entre sua ocorrência e a celebração do contrato. Em um determinado momento, a parte que incorre em erro é a que está em melhor posição para prevenir o equívoco (para ter acesso a informações). Em um momento posterior, contudo, a outra parte pode ser mais eficiente, porque tem acesso superior a informações relevantes que poderão revelar o equívoco, o que lhe permitiria a correção do equívoco. Isso pode ocorrer, por exemplo, se a parte não equivocada possuir outras ofertas para comparar com aquela da parte equivocada, uma vez que isso lhe fornecerá informações que o próprio ofertante não possui.<sup>21</sup> Naturalmente, se o equívoco é tal que não possa ser razoavelmente conhecido pela parte não equivocada (ou seja, se esta tivesse de incorrer em custos substanciais a fim de descobri-lo), não há motivos para supor que a parte não equivocada seja a melhor (a mais eficiente) para impedir o erro no momento da celebração do contrato. Contudo, se o erro for conhecido ou pudesse ser descoberto a um custo consideravelmente baixo, o princípio da eficiência é mais bem assistido por uma norma de responsabilidade composta, que impute responsabilidade inicial pelo erro à parte equivocada, mas caso esta tenha conhecimento ou motivos para estar ciente do erro, a responsabilidade é transferida à outra parte. As normas de responsabilidade compostas dessa natureza são conhecidas

em outras áreas do direito: a doutrina da responsabilidade extracontratual é um exemplo.<sup>22</sup>

No entanto, quando a mitigação é concedida a um promitente unilateralmente equivocado, com base no fato de que seu erro era conhecido ou razoavelmente conhecível pela outra parte, isso parece estar em conflito com outros tipos de casos, como os que lidam com problemas relacionados à fraude e ao dever de revelar informações. Se uma das partes do contrato sabe que a outra parte está equivocada em relação a um fato material, e a parte com conhecimento não revelar o erro isso pode ser considerado fraude? Ademais, a parte equivocada pode esquivar-se do contrato com base na teoria de que a ela era devido um dever de revelação?<sup>23</sup> Essas questões nem sempre são respondidas da mesma maneira. Em alguns casos, os tribunais constataam um dever de revelar e em outros não.<sup>24</sup> Esse último grupo – casos que não requerem revelação – parece entrar em conflito com a regra de que um equívoco unilateral será eximido de sua obrigação, caso a outra parte conheça ou possua motivos para conhecer a sua existência.

Os casos em que não se exige a revelação – uma das partes erra enquanto a outra conhece ou possui razões para ter ciência do erro em questão – podem ser conciliados com os que defendem a proposição de que um equívoco unilateral conhecido ou que possa ser conhecido eximirá a parte equivocada? Mais especificamente, a aparente divergência entre essas duas linhas pode ser explicada em termos econômicos?

O restante deste trabalho dedica-se a responder a essas duas questões. Em poucas palavras, a resposta a que se propõe é a seguinte: Na situação em que a não revelação de informações é permitida (ou, dito de outra forma, quando os direitos contratuais da parte com conhecimento são cumpridos, não obstante sua omissão em revelar um equívoco conhecido), o conhecimento envolvido é, normalmente, produto de uma busca custosa. Uma norma que permita a não revelação de informações é a única maneira efetiva de incentivar o investimento na produção de tal conhecimento. Por outro lado, nos casos que requerem a revelação,<sup>25</sup> e naqueles que eximem um promitente que incorre unilateralmente em equívoco porque a outra parte o conhecia ou possuía motivos para conhecê-lo, a informação especial da parte com conhecimento, normalmente,

não é fruto de uma busca deliberada. Embora informações dessa natureza sejam igualmente úteis, o dever de revelá-las não causará uma redução significativa na quantidade de informações produzida. Se levarmos em consideração o custo de investimento na produção deliberada de informação, as duas linhas aparentemente divergentes de casos já descritas podem ser vistas (grosso modo) de acordo com o princípio da eficiência, que prevê que o risco de um equívoco unilateral deve ser alocado àquele que o possa prevenir de maneira mais efetiva.

## II. PRODUÇÃO DE INFORMAÇÃO E DEVER DE REVELÁ-LA

### A. Considerações gerais

É apropriado iniciar uma discussão acerca da fraude e da não revelação de informações no direito contratual com o célebre caso *Laidlaw vs. Organ*.<sup>26</sup> Organ era um comissário comercial de Nova Orleans encarregado de comprar e vender tabaco. No início da manhã de 19 de fevereiro de 1815, Organ foi informado pelo Sr. Shepherd de que um tratado de paz havia sido assinado em Ghent por oficiais americanos e britânicos, finalizando formalmente a guerra de 1812. O Sr. Shepherd (o qual estava pessoalmente interessado nos lucros da transação envolvida no caso *Laidlaw vs. Organ*) obtivera informações sobre o tratado de seu irmão que, juntamente com outros dois cavalheiros, trouxera a notícia da frota britânica (o que o irmão de Shepherd e seus companheiros faziam com a frota britânica não foi revelado).

O conhecimento do tratado tornou-se público em um folheto que circulou por volta das oito horas da manhã do dia 19. No entanto, antes da existência do tratado ter sido divulgada (“logo após o nascer do sol”, de acordo com a versão reportada do caso), Organ, sabendo do tratado, procurou um representante da empresa Laidlaw e celebrou um contrato para a compra de 111 barris de tabaco. Antes de concordar em vender o tabaco, o representante da Laidlaw “indagou se havia alguma notícia a ser levada em conta para calcular o preço ou valor do artigo que estava prestes a ser adquirido”. Não está claro qual foi a resposta (se houve alguma) de Organ a tal questionamento.<sup>27</sup>

Como resultado da divulgação da notícia do tratado – que sinalizava o fim do bloqueio naval de Nova Orleans –, o preço de mercado do tabaco aumentou rapidamente em torno de 30% a 50%. Laidlaw recusou-se a entregar o tabaco como havia prometido inicialmente. Organ, em seguida, moveu uma ação para reaver os danos e impedir que a Laidlaw dispusesse da mercadoria. Embora o relatório do caso seja pouco nítido, afigura-se que o juiz do caso direcionou o veredito em favor de Organ. Houve apelação do caso na Suprema Corte dos Estados Unidos que, numa decisão do presidente da corte, Marshall, “devolveu” o caso com instruções para que se efetuasse um novo julgamento. A Corte concluiu que “se alguma imposição foi praticada pelo comprador sobre o vendedor deve ter sido submetida ao júri” e, em consequência, “a instrução absoluta do juiz era errônea”. A opinião de Marshall, contudo, é mais famosa por seu fundamento do que por sua decisão:

A questão nesse caso é se a informação acerca das circunstâncias extrínsecas que poderiam influenciar o preço da mercadoria, que era exclusivamente do conhecimento do comprador, deveria ter sido comunicada por este ao vendedor. A Corte é da opinião de que ele não era obrigado a comunicá-la. Seria difícil delimitar adequadamente a doutrina contrária, quando os meios de informação são igualmente acessíveis a ambas as partes. Mas, ao mesmo tempo, cada uma das partes deve ter cuidado para não dizer ou fazer algo que lhe permita obter uma vantagem indevida sobre a outra.

Embora a deliberação de Marshall, no caso *Laidlaw vs. Organ*, tenha sido severamente criticada,<sup>28</sup> de forma geral, ela ainda é considerada, uma declaração precisa da lei (quando interpretada apropriadamente).<sup>29</sup> A norma geral que Marshall endossa tem sido justificada com base em três pretextos relacionados entre si: o de que tal norma está de acordo com as expectativas legítimas das partes comerciais e, portanto, reflete de forma precisa a (dura) moralidade do mercado;<sup>30</sup> o de que, num contrato de venda de bens, cada uma das partes assume o risco de que sua própria avaliação



do valor da mercadoria pode ser errônea;<sup>31</sup> e, por fim, o de que a retribuição é devida à inteligência e à diligência da parte com conhecimento especial (neste caso, o comprador).<sup>32</sup>

Essa última ideia pode ser elaborada da seguinte maneira: as notícias acerca do Tratado de Ghent afetaram o preço do tabaco em Nova Orleans. O preço mede o valor relativo dos bens: as informações a respeito do tratado revelaram uma nova conjuntura em que o valor do tabaco – em comparação com o das outras mercadorias e a dos substitutos do tabaco em especial – fora alterado.<sup>33</sup> Uma alteração dessa natureza quase certamente afeta a alocação dos recursos sociais.<sup>34</sup> Caso o preço do tabaco para os fornecedores suba, por exemplo, os agricultores serão encorajados a plantar uma quantidade maior de tabaco, e os comerciantes da erva podem estar dispostos a pagar mais para transportar sua mercadoria para o mercado. Desse modo, a proporção dos recursos (limitados) da sociedade dedicada à produção e ao transporte do tabaco será incrementada. A informação que revela uma mudança nas circunstâncias, que altere o valor relativo de uma mercadoria em especial, sempre terá algum impacto (talvez incomensurável) de alocação (ademais, certamente, informações dessa natureza terão consequências distributivas: os proprietários do tabaco ou dos direitos sobre ele enriquecerão depois do aumento de seu preço, assumindo que os outros preços não tenham elevado ou não tenham elevado tão rapidamente).

Do ponto de vista social, é desejável que a informação reveladora de uma mudança nas circunstâncias que afetam o valor relativo dos bens alcance o mercado o mais rápido possível (ou, dito de outra maneira, que o tempo entre a própria mudança e o entendimento e a avaliação desta seja minimizado).<sup>35</sup> Se um agricultor que pretendesse plantar tabaco soubesse da mudança e decidisse, em seu lugar, plantar amendoim, ele teria de escolher entre desarraigar uma safra e substituir por outra (o que pode ser muito dispendioso ou, em todo o caso, custoso), ou dedicar sua terra a um uso não otimizado. Em ambos os casos, tanto o agricultor, como indivíduo, quanto a sociedade, como um todo, estarão em situação pior do que se o primeiro tivesse plantado tabaco desde o princípio. Quanto mais rápido a informação sobre a mudança alcançar o agricultor, menor a probabilidade de os recursos sociais serem desperdiçados.

Consideremos outra elucidação do mesmo ponto (e talvez mais realista). A é proprietário de um barco que normalmente transporta mercadorias entre Nova Orleans e vários outros portos. Devido ao bloqueio naval, contudo, ele não pode entrar no porto de Nova Orleans. Algum tempo depois de o tratado ser assinado, mas antes da existência deste ser divulgada, A celebra um contrato para enviar algodão de Savana a Nova York. Depois que a notícia sobre o tratado alcança Nova Orleans, um comerciante de tabaco daquela cidade oferece a A um “bônus” caso ele concorde em entregar um carregamento de tabaco em Baltimore. Se assumirmos que a oferta é atrativa o suficiente para induzir A a quebrar seu primeiro contrato e pagar pelos danos,<sup>36</sup> apesar de a sua embarcação estar sendo apropriadamente alocada para o usuário que mais a valoriza, o custo de alocação será maior do que teria sido caso a informação acerca do tratado tivesse chagado a A antes que este celebrasse seu primeiro contrato. Os recursos serão consumidos por A numa transação fora do primeiro contrato; do ponto de vista social, o consumo desses recursos representa puro desperdício.

A eficiência da alocação é promovida obtendo-se, o mais rápido possível, informações sobre as transformações ocorridas nas circunstâncias do mercado. Evidentemente a informação não “chega” exatamente no mercado. Como todo o resto, ela é fornecida por indivíduos (diretamente, ao ser divulgada, ou indiretamente, quando é sinalizada pelo comportamento de mercado de um indivíduo).

Em alguns casos, os indivíduos que fornecem a informação a obtiveram por meio de uma averiguação deliberada; em outros, a informação é adquirida casualmente.<sup>37</sup> Um analista de mercados financeiros, por exemplo, adquire informações acerca de uma corporação em especial de maneira deliberada – estudando cuidadosamente as evidências de seu desempenho econômico. Já um empresário que adquire uma informação valiosa ao ouvir acidentalmente uma conversa num ônibus obtém-na casualmente.<sup>38</sup>

Neste trabalho, o termo “informação adquirida deliberadamente” refere-se à informação cuja obtenção implica custos em que não se teria incorrido não fosse a probabilidade de que a informação em questão fosse, de fato, produzida. Esses custos podem incluir, naturalmente, não apenas

gastos diretos de averiguação (o custo de examinar o balanço anual da corporação), mas também despesas relacionadas ao desenvolvimento de uma *expertise* inicial (por exemplo, o custo de frequentar uma escola de negócios). Caso se possa observar os custos envolvidos na aquisição da informação (o valor da passagem de ônibus, no segundo exemplo) – isto é, se a informação estiver prestes a ser obtida ou não – pode-se dizer que a informação foi adquirida de forma fortuita. A distinção entre informação adquirida deliberada ou casualmente é uma maneira simplificada de expressar a diferença econômica. Embora possa ser difícil determinar, na verdade, se algum item de informação foi adquirido de um jeito ou de outro, a distinção entre ambos os tipos de informação possui – como se quer demonstrar – uma utilidade analítica considerável.

Ainda que a informação tenha sido deliberadamente adquirida (no sentido anteriormente definido), e seu proprietário não perceba benefício algum em possuí-la ou utilizá-la, ele terá um incentivo para reduzir (ou eliminar por completo) a produção de informações dessa natureza no futuro. Na verdade, isso é meramente uma consequência de definir “informação adquirida deliberadamente” da maneira que se fez neste trabalho, pois aquele que obtém informações desse tipo, por definição, terá incorrido em custos que poderia ter evitado, não fossem as perspectivas de benefícios que lhe foram negadas. Ao se negar os mesmos benefícios, aquele que adquiriu fortuitamente a informação não será desencorajado de fazer o que – por motivos independentes – teria feito de fato.

Há quem alegue que, quando os benefícios de possuir qualquer tipo de informação são ampliados ou reduzidos, talvez se encontre *algum* ajuste geral no nível de investimento na produção dessa informação. Se o indivíduo não está autorizado a se beneficiar da informação que adquire, até o passageiro do ônibus, no futuro, prestará menos atenção à conversa ocorrendo em torno dele (seria estranho se ele parasse de viajar de ônibus). Não obstante seja verdade que todo ajuste (para cima ou pra baixo) nos benefícios de possuir um tipo em especial de informação seja uma espécie de efeito motivador, este pode variar em magnitude – podendo ser superior ou inferior. Em termos precisos, a informação adquirida de forma casual (conforme a utilização feita do termo até agora) representa

o limite ideal de um *continuum* – o caso em que a mudança na magnitude resultante da eliminação de um dos benefícios de possuir certa informação é nula. Em casos reais haverá efeitos de incentivo que recairão em algum lugar do *continuum*. Todavia, quando o declínio na produção de certo tipo de informação, causado pela não concessão do direito de apropriação da informação por parte do proprietário em seu próprio benefício, é pequeno, é provável que esse declínio seja compensado pelo ganho social resultante da prevenção de erros. Mais adiante, usaremos a expressão “informação adquirida fortuitamente” em sentido mais amplo do que o utilizado até aqui, referindo-se a uma informação dessa natureza.

Um modo efetivo de assegurar que um indivíduo se beneficiará da posse da informação (ou qualquer outra coisa concernente à essa questão) é atribuir-lhe um direito de propriedade sobre a própria informação – um direito que lhe faculte invocar a maquinaria coerciva do Estado a fim de excluir os outros do uso e fruição dessa informação.<sup>39</sup> Os benefícios da posse são assegurados somente quando o Estado transforma o proprietário da informação em dono, investindo-o de algum tipo de direito de propriedade juridicamente exigível. A atribuição dos direitos de propriedade sobre a informação é um tema familiar em nosso sistema jurídico. A proteção jurídica conferida a patentes de invenções e a certos segredos comerciais são exemplos óbvios.<sup>40</sup>

Uma maneira (raramente percebida) pela qual o sistema jurídico pode estabelecer direitos de propriedade sobre a informação é permitindo, à parte informada, celebrar – e fazer cumprir – contratos que sua informação aponta como lucrativos, sem ter de revelá-la à outra parte.<sup>41</sup> Impor o dever de revelar priva a parte de uma vantagem pessoal que a informação poderia lhe propiciar. O dever de revelar equivale a exigir que o benefício da informação seja compartilhado, o que é contrário à noção do direito de propriedade que – em qualquer outra coisa em que possa implicar – sempre requer a proteção jurídica da apropriação individualizada.<sup>42</sup>

Certamente diferentes tipos de direito de propriedade podem ser mais bem adaptados para proteger interesses possessórios em diferentes espécies de informação.<sup>43</sup> É improvável, por exemplo, que o tipo de informação referente ao caso *Laidlaw vs. Organ* pudesse ser efetivamente protegido

por um sistema de patente.<sup>44</sup> A única maneira viável de atribuir direitos de propriedade em relação à informação de mercado passageira é permitir àqueles que a possuem contratarem livremente, sem revelar o que sabem.

A partir do relatório do caso, não é possível depreender se o comprador, no caso Laidlaw, obteve casualmente sua informação ou se fez um investimento deliberado para obtê-la (cultivando, por exemplo, uma valiosa rede comercial de “amizades”). Se assumirmos que o comprador tenha adquirido o conhecimento do tratado fortuitamente, exigir, de sua parte, a revelação da informação a seu vendedor (ou seja, negar a si mesmo o direito de propriedade sobre a informação), não terá um efeito significativo em seu comportamento futuro. Visto que aquele que obtém uma informação de maneira casual não investe em sua aquisição, sujeitá-lo ao dever de revelar talvez não reduza a quantia de informações socialmente aproveitáveis que ele produz de fato. Se o comprador, no caso Laidlaw, adquiriu seu conhecimento acerca do tratado em consequência de uma investigação deliberada e custosa, a necessidade de revelação o privará de qualquer benefício que ele poderia obter a partir da posse da informação e deve, ainda, desencorajá-lo de realizar investimentos similares no futuro.

Ademais, como isso habilitaria o vendedor a se apropriar da informação do comprador sem custos, e eliminaria o risco de esse vendedor ser atraído inconscientemente para um contrato malsucedido pela parte que possui um conhecimento superior, a exigência de revelação também poderia reduzir o incentivo pela busca de informação por parte do vendedor. Negar ao comprador o direito de propriedade sobre uma informação adquirida de forma deliberada desencorajaria, portanto, tanto compradores como vendedores a investirem no desenvolvimento de *expertise* e na busca efetiva por informação. A atribuição desse direito não apenas protege o investimento da parte que possui o conhecimento privilegiado, mas impõe, também, um custo de oportunidade sobre a outra parte e, desse modo, oferece a ela um incentivo para incumbir-se de uma busca própria (de custo justificado).

Se assumirmos que os tribunais podem facilmente discriminar entre aqueles que adquiriram a informação de maneira fortuita e aqueles que a obtiveram deliberadamente, considerações econômicas plausíveis poderiam justificar satisfatoriamente a imposição do dever de revelar, com base em

uma avaliação caso a caso (impondo-se na situação em que a informação tenha sido obtida casualmente e recusando a imposição quando a informação fosse fruto de uma busca deliberada). A parte que tiver adquirido a informação acidentalmente está, provavelmente, no instante da transação, em melhor posição para impedir o erro do que a parte equivocada com a qual lida (pois pode evitá-lo a um custo menor) – a despeito do fato de ambas as partes inicialmente terem igual acesso à informação em questão. Aquele que tiver obtido a informação deliberadamente está em posição de poder impedir o erro da outra parte. Mas ao determinar o custo em que a parte com conhecimento incorre para impedir o equívoco (revelando a informação que conhece), devemos incluir qualquer investimento que esta tenha feito ao obter a informação. Tal investimento representará uma perda para ela caso a outra parte possa desfazer o contrato sob o pretexto de que a parte com a informação tem o dever de revelá-la.

Se levarmos esse custo em conta, não fica tão evidente que a parte com conhecimento é aquela que pode impedir o equívoco a um custo menor, quando seu conhecimento foi adquirido deliberadamente. Na verdade, a conclusão contrária parece ser mais plausível. Nesse caso, portanto, a norma que permite não revelar a informação (a qual tem efeito de impor o risco de um erro à parte que o comete) corresponde às medidas que as próprias partes teriam adotado, caso tivessem negociado uma alocação explícita do risco no momento em que celebraram o contrato. As partes do contrato são sempre livres para alocar esse risco particular, incluindo uma exoneração apropriada nos termos de seu acordo. Quando as partes não procedem de tal forma, o objeto do direito dos contratos deve ser (como sempre o é) reduzir os custos de transação, fornecendo uma norma jurídica que se aproxime da providência que as partes teriam escolhido para si, se tivessem deliberadamente tratado do problema.<sup>45</sup> Essa consideração, juntamente com a redução na produção de informação socialmente útil, que possa resultar da submissão da parte em questão a uma exigência de revelação, sugere que a eficiência distributiva seja utilizada da melhor forma, permitindo-se àquele que possui a informação obtida de forma deliberada celebrar e exigir o cumprimento de contratos favoráveis sem revelar o que sabe.<sup>46</sup>

No entanto, é provável que uma norma que demande a aplicação caso a caso do dever de revelar informações envolva questões fatuais de difícil (e custosa) solução. O próprio caso Laidlaw ilustra bem esse ponto. Sobre os fatos do caso, como os temos, é impossível determinar se o comprador realmente fez uma investigação deliberada para obter as informações concernentes ao tratado. O custo de administrar uma exigência de revelação com base em cada caso talvez seja substancial.<sup>47</sup>

Como alternativa, um indivíduo poderia aplicar, de maneira uniforme, uma norma geral (de revelação ou não da informação) a cada categoria de casos envolvendo o mesmo tipo de informação (por exemplo, informações sobre as condições de mercado ou sobre os defeitos em bens à venda). Para determinar a norma geral apropriada para uma categoria de casos, seria necessário decidir se o tipo de informação é (de modo geral) mais propenso a ser gerado por acidente ou por investigação. Quanto maior a probabilidade de uma informação ser deliberativamente produzida, em vez de descoberta fortuitamente, mais plausível será a hipótese de que uma norma geral, que permita a não revelação de informações, traz benefícios que superarão seus custos.

No caso Laidlaw, por exemplo, a informação referia-se a uma mudança nas condições de mercado. Nesse caso, os resultados podem ser justificados (a partir da perspectiva a pouco descrita) sob o pretexto de que informações relativas à situação do mercado são geralmente produto de uma investigação deliberada. O grande número de indivíduos que realmente estão engajados na produção desse tipo de informação confere algum apoio empírico a essa proposição.<sup>48</sup>

## B. Tratamento jurisprudencial

A distinção entre informação adquirida de forma deliberada e informação obtida casualmente nos auxilia a compreender o padrão exibido nos casos em que o dever de revelar informações é imposto a uma parte ou à outra. No geral, os casos que requerem revelação envolvem informações que provavelmente foram obtidas de maneira fortuita (no sentido definido anteriormente). Já os casos que permitem a não revelação abrangem informações que, de modo geral, talvez tenham sido produzidas deliberadamente.

Tomados como um grupo, os casos de revelação fornecem a impressão de promover a eficiência distributiva de recursos, limitando a atribuição dos direitos de propriedade àqueles tipos de informação que foram fruto de um investimento deliberado (seja no desenvolvimento da *expertise*, seja na averiguação efetiva).<sup>49</sup>

O raciocínio econômico que permite a não revelação de informações se encontra bem ilustrado em diversos casos que envolvem a compra de imóveis, em que o comprador possuía motivos para acreditar na existência de um depósito de petróleo ou minérios no subsolo, depósito este desconhecido pelo vendedor.<sup>50</sup> No caso *Neil vs. Shamburg*,<sup>51</sup> as partes eram concessionárias<sup>52</sup> de um terreno de 200 acres. O comprador (Shamburg) adquiriu a parte pertencente à sua co-concessionária por US\$ 550,00 (com a ressalva de que teria de pagar US\$ 100,00 a mais, caso fosse encontrado um poço produtor de seis ou mais barris de petróleo por dia). No momento da venda, Shamburg administrava diversos poços em terrenos adjacentes. Um dos poços era bastante valioso. Shamburg “orientou seus empregados a não fornecerem informações sobre esse assunto” e não disse nada a respeito do poço à co-concessionária, ao comprar a parte desta na área de 200 acres. O tribunal decidiu que Shamburg não tinha o dever de revelar qualquer informação e recusou-se a desfazer a venda de sua metade na participação da exploração de petróleo. O tribunal sustentou sua conclusão com base no seguinte argumento:

A pleiteante (a vendedora) não possuía participação no terreno de 50 acres, mas podemos reconhecer que, quando ela estava prestes a vender sua parte do outro terreno a seu co-concessionário, ela estava intitulada com o direito de conhecer os fatos relativos à sua produção, já que afetaria o valor do terreno (à luz do que se segue, o sentido dessa frase não é completamente claro). Mas, a menos que haja alguma circunstância excepcional para infligir a um indivíduo o dever de falar, é direito de todo homem manter segredo sobre seus negócios. Possivelmente, Shamburg foi indevidamente considerado suspeito nesse ponto, mas a natureza e a posição de seu negócio sugeriam cautela. Fogle atesta que



Shamburg era a única pessoa operando naquela área vizinha, e James afirma que Shamburg lhe disse que gastara US\$ 150 mil para desenvolver aquele território, “e agora essas pessoas estão ansiosas para se intrometer em meus negócios”. Sob tais circunstâncias, não encontramos nos atos de Shamburg qualquer coisa além de uma intenção positiva e um esforço para desfrutar do benefício de seu empreendimento, mantendo o conhecimento de seus resultados em segredo, e nós concordamos que essa atitude “é insuficiente para estabelecer uma fraude”.<sup>53</sup>

Um caso mais recente – e certamente mais dramático – surgiu com a descoberta, por parte da empresa Texas Gulf Sulphur, da mina fabulosamente rica Kidd Creek, próxima a Timmins, em Ontário.<sup>54</sup> Depois de conduzir extensos levantamentos topográficos aéreos, que revelaram uma anomalia geológica indicando a presença massiva de depósitos de sulfureto, a Texas Gulf Sulphur comprou certificados que abarcavam direitos de exploração da superfície e de minérios de vários lotes adjacentes à anomalia detectada. Um desses certificados abrangia uma parcela do terreno pertencente ao patrimônio de Murray Hendrie. O certificado de Hendrie (obtido por US\$ 500,00) estipulava que a Texas Gulf Sulphur poderia adquirir direitos de mineração sobre a propriedade, em troca do pagamento de US\$ 18 mil, a qualquer momento, durante os dois anos imediatamente subsequentes à celebração do negócio.<sup>55</sup> O certificado também estabelecia que, caso um depósito comercial de minério fosse descoberto, Hendrie receberia 10% de quaisquer lucros. Depois que a existência do depósito se tornou publicamente conhecida, os representantes de Hendrie queixaram-se que a Texas Gulf Sulphur os havia enganado intencionalmente, ao deixar de revelar que possuía “uma indicação extraordinariamente promissora de mineralização econômica na propriedade de Hendrie”. A ação judicial, iniciada pelos representantes, foi resolvida extra-judicialmente.<sup>56</sup>

Tanto Shamburg quanto a empresa Texas Gulf Sulphur possuíam motivos para crer que as terras que estavam comprando eram muito mais valiosas do que seus proprietários acreditavam. Em cada um desses casos,

a informação do comprador com relação ao valor da propriedade era produto de uma averiguação deliberada, em que o comprador havia investido uma soma substancial de dinheiro. (Nos quatro anos anteriores à descoberta do depósito em Kidd Creek, a Texas Gulf Sulphur gastou aproximadamente US\$ 3 milhões explorando outras anomalias – sem resultado).<sup>57</sup> As informações, em ambos os casos, revelaram características da propriedade que aumentavam a eficiência de sua utilização e, por conseguinte, seu valor para a sociedade como um todo.

A informação referente à possibilidade de existir um depósito de petróleo ou de minérios abaixo da superfície é, muitas vezes, fruto de um investimento deliberado seja na exploração efetiva ou no desenvolvimento de *expertise* geológica. A fim de encorajar a produção desse tipo de informações, o sistema jurídico norte-americano, de maneira geral, permite aos que as detêm, tirar partido da ignorância dos outros, negociando sem que haja o dever de revelar coisa alguma.

Quando a informação diz respeito a algum tipo de desenvolvimento antecipado, que tornará a propriedade mais valiosa, se alcança um resultado similar.<sup>58</sup> No caso *Guaranty Safe Deposit & Trust Co. vs. Liebold*,<sup>59</sup> por exemplo, a companhia fiduciária comprou um certificado da propriedade de Liebold. Posteriormente, utilizou-se dele e comprou a propriedade por US\$ 15 mil. Liebold, por sua vez, procurou desfazer a venda com base no fato de que “no momento em que a opção foi assegurada, uma empresa conhecida por Standard Steel Car Company planejava fixar-se na cidade de Butler (Pa.), para construir uma ampla planta manufatureira; ademais, o Sr. Reiber (um agente da Trust Co.) tomara conhecimento desse assunto, e, embora o réu tivesse notícias da chegada de alguma empresa, seu conhecimento era indistinto e indefinido, ao passo que o comprador, certo do estabelecimento da companhia em questão, ocultara seu conhecimento do réu.” O tribunal de primeira instância descobriu que ambas as partes estavam cientes do “rumor” sobre o estabelecimento de uma unidade de produção em Butler e, conseqüentemente, haviam ajustado o preço do certificado de forma conveniente. O Supremo Tribunal da Pensilvânia, ao confirmar a decisão em favor da empresa fiduciária, declarou o seguinte:

Suponhamos que o Sr. Reiber soubesse que a fábrica estava prestes a ser estabelecida em Butler e Liebold desconhecesse isso. Seria dever do primeiro revelar essa informação ao último? Pode-se sustentar que, sem tal revelação, o contrato com Liebold não pode ser considerado válido pelo princípio de equidade? Nesta era comercial, os certificados são diariamente procurados por aqueles de posse de informações, que esperam obter lucro simplesmente porque aqueles que concedem certificados desconhecem essas informações. Quando o vendedor sabe tanto quanto o possível comprador, os certificados raramente ou quase nunca são procurados, e a norma que aconselha os apelantes praticamente os aboliria.<sup>60</sup>

Os tribunais costumam asseverar que, na ausência de uma relação confidencial ou fiduciária entre o comprador e o vendedor, “um comprador (de bens imóveis), tendo juízo superior a respeito dos valores dos bens, não comete fraude por comprar sem revelar seu conhecimento acerca de tal valor”.<sup>61</sup> Uma norma dessa natureza faz sentido em termos econômicos, quando o julgamento do comprador é baseado em seu prognóstico de possíveis e variados usos futuros a que a propriedade pode ser destinada. Embora o “conhecimento” do comprador “acerca do valor” nem sempre se fundamente em informações deliberadamente adquiridas, o número de empresários envolvidos numa especulação imobiliária profissional permite supor que tal conhecimento é frequentemente obtido de forma deliberada. (Os corretores imobiliários, ao unir compradores e vendedores, facilitam o movimento de imóveis para uso mais eficiente destes. As informações em que se baseiam seus prognósticos de uso futuro de propriedades devem, portanto, ser consideradas um valioso bem social.)

Uma terceira linha de casos em que se permite a não revelação de informações parece, à primeira vista, ser inconsistente com a tese defendida até o momento. Esses casos envolvem a venda de uma propriedade que, de alguma forma, possui um defeito *óbvio*; os tribunais têm regularmente constatado que o vendedor desse tipo de propriedade não possui o dever de alertar o comprador acerca do defeito.<sup>62</sup>

No caso *Gutelius vs. Sisemore*,<sup>63</sup> o pleiteante comprou uma casa e, em seguida, descobriu que a água de chuva que se acumulava no assoalho tornou a residência “permeada de odores nocivos e desagradáveis”. O comprador afirmou que a tendência de acúmulo de água era um defeito latente, e o vendedor acusado teria o dever de adverti-lo sobre isso. Num veredicto a favor do réu, o tribunal declarou que uma inspeção das instalações (que o pleiteante, de fato, havia realizado) deveria tê-lo posto de sobreaviso a respeito das condições responsáveis pelo acúmulo de água. (As condições citadas incluíam a localização dos dutos de ar, o declive do solo cercado a casa, e a composição da terra presente no quintal ou jardim). “Nos casos em que os meios de informação estão ao alcance e igualmente disponíveis a ambas as partes”, concluiu o tribunal, “e o objeto da compra estiver igualmente disponível para inspeção, se o comprador não se valer desses meios e oportunidades, ele não será levado em conta, caso diga que foi enganado pelo vendedor”.

Se assumirmos que o vendedor, no caso *Gutelius*, soubesse ou possuísse motivos para saber que o comprador não estava ciente do defeito (a despeito do fato de ele ter inspecionado as dependências), ele se encontraria praticamente na mesma posição de receptor de uma oferta que contém erro evidente; e caso o conhecimento do erro do comprador não fosse fruto de uma averiguação deliberada, seria razoável supor que o vendedor era quem poderia evitar o erro da maneira mais econômica – ao menos no momento da celebração do contrato. Por razões que serão consideradas a seguir, é inadmissível crer que o conhecimento do vendedor, a respeito do defeito em uma propriedade, seja resultado de uma averiguação deliberada na qual não teria investido caso soubesse que lhe seria exigido revelar a existência do defeito em questão. Fosse esse o caso, se assumirmos que o vendedor, no caso *Gutelius*, possuía motivos para conhecer o erro da parte de seu comprador, faria sentido, do ponto de vista econômico, requerer do vendedor a eliminação do erro, alertando o comprador sobre o defeito, apesar de ambas as partes terem, inicialmente, igual oportunidade de descobri-lo por si mesmas –, da mesma forma que é eficiente impor o risco de erro de uma oferta à parte que a recebe quando possui motivo para conhecer o erro, embora o ofertante fosse a

parte mais bem capacitada para impedir a ocorrência de um erro em um primeiro momento.

Mas, caso um vendedor não possua motivos para supor que seu comprador tenha errado, não seria econômico exigir dele a notificação do comprador sobre defeitos óbvios, já que ele certamente estaria dizendo ao comprador apenas o que este já sabe. Diálogos desse tipo aumentam desnecessariamente os custos de transação. A questão crucial num caso como *Gutelius* não está em saber se o conhecimento do defeito estava “igualmente disponível a ambas as partes” em algum momento prévio, mas se o vendedor, no momento em que o contrato é celebrado, realmente sabe ou possui motivos para saber que o comprador está equivocado. A norma que dispõe que o vendedor de um imóvel não possui o dever de revelar defeitos óbvios faz sentido do ponto de vista econômico quando – como frequentemente é o caso – o vendedor não possui motivos para saber que o comprador vai cometer um erro nesse sentido. Esses casos (dos quais *Gutelius* é um exemplo) parecem entrar em conflito com a interpretação até o momento proposta porque eles deixam de discutir explicitamente o tema-chave, focando, em vez disso, na paridade inicial de acesso das partes a informações referentes ao defeito.

No tocante aos defeitos *latentes*, o entendimento mais antigo é inconsistente. Em alguns casos, se estabelece que o vendedor, ciente de algum defeito, deve revelá-lo ao seu comprador ou abrir mão do negócio.<sup>64</sup> Em outros, se afirma que o vendedor tem o direito de permanecer em silêncio se assim o desejar.<sup>65</sup> Nos últimos 25 anos, contudo, tem havido uma notável expansão do dever de revelar informações sobre defeitos latentes.<sup>66</sup> Um exemplo particularmente dramático envolve a venda de uma casa infestada por cupins. No ano de 1942, o vendedor de uma casa em Massachusetts não estava obrigado a um dever legal de revelar a existência de uma infestação de cupins desconhecida pelo comprador.<sup>67</sup> Se tivesse de impor esse dever, o Supremo Tribunal de Massachusetts teria de responsabilizar todo vendedor “que deixa de revelar qualquer defeito não aparente na propriedade, conhecido por ele durante a venda, que reduz materialmente o valor daquela, e o comprador malogre em descobrir”. Nesse sentido, prosseguiu o tribunal: “aparentemente, todo comprador poderia ser responsável por

não revelar informações sobre qualquer qualidade não aparente conhecida por ele durante o processo de compra e venda que materialmente aumenta o valor da propriedade e o vendedor desconhece”.

Dezoito anos depois, no caso *Obde vs. Schlemeyer*,<sup>68</sup> estabeleceu-se que um vendedor de Washington teria o dever de revelar a informação em circunstâncias idênticas. O tribunal de Washington concluiu que o vendedor tinha o dever de falar, “a despeito da falha (do comprador) em fazer perguntas referentes à possibilidade da existência de cupins”, uma vez que a condição era “claramente latente – não sendo possível identificá-la prontamente numa inspeção razoável”. O tribunal sustentou seu argumento com uma longa citação de um artigo do professor Keeton:

É certamente aparente que o conteúdo da máxima “*caveat emptor*”, utilizada em seu sentido mais amplo de imposição de riscos sobre ambas as partes em uma transação, tem sido em grande parte limitada desde sua origem. Quando lorde Cairns afirmou que no caso *Peek vs. Gurney* não havia o dever de revelar os fatos, por mais moralmente censurável que pudesse ser a não revelação destes, ele estava interpretando a lei nos moldes de uma filosofia individualista, baseada na liberdade contratual. Esta não estava preocupada com princípios morais. No presente estado da lei, as decisões mostram um afastamento dessa ideia, e pode-se vislumbrar uma tentativa, por parte de muitas cortes, de alcançar um resultado justo na medida do possível, mas ainda mantendo o grau de certeza que a lei precisa ter. Frequentemente, pode-se deparar com a afirmação de que, no caso de qualquer uma das partes de um contrato de compra e venda ocultar ou suprimir um fato material que a boa-fé exige revelar, então o silêncio é fraudulento. A atitude dos tribunais, em relação à não revelação de informação, está passando por uma mudança e, contrariamente à famosa observação feita por lorde Cairns, tem-se a impressão de que o objeto da lei, nesses casos, deve ser a imposição, às partes do contrato, do dever de se pronunciar sempre que a justiça, a equidade e a negociação justa o demandarem.<sup>69</sup>

Qualquer que seja a maneira como alguém se sente a respeito da alegação moral do professor Keeton, requerer a revelação dos defeitos latentes faz sentido, caso se adote o ponto de vista mais limitado aqui oferecido. Primeiramente, é provável que seja caro ao comprador descobrir defeitos; a descoberta de um defeito latente quase sempre requer mais do que uma averiguação usual. Mesmo na situação em que nenhuma das partes está ciente do defeito, pode ser eficiente alocar ao vendedor o risco de uma crença equivocada de que não existem defeitos, com base no pressuposto de que, das duas partes, ele provavelmente é quem pode evitar o erro a um custo menor.<sup>70</sup>

No caso em que o vendedor de fato tenha conhecimento do defeito, e o comprador, por sua vez, não tenha, o vendedor é claramente a parte mais apta a evitar o erro do comprador a um custo menor – a não ser que o vendedor tenha feito um investimento deliberado na aquisição de seu conhecimento, investimento que não teria sido feito, caso ele soubesse que lhe seria exigido revelar aos compradores da propriedade quaisquer defeitos que viesse a descobrir. Um vendedor, evidentemente, pode fazer um investimento substancial na obtenção de informações referentes a um defeito em particular: por exemplo, ele pode contratar o serviço de um exterminador de cupins para detectar a presença desses insetos em sua propriedade. Mas, mesmo assim, é pouco provável que seu principal objetivo, ao adquirir tal informação, fosse obter vantagem em relação aos compradores em potencial. Os proprietários de casas costumam conduzir investigações dessa natureza a fim de proteger seus próprios investimentos. Na maioria das vezes, os proprietários terão um incentivo suficiente para verificar a presença de cupins, mesmo que a lei exija que ele revele o que descobrir;<sup>71</sup> além disso, infestações de insetos só são descobertas vivendo-se na casa – algo que o dono fará. A exigência de revelação da informação provavelmente não ocasionará um efeito substancial no nível de investimento feito pelos proprietários para descobrir cupins: a questão não se restringe ao fato de a informação referente aos cupins não apresentar custos (e apresenta), mas ao fato de que uma exigência de revelação talvez não reduza a produção de tais informações. Isso representa uma importante distinção entre casos como *Obde*, de um lado, e casos como *Laidlaw*, *Shamburg* e *Guaranty Safe*, de outro.

Um vendedor de mercadorias poderia argumentar que uma norma que exija dele revelar defeitos latentes irá desencorajá-lo de desenvolver *expertise* (socialmente útil) a respeito das qualidades ou dos atributos dos produtos que está vendendo: se ele não pode gozar dos frutos vendendo, sem revelar as informações que possui, que incentivo ele terá para obter tal *expertise*? Esse argumento é pouco convincente. Um vendedor se beneficia de diversos modos do conhecimento sobre os vários atributos dos produtos que vende. Por exemplo, o conhecimento o tornaria mais eficiente na compra de materiais e reduziria a probabilidade de ele falhar na identificação de vantagens especiais dos seus bens (e, por essa razão, os vendesse a um preço inferior). Uma vez que os benefícios que ele obtém desse tipo de conhecimento são muitos e variados, é pouco provável que o dever de revelar defeitos latentes, por si só, prejudique seriamente o incentivo do vendedor de investir na aquisição de conhecimento referente aos atributos daquilo que vende.

Por outro lado, a utilidade da informação de mercado (distinta da informação relativa aos atributos das mercadorias à venda) é substancialmente reduzida pela imposição, a seu proprietário, do dever de revelar essa informação. É duvidoso se os benefícios da informação de mercado, que não são eliminados por exigência de revelação, são, por si só, suficientes para justificar um investimento deliberado em sua produção. Mesmo se considerarmos esses dois tipos de informação – de mercado e de produto – como igualmente úteis do ponto de vista social, uma norma jurídica exigindo a revelação da informação provavelmente terá impactos distintos na produção de cada uma delas. Compreende-se, portanto, que uma norma que permita a não revelação da informação de mercado é sensata, quer seja detentor da informação um comprador ou um vendedor.<sup>72</sup> Desse modo, se o vendedor, no caso Laidlaw, tivesse conhecimento de que o tratado teria um efeito de desvalorização sobre o preço do algodão e tivesse, ainda, vendido ao comprador sem revelar esse fato, as considerações econômicas que favoreceriam a exigibilidade do acordo seriam as mesmas da situação em que o comprador adquiriu informações especiais. Embora as considerações econômicas dessem a impressão de apoiar um tratamento similar para compradores e vendedores de posse de informações



de mercado, essas mesmas considerações poderiam justificar um tratamento distinto quando se trata de informações acerca do produto. Deve estar claro, a partir do que já foi dito, que não há inconsistência em requerer dos vendedores que revelem defeitos latentes, desde que não se exija dos compradores que revelem vantagens latentes.

Os casos de defeitos latentes possuem uma analogia interessante no campo dos seguros. O solicitante de uma apólice de seguro de vida é usualmente compelido ao dever de revelar “defeitos” conhecidos em sua própria constituição física.<sup>73</sup> Por exemplo, se o solicitante possui um histórico de problemas cardíacos, que o exame médico da companhia de seguros não detecta, e se o próprio solicitante não revelá-lo, a companhia de seguros costuma ser autorizada a desfazer o contrato.<sup>74</sup> Em muitos casos, a não revelação por parte do solicitante poderá constituir uma verdadeira fraude (por exemplo, se uma pergunta do questionário indagar acerca da presença de problemas cardíacos e a resposta for negativa).<sup>75</sup> Mas, mesmo na ausência de fraude, estima-se que o solicitante possui o dever categórico de dizer e revelar a informação sem hesitação, mesmo se não lhe fizerem uma pergunta específica.<sup>76</sup> O mesmo dever de revelar a informação exigido de alguém que adquire uma apólice de seguro, é exigido daquele que vende uma casa com um defeito latente (como uma infestação de cupins). Do ponto de vista econômico, esses dois casos são muito similares e, portanto, é compreensível que a mesma exigência de revelação deva ser aplicada a cada um. Por conta da íntima familiaridade com o próprio histórico médico e os sintomas, o solicitante de uma apólice de seguros estará numa posição melhor do que a empresa de seguros para impedir um equívoco da parte da empresa a respeito de algum defeito latente em sua constituição física. Aliás, o solicitante terá um forte incentivo para obter informações a respeito de sua própria saúde, impondo-lhe (ou não) a exigência de revelação de informações sobre si mesmo.<sup>77</sup> Nesse sentido, ele se assemelha ao proprietário que terá um incentivo para proteger sua casa da destruição pelos cupins, exigindo-lhe (ou não) que revele a existência de uma infestação. Tanto o proprietário como o solicitante do seguro possuem razões independentes para produzir informações dessa natureza, e o valor disso para eles não será, na maior parte dos casos, prejudicado por uma exigência de revelação.

### C. Dever de revelar a informação e *Restatements*

Além de gerar uma jurisprudência substancial, o problema da revelação de informações em transações contratuais também tem sido tratado pelos formuladores de três diferentes *Restatements*. É instrutivo comparar o tratamento dado ao problema da revelação de informações pela ação desses formuladores. A análise desenvolvida neste ensaio sugere que formuladores distintos estiveram mais próximos na teoria acerca da revelação de informações do que possa parecer.

A Seção 472 (1) (b) do Restatement of Contracts (First) estabelece que “não há o dever de revelação pela parte que sabe que a outra parte em questão está agindo equivocadamente com relação a fatos materiais não revelados, e o erro, caso seja mútuo, anularia uma transação originada com base neste”. Como muitos dos princípios disseminados dos *Restatements*, este é bastante vago e adquire conteúdo somente com exemplos que ilustrem seu significado. Duas das cinco ilustrações anexadas à Seção 472 envolvem situações que aparentam estar no escopo contemplado da Seção 472 (1) (b). Os dois exemplos são os seguintes:

A é proprietário de dois terrenos, Blackacre e Whiteacre. B faz uma proposta, por escrito, para comprar Blackacre por US\$ 10 mil. A sabe que B está equivocado com relação aos nomes das áreas, e tem em mente a área de maior valor, Whiteacre. A aceita a oferta de B sem revelar a este seu equívoco. Embora A não seja a causa do erro original de B, a ausência de revelação de sua parte é considerada fraudulenta.

A fica sabendo que o negócio de C, uma corporação, sofreu perdas sérias. Ele sabe que B desconhece essas perdas e, sem revelar isso a B, celebra um contrato para vender a B ações da corporação. A não possui relações fiduciárias com B. A não revelação de A não pode ser vista como fraude. Se o equívoco foi mútuo, o contrato não deve ser anulado.<sup>78</sup>

Em cada um dos casos, uma das partes está equivocada e a outra sabe disso. Em ambos os casos, a parte com conhecimento é o vendedor. O que

distingue os dois casos é o *tipo* de conhecimento envolvido. Apenas o conhecimento envolvido no segundo caso (uma espécie de informação de mercado) é, possivelmente, fruto de uma averiguação em que a parte com conhecimento fez um investimento deliberado. O conhecimento especial do vendedor no primeiro caso chega a ele – no sentido mais literal – por acidente. Requerer dele que revele o erro da outra parte não vai desencorajá-lo a fazer algo que ele não faria; impor uma exigência similar ao vendedor no segundo caso pode muito bem ter um efeito de desincentivo. Embora seja certo que, atualmente, o resultado, no segundo caso, seria afetado por complexas leis do mercado de capitais, este sugere que, ao forjarem uma norma de revelação, os formuladores do First Restatement of Contracts intuitivamente atribuíram grande importância à distinção feita aqui entre os dois tipos de conhecimento ou informação.

O tratamento dado à revelação de informações no Second Restatement of Torts também está de acordo com a análise aqui oferecida. A Seção 551 (2) (e) declara que “numa transação comercial, uma das partes tem o dever de revelar à outra, antes de a transação ser consumada, fatos básicos a respeito desta, caso saiba que a outra parte está prestes a entrar na transação em questão diante de um erro em relação aos fatos, e a outra parte, devido à relação existente entre elas, às práticas comerciais ou a outras circunstâncias objetivas, razoavelmente espera uma revelação de tais fatos.”<sup>79</sup> Num comentário explanatório acompanhando a Seção 551, o formulador observou o seguinte:

De modo geral, como sancionado integralmente pelos costumes e princípios da comunidade, a informação privilegiada e a perspicácia comercial são vantagens legítimas, que não levam à responsabilidade. O réu pode, razoavelmente, esperar que o pleiteante faça sua própria investigação, tire suas próprias conclusões e proteja-se; e caso o pleiteante seja indolente, inexperiente ou ignorante, ou se seu julgamento for ruim ou, ainda, ele não tiver acesso a informações adequadas, o réu não tem a obrigação de suprir as deficiências daquele. Isso costuma ser verdadeiro na situação em que o comprador de terras ou bens

móveis possui a melhor informação e deixa de revelá-la; em todo caso, é um pouco menos frequente quando se trata do vendedor.<sup>80</sup>

A Seção 551 (2) (e) é ilustrada com o seguinte exemplo:

A é um especialista em violinos. Ele faz uma visita casual à loja de B, que vende instrumentos de segunda mão. A encontra um violino e, devido ao seu conhecimento especializado e sua experiência, ele reconhece imediatamente como sendo um genuíno Stradivarius, que está em boas condições e vale, no mínimo, US\$ 50 mil. O preço de venda do violino é avaliado em US\$ 100,00. Sem revelar sua informação ou identidade, A compra o violino de B por US\$ 100,00. A não é responsável por B.<sup>81</sup>

Embora a visita de A à loja de B seja descrita como “casual”, A certamente incorreu em custos para melhorar seu conhecimento sobre instrumentos musicais, e um dos benefícios antecipados pode ter sido a descoberta de uma obra-prima subestimada. (Se o que se afirmou é verdade ou não, isso vai depender, em parte, do que significa ser um “especialista em violinos”. Um “especialista em violinos” é alguém que toca um instrumento ou o coleciona? Caso seja a segunda opção, então a descoberta de um Stradivarius não reconhecido talvez constitua um dos importantes benefícios antecipados pelo especialista de seu conhecimento especial.) A despeito dos motivos particulares de A, que o levaram a se tornar um especialista, é razoável considerar que muitas descobertas desse tipo sejam resultado de uma averiguação deliberada no sentido anteriormente definido.

Localizar instrumentos valiosos, que foram incorretamente identificados por seus proprietários, serve a um útil propósito social: depois de o Stradivarius ter sido descoberto, este, sem dúvida, encontrará seu caminho nas mãos de alguém que lhe dê um uso mais valioso (por exemplo, o violinista de uma grande orquestra ou uma universidade que colecion instrumentos raros). Um Stradivarius não descoberto é certamente um bem quase perdido. Ao trazê-lo à tona, um negociante especialista em instrumentos musicais promoverá a eficiência com a alocação dos escassos

recursos da sociedade. Se ele incorreu em custos ao fazer isso (e o desenvolvimento de *expertise* é um – e talvez o mais importante – desses custos), o negociante será desencorajado de fazer averiguações futuras, caso não lhe seja dado o direito de propriedade em qualquer informação que adquira (na forma de um privilégio em negociar sem revelar sua informação).

Da mesma maneira, uma vez que habilita o proprietário a se beneficiar (sem custos) da informação privilegiada da outra parte e elimina o risco de ele se ver incapacitado de recuperar uma obra-prima desvalorizada, que vende erroneamente, uma exigência de revelação de informação também reduz o incentivo do proprietário de averiguar a informação (isto é, de identificar corretamente os atributos de sua própria propriedade). Uma vez que reduz o incentivo tanto do proprietário quanto daquele que busca barganhas de se incumbirem de uma averiguação adequada, a exigência de revelação aumenta a probabilidade de o instrumento permanecer não descoberto e, portanto, perdido.

Os formuladores do Second Restatement of Torts oferecem quatro exemplos para ilustrar as circunstâncias em que a Seção 551 (2) (e) exigiria da parte que possui informações privilegiadas revelar o que sabe. No primeiro caso, um vendedor vende uma casa “sem revelar que o silo localizado sob a casa está de tal modo construído que, em intervalos periódicos, acumula-se água sob a casa”; no segundo caso, o proprietário de um comércio o vende a alguém sem revelar que o governo dos Estados Unidos ordenou que ele cessasse seu empreendimento; no terceiro caso, o proprietário de um centro de diversões o vende “sem revelar que este havia sido invadido pela polícia e (o vendedor) está sendo processado por permitir a prostituição e a venda de maconha em suas dependências”; e, no último caso, uma das partes vende um *resort* de veraneio à outra sem revelar a informação de que uma porção substancial do *resort* está invadindo uma estrada pública. O conhecimento privilegiado envolvido em cada um desses quatro exemplos dificilmente poderia ser produto de uma averiguação deliberada de informações em que a parte com conhecimento tenha feito um investimento que, de outra maneira, não teria realizado. Todos esses casos podem ser distinguidos, sob esse aspecto, do caso hipotético do violino. A linha que os formuladores do Second Restatement of Torts traçam entre o dever de revelar e o privilégio

de permanecer em silêncio é delineada onde a análise desenvolvida neste ensaio sugeriria que esta deveria estar.

O Restatement of Restitution trata do problema da revelação de informações na Seção 12: “A uma pessoa que concede um benefício à outra, manifestando que assim o faz como oferta de negócio aceita pelo outro, ou como aceitação de uma proposta que o outro tenha feito, não lhe é conferido o direito de solicitar restituição por conta de um erro de que o outro não compartilha e de cuja existência este não saiba nem suspeitava.” No Comentário *c* na Seção 12, os formuladores afirmam: “Quando o cessionário conhece ou suspeita do equívoco daquele que transfere, a restituição é concedida se, e apenas se, o fato em relação ao qual o equívoco é cometido esteja na base da transação, a menos que haja uma relação especial entre as partes”. O Comentário *c* é ilustrado com dois exemplos:

*A*, ao observar joias baratas numa loja que vende tanto joias mais em conta como mais caras, descobre o que imediatamente reconhece como sendo uma pedra preciosa que vale não menos do que US\$ 100,00; ele acredita que essa pedra tenha sido colocada naquele lugar por engano. Ele pede ao vendedor a joia e oferece 10¢ por ela. O vendedor, por sua vez, coloca os 10¢ na caixa registradora e entrega a joia a *A*. Nesse caso, é conferido ao proprietário da loja o direito de restituição, pois este não pretendia, como era do conhecimento de *A*, negociar outra coisa que não uma mera bijuteria.

*A* entra em uma livraria onde se compram e vendem livros usados e, entre os livros à venda por US\$ 1,00 cada, descobre uma edição rara que, como sabe, possui um valor de mercado não inferior a US\$ 50,00. Ele entrega o livro ao proprietário juntamente com uma nota de um dólar. O proprietário, por sua vez, ao ler o título do livro e o preço na etiqueta, guarda o dólar e entrega o livro a *A*. Nesta circunstância, não cabe ao comerciante do livro a concessão do direito de restituição, uma vez que não houve equívoco no tocante à identidade do livro e ambas as partes pretendiam negociar com base na habilidade de cada um em avaliar o preço do livro.<sup>82</sup>

O segundo exemplo se assemelha ao caso hipotético do violino, presente no Second Restatement of Torts, e faz sentido, do ponto de vista econômico, pelas mesmas razões. O primeiro exemplo é mais intrincado. Uma diferença fatural importante entre o primeiro e o segundo exemplos é que enquanto este envolve um “sebo”, aquele envolve uma loja que vende mercadorias novas e de alta qualidade, bem como artigos de qualidade inferior. Por que isso deveria fazer a diferença no que se refere ao dever de revelar a informação da parte com conhecimento desta? Os formuladores distinguem as duas situações com relação às intenções de negócio das partes envolvidas. Contudo, essa explicação é insatisfatória, pois malogra em indicar por que as intenções deveriam ser diferentes nos dois casos. Uma maneira alternativa de conciliar esses dois exemplos, aparentemente contraditórios, poderia ser a seguinte: alguém pode facilmente imaginar um especialista (em violinos ou livros) examinando casualmente um sebo na esperança de encontrar uma obra-prima avaliada por um preço inferior. No entanto, parece menos provável que um negociante, em busca de oportunidades, possa gastar seu tempo averiguando o mostruário de uma joalheria com peças finas e bijuterias na esperança de encontrar uma gema que tenha sido classificada erroneamente.

O proprietário de uma joalheria refinada certamente é um especialista na discriminação de joias valiosas e artificiais. Visto que é um especialista e toma grande cuidado ao separar suas próprias mercadorias, é improvável que ele cometa um erro de classificação. Se erros similares ocorrem com maior frequência em sebos (porque seus proprietários, de modo geral, ou carecem de *expertise*, ou são negligentes na classificação), um especialista em busca de barganhas pode ter mais chances de descobrir um item avaliado abaixo de seu valor real nesse tipo de local do que em uma joalheria em que são vendidas tanto gemas finas quanto peças de pouco valor. Supondo que isso seja verdade, alguém poderia ter a expectativa de encontrar mais averiguações deliberadas em um caso do que no outro. Disso se depreenderia que a exigência de revelação da informação é mais apropriada no contexto da joalheria do que de um sebo.

Essa explicação é bastante frágil e se baseia numa suposição indemonstrável acerca da incidência de erros de classificação em ambos os

casos. Se a explicação, porém, é insatisfatória, isso, por si só, poderia ser um motivo para rejeitar a visão dos formuladores ou para acreditar que estes não tenham formulado a norma de maneira exata.

### **III. ERRO UNILATERAL E DEVER DE REVELAR UMA INFORMAÇÃO**

A regra de que um promitente unilateralmente equivocado será eximido quando seu erro for, ou deva ser, de conhecimento da outra parte é caracterizada pelos casos de ofertas equivocadas e por aqueles em que o erro da parte equivocada resulta de sua leitura errônea de um documento específico (comumente, o próprio contrato proposto). Em ambos os casos, é pouco provável que o conhecimento privilegiado da parte não equivocada (seu conhecimento do erro da outra parte) seja fruto de uma averiguação deliberada. Em outras palavras, uma norma que exija dele revelar o que sabe não o levará a alterar seu comportamento de tal modo que a produção de informações dessa natureza seja reduzida.

Um contratante que recebe uma oferta equivocada, por exemplo, comumente se inteira do erro (caso se dê conta deste) ao comparar a oferta equivocada com outras que lhe foram apresentadas, ou ao notar um erro evidente em face da própria proposta. Em ambos os casos, o conhecimento do erro surge no decurso de um exame rotineiro das ofertas que ele faria. A parte que recebe a proposta possui um incentivo independente de examinar cuidadosamente cada uma das ofertas que lhe são apresentadas: a rentabilidade de seu próprio empreendimento requer que ele faça isso. Certamente é verdade que a *expertise* do receptor da oferta pode lhe facilitar a identificação de certos tipos de erros em propostas submetidas a ele. Mas a detecção de erros de redação ou de cálculo talvez não seja seu principal objetivo. Uma norma que requeira a revelação de informações referentes a erros desse tipo muito provavelmente não o desencorajará a investir no desenvolvimento do tipo de *expertise* que lhe facilite detectar tais equívocos.

Na primeira parte deste ensaio, defendeu-se que uma norma que exija a revelação da informação na situação em que um erro unilateral é conhecido pela outra parte, ou suscetível de sê-lo, faz sentido do ponto de vista econômico, pois a parte com conhecimento – no momento em que o contrato



é celebrado – pode prevenir o erro a menor custo. Se a parte que possui informações privilegiadas investiu deliberadamente na sua produção – e se as informações forem socialmente úteis (de modo que consideremos sua produção desejável desde o início) –, os custos de averiguação devem ser considerados a fim de determinar se a parte em questão pode, de fato, prevenir o erro de forma mais econômica. Nos casos citados com maior frequência, para apoiar a proposição de que um erro unilateral será eximido quando for, ou puder ser, razoavelmente conhecido pela outra parte (isto é, os casos de oferta equivocada e documento lido erroneamente), é pouco provável que as informações privilegiadas em questão sejam fruto de investimento deliberado. Assim sendo, a conclusão alcançada na primeira parte do ensaio é confirmada.

Os casos de erro unilateral não se distinguem, a princípio, de outros casos contratuais discutidos na segunda parte do presente ensaio, os quais impõem um dever de revelar a informação. Esses casos distinguem-se como grupo pelo fato de que, em cada um deles, o interesse social na eficiência é mais bem servido alocando-se o risco de um erro unilateral à parte com conhecimento (visto que é pouco provável que essa situação o desencoraje de investir na produção de informações socialmente úteis). Nos casos em que a não revelação de informação é autorizada, uma alocação similar do risco eliminaria – como se tentou demonstrar – o incentivo privado para produzir informações e, portanto, concorreria para o prejuízo da sociedade como um todo. Vistos dessa maneira, tanto os casos que exigem revelação (incluindo os casos de erro unilateral) quanto aqueles que permitem a não revelação da informação parecem estar de acordo (ou ao menos são consistentes) com os princípios da eficiência.

## CONCLUSÃO

Neste artigo, enfatizou-se o modo pelo qual um dos ramos do chamado Direito dos Contratos promove a eficiência ao encorajar a averiguação deliberada de informações socialmente úteis. Conforme foi argumentado, ele assim o faz ao fornecer ao possuidor de informações o direito de lidar com outros sem revelar o que sabe. Esse direito é, em essência, um direito de propriedade, e procurou-se demonstrar que a lei tende a reconhecer um

direito dessa natureza, quando a informação é resultado de uma averiguação deliberada e custosa, e tende a não reconhecê-lo, quando a informação é adquirida fortuitamente. Essa distinção básica entre dois tipos de informação (e a teoria dos direitos de propriedade em que é baseada) introduz uma ordem nos casos em que existe o dever de revelar a informação, e elimina o aparente conflito entre aqueles casos em que se permite não revelar a informação e a norma, amplamente aceita, de que um promitente unilateralmente equivocado será eximido caso seu erro seja, ou possa ser, razoavelmente conhecido pela outra parte.

Embora a discussão tenha sido delimitada ao Direito dos Contratos – na verdade, a uma parte muito pequena dele –, a abordagem teórica desenvolvida na segunda parte do ensaio pode ser útil na análise de problemas relacionados em outras áreas do Direito. Por exemplo, em que medida as exigências de revelação de informações em leis de mercado de capitais, que visam a coibir o *insider-trading*, sustentam-se (e justificam-se) na ideia de que a informação interna provavelmente foi obtida casualmente e não por uma tentativa consciente de produzi-la?<sup>83</sup> Se essa é, de fato, uma das principais hipóteses que sustentam as diversas exigências de revelação de informação impostas pelas leis de mercado de capitais, que conclusões – se é que se pode chegar a uma – podem ser tiradas em relação ao alcance apropriado dessas exigências? Quantas informações acerca de seus planos um ofertante precisa revelar publicamente para a empresa que pretende adquirir? Nossa análise esclarece a exigência de “falta de evidência” nas leis de patentes?<sup>84</sup> (Será esse um instrumento jurídico para discriminar informações resultantes de uma averiguação deliberada daquelas que não o são?) As distinções aqui sugeridas nos auxiliariam, porventura, a compreender a proliferação de exigências de revelação no campo de produtos para o consumidor e a formar um melhor julgamento sobre se são ou não desejáveis? Uma teoria jurídica que pudesse nos fornecer um modelo teórico comum para a análise destas e de outras questões teria, certamente, grande apelo.

**NOTAS**

\* Gostaria de agradecer Gehard Casper, Richard Epstein, Walter Hellerstein, Thomas Jackson, Edmund Kitch, William Landes, Richard Posner, George Priest e George Stigler, pelos comentários profícuos a respeito de esboço deste capítulo. Este trabalho tornou-se possível graças a uma bolsa concedida pela Fundação Charles R. Walgreen.

\*\* Professor-assistente de Direito na University of Chicago Law School (N.E.: cargo ocupado em 1978).

\*\*\* Conforme citado em *Laidlaw vs. Organ*, 15 U.S. (2 Wheat.) 187-188, nota b.

**1** Num sentido estritamente econômico, nem todos os erros prognosticáveis são "erros" no sentido jurídico. Um indivíduo pode malograr em prever corretamente uma consequência específica simplesmente porque seu conhecimento do mundo é incompleto. Mas, a menos que fosse justificável em termos de custo para ele reduzir a incompletude de seu conhecimento a partir da aquisição de novas informações sobre o mundo, seria incorreto considerar – sob o ponto de vista econômico – um erro dessa espécie, passível de prognóstico, como sendo um "erro". Um economista talvez tendesse a definir um erro no sentido jurídico como um erro na predição resultante de um estado de incerteza em que a própria parte equivocada concordaria que tal erro poderia ter sido sanado a um custo razoável (aumentando seu conhecimento do mundo). Na linguagem usual, contudo, o termo "erro" costuma ser usado num sentido muito mais amplo, para exprimir simplesmente um erro que não teria sido cometido se o conhecimento de mundo da parte equivocada fosse mais completo. É nesse último sentido que o termo é utilizado neste trabalho.

**2** Normalmente, os autores acadêmicos insistem em que diferentes fatores devem ser considerados ao se decidir quando eximir um promitente equivocado. Os fatores a seguir foram considerados especialmente importantes: (1) a "natureza" do erro: Williston, *A Treatise on the Law of Contracts* 13, 3. ed., 1970, §§ 1544, 1569, 1570; Corbin, *Corbin on Contracts* 3, § 597 (1960); *Restatement of Restitution*, § 9, com. C, § 16, com. C (1937); *Restatement of Contracts*, § 502 (1932); (2) a possibilidade de enriquecimento iníquo no caso de a promessa ser forçada: James Bradley Thayer, *Unilateral Mistake and Unjust Enrichment as a Ground for the Avoidance of Legal Transaction*, *Havard Legal Essays*, 467-499 (1934); Palmer, *Mistake and Unjust Enrichment*, p. 8, 53, 96 (1962); (3) a dimensão da perda potencial do promitente: Warren A. Seavey, *Problems in Restitution*, *Oklahoma Law Review* 7, 257, 267 (1954); Rabin, *A Proposed Black-Letter Rule Concerning Mistaken Assumptions in Bargaining Transactions*, *Texas Law Review* 45,

1273, 1288-1291 (1967); (4) a dificuldade de indenizar o promissário por quaisquer custos em que possa ter incorrido pela confiança na promessa: Annotations, *American Law Reports* 59, (1929), 89; Rabin, op. cit., p. 1299; e (5) a alocação – para uma parte ou outra – dos riscos do erro, Rabin, p. 1292-1294; Posner, *Economic Analysis of Law*, 2. ed. p. 73-74 (1977).

Tem-se assumido comumente que a cada um desses fatores deve-se atribuir um peso não preciso ao se decidir quando eximir um promitente equivocado. Ver Rabin, op. cit., p. 1275. Análises recentes do erro, no entanto, enfatizam particularmente a relevância de determinar qual das partes do contrato assume o risco do erro em questão. Essa tendência de ressaltar a importância da alocação do risco é bastante evidente, p.ex., no capítulo proposto sobre esse assunto em *Second Restatement of Contracts*, §§ 294-196, e nota Introdutória (Tent. Draft N. 10, 1975).

A ideia de que a lei costuma desempenhar a função de alocação de risco certamente não é nova. Ver Patterson, The Apportionment of Business Risks through Legal Devices, *Columbia Law Review* 24, 335 (1924). Outros textos sobre o tema tem aprofundado nosso entendimento do conceito de risco e refinado a utilização deste como instrumento de análise. Ver, p.ex., Posner e Rosenfield, Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis, *Journal of Legal Studies* 6, 83 (1977); Ashley, The Economic Implications of the Doctrine of Impossibility, *Hastings Law Journal* 26, 1251(1975); Joskow, Commercial Impossibility, the Uranium Market and the Westinghouse Case, *Journal of Legal Studies* 6, 119 (1977); Posner, op. cit., p. 73-74; Brown, Product Liability: The Case of an Asset with a Random Life, *American Economic Review* 64, 149 (1974); Schwartz, Sales Law and Inflation, *Southern California Law Review* 50, 1 (1976); Arrow, Insurance, Risk and Resource Allocation, in *Theory of Risk-Bearing* (1971). Um livro mais antigo, porém, útil, é Hardy, *Risk and Risk Bearing*.

Até agora ninguém empregou a ideia de alocação de risco a fim de fornecer uma explicação sistemática da lei de equívoco como um todo. Posner e Rosenfield, contudo, ofereceram uma explanação acerca dos problemas, intimamente associados, de impossibilidade e frustração. Uma teoria do equívoco baseada na noção de alocação de risco poderia ser facilmente construída a partir de generalizações do que já foi dito a respeito de assuntos relacionados.

Visto que se apoia no princípio de eficiência e é inspirado pelo trabalho de acadêmicos do chamado campo de “direito e economia”, frequentemente caracterizo o ponto de vista adotado neste artigo como sendo uma perspectiva “econômica”. Há, naturalmente, muito mais a respeito da teoria econômica do direito, de modo geral, e do direito contratual, em particular, do que sobre a noção de alocação de risco. Ver, p.ex., Posner, op. cit. p. 65-69; Posner e Richard, Gratuitous Promises in Economics and Law, *Journal of Legal Studies* 6, 411 (1977).

**3** Posner, nota 2 *supra*, p. 74-79; Posner e Rosenfield, nota 2 *supra*.

**4** Muitos dos eventos que constituem as impossibilidades incômodas não podem ser evitados a um custo razoável por qualquer das partes contratantes. P.ex., é impossível evitar a eclosão de uma guerra (*Paradine vs. Jane*, 82 Eng. Rep. 897 (K. B., 1964), *Société Franco Tunisienne d' Armement vs. Sidermar S.P.A.*, [1961] 2 Q.B. 278); uma safra arruinada (*Howell vs. Coupland*, [1874] 9 Q.B. 462, *Anderson vs. May*, 50 Minn. 280, 52 N.W. 530 [1892]); o estabelecimento de uma regulação governamental (*Lloyd vs. Murphy*, 25 Cal. 2d 48, 153P .2d 47 [1944]), ou o cancelamento de uma cerimônia de coroação (*Krell vs. Henry*, [1903] 2 K. B. 740 [C. A.]). Quando a ocorrência de um evento não pode ser evitada, o risco de sua ocorrência pode ser efetivamente reduzido apenas por meio de seguro. Essa é a principal razão pela qual o seguro desempenha um papel mais importante em casos de impossibilidade do que ao lidar com o erro. Posner e Rosenfield, nota 2 *supra*, p. 91.

**5** George J. Stigler, *The Economics of Information*, *Journal of Political Economy* 9, 213 (1961). Reimpresso em *The Organization of Industry* 171 (1968).

**6** Para uma discussão do modo pelo qual as práticas comerciais podem afetar a alocação de risco, ver Berman, *Excuse for Nonperformance in the Light of Contract Practices in International Trade*, *Columbia Law Review* 63, 1413 (1963), e Note, *Custom and Trade Usages: Its Application to Commercial Dealings and the Common Law*, *Columbia Law Review* 55, 1192 (1955).

**7** A confirmação da existência dessa lacuna dependerá das intenções das partes, a partir da reconstrução feita pelo processo de interpretação judicial. O fato de que um contrato não abrange um ponto em particular não significa que as partes fracassaram em alcançar um entendimento. Apenas quando tal entendimento não existe é que se pode afirmar que o contrato contém uma verdadeira lacuna. Os problemas de difícil interpretação envolvidos na identificação e, logo, no preenchimento das lacunas são investigados em dois artigos do professor Farnsworth, "Meaning" in the Law of Contracts, *Yale Law Journal* 76, 939 (1967), e *Disputes Over Omissions in Contracts*, *Columbia Law Review* 68, 860 (1968).

**8** Posner, nota 2 *supra*, p. 74-79; Posner e Rosenfield, nota 2 *supra*, p. 88-89.

**9** "Restatement (Second) of Contracts", § 295, Comment A (Tent. Draft N. 10, 1975).

**10** Idem.

**11** Corbin, nota 2 *supra*, § 608; Palmer, nota 2 *supra*, p. 67, 96-98; Rabin, nota 2 *supra*, p. 1277-1279.

**12** Embora liberalize a isenção para o erro unilateral, o Second Restatement of Contracts preserva a distinção doutrinária básica entre erro unilateral e mútuo, bem como faz com que a isenção seja menos acessível no primeiro caso do que no segundo. Sobre esse aspecto, compare Restatement (Second) of Contracts, §§ 294-95 (Tent. Draft N. 10, 1975) com Restatement of Contracts, §§ 502-503 (1932).

**13** A discussão do professor Posner sobre *Sherwood vs. Walker* ilustra essa questão. Ver Posner, nota 2 *supra*.

**14** 207 F. 2d. 341 (7 Cir. 1953).

**15** Corbin, nota 2 *supra*, § 608; Restatement of Contracts § 503 (1932).

**16** Corbin, nota 2 *supra*, § 608; “São extremamente comuns declarações, tanto em textos como nos pareceres de tribunais, de que a mitigação da responsabilidade não será dada com base no equívoco, a não ser que este seja ‘mútuo’. Essa ampla generalização é incorreta. Raramente é acompanhada por uma definição ou análise (...) Os casos nem sempre se sujeitam a ser classificados como ‘equívoco mútuo’ ou ‘equívoco unilateral’. E mesmo quando se submetem, a solução não segue, mecanicamente, um conjunto de regras distintas para cada classe. Muito frequentemente a mitigação tem sido e será concedida quando o equívoco for unilateral”.

**17** Corbin, nota 2 *supra*, § 610; Lubell, Unilateral Palpable and Impalpable Mistake in Construction Contracts, *Minnesota Law Review* 16, 137 (1932); Rabin, nota 2 *supra*, p. 1279-1281.

**18** “Suponha, primeiramente, um caso no qual um empreiteiro faça uma oferta para fornecer determinadas mercadorias, ou para fazer um trabalho específico por um preço fixo, e esse empreiteiro tenha fixado tal preço erroneamente por um erro de computação. Se, antes de aceitar a oferta, aquele que a recebe sabe, ou possui motivos para saber, que um erro material foi feito, raramente este será maldoso o bastante para aceitar; e se aceitar, os tribunais não terão dificuldade em desfazer a negociação. Em consequência, ele não está autorizado a ‘apressar’ tal oferta e obter lucro indevido”. Corbin, nota 2 *supra*, § 609.

Para um caso em que um empreiteiro foi autorizado a retirar sua oferta apesar da aceitação e confiança da parte à qual esta foi submetida, ver *Union Tank Car Co. vs. Wheat Brothers*, 15 Utah 2d 101, 387 P. 2d 1000 (1964).

Do ponto de vista econômico, seria irracional permitir à parte que conhece (ou possui motivos para conhecer) o equívoco que obrigue a outra parte do contrato a manter a promessa com base na confiança. Uma regra dessa natureza encorajaria a confiança precisamente onde deveria ser desencorajada. Se a parte que não incorreu em equívoco *não possui motivos para conhecer* o erro, porém, o grau de sua confiança será, frequentemente, levado em conta na determinação dos danos que lhe são causados. Caso tenha confiado substancialmente na promessa feita pela parte equivocada, será dado à parte que não incorreu em equívoco, por sua vez, o direito de fazer cumprir o contrato (instaurando processo judicial para recuperar sua expectativa perdida). Se, por outro lado, a parte não equivocada não tiver confiado, de maneira substancial, na promessa antes de o erro ser descoberto, os tribunais costumam autorizar a parte equivocada a desfazer o contrato sob a condição de indenizar a parte não equivocada por quaisquer despesas relacionadas à confiança ou aos custos secundários em que tenha incorrido (como ter de solicitar novas ofertas).

**19** Corbin, nota 2 *supra*, § 607; Williston, nota 2 *supra*, § 1577. Ver, também, Restatement of Contracts, § 505, com. A (1932) (trata do direito da parte equivocada de ter o contrato corrigido).

**20** Williston, nota 2 *supra*, § 94. Ver *Bell vs. Carroll*, 212 Ky. 231, 278 S.W. 541 (1925), *German Fruit Co. vs. Western Union Tel Co.*, 137 Cal. 598, 70 P. 658 (1902), *United States vs. Braunstein*, 75 F. Supp. 137 (S.D.N.Y. 1947).

**21** Ver Lubell, nota 17 *supra*, p. 147-154.

**22** Ver Posner, A Theory of Negligence, *Journal of Legal Studies* 29, 58 (1972); Gregory, Kalven, Epstein, *Cases and Materials on Torts*. 3 ed., 1996, p. 400-06. Poderia argumentar-se que uma lei de responsabilidade composta desse tipo encorajaria a parte equivocada a reduzir seu próprio investimento inicial na prevenção de erros. Isso pode ocorrer até certo ponto. Mas uma vez que a parte (potencialmente) equivocada não possui nenhuma maneira de saber se qualquer erro que venha a cometer seja ou possa ser conhecido pela outra parte, ela se arriscaria substancialmente ao reduzir o nível de seus próprios esforços na prevenção do erro. Quanto maior for o risco, menor será sua redução. Para uma discussão geral de como as leis de responsabilidade afetam o comportamento individual e a prevenção de acidentes no contexto de uma única atividade, ver Diamond, Single Activity Accidents, *Journal of Legal Studies* 3, 107 (1974).

**23** Embora os casos de não revelação de informação sejam frequentemente discutidos em conexão com o problema do equívoco unilateral, a relação entre as doutrinas de não revelação e erro têm confundido os críticos. Assim, escreve, num artigo clássico, um crítico: “Um caso de certa dificuldade surge quando o equívoco unilateral é conhecido pela outra parte e esta auxilia na formação do contrato com o equívoco não corrigido. A questão sobre em que medida a parte está sob o dever de revelar seu conhecimento superior é determinado por princípios da lei, com exceção daqueles que discutimos [isto é, os princípios do equívoco], e, quando há o dever de revelar a informação e não o respeitamos, há, geralmente, um caso de fraude” (Foulke, *Mistake in the Formation and Performance of a Contract*, *Columbia Law Review* 11, 197, 229 [1911]). Ver, também, Rabin, nota 2 *supra*, p. 1279; Palmer, nota 2 *supra*, p. 80-89.

**24** Williston, nota 2 *supra*, §§ 1497-99. Ver notas 49 a 76 *infra*.

**25** Embora ao longo deste trabalho utilizemos a expressão “dever de revelar a informação,” o dever envolvido não é uma obrigação jurídica propriamente dita. Se a parte com conhecimento não revelar o erro da outra parte em questão, sua omissão concederá à parte equivocada fundamentos para anular qualquer contrato que tenha sido celebrado entre elas. Na ausência de tal contrato, contudo, a parte com conhecimento não tem o dever de revelar a informação – isto é, a não revelação, por si só, não concederá à parte equivocada o direito de mover ação judicial por danos. Obviamente que em outros casos – p.ex., onde há uma relação fiduciária entre as partes – pode existir um dever positivo desse tipo. Onde isso ocorre, a reticência em revelar a informação não é meramente uma defesa no processo movido pela parte com conhecimento para fazer cumprir as obrigações contratuais da outra parte; também fornece à parte equivocada uma causa para a impetração de uma ação independente por danos.

**26** *Laidlaw vs. Organ*, 15 U. S. (2 Wheat.) 178.

**27** Se Organ negasse que tivesse tido qualquer notícia dessa natureza, teria cometido uma fraude. Pode até ser, considerando o questionamento direto da Laidlaw, que o silêncio da parte de Organ fosse fraudulento. William W. Story, *A Treatise on the Law of Contracts*, 2. ed., 1847, p. 444. Em minha discussão acerca deste caso e da regra geral que Marshall declara em sua famosa decisão, descartei qualquer postura fraudulenta da parte de Organ. Ver nota 49 *infra*.

**28** Ver, p.ex., Palmer, nota 2 *supra*, p. 84.

**29** Williston, nota 2 *supra*, § 1497; Restatement of Contracts, § 472, com. B (1932);



Rabin, nota 2 *supra*, p. 1279; Keeton, Fraud – Concealment and Non- Disclosure, *Texas Law Review* 15, 21-23 (1936); Patterson, *Essentials of Insurance Law*, p. 447 (1957).

**30** Argumentos clássicos podem ser encontradas em Story, nota 27 *supra*, p. 442-43; e em Kent, 2 *Commentaries*, 12. ed., 1873, §§ 484, p. 485.

**31** “Se, numa transação negociada de pouco montante, em que A tenha assumido o risco a respeito da existência ou não de certos fatos, e equivoca-se acerca de tais fatos, sem ter sido constatada a existência de fraude ou imposição, A não poderá rescindir seu contrato, a despeito do conhecimento de B acerca do equívoco de A” [citando *Laidlaw vs. Organ*, 15 U.S. (2 Wheat.) 178 (1817)]. Rabin, nota 2 *supra*, p. 1279.

**32** Em seu primoroso artigo de revisão da lei sobre fraude e não revelação de informação, o professor Keeton chama a atenção para o fato de que os tribunais, ao decidirem quando devem impor um dever de revelar informações especiais, têm sido influenciados pela maneira como a informação é adquirida. Em um momento, p.ex., ele afirma que “o modo pelo qual o comprador adquire a informação que oculta do fornecedor deveria ser uma circunstância material. A informação deveria ter sido adquirida como resultado da boa aplicação de um conhecimento superior, de uma habilidade ou um julgamento técnico; poderia ter sido adquirida por mero acaso; ou por meio de alguma ação de caráter duvidoso de sua parte”. Keeton, nota 29 *supra*, p. 25. A principal finalidade do presente artigo é desenvolver essa distinção entre diferentes tipos de informação de uma maneira mais rigorosa, a fim de justificar a distinção na área econômica, e demonstrar seu poder explanatório como princípio de ordenamento dos casos de revelação de informação.

**33** Ver Hirshleifer, The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity, *American Economic Review* 61, 561 (1977).

**34** Isso não será verdadeiro num regime de “troca pura”, ou seja, num regime em que os bens apenas são trocados e não produzidos (permanecendo constante o estoque de bens permutados). No “regime mais realista, em que tanto a produção como a troca ocorrem,” contudo, a informação do tipo envolvido no caso *Laidlaw vs. Organ* terá consequências distributivas. Hirshleifer, nota 3 *supra*, p. 566-567.

**35** “Ganhar vantagem a partir de um melhor conhecimento dos recursos de comunicação ou transporte é, às vezes, considerado algo quase desonesto, embora seja tão importante que a própria sociedade faça uso das melhores oportunidades a esse respeito quando, por

exemplo, utiliza as últimas descobertas científicas. Essa discriminação tem afetado, em grande medida, a atitude em relação ao comércio em geral comparada àquela concernente à produção. Mesmo os economistas que se consideram acima das falácias materialistas cruas do passado cometem constantemente o mesmo equívoco, quando as atividades direcionadas à aquisição desse conhecimento prático são levadas em conta – aparentemente porque em seu esquema de coisas se espera que esse conhecimento prático seja ‘dado’. A ideia comum agora parece ser de que esse conhecimento deveria estar prontamente ao alcance de todos, e a repreensão à irracionalidade que direcionava críticas contra a ordem econômica existente se baseia, com frequência, no fato de que esse conhecimento não é facilmente obtido. Essa visão desconsidera o fato de que o método pelo qual esse conhecimento possa se tornar o mais difundido possível é precisamente o problema para o qual temos de encontrar uma solução” (Hayek, *The Use of Knowledge in Society*, *American Economic Review* 35, 519, 522 (1945).

**36** É o que ocorrerá caso a nova oferta seja feita por uma quantia maior do que a do contrato original, acrescida de quaisquer danos que *A* venha a ter de pagar a *B* por quebrar sua promessa de transportar o algodão de *B* para Nova York. Ver John H. Barton, *The Economic Basis of Damages for Breach of Contract*, *Journal of Legal Studies* 1, 277 (1972); Posner, nota 2 *supra*, p. 88-93.

**37** Compare a distinção entre resgatadores “profissionais” e “altruístas” feita por Landes e Posner, *Salvors, Finders. Good Samaritans, and Other Rescuers: An Economic Study of Law and Altruism*, *Journal of Legal Studies* 7, 83 (1978). Os custos da busca pela informação são analisados em George J. Stigler, *The Economics of Information in the Organization of Industry* (1968).

**38** A menos que ele viaje de ônibus com esse exato propósito. Nesse caso improvável, ele obteria a informação deliberadamente.

**39** Ver Demsetz, *Toward a Theory of Property Rights*, *American Economic Review* 57, 347 (Papers & Proceedings, 1967).

**40** Ver Plant, *The Economic Theory Concerning Patents for Inventions*, in *Selected Economic Essays and Addresses*, p. 35 (1974).

**41** Essa noção é sugerida – mas não desenvolvida – por Hirshleifer. Ao discutir o destino de Eli Whitney, que “investiu recursos consideráveis na tentativa de proteger sua patente e processar infrações” (em vão), Hirshleifer diz o seguinte: “Mas o que parece ter

sido negligenciado é o fato de que havia outras rotas de lucro disponíveis a Whitney. O descaroador de algodão teve obviamente implicações especulativas no preço do algodão, no valor dos escravos e das terras de produção de algodão, nas perspectivas de negócios de empresas comprometidas com o fornecimento de abrigo e o transporte marítimo de produtos manufaturados do algodão, e nos valores de locais estratégicos na rede de transporte que surgiu. Houve, ainda, implicações previstas para indústrias concorrentes (lã) e complementares (têxtil, maquinaria). Parece bastante provável que alguns indivíduos precavidos obtiveram ganhos especulativos sobre esses desenvolvimentos, embora Whitney, aparentemente, não o tenha obtido. E, mesmo assim, ele foi o primeiro a estar a par do assunto, o criador de uma oportunidade única para o lucro especulativo. Por outro lado, Whitney, certamente ,poderia ter tentado manter seu processo em sigilo, com exceção daqueles que viessem a comprar sua informação”.

Hirshleifer, nota 33 *supra*, p. 571.

**42** Se uma das partes do contrato está sob o dever de revelar a informação, esta precisa revelá-la independentemente de a outra parte do contrato indagá-la a respeito do que ela sabe ou não. O fato de a parte com conhecimento não estar sob o dever de revelar a informação não significa, contudo, que possa mentir ao responder uma questão dessa natureza. Isso seria fraude. No entanto, a parte com conhecimento que não está sob tal dever pode se recusar a responder às indagações da outra parte, bem como colocar essa última sob o risco de decidir se continua com o contrato ou não (a parte com conhecimento pode, com toda a certeza, simplesmente vender sua informação à outra parte se ela assim o desejar).

**43** Sobre os custos gerais de estabelecer direitos de propriedade sobre a informação, ver Demsetz, Information and Efficiency: Another Viewpoint, *Journal of Law & Economics* 12, 1, 10-11 (1969).

**44** Ver Plant, nota 40 *supra*, para uma discussão dos custos de um sistema de patente, comparado com outros dispositivos jurídicos para a atribuição de direitos de propriedade sobre a informação.

**45** Posner, nota 2 *supra*, p. 65-69; Posner e Rosenfield, nota 2 *supra*, p. 88-29.

**46** Nos últimos anos, houve discordâncias consideráveis entre os economistas com relação ao nível de otimização de investimento privado na produção de informação. Esse problema foi tema de discussão em Arrow, Higher Education as a Filter, *Journal of Public Economics* 2, 193 (1973); Demsetz, Information and Efficiency: Another Viewpoint,

*Journal of Law & Economics* 12, 1 (1969); Marshall, Private Incentives and Public Information, *American Economic Review* 64, 373 (1974); Fama e Laffer, Information and Capital Markets, *Journal of Business* 44, 289 (1971); Hirshleifer, nota 33 *supra*; e Barzel, Some Fallacies in the Interpretation of Information Costs, *Journal of Law & Economics* 20, 291 (1977).

Os Economistas que discutiram o problema concordaram que, num sistema jurídico que não reconhece direitos de propriedade sobre a informação, será produzida pouquíssima informação. Vários economistas, contudo, têm expressado a preocupação de que um sistema de direitos de propriedade sobre a informação poderia, em algumas circunstâncias, induzir a um investimento exagerado na produção de informação. Ver, p.ex., Hirshleifer, nota 33 *supra*, p. 573. Supondo que nossas normas jurídicas não possam mais ser minuciosamente ajustadas, ao se decidir se a não revelação de certa informação será permitida (i.e. garantir um direito de propriedade sobre a informação), poderíamos nos ver forçados a fazer uma escolha prática entre super e baixos investimentos – sendo ambos pouco ideais. No entanto, como é certo que a eliminação dos direitos de propriedade resultará em baixa produção, e o perigo de que o reconhecimento de tais direitos poderia levar à superprodução, haveria um caso econômico forte (mas não conclusivo) para reconhecer os direitos de propriedade sobre a informação, ao menos quando esta for obtida deliberadamente. Sob o ponto de vista econômico, isso pode não ser a solução mais adequada, mas é mais atraente do que a alternativa prática.

**47** Para uma discussão geral acerca dos custos (e benefícios) da especificidade na formulação de normas jurídicas, ver Ehrlich e Posner, An Economic Analysis of Legal Rulemaking, *Journal of Legal Studies* 3, 257 (1974). Um das desvantagens de uma abordagem caso a caso é que esta pode encorajar aqueles que procuram informação a investir mais do que de costume a fim de meramente “fazer valer” seus direitos de propriedade. Para uma discussão desse problema, no contexto dos direitos da água, ver Hirshleifer, DeHaven, Milliman, *Water Supply: Economics, Technology, and Policy*, p. 59-66 (1960).

**48** Em seu 42º relatório anual para o ano fiscal encerrado em 30 de junho de 1976, a Comissão de Valores Mobiliários [americana] (SEC) afirma que, no fim do ano fiscal de 1976, o total computado de registros de corretoras foi de 5.308, e o de registros de analistas de investimentos foi de 3.857; Security Exchange Commission Annual Report 42, p. 182 (1976). O número de indivíduos realmente engajados na coleção e disseminação deliberada de informação de mercado é, naturalmente, muito maior do que esses números poderiam indicar, uma vez que uma única corretora ou analista de investimentos pode perfeitamente ser uma grande empresa com muitos empregados.

**49** Antes de se recorrermos aos casos de revelação de informação propriamente ditos, observamos que muitos deles suscitavam dois problemas que não são tratados neste ensaio. O primeiro envolve a existência ou não de uma relação confidencial ou fiduciária entre as partes do contrato. Quando existe essa relação, os tribunais estão mais propensos a exigir a revelação da informação do que estariam sob outras circunstâncias. “Onde existe uma relação fiduciária entre as partes, tal como advogado e cliente, tutor e pupilo, fiduciário e fideicomisso, executor do testamento e legatário, mandante e mandatário, principal e agente, envolvidos em *joint ventures* e seus parceiros, há uma responsabilidade positiva em revelar os fatos materiais; o malogro em fazê-lo é fraudulento desde suas bases. Como mencionado anteriormente, há uma obrigação similar quando um corretor, ao negociar ações ou imóveis, representa um principal.

Além disso, a natureza da transação ou a relação entre as partes pode ser tal, que os deveres de um fiduciário são impostos sobre uma das partes, e essa relação envolve um dever de revelação”. Williston, nota 2 *supra*, § 1499. Ver, também, Kerr, *Kerr on the Law of Fraud and Mistake*, 7. ed., 1952, p. 185-86; Spencer, *Actionable Now-Disclosure*, p. 273-74 (1915).

O segundo problema diz respeito à linha existente entre não revelação de informação, de um lado, e fraude ou adulteração, de outro. Mesmo se nenhum dever de revelação seja devido a uma das partes do contrato, a fraude ou representação indevida da outra lhe fornecerá quase invariavelmente uma base jurídica para anular o contrato. Williston, nota 2 *supra*, §§ 1487; Keeton, nota 29 *supra*, p. 1-6 (descreve, em especial, a distinção feita entre não revelação de informação e “ocultação ativa”).

Cada uma dessas normas gerais ou princípios fazem sentido do ponto de vista econômico: uma relação fiduciária pode ser vista como uma forma deliberada de divisão dos riscos (o beneficiário, com efeito, compra a informação da outra parte), e a fraude torna-se economicamente indesejável porque aumenta indiscutivelmente a quantidade de informações incorretas no mercado e, por isso, poderá reduzir a eficiência do mercado como um mecanismo de alocação de recursos. Ver Darby, Karni, *Free Competition and the Optimal Amount of Fraud*, *Journal of Law & Economics* 16, 67 (1973).

Optamos por não discutir esses dois problemas por estarem centrados em questões de fato complexas (quando existe uma relação fiduciária? Onde traçar a linha divisória entre a não revelação de informação e a fraude?) sobre as quais é difícil generalizar a ponto de ser teoricamente interessante. Os casos selecionados para discussão foram escolhidos, em parte, por não suscitarem questões dessa natureza.

**50** *Fox vs. Mackreth*, 2 Bro. Ch. 400, 420, 30 Eng. Rep. 148 (1788) (*dictum*); *Smith vs. Beatty*, 2 Ired. Eq. 456 (N.C. 1843); *Harris vs. Tyson*, 24 Pa. 347 (1855); *Stackpole vs. Hancock*, 40 Fla. 362, 24 So. 914 (1898); *Holly Hill Lumber Co. vs. McCoy*, 201 S.C. 427, 23 S.E. 2d 372 (1942); Story, nota 27 *supra*, p. 442; Williston, nota 2 *supra*, § 1498.

**51** *Neil vs. Shamburg*, 158 Pa. 263, 27 Atl. 992 (1893).

**52** O tribunal decidiu, *inter alia*, que seu acordo comercial não criou uma relação fiduciária entre as partes.

**53** *Neil vs. Shamburg*, 27 Atl. 993 (1893).

**54** Para um relato da descoberta e dos eventos subsequentes, ver Shulman, *The Billion Dollar Windfall*, (1969).

**55** *Idem*, *ibidem*, p. 82.

**56** Como parte do acordo, a Texas Gulf Sulphur concordou em comprar 10% das ações de Hendrie nos lucros da mina. O valor das ações de Hendrie foi estimado em aproximadamente US\$ 100 milhões. Esse fato enfraqueceu consideravelmente sua alegação de representação errônea da realidade; além disso, a provisão de 10% deverá ser considerada como um instrumento para alocar deliberadamente o risco em questão.

É interessante notar que num caso litigioso originado de uma transação relacionada, o Supremo Tribunal de Justiça de Ontário observou que a Texas Gulf Sulphur estava apenas fazendo “O que qualquer empresa minimamente prudente teria feito para adquirir uma propriedade em que sabia da situação de anomalia muito promissora”, quando da compra desta, “sem causar aos vendedores potenciais a suspeita de que houvera uma descoberta”. *Leitch Gold Mines, Ltd. vs. Texas Gulf Sulphur*, 1 Ontario Reports 469, 492-93 (1969).

**57** Shulman, nota 54 *supra*, p. 7. É pouco provável que a Texas Gulf Sulphur pudesse ter se beneficiado de sua informação por qualquer outro modo que não comprando a propriedade onde a anomalia foi localizada. Se tivesse tentando vender sua informação aos proprietários das terras, essa empresa teria se deparado com duas dificuldades. Primeiro, teria de convencer os proprietários acerca do valor de sua informação sem revelá-la de fato. Segundo, teria de persuadir todos os proprietários envolvidos a comprar a informação em conjunto – dado que, em todas as possibilidades, um único proprietário não conseguiria pagar um preço que compensasse a corporação pelos custos em que havia incorrido para obtê-la. Uma transação multipartidária dessa natureza envolveria problemas de *free-rider* óbvios, e se tornaria especialmente difícil pelo fato de que a revelação da informação a uma das partes tornaria praticamente impossível ocultá-la dos outros. Se um proprietário obtém a informação e começa a exploração das minas, isso alertará os outros, que não terão motivos para comprar a informação. Uma vez que é razoável supor que a única maneira efetiva pela qual a Texas Gulf Sulphur poderia obter lucro de sua informação

era por meio da compra dos direitos da própria propriedade, a norma de revelação da informação teria frustrado sua única expectativa real de recuperar os custos incorridos durante a aquisição dessa informação.

**58** Ver, p.ex., *Burt vs. Mason*, 97 Mich. 127, 56 N. W. 365 (1893), e *Furman vs. Brown*, 277 Mich. 629, 199 N. W. 703 (1924). Ver, também, Williston, nota 2 supra, § 1498, n. 6.

**59** *Guaranty Safe deposit and Trust Co. vs. Liebold*, 207 Pa. 399, 56 A. 951 (1904).

**60** Idem, p. 405, 56 A., p. 953.

**61** *Pratt Land & Improvement Co. vs. McClain*, 135 Ala. 452, 33 So. 185 (1902).

**62** Ver *American Jurisprudence* 37, 2. ed., § 157, e os casos lá citados.

**63** *Gutelius vs. Sisemore*, 365 p. 2d 732 (Okla. 1961).

**64** Ver Story, nota 27 supra, p. 444-445; Kent, 2 *Commentaries*, 12. ed., 1873, § 482, n. 1.

**65** *Swinton vs. Whitinsville Sav. Bank*, 311 Mass. 677, 42 N.E. 2d 808 (1942). Ver, também, *Perin vs. Mardine Realty Co.*, 5 App. Div. 2d 685, 168 N. Y. S. 2d 647 (1957).

**66** Goldfarb, *Fraud and Nondisclosure in the Vendor-Purchaser Relation*, *Western Reserve Law Review* 8, 5 (1956); Bearman, *Caveat Emptor in Sales of Realty-Recent Assaults upon the Rule*, *Vanderbilt Law Review*, 541 (1961). Dois casos ilustrativos são *Kaze vs. Compton*, 283 S. W. 2d 204 (Ky. 1955), e *Cohen vs. Vivian*, 141 Colo. 443, 349 P. 2d 366 (1960).

**67** *Swinton vs. Whitinsville Sav. Bank*, 311 Mass. 677, 42 N. E. 2d 808 (1942). Ver, também, *Perin vs. Mardine Realty Co.*, 5 App. Div. 2d 685, 168 N. Y. S. 2d 647 (1957).

**68** *Obde vs. Schlemeyer*, 56 Wash. 2d 449, 353 P. 2d 672 (1960). Ver, também, *Williams vs. Benson*, 3 Mich. App. 9, 141 N. W. 2d 650 (1966); *Cohen vs. Blessing*, 259 S. C. 400, 1922 S. E. 2d 204 (1972), Annot., 22 A. L. R. 3d 972.

**69** Keeton, nota 29 supra, p. 31.

**70** Devido ao seu acesso superior às informações relevantes. Ver Posner, nota 2 *supra*, p. 74-75.

**71** Isso não será verdade em todos os casos. P.ex., se o proprietário planeja vender sua casa no futuro próximo, pode não ocorrer.

**72** Esse ponto é reconhecido há tempos. Ver Story, nota 27 *supra*, p. 444-445. Ver, também, a discussão clássica acerca do problema em Marcus Tullius Cicero, *De Officiis* (vol. 3, Loeb Classical Library, 1975).

**73** Para uma discussão completa do dever de revelar a informação no contexto dos contratos de seguro, ver Patterson, *Essentials of Insurance Law*, p. 444-73 (1957). Num certo ponto de sua discussão, o professor Patterson relata um importante ponto de vista “econômico” semelhante àquele desenvolvido neste ensaio:

“A doutrina da ocultação em relação aos contratos de seguros é, e tem sido por um longo tempo, uma regra excepcional. Nos contratos comerciais, e em todos os outros existentes entre pessoas que negociam com imediatismo, não se exige de A, uma das partes, que ofereça voluntariamente no momento da negociação do contrato a revelação do conhecimento que possui acerca do fato X à outra parte, no caso, B, fato o qual A sabe que B não conhece, e este o consideraria essencial para a celebração do contrato. P.ex., se A se oferece para vender a B uma grande quantidade de grãos de café, sabendo (diferentemente de B) que um relatório de uma possível queda na colheita de café no Brasil era falso, B, assumindo o compromisso de comprar sem conhecimento desse fato, não pode solicitar a anulação do contrato por conta do silêncio de A. [Citado em *Laidlaw vs. Organ.*] A diretriz que apoia essa norma baseia-se na função econômica do “mercado” como um processo pelo qual os negociantes mais bem informados fornecem um meio para a compra e a venda da propriedade pelos ‘melhores’ preços obtidos, e, por esse serviço público prestado, são recompensados permitindo-lhes lucrar com seu conhecimento especial. O processo de negociação em um ‘mercado livre’ se tornaria tedioso e instável se o negociador tivesse de contar aos outros os motivos que o levaram a estabelecer o seu preço” Idem, *ibidem*, p. 447-447.

**74** Ver *Equitable Life Assurance Soc’y of United States vs. McElroy*, 83 Fed. 631 (8 Cir. 1897) (a não revelação de uma operação de apendicite no período compreendido entre a assinatura do requerimento para o seguro e a conclusão do contrato); *Stipcich vs. Metropolitan Life Ins. Co.*, 277 U. S. 311 (9th Cir. 1928) (dictum).

**75** Patterson, *Essentials of Insurance Law*, p. 458 (1957).



**76** Supondo que ele possua motivos para acreditar que o fato não revelado seja concretamente relevante ao risco que a companhia de seguros esteja assumindo. *Idem*, *ibidem*, p. 456.

**77** Isso não é verdade em todos os casos. Se ele souber que precisa revelar a informação que descobrir toda vez, um solicitante com sintomas pode não realizar um exame médico por receio do que poderia ser revelado (da mesma forma que uma exigência de revelação da informação poderia, em algumas circunstâncias, desencorajar um proprietário a submeter sua propriedade a uma inspeção para procurar por cupins).

**78** Restatement of Contracts, § 472, ilustr. 2 e 4 (1932).

**79** Restatement (Second) of Torts, § 551 (2) (e) (Tent. Draft N. 11, 1965).

**80** *Idem*, com. e, p. 50.

**81** *Idem*.

**82** Restatement of Restitution, § 12, com. C, ilustr. 8 e 9 (1936).

**83** Discussões profícuas referentes à economia das exigências de revelação de informação no campo do mercado de capitais podem ser encontradas em Manne, *Insider Trading and the Stock Market* (1966); Fama e Laffer, *Information and Capital Markets*, *Journal Business* 44 (1971), 289, 297-298.

**84** Ver *Kitch, Graham vs. John Deere Co: New Standards for Patents*, *Supreme Court Review*, 1966, 293.

#### **Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts**

Anthony T. Kronman

*The Journal of Legal Studies*, Vol. 7, No. 1 (Jan., 1978), pp. 1-34

Publicado por: The University of Chicago Press para a The University of Chicago Law School

Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/724063>

## **SOBRE OS AUTORES**

### **STEWART MACAULAY**

PROFESSOR EMÉRITO DE DIREITO NA UNIVERSITY OF WISCONSIN LAW SCHOOL.

### **ROBERT W. GORDON**

*CHANCELLOR KENT PROFESSOR EMERITUS* DE DIREITO E HISTÓRIA LEGAL E  
PROFESSOR-ADJUNTO DE DIREITO NA YALE UNIVERSITY LAW SCHOOL.

### **DAVID CAMPBELL**

PROFESSOR DE DIREITO NA LANCASTER UNIVERSITY LAW SCHOOL.

### **HUGH COLLINS**

*VINERIAN PROFESSOR* DE DIREITO INGLÊS NA UNIVERSITY OF OXFORD LAW FACULTY  
E ALL SOULS COLLEGE.

### **MARK C. SUCHMAN**

PROFESSOR DE SOCIOLOGIA NA BROWN UNIVERSITY.

### **THOMAS S. ULEN**

*SWANLUND CHAIR EMERITUS PROFESSOR* DE DIREITO E ECONOMIA NA UNIVERSITY  
OF ILLINOIS COLLEGE OF LAW.

### **STEVEN SHAVELL**

*SAMUEL R. ROSENTHAL PROFESSOR* DE DIREITO E ECONOMIA NA HARVARD LAW SCHOOL.

### **MELVIN A. EISENBERG**

*JESSE H. CHOPER PROFESSOR* DE DIREITO NA UNIVERSITY OF CALIFORNIA BERKELEY  
SCHOOL OF LAW.

### **ANTHONY T. KRONMAN**

*STERLING PROFESSOR* DE DIREITO NA YALE LAW SCHOOL.

## **SOBRE OS ORGANIZADORES**

### **JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ**

PROFESSOR E COORDENADOR DE PUBLICAÇÕES DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP). DOUTOR EM FILOSOFIA (LINHA TEORIA DO DIREITO E DO ESTADO) PELA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE CAMPINAS. MESTRE EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. PESQUISADOR PERMANENTE DO CEBRAP LIGADO AO NÚCLEO DIREITO E DEMOCRACIA.

### **BRUNO M. SALAMA**

PROFESSOR ASSOCIADO DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP). DOUTOR EM DIREITO (JSD) PELA UNIVERSIDADE DA CALIFÓRNIA EM BERKELEY (2007). MESTRE EM DIREITO (LLM) PELA UNIVERSIDADE DA CALIFÓRNIA EM BERKELEY (2004). DIRETOR DO NÚCLEO DE DIREITO E ECONOMIA DA FGV DIREITO SP.

ISBN 978-85-64678-05-7



**LIVRE**

**LER PARTILHAR COPIAR PENSAR**