

«BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS» E A TEORIA DOS CONTRATOS

Cesar Santolim^{*}

Resumo: O artigo apresenta as principais ideias desenvolvidas pela "behavioral law and economics", área de estudos que faz uma abordagem interdisciplinar (usando informações da Psicologia, da Economia e do Direito) sobre a noção de racionalidade, e pontua algumas das aplicações destas ideias na teoria dos Contratos, em especial nas relações de consumo.

Palavras-Chave: Direito Privado – Direito e Economia – Racionalidade limitada – Contratos – Relações de Consumo.

Abstract: This paper presents the main ideas developed by "behavioral law and economics", field studies that is an interdisciplinary approach (using information from Psychology, Economics and Law) on the notion of rationality, and points out some of the applications of these ideas in Contracts, particularly in consumer relations.

Keywords: Private Law – Law and Economics – Bounded rationality – Contracts – Consumer relations.

INTRODUÇÃO: “BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS”

* Professor da Faculdade de Direito da UFRGS. Professor e Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFRGS. Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS, Pós-Doutorado na Universidade de Lisboa, Portugal. Bacharel em Direito e em Economia (UFRGS).



ma das vertentes mais instigantes das discussões de "Direito e Economia" é a denominada *Behavioral* (ou *Behavioural*, como preferem os britânicos) *Law and Economics* (BLE), focada na constatação, extraída os estudos mais recentes acerca do comportamento humano, de que a nossa "racionalidade" é "limitada" por uma série de vieses ("desvios") e heurísticas.

Os estudos de ciência cognitiva (psicologia cognitiva, neurociência) que, segundo Samir OKASHA, ainda está na sua "infância", prometem revelar muito acerca do funcionamento da mente, mas já geraram, no campo da Economia, um significativo número de trabalhos que pretendem avançar sobre a noção de racionalidade, essencial ao *homo economicus*, como desenhado pelo pensamento clássico e neoclássico¹.

Conforme Cass SUNSTEIN (2000),

"nas últimas duas décadas, cientistas sociais adquiriram conhecimento sobre como as pessoas verdadeiramente tomam decisões. Muito desses trabalhos exige alterações nos modelos de escolha racional, os quais tem dominado as ciências sociais, incluindo a análise econômica do direito. Esses modelos estão frequentemente equivocados, no sentido simples de que fazem previsões incorretas. As pessoas não são sempre "racionais" no sentido que os economistas supõem. Mas disso não se segue que o comportamento das pessoas seja imprevisível, sistematicamente irracional, aleatório, livre de regras ou incompreensível para os cientistas sociais. Pelo contrário, estas qualificações podem ser descritas, utilizadas e, até, "modeladas"..."²

A economia clássica (e a neoclássica) propõe que os indivíduos (a) maximizam suas utilidades (b) a partir de um conjunto estável de preferências e (c) acumulam uma quantidade ótima de informações em uma variedade de mercados. Fernando ARAÚJO (2012) lembra que essa "racionalidade de que

¹ *Philosophy of Science...*, p. 11.

² *Introduction...*, p. 1.

trata e ciência econômica é essencialmente *procedimental* e raramente se aventura para o plano dos *fins*" e que "não é a ponderação minuciosa, escrupulosa, articulada de todos os custos e benefícios associados à totalidade de opções que o horizonte cognitivo possa abarcar – mas apenas uma resposta diferenciada, e *explicável*, a estímulos variáveis..."³. Como aponta o mesmo autor, deve-se a George STIGLER a formulação (neoclássica) do *princípio da otimização*, "que é o da escolha da conduta que, de entre todas as possíveis, apresenta a máxima diferença entre benefícios e custos"⁴.

Esse conceito de racionalidade é verdadeiro ponto de apoio do pensamento microeconômico, que desenvolve suas teorias tendo como referência o fato de que os indivíduos agem racionalmente, o que permite que os modelos desenvolvidos sejam dotados de capacidade preditiva. E o reflexo deste pressuposto para o Direito é evidente: em qualquer de suas perspectivas (normativa ou positiva), a utilização do instrumental da Economia pelo Direito reconhece sempre capacidade dos indivíduos de reagir a determinados incentivos (ou desincentivos), o que presume um comportamento "racional".

Todavia, segundo os *behavioristas*, os indivíduos, no mundo real, padecem de uma racionalidade e de um poder de escolha limitados (como proposto por Herbert SIMON, na referência feita por ARAÚJO), em uma conduta "que pretende ser racional mas que não transcende a ponderação dos custos implícitos na racionalidade, e que por isso, na heurística das decisões comuns e da economia da conduta (*behavioral economics*), substitui o objetivo da *maximização* pelo da *satisfação*, substitui a exigência do "ótimo" pelo do meramente "suficiente", daquilo que basta para poder agir"⁵

Para a melhor compreensão destes aspectos, a BLE

³ *Introdução à Economia ...*, pp. 28/29.

⁴ *Introdução à Economia ...*, p. 30.

⁵ *Introdução à Economia ...*, p. 31.

propõe que os modelos de análise econômica devam incluir variáveis psicológicas, e esse raciocínio vale também para as relações da Economia com o Direito, pois os resultados da atividade normativa são percebidos tendo-se em conta, igualmente, concepções sobre a racionalidade humana.

Um dos mais conhecidos manuais de Direito e Economia, de Robert COOTER e Thomas ULEN, desde a sua sexta edição (2011), incorporou um tópico específico sobre *Behavioral Economics* (Capítulo 2, XII)⁶, onde os autores registram que a "teoria da escolha racional" vem sendo questionada, nos últimos 30 anos, principalmente por conta de estudos empíricos, de caráter experimental, sugerindo que o comportamento dos indivíduos não segue as previsões desta teoria. Um dos exemplos citado é o do *ultimatum bargaining game*. Dois participantes, que desconhecem as identidades um do outro – a interação é anônima – e que necessitam dividir uma soma de dinheiro, sob a regra de que um deles fará a proposta do critério de divisão, e o outro terá a possibilidade de aceitá-la – caso em que os participantes dividirão a quantia – ou rejeitá-la – caso em que nenhum dos participantes recebe qualquer quantia. A "teoria da escolha racional" prevê que o polícitante tirará vantagem da situação, sugerindo uma distribuição desproporcional da quantia, na certeza de que o oblato preferirá pouco a nada. Os estudos experimentais realizados, contudo, demonstraram que o resultado mais comum para este jogo foi o de uma repartição igual da quantia (metade para cada participante) e que, de outro lado, quando a proposta feita indicou uma desproporção significativa (mais de 70% para o polícitante) o oblato preferiu rejeitá-la (ficando com um resultado de zero). Essas observações trazem consequências na avaliação acerca de como as partes devem se comportar, especialmente no tocante à formação dos contratos. Outro exemplo mencionado diz respeito ao *hindsight bias*, ao qual será feita referência a seguir.

⁶ *Law & Economics*, p. 50.

"No centro da *behavioral economics*", dizem Colin CAMERER e George LOEWENSTEIN, "está a convicção de que o incremento do realismo nos fundamentos psicológicos da análise econômica aprimorará o alcance da Economia *em seus próprios termos* – gerando percepções teóricas, fazendo melhores previsões e sugerindo melhores políticas"⁷. Esta parece ser a linha de abordagem mais profícua, até o momento. Não se deixa de reconhecer a importância da BLE, mas nem por isso se fala em uma quebra de "paradigma"⁸, mas sim de um aprimoramento, por acumulação de conhecimento, da teoria original. O quanto a "teoria da escolha racional" merece ser adaptada, contudo, é motivo de divergência entre os que se dedicaram ao assunto.

Russell KOROBKIN e Thomas ULEN (2000), depois de examinar as várias versões sobre a teoria da escolha racional ("finalística", "utilidade esperada", "auto-interesse" e "maximizadora de riqueza"), apontam para as limitações dessa teoria para a análise jurídica, pois suas deficiências decorrem de "uma ou ambas lacunas: sua inadequação ao prever comportamentos futuros e a implausibilidade das suas previsões"⁹. O objetivo da BLE, dizem os mesmos autores, não é, "ao menos neste estágio", substituir a teoria da escolha racional com um paradigma inconsistente, mas sim modificar os elementos sem plausibilidade da teoria, e suplementar os elementos inadequado, de modo a criar uma ferramenta como maior poder preditivo em situações específicas¹⁰.

Apesar deste cenário, e tendo-se em conta tratar-se, em muitos casos, de uma "ciência nova" (na área da neurociência, por exemplo, somente há muito pouco tempo é que se passou a dispor de tecnologia adequada ao monitoramento da atividade cerebral, cujo poder explicativo a respeito do funcionamento da

⁷ *Behavioral Economics...*, p. 3.

⁸ Aqui se usa o termo no sentido clássico proposto por Thomas KUHN.

⁹ *Law and Behavioral Science...*, p. 1067.

¹⁰ *Law and Behavioral Science...*, p. 1075.

mente humana ainda está sendo construído¹¹), não poucas tem sido também as objeções às abordagens da BLE. Como foi dito, há evidências no sentido de que o "comprometimento" da racionalidade proposto pela BLE não tem o impacto suficiente para que se descartem as noções já consagradas na literatura econômica, mas apenas introduzem novas variáveis que devem ser consideradas. Como afirma Richard POSNER (1998) "informação limitada não deve ser confundida com irracionalidade"¹². Além disso, parte da doutrina especializada mantém a convicção acerca do uso da teoria da escolha racional segundo os parâmetros neoclássicos, pois consideram que as contribuições da BLE não tem relevo suficiente para justificar alterações nos modelos propostos.

Ainda no plano específico da Economia, vale lembrar que, em 2002, o Prêmio Nobel de Economia foi atribuído a Daniel KAHNEMAN exatamente "por introduzir os *insights* da pesquisa psicológica na ciência econômica, especialmente no que diz respeito às avaliações e tomada de decisão sob incerteza", revelando o quanto essa temática suscita interesse no meio especializado.

HEURÍSTICAS E VIESES

Tratando das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza, TONETTO, KALIL, MELO, SCHNEIDER e STEIN (2006), com base, entre outros, nos trabalhos de TVERSKY e KAHNEMAN, destacam a existência dos "ata-lhos" cognitivos que são utilizados pelos indivíduos para exa-

¹¹ Ernst FEHR e Antonio RANGEL (2011) dizem que "estudos recentes demonstraram que variações experimentais feitas na atividade neural em regiões específicas do cérebro alteram a disposição das pessoas em pagar por bens, tornando-as mais impacientes, mais egoístas e mais dispostas a violar normas sociais e a enganar seu eventual sócio nos negócios" ... evidenciando que "a atividade neural é causa de escolhas econômicas, fornecendo motivação para o estudo dos mecanismos neurobiológicos e computacionais que funcionam no comportamento econômico".

¹² *Rational Choice*, p. 1573.

minar situações onde a busca de uma informação mais "completa" demandaria custos (às vezes, "custos de oportunidade", apenas) muito elevados (*information overload*):

Plous (1993) conceitua as heurísticas como regras gerais de influência utilizadas pelos sujeitos para chegar aos seus julgamentos em tarefas decisórias de incerteza e cita, como vantagens de utilização, a redução do tempo e dos esforços empreendidos para que sejam feitos julgamentos razoavelmente bons. As heurísticas reduzem a complexidade das tarefas de acessar probabilidades e predizer valores a simples operações de julgamento. Geralmente, as heurísticas são úteis, mas, por vezes, podem levar a erros severos e sistemáticos (Tversky & Kahneman, 1974)¹³.

Entre estas "heurísticas", os autores destacam a "ancoragem e ajustamento" (em julgamentos sob incerteza, quando as pessoas devem realizar estimativas ou decidir sobre alguma quantia, elas tendem a ajustar a sua resposta com base em algum valor inicial disponível, que servirá como âncora), a "disponibilidade" (em algumas situações, a facilidade com que um determinado fato é lembrado ou imaginado pelo indivíduo pode determinar uma hiper ou subestimação da probabilidade ou frequência desse evento ocorrer) e a "representatividade" (é conferida alta probabilidade de ocorrência a um evento quando esse é típico ou representativo de um tipo de situação).

A "disponibilidade" pode ser examinada a partir de uma visão mais complexa, como sugerem Timur KURAN e Cass SUNSTEIN (1999), definida como "um atalho mental", lembrando que os psicólogos cognitivos a consideram uma chave determinante do juízo individual e da percepção¹⁴. As avaliações de probabilidade que fazemos como indivíduos são baseadas frequentemente na facilidade com que podemos lembrar exemplos relevantes, e esta heurística interage com mecanismos sociais identificáveis para gerar "cascatas" de disponibilidade, "cascatas" sociais, ou simplesmente "cascatas", através

¹³ *O papel das heurísticas...*, p. 182.

¹⁴ *Availability Cascades...*, p. 685.

das quais o desencadear de cadeias de respostas individuais fazem essas percepções parecerem cada vez mais plausíveis no discurso público. *Avaliability cascades* podem ser acompanhadas por contra-mecanismos que mantêm a percepção consistente com a relevância dos fatos. Sob certas circunstâncias, no entanto, geram erros persistentes, crenças equivocadas baseadas em interações entre a heurística da "disponibilidade" e certos mecanismos sociais. Os "delírios de massa" assim resultantes podem durar indefinidamente, e podem também produzir desperdício de recursos ou mesmo leis e políticas públicas equivocadas.

SUNSTEIN (2000), na mesma linha, identifica os principais "vieses" (ou "desvios") na "racionalidade perfeita", já avaliados por estudos de psicologia cognitiva¹⁵:

a) "aversão às extremidades" (*extremeness aversion*): as pessoas são avessas à extremos, e se uma opção é "extrema", isso depende de como as alternativas são colocadas, o que leva a "efeitos de acordo" (para se situar entre as alternativas dadas, a maioria das pessoas procuram um "acordo", ou "meio-termo");

b) "desvio retrospectivo" (*hindsight bias*): os indivíduos, ao exminar fatos passados, tendem a vê-los como inevitáveis, ou próximos à inevitabilidade, o que pode afetar considerações na fixação de responsabilidade jurídica;

c) "otimismo" (*optimistic bias*): os seres humanos tendem a ser otimistas, superestimando as hipóteses de sucesso, e minimizando as de fracasso;

d) "manutenção do *status quo*" (*status quo bias*): os indivíduos atribuem um maior valor a um "direito de propriedade" que já tenham do que a um que ainda não tenham e o de "otimismo seletivo" ou "excesso de confiança" (*self-serving bias*), pelo qual as pessoas tendem a acreditar que resultados negativos tendem a ocorrer mais com os outros do que consigo

¹⁵ *Introduction...*, pp. 3/5.

mesmos. Assim, por exemplo, como os indivíduos preferem a manutenção do *status quo* do que se adaptar a situações alternativas, assumindo que todas estas situações têm o mesmo valor (em termos econômicos), há conclusões importantes, em termos de formação dos contratos, pois revelam preferência por "regras-padrão" em contratos (*default rules*, contratos típicos) e por contratos de adesão (*form contracts*).

Diante da solidez dos estudos empíricos realizados, não parece haver dúvida quanto á presença desses elementos no processo de tomada de decisão dos indivíduos, e esse fato não pode ser ignorado, não apenas pela Economia, mas também pelo Direito. É evidente a repercussão destas constatações no preenchimento dos "vazios semânticos" da norma, particularmente no uso de cláusulas gerais e de princípios. Nos casos concretos, a compreensão do seja "razoável", "proporcional", "moderado", "grave" e tantos outros termos polissêmicos pode (e deve) levar em consideração as "limitações de racionalidade" que são apresentadas pela BLE.

APLICAÇÕES DE BLE À TEORIA DOS CONTRATOS

Como afirma KOROBKIN (2000)¹⁶, o poder explicativo do "Teorema de COASE"¹⁷ depende de um pressuposto comportamental: o de que os agentes econômicos atribuem valor aos recursos independentemente da sua propriedade inicial. Com base nesta hipótese, partes contratantes (presumivelmente) são capazes de comparar os custos e benefícios financeiros esperados entre diferentes e alternativos termos de um contrato, e basear suas preferências nos termos que maximizam as suas utilidades.

Todavia, esta hipótese (de que os agentes econômicos

¹⁶ *Behavioral Economics*, p. 116.

¹⁷ Conforme Ronald COASE, quando os custos de transação são zero, o eficiente uso dos recursos resulta da negociação privada, independentemente da alocação inicial dos direitos de propriedade.

atribuem valor aos recursos independentemente da sua propriedade inicial) é testável e, conforme as proposições da BLE, os testes realizados provaram que a hipótese é falsa. KOROBKIN (2000)¹⁸ refere, mais especificamente, ao estudo conduzido por Daniel KAHNEMAN, Jack L. KNETSCH e Richard H. THALER, *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem*, onde são relatados diversos casos que conduzem à conclusão de que os agentes econômicos alteram o valor atribuído a um certo recurso desde que estejam na sua titularidade.

Outra contribuição importante trazida pela psicologia cognitiva, que repercute sobre a teoria dos contratos, é a constatação de que há maior "arrependimento" por ações "feitas" ("pró-ativas") do que da "inércia". É o que KOROBKIN (2000)¹⁹ designa de *regret theory*. Na formação dos contratos, isto significa que se houver a utilização de regras "padronizadas", e, eventualmente, como resultado desta utilização, surgirem problemas, as chances de "arrependimento" são menores do que se os contratos ou regras fossem customizados. No limite extremo, regras "obrigatórias" (*mandatory rules*) não geram qualquer "arrependimento". O "arrependimento" é uma resposta ao que é conhecido como "pensamento contrafactual": a ocorrência de um evento negativo provoca nas pessoas a imagem mental de que o resultado poderia ser evitado comparando este evento com outras alternativas ("contrafactuais"). Se o "evento contrafactual" é percebido como mais favorável (em relação aos fatos) o indivíduo suporta alguma espécie de "arrependimento". As alternativas "contrafactuais" são construídas começando pelas circunstâncias do evento experimentado (factual) e seguem com a mudança de um ou alguns elementos deste evento, de modo a modificar o resultado. Os indivíduos tendem a "alterar" os elementos mais "mutáveis" do evento experimentado, e elementos considerados "anormais" ou "ex-

¹⁸ *Behavioral Economics*, p. 118.

¹⁹ *Behavioral Economics*, p. 130.

cepcionais" são percebidos como mais "mutáveis" do que os "normais". Por esta razão, o "arrependimento" é maior diante de cláusulas "desenhadas" especialmente para um determinado contrato.

O mesmo estudo de KAHNEMAN, KNESTSCH & THALER é referido por Ernst FEHR e Klaus SCHMIDT (1999)²⁰ como indicativo de que, em muitas situações, os indivíduos, ainda que conduzidos em torno do seu auto-interesse (como propõe a "teoria da escolha racional"), são afetados por comportamentos voltados para equidade. Por exemplo, há evidências empíricas de que consumidores são fortemente afetados por decisões de curto prazo dos fornecedores, na sua política de preços, em relação a noções de equidade, o que pode explicar a razão de estes fornecedores, em certos casos, não explorarem completamente seu poder de monopólio, quando existente. Neste trabalho, FEHR e SCHMIDT afirmam que "há fortes evidências de que as pessoas exploram o seu poder de negociação em mercados competitivos, mas não em situações de negociação bilateral" e que "há também fortes indícios de que as pessoas exploram as oportunidades do "efeito-carona" em jogos de cooperação voluntária". No entanto, quando é possível "punir" *free riders*, a cooperação estável é mantida, embora a "punição" seja cara para quem punir. O artigo sugere que existe um simples princípio comum" que pode explicar essa evidência, a partir da constatação de que alguns indivíduos têm preocupações com equidade, e que o ambiente econômico determina se os tipos "justos" ou os tipos "egoístas" dominam o comportamento de equilíbrio.

São conclusões importantes quando se trabalha a noção de equilíbrio contratual, tão mencionada em diversas áreas do Direito (consumidor, contratos administrativos...), e que podem ser adequadamente incorporadas à argumentação dos seus operadores.

²⁰ *A Theory of Fairness...*

Também vale mencionar o *endowment effect*, traduzido por ARAÚJO (2007)²¹ como "efeito de dotação", que "interfere na circulação eficiente dos bens, impedindo o contínuo das preferências delineado em mapas de indiferença, na medida em que subestima o que se adquire por comparação com o que se cede" e "bloqueia a verificação do Teorema de Coase, atingindo diretamente os seus pressupostos de renegociabilidade e de irrelevância da dotação inicial de recursos", além de enfatizar "as perdas contratuais do credor que registra danos emergentes e subvalorizar as perdas do credor que apenas averba lucros cessantes" e gerar "uma vantagem competitiva para os produtores estabelecidos, "incumbentes", os mais familiarizados com o *status quo*, com a informação adquirida com os usos dominantes".

Outro estudo interessante sobre as implicações comportamentais na teoria dos contratos foi desenvolvido por Daniel GOTTLIEB (2009)²², em sua tese de doutoramento junto ao MIT, onde o autor propõe (a) um modelo de escolha sob risco baseado em memória imperfeita e "auto-decepção", onde se constata os efeitos "de dotação" e de "custos irre recuperáveis"²³, (b) um modelo de competição com contratos não-exclusivos em um mercado onde os consumidores são inconsistentes no tempo, criando uma assimetria entre custos e recompensas imediatos nos bens e serviços, (c) um modelo de sinalização para mercado de emprego e (d) um modelo para estudo de situações de "contra-sinalização"²⁴.

Ainda em 2004, Stefano DELLAVIGNA e Ulrike

²¹ *Teoria Económica...*, p. 314.

²² *Essays on Contract Theory...*

²³ Os "sunk costs" correspondem a situações onde o agente econômico realizou gastos que não pode recuperar e, por isso mesmo, se torna, em certa medida, "refém" dessa situação.

²⁴ Em contexto de assimetria informacional, e como resposta à sinalização, firmas com alto padrão, para não serem confundidas com as firmas de baixo ou médio padrão, preferem deixar de sinalizar sobre atributos que, por limitações de informação, poderiam ser percebidos como de alta *performance*.

MALMENDIER²⁵ buscaram resposta para a questão de como as empresas respondem (racionalmente) aos vieses dos consumidores, a partir de diferentes maneiras de construir relações negociais. As constatações do estudo foram no sentido de que há distinções quanto ao melhor comportamento das empresas, na maximização de seus ganhos, dependendo de eventuais inconsistências na preferência dos consumidores (ao longo do tempo) e de suas percepções "ingênuas" (contaminadas por vieses).

Oliver HART, em dois trabalhos (publicados em 2008 e 2011), o primeiro em conjunto com John MOORE²⁶ e o segundo com Ernst FEHR e Christian ZEHNDER²⁷, igualmente se vale dos *insights* da BLE para sustentar que um contrato fornece um ponto de referência para uma relação negocial, mais precisamente, para "sentimentos de direito" das partes. Por isso, o desempenho *ex post* de cada uma das partes depende de ela obter "o que tem direito", com relação ao que é permitido pelo contrato e a parte que está se percebendo "enganada" apresenta um enfraquecimento na sua *performance* contratual. Daí, concluem HART e MOORE (2008), um contrato mais "flexível" permite às partes ajustarem seus resultados diante da incerteza, mas causa um ineficiente esmaecimento de desempenho. A análise feita se propõe a fornecer uma base para contratos de longo prazo, na ausência de investimentos não-contratuais, e esclarecer porque os contratos de trabalho, nos quais se fixam salários com antecedência e permitem que o empregador escolha a tarefa, podem ser otimizados. Em 2011, FEHR, HART e ZEHNDER apresentaram evidências experimentais dessa ideia, confirmando que existe um *trade-off* entre rigidez e flexibilidade. Contratos "flexíveis" (que dominariam contratos "rígidos" segundo a teoria padrão) causam significativa perda de *perfor-*

²⁵ *Contract Design...*

²⁶ *Contracts as Reference Points.*

²⁷ *Contracts as Reference Points – Experimental Evidence.*

mance ex post. As evidências experimentais sugerem uma "nova força comportamental": a competição *ex ante* legitima os termos do contrato, e desequilíbrio e perda de desempenho ocorrem, principalmente sobre os resultados no contrato. O trabalho experimental valeu-se de 28 participantes em cada sessão (14 no papel de compradores e 14 como vendedores), sendo que, em cada um dos 15 períodos da experiência interagiram em grupos de dois compradores e dois vendedores, compostos aleatoriamente para reduzir os efeitos reputacionais dos envolvidos. Enquanto cada comprador podia adquirir no máximo uma unidade de produto por período, cada vendedor podia vender até duas unidades. Em síntese, os vendedores competiam pelos compradores (a oferta era o dobro da demanda). O resultado final obtido pelos "compradores" era calculado pela diferença entre o valor atribuído ao produto e o seu preço; para os "vendedores", pela diferença entre o preço e o custo de produção. Enquanto a avaliação do comprador sobre o valor do produto dependia da escolha do vendedor (*ex post*) sobre a sua qualidade, o custo de produção, para o vendedor, dependia de um determinado "estado das coisas", para o qual foram estimadas duas situações (boa e ruim, a primeira com custos baixos e a segunda com custos altos, atribuindo-se uma probabilidade de 80% para a primeira). Quando os negócios se realizavam, os "vendedores" podiam escolher entre dois "níveis" de qualidade (normal ou baixa), sendo que os custos de produção ficavam ligeiramente superiores quando a qualidade era "normal". A partir de parâmetros definidos pelos autores, as conclusões experimentais comprovaram as hipóteses "behavioristas", de que cláusulas contratuais resultantes de processos competitivos constituem pontos de referência para relações negociais. Quando os "compradores" adotam contratos "flexíveis", que permitem diferentes resultados, os "vendedores" parecem frustrados se o comprador escolhe um "resultado" que não lhes pareça atrativo. Entretanto, quando os "compradores" dotam contratos

"rígidos", no qual os resultados são pré-fixados e os "vendedores" sabem exatamente o que esperar, os mesmos desfechos desfavoráveis não geram "esmaecimento". Dada a incerteza sobre o "estado das coisas", essas regularidades comportamentais implicam em uma troca entre rigidez e flexibilidade contratual.

POLÍTICA LEGISLATIVA

Outra objeção feita pela BLE em relação a análise da *Coasean Law and Economics* (CLE) diz respeito à decisão (dos legisladores) pela fixação de *default rules* para certos contratos. A teoria "coaseana" diz que, em situação de informação simétrica, a existência de "regras-padrão" (*standard terms*) é irrelevante, pois as partes estipularão o conteúdo do contrato de modo a maximizar suas utilidades, independentemente do conteúdo destas regras.

Esta afirmação decorre da percepção, extraída da teoria neoclássica, de que a intervenção dos governos somente é justificável diante das "falhas" do mercado, sendo a informação assimétrica grave uma delas.

Apenas para ficar com o exemplo destacado, a constatação acerca da *regret theory*, todavia, indica conclusão diversa: mesmo havendo informação simétrica (ou baixos custos de transação), o conteúdo das *default rules* é relevante, pois as partes preferirão o conteúdo do contrato que seja compatível com estas regras. Daí a maior importância da ação legislativa na delimitação do conteúdo das regras contratuais, em particular em certas áreas onde a "racionalidade limitada" é mais evidente.

Michael FAURE e Hannecke LUTH²⁸ referem que, como a "teoria da escolha racional" adota o pressuposto de que os indivíduos são maximizadores de bem-estar, há poucas ra-

²⁸ *Behavioural Economics in Unfair Contract Terms...*

zões para políticas legislativas intervencionistas, que se justificam apenas quando há "falhas de mercado". Os remédios tradicionais nestes casos, apontam os mesmos autores, envolvem a prestação de informações padronizadas aos consumidores, com a finalidade de reduzir custos de transação, ou aprimorar o fornecimento destas mesmas informações, através de regras obrigatórias de divulgação, ou do modo como essa divulgação deve ser realizada. No entanto, a conclusão a que chegam, a partir de diversos estudos de BLE, é de que não apenas nas situações de assimetria informacional que causa "falha de mercado" se justifica uma política legal intervencionista, como seria o caso das *default rules*.

Aqui se situa uma das mais significativas diferenças entre abordagem neoclássica (ou CLE) e a BLE: em contraste com a dignificação das soluções de mercado (na ausência de custos de transação) a BLE, ao prestigiar as limitações da "racionalidade" acaba por enfatizar não somente a conveniência mas até a necessidade de um maior dirigismo contratual, abrindo portas para soluções que a CLE qualifica como "paternalistas".

Em razão disso, Joshua WRIGHT (2007) afirma que os dados acerca do comportamento de consumidores e fornecedores dentro de um conjunto de contratos examinados por trabalhos empíricos sugerem que a doutrina jurídica aborde com cautela a prática bastante comum de acreditar em evidências experimentais como fundamento para defender intervenções "paternalistas" nos mercados, com base no pressuposto de que as constatações nestas pesquisas podem ser amplamente trasladadas para o mercado. Trata-se de reconhecer que há limitações ao alcance que deve ser concedido para trabalhos experimentais em uma área do conhecimento ainda em construção, e onde a falseabilidade das constatações feitas demanda um maior tempo e desenvolvimento de pesquisa²⁹.

²⁹ *Behavioral Law and Economics...*, p. 510.

CONTRATOS EM RELAÇÕES DE CONSUMO

Os estudos de BLE apontam na direção de que o comportamento dos consumidores é orientado por diversos vieses, como autocontrole imperfeito, "desconto hiperbólico" (maior valor aos ganhos de curto prazo sem considerar as perdas no longo prazo), endividamento parcelado, que os levam a sistematicamente subestimar as consequências negativas. Estes estudos têm enorme relevância no trato de importantes questões em torno dos contratos em relações de consumo (ou "contratos de consumo"), como o superendividamento dos consumidores, as cláusulas em contratos de adesão e a noção de equilíbrio contratual.

Oren BAR-GRILL e Richard EPSTEIN protagonizaram um valioso debate³⁰ sobre a aplicabilidade da BLE, em contraste com a CLE (ou "escola neoclássica"), como instrumento de melhor definição de políticas nos contratos de consumo.

Segundo BAR-GRILL (2007), "em certos mercados, os erros dos consumidores e as estratégias dos fornecedores como resposta a estes erros são responsáveis por perdas substanciais de bem-estar e potencialmente justificam a intervenção legal (estatal)". Em sentido oposto, EPSTEIN (2007) sustenta que a BLE (e BAR-GRILL em particular) "exagera o nível de erros dos consumidores subestimando os mecanismos de correção que estão sempre em funcionamento, principalmente porque acredita em uma definição indevidamente restrita do que seja um bem ou serviço padronizado" e descreve simploriamente os mercados examinados, o que a leva a "ignorar explicações mais tradicionais que melhor dão conta do comportamento aparentemente irracional que os consumidores aparentam".

Quanto á persistência dos erros dos consumidores, BAR-GRILL rebate os argumentos de EPSTEIN (de que, con-

³⁰ *Consumer Contracts: Behavioral Economics vs. Neoclassical Economics.*

siderado um período de tempo mais significativo, esses erros tendem a ser corrigidos pelos próprios consumidores, bem como sofrem os efeitos de mecanismos "educativos" decorrentes de ações dos fornecedores), afirmando que (a) a rapidez do "aprendizado" dos consumidores depende do contexto da situação em foco, podendo levar muito tempo³¹ se considerada apenas a experiência do consumidor, mas que recebe incremento em caso de relações interpessoais³², o que é mais difícil no caso de produtos e serviços que não são padronizados e (b) o incentivo para que um fornecedor "edue" (ou "esclareça") os consumidores acerca de possíveis erros somente existe quando há diferenças de qualidade (e custo) no produto ou serviço. Em complemento, afirma que esses erros permanecem, em qualquer mercado, baseado em duas categorias de evidências, retiradas da análise do comportamento dos consumidores e dos fornecedores. Quanto à primeira categoria, BAR-GRILL utiliza estudos acerca do mercado de cartões de crédito, que concluíram pela persistência de erros dos consumidores na escolha de produtos neste setor³³. Quanto à segunda, sustenta que os fornecedores desenvolvem seus produtos e serviços, e seus meca-

³¹ O exemplo citado é o de uma máquina de fazer "torradas" (*toaster*), que o consumidor utiliza apenas uma vez por mês, e onde existe a chance de uma explosão na proporção de 1/100 – quanto ao número de utilizações – o que indica a possibilidade de que o equipamento seja empregado por vários anos até a constatação do problema.

³² No mesmo exemplo, se há milhares de consumidores usando a torradeira, a possibilidade de explosão logo na primeira semana é real.

³³ A maioria dos consumidores que aceitaram cartão de crédito com uma oferta de taxas iniciais com desconto não trocam para um outro cartão de crédito, também com taxas iniciais com desconto (o que seria o comportamento mais "racional"), quando do final do período do "desconto". Outra constatação foi a de que os consumidores preferem um cartão de crédito com uma taxa promocional de 4,9% por um período inicial de seis meses ao invés de uma taxa promocional de 7,9% por um ano. Considerando uma taxa não promocional de 16%, em ambos os casos, a opção feita acarreta custos maiores para os consumidores. São exemplos de "desconto hiperbólico", onde vantagens maiores no curto prazo são percebidas como mais benéficas do que vantagens menores, mas de longo prazo, distorcendo a análise "racional" de custo/benefício.

nismos de preços, tendo em conta os "erros de percepção" dos consumidores, o que só acentua essa situação (contrariamente à afirmação de EPSTEIN, de que os fornecedores não reagem a esses equívocos³⁴), citando como um dos melhores exemplos o dos fornecedores que oferecem produtos e serviços "em pacote" (*bundling sellers*)³⁵: os erros de percepção dos consumidores tendem a perceber como mais vantajosas ofertas desta natureza, muito embora o resultado final, quando se consideram os produtos e/ou serviços isoladamente, sejam equivalentes. Com fundamento nestas conclusões, BAR-GRILL defende uma maior intervenção governamental (ou do Direito) nestas áreas, para corrigir os "erros de percepção" dos consumidores.

EPSTEIN, à sua vez, depois de reconhecer as circunstâncias nas quais a teoria neoclássica admite alguma intervenção governamental (monopólios privados e informação imperfeita), observa que essa mesma tradição neoclássica define três razões contrárias a essa intervenção: (a) todas as formas de intervenção pública custam dinheiro, e estes custos podem superar os ganhos decorrentes da intervenção, (b) a regulação pode ser, ela mesma, imperfeita e (c) as forças políticas podem conduzir a intervenção na direção de interesses paroquiais, criando barreiras para mercados competitivos. Ainda segundo EPSTEIN, estudos conduzidos tendo como participantes não apenas estudantes universitários, mas sim com pessoas comuns³⁶, demonstraram a importância do aprendizado, por parte

³⁴ Embora concorde com a ideia de EPSTEIN acerca da "heterogeneidade" dos consumidores, BAR-GRILL entende que essas diferenças não significam a persistência de vieses na média destes comportamentos.

³⁵ Um exemplo descrito: oferecer uma impressora por R\$ 1.000,00 e cartuchos de tinta por R\$ 10,00, tendo-se em conta uma expectativa média de aquisição de cartuchos de 100 cartuchos por impressora (totalizando R\$ 2.000,00) não é a melhor estratégia de vendas se é possível oferecer a impressora por R\$ 500,00 e os cartuchos de tinta por R\$ 15,00 (também totalizando R\$ 2.000,00). O "desconto hiperbólico" e os erros de percepção do consumidor quanto ao exato consumo de cartuchos criarão a noção de que a segunda situação lhes é mais vantajosa.

³⁶ "real people", no original.

dos consumidores, a partir de erros cometidos no passado. Esse aprendizado somente ocorre porque as pessoas, sem uma intervenção paternalista, "podem" errar. Há um incentivo para a obtenção do conhecimento, pela experiência. A melhor proteção que pode decorrer de uma política pública, nesta perspectiva, é a de natureza educacional.

Outro aspecto interessante é suscitado por Xavier GABAIX e David LAIBSON (2005),³⁷ no que diz respeito ao incentivo que as empresas têm na divulgação de informações sobre seus produtos e serviços, considerando as situações dos produtos e serviços "em pacote". Se os consumidores têm capacidade para alterar suas expectativas em função de novas evidências (comportamento "bayesiano"³⁸), as empresas não têm qualquer vantagem em encobrir informações. Entretanto, esse "encobrimento" pode acontecer em uma economia com consumidores "míopes" (ou seja, não alteram seu comportamento mesmo ante novas evidências), criando uma ineficiência econômica, e um incentivo para que os fornecedores adotem medidas "educativas" dos consumidores (via publicidade, por exemplo). No entanto, se os produtos ou serviços do "pacote" têm substitutos próximos, surge o que os autores denominam *curse of debiasing*: as empresas não conseguirão (lucrativamente) afastar os vieses de consumidores através desse processo. Assim, no equilíbrio, concluem, duas espécies de exploração coexistem. De um lado, fornecedores que, para maximizar seus benefícios, exploram consumidores "míopes", através de estratégias de marketing, encobrendo "pacotes" com preços elevados. De outro, consumidores "sofisticados" (que identificam os preços dos "pacotes"), que se beneficiam dessas mesmas estratégias. Neste cenário, as intervenções regulatórias disponíveis (impor o dever de divulgação, advertir os consumi-

³⁷ *Shrouded Attributes...*

³⁸ Em consideração ao Teorema de Bayes, que examina a relação entre uma probabilidade condicional e a sua inversa.

dores, tornar o mercado competitivo ou impor margens sobre produtos ou serviços do pacote)³⁹ tendem a ser imperfeitas, como demonstram diversos estudos empíricos.

Essas constatações não são muito diferentes do pensamento de WRIGHT (2007), quando afirma que muitos juristas enfatizam os custos de propostas "paternalistas", como, por exemplo, regulamentação que pode diminuir o incentivo para o consumidor se engajar em processos de aprendizagem e no desenvolvimento de um comportamento racional, ou exacerbar um comportamento irracional através da introdução de risco moral⁴⁰.

Segundo ARAÚJO (2007), a "Teoria Comportamentalista da Decisão" é "reducionista, no sentido de que 'carrega os tons' do 'psicologismo' e, ao fazê-lo, evidencia algumas inaptidões para lidar com os contextos jurídicos e econômicos que ela pretende abarcar", podendo conduzir a "excesso de contextualização", "excesso paralisante de sofisticação analítica" e "inutilização das sanções contratuais".

OBSERVAÇÕES FINAIS

As controvérsias acerca dos estudos de "behavioral" situam-se, hoje, mais em uma dimensão de sua relevância do que na negativa de reconhecimento acerca da *bounded rationality*.

Não há elementos suficientes para por em cheque os postulados da "teoria da escolha racional", mas parece inevitável reconhecer que, ao menos em certas situações, as previsões econômicas saem fortalecidas quando conseguem incorporar o conhecimento adquirido com esses estudos da BLE.

No que tange especificamente a teoria dos contratos, a compreensão acerca dos diversos mecanismos que desenvol-

³⁹ Exemplos citados, respectivamente: rotulação nutricional, avisos compulsórios no mercado de investimento, práticas anti-competitivas no mercado de cartuchos para impressoras, limites para cobrança de taxas pelo uso de telefone em hotéis.

⁴⁰ *Behavioral Law and Economics...*, p. 473.

vem os agentes econômicos, fugindo de uma racionalidade "estrita" mas nem por isso sendo "irracionais", oferece sugestões sobre a forma adequada de estruturação dos ajustes, bem como das melhores maneiras acerca do monitoramento de condutas das partes, e das alternativas de implementação das cláusulas contratuais.



BIBLIOGRAFIA

ARAÚJO, Fernando.

Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007.

Introdução à Economia, 3^a ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CAMERER, Colin; LOEWENSTEIN, George. *Behavioral Economics: Past, Present, Future*. Princeton: Princeton University Press, 2004.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas – *Law & Economics*, 6^a ed. Boston: Addison-Wesley, 2011.

DELLAVIGNA, Stefano; MALMENDIER, Ulrike – *Contract Design and Self-Control: Theory and Evidence*. Quarterly Journal of Economics, vol. CXIX, pp. 353-402, Mai/2004.

FAURE, Michael G.; LUTH, Hannecke A. – *Behavioural Economics in Unfair Contract Terms. Cautions and Considerations*. J Consum Policy, 34, pp. 337-358, 2011.

FEHR, Ernst; RANGEL, Antonio – *Neuroeconomic Foundations of Economic Choice – Recent Advances*. Nashville: The Journal of Economic Perspectives, American

- Economic Association, Vol. 25, nº 4, pp. 3-30, 2011.
- FEHR, Ernst; SCHMIDT, Klaus – *A Theory of Fairness, Competition and Cooperation*. Quarterly Journal of Economics, Vol. 114, nº 3 (Ago/1999), pp. 817-868, Ago/1999.
- FEHR, Ernst; HART, Oliver; ZEHNDER, Christian Zehnder, 2011. *Contracts as Reference Points – Experimental Evidence*. American Economic Review, American Economic Association, vol. 101(2), pp. 493-525, Abr/2011.
- GABAIX, Xavier; LAIBSON, David – *Shrouded Attributes, Consumer Myopia, and Information Supression in Competitive Markets*. Cambridge: National Bureau of Economic Research, Working Paper 11755, nov/2005 (<http://nber.org/papers/w11755>, consulta em 09/11/2014).
- GOTTLIEB, Daniel – *Essays on Contract Theory and Behavioral Economics*. Tese no Massachusetts Institute of Technology, 2009
- HART, Oliver; MOORE, and – *Contracts as Reference Points*. Quarterly Journal of Economics, Vol. 123, pp. 1-48, 2008.
- KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L.; THALER, Richard H. *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem* (Capítulo 8 in SUNSTEIN, Cass (ed.). *Behavioral Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000)
- KOROBKIN, Russell. *Behavioral Economics, Contract Formation, and Contract Law* (Capítulo 4 in SUNSTEIN, Cass (ed.). *Behavioral Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000)
- KOROBKIN, Russell; ULEN, Thomas. *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*. Berkeley: California Law Review, Vol. 88/4, art. 1, 2000.

- KURAN, Timur; SUNSTEIN, Cass R – *Availability Cascades and Risk Regulation*. Stanford: Stanford Law Review, Vol. 51, nº 4, pp. 683-768, 1999.
- OKASHA, Samir – *Philosophy of Science – A very Short Introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- POSNER, Richard – *Rational Choice, Behavioral Economics, and the Law*. Stanford: Stanford Law Review, vol. 50, pp. 1551-1575, 1998.
- SUNSTEIN, Cass R. – *Introduction in Behavioral Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000)
- TONETTO, Leandro Miletto; KALIL, Lisiane Lindenmeyer; MELO, Wilson Vieira; SCHNEIDER, Daniela Di Giorgio e STEIN, Lilian Milnitsky. *O papel das heurísticas no julgamento e na tomada de decisão sob incerteza*. Estudos de Psicologia, vol. 23(2) abril – junho. Campinas: PUC Campinas, pp. 181-189, 2006.
- WRIGHT, Joshua D. – *Behavioral Law and Economics, Paternalism, and Consumer Contracts: an Empirical Perspective*. New York: NYU Journal of Law and Liberty, vol. 2, nº 3, pp. 470-511, 2007.