

ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO INCOMPLETO

Amanda Celli Cascaes¹

Resumo: O direito contratual consiste em relevante ferramenta a fomentar o desenvolvimento dos mercados, na medida em que contribui para o cumprimento das promessas feitas pelos agentes econômicos e, conseqüentemente, gera um aumento da confiança e cooperação entre as partes. Contudo, em virtude da existência de assimetria informacional entre as partes e dos custos de transação envolvidos na sua formação, os contratos são incompletos e exigem do intérprete o preenchimento de lacunas, visando à concretização do negócio jurídico pretendido pelas partes da forma mais eficiente possível. A regulamentação externa dos contratos impacta a conduta dos agentes econômicos que atuam no mercado, em um verdadeiro sistema de incentivos e desincentivos que não pode ser desconsiderado pelos tribunais quando da análise de um caso individual. Nesse sentido, a *Law and Economics* contribui ao fornecer diretrizes e elementos para pautar a tarefa interpretativa, de forma a manter a eficiência e maximizar o bem-estar social.

Abstract: Contract law is a relevant tool to promote the development of markets, as it contributes to the fulfillment of the promises made by the economic agents and, consequently, generates increased confidence and cooperation between the parties. However, due to the existence of information asymmetry between the parties and the transaction costs involved in its formation, contracts are incomplete and require the interpreter to fill in gaps, in

¹ Mestranda em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC/RS). Advogada.

order to achieve the transaction desired by the parties as efficiently as possible. The external regulation of contracts affects the behavior of the economic agents operating in the market, in a system of incentives and disincentives, which cannot be disregarded by the courts when analyzing an individual case. In this sense, Law and Economics provides guidelines and elements to the interpretative task, in order to maintain efficiency and maximize social welfare.

INTRODUÇÃO



direito possui, inegavelmente, um papel fundamental na definição das regras que deverão ser observadas pelas partes quando da formação e execução de um negócio jurídico, ainda que estejamos frente a indivíduos plenamente capazes exercendo a sua autonomia privada. A análise econômica do direito, através da incorporação da metodologia econômica ao pensamento jurídico, possibilita ao intérprete a utilização de uma ferramenta capaz de auxiliar na solução das controvérsias que surgem em âmbito contratual.

A premissa fundamental para a análise econômica do direito consistem na verificação de que o ser humano busca aquilo que considera ser o melhor para si, agindo de maneira racional, no intuito de maximizar a sua utilidade. Ao agir de tal modo, os indivíduos são influenciados pelos incentivos que recebem do meio em que vivem, gerados a partir de regras legais, que podem ser avaliadas com base na eficiência econômica gerada pela sua aplicação².

Não há dúvidas de que os contratos são essenciais para a sociedade e para a economia de um modo geral, justamente em virtude da sua natureza de promessa de cumprimento recíproco,

² PINHEIRO, Armando Manuel da Rocha Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

o que garante maior segurança e estabilidade às relações negociais. Os contratos permitem às partes realizar investimentos visando à redução de riscos futuros, criando um cenário favorável à eficiência econômica, que depende diretamente de investimentos das partes e cumprimento das promessas feitas.

Em âmbito contratual, a análise econômica do direito permite a identificação dos incentivos e circunstâncias a que as partes estão expostas na formação e execução do contrato, em especial no que tange aos custos de transação e assimetria informacional que afeta tal relação. Esses elementos são determinantes para o comportamento das partes e impactam na tarefa interpretativa.

Os contratos não são, na prática, completos, no sentido de que não contemplam todas as questões que podem vir a ser essenciais à sua execução, uma vez que as partes são limitadas por assimetria informacional e a discussão de todos os possíveis cenários geraria elevados custos de transação que, por vezes, não justificariam a concretização do negócio jurídico. As lacunas que existem nos contratos podem ter diversas origens e geram consequências relevantes na execução ou revisão contratual.

A análise econômica do direito possibilita uma nova visão sobre tema, auxiliando na compreensão do fenômeno dos contratos incompletos e na definição de métodos interpretativos que possam balizar a tarefa do intérprete. Além do impacto que a interpretação de um contrato incompleto gera entre as partes e no escopo de um determinado negócio jurídico, não se pode olvidar que a aplicação do direito gera consequências para o mercado como um todo, criando incentivos ou desincentivos que não podem ser desconsiderados.

O estudo tem como ponto de partida o exame da teoria econômica do contrato, de modo a fornecer uma compreensão inicial do tema e das diretrizes que pautam a análise econômica do contrato, bem como da teoria do contrato incompleto, que se pauta na constatação de que todos os contratos contêm, em maior

ou menor grau, lacunas. Na segunda parte do trabalho, adentrar-se-á na análise da interpretação dos contratos incompletos, por meio do estudo das soluções jurídicas de interpretação e integração contratual, bem como da valiosa contribuição que a *Law and Economics* pode fornecer ao estudo do tema.

PARTE I – ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO CONTRATUAL

A) TEORIA ECONÔMICA DO CONTRATO

O contrato consiste no instrumento pelo qual as partes obtêm ganhos recíprocos, em uma lógica de *win-win* (ganho de Pareto), de forma que o direito contratual deveria permitir que as partes estabelecessem livremente os seus pactos, da forma que lhes for conveniente³. Contudo, algumas questões surgem a partir da execução dos contratos: quais promessas podem ser exigidas, quais são as alternativas existentes caso uma das partes venha a descumprir o contrato e como garantir uma resiliência ótima são questões que reclamam uma reflexão por parte dos operadores do direito⁴.

Historicamente, o contrato era visto como o resultado de uma barganha, por meio da qual promessas executáveis eram estabelecidas, por meio do diálogo entre os elementos oferta (ou proposta), aceitação e contraprestação contratual. A teoria da barganha, vista como uma tentativa de regulamentar o direito contratual e estabelecer quais propostas a lei deveria fazer cumprir, foi desenvolvida por juristas anglo-americanos a partir do final do século XIX⁵.

³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

⁴ PINHEIRO, Armando Manuel da Rocha Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

Segundo a teoria da barganha, as promessas feitas a partir de uma barganha seriam executáveis, ou seja, promessas garantidas por uma contraprestação mereceriam a atenção do direito. Na lição de Cooter e Ulen⁶:

De acordo com a teoria da barganha, o contrato fica incompleto até que o promissário dê algo ao promitente para induzir a promessa. Quando estiver completo, o contrato se torna “executável”. Em outras palavras, *a contraprestação contratual torna executável a promessa*. A teoria da barganha sustenta que as promessas garantidas pela contraprestação são executáveis e que as promessas sem contraprestação são inexecutáveis. (Grifo no original)

Contudo, a teoria da barganha sofreu inúmeras críticas por parte da doutrina, principalmente por não refletir a conduta adotada pelos tribunais e por não indicar com exatidão quais promessas deveria ser juridicamente reconhecidas. Esse é o entendimento sintetizado por Cooter e Ulen⁷ em sua obra:

Vimos que a teoria contratual da barganha não é uma teoria contratual particularmente boa. Ela é tanto inclusiva demais (ao sustentar a executabilidade de contratos que, pela maioria das outras razões, não deveriam ser executados) quanto inclusiva de menos (ao não sustentar a executabilidade de promessas que ambas as partes verdadeiramente queriam ver cumpridas)⁸.

A partir da constatação de que a teoria da barganha não respondia adequadamente às expectativas das partes e não refletia o que de fato ocorria nos tribunais, a doutrina procurou uma nova teoria contratual, menos dogmática e mais responsiva. A

⁶ Ibid. p. 203.

⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. Cit. p. 207.

⁸ O exemplo trazido pelos autores na obra é bastante elucidativo: Uma ex-aluna promete fazer uma doação a uma universidade, para fins de construção de um novo prédio. As partes desejam que o contrato seja executado, mas a universidade não pretende iniciar a obra do prédio sem que haja uma promessa válida e eficaz por parte da ex-aluna, que, por outro lado, necessita liquidar ativos para poder concretizar a sua doação, o que poderia levar algum tempo. Nesse cenário, a teoria da barganha negaria a executabilidade de tal promessa, na medida em que ela carece de uma contraprestação, ainda que ambas as partes desejem que a promessa seja executável. (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. Cit.)

partir da conclusão de que o contrato existe como um instrumento para redução dos riscos, na medida em que se estimam condições e situações que podem vir a ocorrer, garantindo uma maior estabilidade às relações e aos negócios jurídicos, surgiu a teoria econômica do contrato.

O contrato desempenha, inequivocamente, uma função econômica, representando uma forma intermediária entre o mercado (que representa riscos às partes) e a integração (que reflete segurança). Em termos gerais, haverá eficiência econômica quando o direito faça cumprir uma promessa que ambas as partes desejam a sua executabilidade no momento da formação contratual.

Em matéria de contratos, a eficiência é um dos principais objetivos a ser alcançado, uma vez que o contrato deve permitir que os agentes econômicos envolvidos tenham um benefício a partir daquela transação, melhorando a sua situação individual. Nesse cenário, é importante fazer menção ao critério de Pareto, desenvolvido pelo economista italiano Vilfredo Pareto, na qual uma situação será desejável quando implicar ganho a uma das partes sem que a outra seja prejudicada ou sofra uma piora na sua situação individual.

Na lição de Nathan Oman⁹, o direito contratual pode ser visto como um mecanismo para sustentar e aprimorar o mercado, que, embora não dependa dos contratos para existir, pode ser por eles fortalecido, a partir da distinção entre promessas morais e promessas que devem ser legalmente reconhecidas, garantindo maior segurança e estabilidade às trocas realizadas entre os agentes econômicos. Vejamos o que diz o referido autor sobre o tema:

Contract law supports markets. This does not mean that markets and contract law are co-extensive. Markets may not be natural, but they do not require law in order to exist. [...] Contract law, however, can strengthen and deepen markets. By limiting

⁹ OMAN, Nathan B. Markets as a Moral Foundation for Contract Law. *Iowa Law Review*. v. 98, 2012.

opportunism, lowering transaction costs, inculcating moral attitudes conducive to market exchange, and the like, contract law makes widespread exchange between strangers easier and more likely¹⁰.

Assim, do ponto de vista econômico, os contratos ganham sentido quando as promessas nele contidas possam ser cobradas e cumpridas. Tal conclusão decorre da necessidade de se implementar um maior grau de garantia e confiança entre as partes envolvidas na negociação contratual, bem como coordenar ações independentes em situações de múltiplo equilíbrio (o que é objeto de estudo, em especial, pela teoria dos jogos). Os juristas Armando Pinheiro e Jairo Saddi¹¹ explicam:

A força coercitiva de um dos agentes do contrato traz maior cooperação. É por isso que podemos afirmar que a troca e a cooperação são encorajadas pela possibilidade de cumprimento. O papel de qualquer tribunal é exatamente este: garantir o cumprimento da promessa original, instituição que incentiva a redução do risco (supondo que se trate de um tribunal eficiente e justo). A cooperação, promovida pela exigibilidade dos contratos, implica a formação de compromisso, que, por sua vez, transforma a promessa em obrigação.

Contudo, o bem-estar social depende de um bom funcionamento do mercado, que comumente apresenta falhas e, conseqüentemente, não aporta maior grau de eficiência alocativa possível. Tais falhas podem ser decorrentes de um monopólio, situação na qual surgem distorções a partir do poder econômico exercido por um dos agentes envolvidos, que prejudica o fluxo das transações, ou ainda de externalidades ou da existência de bens públicos, que dão margem à atuação dos chamados *free riders*¹².

Em função da natureza de determinados bens, não há como impedir que sejam utilizados por terceiros, denominados

¹⁰ OMAN, Nathan B. Op. Cit. p. 204.

¹¹ PINHEIRO, Armando Manuel da Rocha Castelar; SADDI, Jairo. Op. Cit. p. 145.

¹² FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranoia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, ano 44, n. 139, p. 242-256, jul./set. 2005.

free riders. A atuação de tais indivíduos resulta em uma alocação ineficiente de recursos, uma vez que “se utilizam dos esforços e recursos dos outros, sem dever incorrer, eles próprios, em gastos e custos”¹³. Em sua obra, Cooter e Ulen exemplificam a atuação dos *free riders* através do caso dos moradores de uma determinada quadra que deliberam e decidem contratar um guarda privado, em função da criminalidade na região. Muito embora a presença do guarda garantirá maior segurança a todos que ali residem, determinados moradores recusam-se a contribuir para o pagamento do seu salário, não havendo muito o que os demais moradores (que contribuem voluntariamente) possam fazer a respeito¹⁴.

Contudo, é possível afirmar que a falha de mercado mais frequente resulta de uma assimetria informacional existente entre os agentes econômicos envolvidos na negociação do contrato. Isso porque, para que o fluxo de relações no mercado funcione de forma eficiente, os agentes necessitam possuir as informações necessárias à tomada de decisão, e a obtenção de tais informações representa um custo de transação que não pode ser desconsiderado.

A assimetria informacional pode ter várias origens, como a sonegação de informações pelas partes, que desejam obter vantagens na negociação, a impossibilidade de compreensão, por uma das partes, da informação transmitida pela outra, ou pode ser decorrente, ainda, de uma economia nos custos de transação, na medida em que a transmissão de informações representa um custo. Nesse sentido, a transmissão de informações não seria racional quando os custos de obtenção da informação ultrapassassem os benefícios esperados pelas partes a partir daquele negócio jurídico¹⁵. Nesse sentido é o entendimento de Mackaay e Rousseau¹⁶:

¹³ Ibid. p. 246.

¹⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. Cit. p. 121.

¹⁵ PINHEIRO, Armando Manuel da Rocha Castelar; SADDI, Jairo. Op. Cit

¹⁶ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. Cit. p. 414.

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

Em sua obra, Mackaay e Rousseau¹⁷ trazem um exemplo que retrata os reflexos que a assimetria informacional pode gerar, ao descreverem o cenário de compra e venda de veículos usados. Isso porque, dentre os veículos ofertados pelo vendedor de automóveis usados, há alguns que são de boa qualidade e outros que sofreram acidentes e foram mal reparados, de forma que o consumidor não possui condições (informações) de distinguir entre eles. Contudo, o preço que o consumidor está disposto a pagar pelo bem depende diretamente dessa informação, da qual ele não dispõe. Nesse sentido, a assimetria informacional pode ser decorrente de um desconhecimento técnico, de uma disparidade econômica, da habitualidade com que tais relações são entabuladas pelas partes envolvidas, dentre outros fatores.

Tais falhas de mercado comprometem a alocação eficiente de recursos, na medida em que elevam os custos de transação e podem, inclusive, obstar a concretização do negócio jurídico. Essa é a lição de Cooter e Ulen¹⁸:

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

Os custos de transação, na visão de Ronald Coase¹⁹, representariam desincentivos à negociação, na medida em que

¹⁷ Ibid. p. 409.

¹⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. Cit. p. 231.

¹⁹ COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, 1960, p 15.

uma negociação bem-sucedida seria consequência do uso eficiente de recursos:

In order to carry out a market transaction it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost.

Nesse sentido, a função primordial dos contratos consistiria na redução dos custos de transação, possibilitando que as transações econômicas ocorram no maior grau de eficiência possível, através de uma alocação dos riscos e redução do oportunismo *ex ante* e *ex post* dos agentes econômicos. O jurista Fernando Araújo²⁰ conceitua a teoria econômica do contrato de forma bastante elucidativa em sua obra:

A análise econômica do contrato pretende ser complementar da análise jurídica, fazendo ressaltar o escopo utilitário que preside, quase invariavelmente, à deliberação de contratar, e fazendo recair uma especial atenção nos efeitos geradores de riqueza que podem associar-se àquele acordo de coordenação de condutas, efeitos que o transformam em veículo de consumação e permuta de utilidades.

Conclui-se, portanto, que o contrato pode ser visto como um facilitador das transações que ocorrem no mercado, gerando maior estabilidade e confiança entre os agentes econômicos. O direito contratual, ao fazer cumprir as promessas estabelecidas, cria incentivos para a cooperação eficiente, gerando uma redução nos custos de transação, seja pela correção das falhas de mercado, seja pelo fomento de relações duradouras, ou ainda pelo fornecimento de condições supletivas eficientes.

B) TEORIA DOS CONTRATOS INCOMPLETOS

²⁰ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 14.

A análise econômica do direito aponta para uma importante característica dos contratos que não pode ser desconsiderada pelo intérprete, consistente no fato de que todos os contratos, seja ele oneroso ou não, são sempre incompletos. Tal incompletude decorre do fato de que é simplesmente impossível às partes pressupor todos os acontecimentos ou eventos que poderão ocorrer uma vez iniciada a execução contratual.

As condições contratuais podem sofrer alterações pela mudança na vontade dos agentes, pelo fato destes não possuírem determinada informação no momento da celebração do contrato, ou em virtude da ocorrência de fatos novos, que impedem ou modificam o que fora previamente acordado²¹. Os juristas Armando Pinheiro e Jairo Saddi²² explicam que, durante a execução do contrato, podem surgir conflitos entre as partes, justamente em virtude da incompletude contratual:

É impossível pressupor todos os acontecimentos ou eventos que poderão ter lugar entre os seres humanos, em especial no futuro. Essas lacunas serão preenchidas *ex post*, uma vez iniciado o cumprimento (ou não) do contrato. Somente é possível alocar o risco com eficiência mediante a criação de incentivos ou de sanções no desenho do contrato se as partes forem bem-sucedidas em fazer com que, na execução, tais cláusulas sejam validadas.

Contudo, o principal fator que contribui para a incompletude contratual consiste nos custos de transação que a elaboração de um contrato completo geraria aos agentes econômicos, talvez impedindo, inclusive, a concretização daquele negócio jurídico. Nesse sentido, Mackaay e Rousseau explicam que a incompletude contratual é uma característica existente em todos os contratos, que varia em graus, na medida em que “a completa especificação do contrato nunca vale o custo dos incômodos que seriam evitados”²³.

²¹ PINHEIRO, Armando Manuel da Rocha Castelar; SADDI, Jairo. Op. Cit.

²² *Ibid.* p. 117.

²³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. Cit. p. 421.

Um exemplo que permite a visualização de tal situação é a formação dos contratos em âmbito consumerista. A assimetria informacional é flagrante, na medida em que o consumidor certamente não possui todas as informações de cunho técnico que o fabricante do produto possui. Contudo, não se pode exigir que o consumidor que pretende adquirir uma escova de dentes, por exemplo, tenha que incorrer nos custos de obtenção de informações sobre o produto antes de concretizar a compra, simplesmente porque o benefício que ele pretende obter com tal aquisição não justificaria os custos envolvidos na busca por tais informações.

Ainda que o exemplo oriundo das relações entabuladas entre consumidores e fornecedores seja evidente, todas as transações realizadas entre agentes econômicos resultam, em maior ou menor grau, em um contrato incompleto. Os custos de transação estão presentes em todas as contratações, e o investimento que os agentes econômicos estão dispostos a fazer para concretizar a transação está diretamente ligado ao benefício econômico pretendido e às estratégias manejadas para obter vantagens na barganha. Eric Posner²⁴ explica:

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

Toda a negociação e processo de formação de contrato resultam em custos, relacionados a busca por um parceiro ou fornecedor, negociação das condições e cláusulas, redação da

²⁴ POSNER, Eric A. Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso? (Primeira Parte). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 75-108, jul./set. 2008. p. 79.

minuta contratual, exigir o cumprimento das obrigações assumidas, dentre outras tarefas²⁵. Os juristas Armando Pinheiro e Jairo Saddi²⁶ conceituam os custos de transação da seguinte forma:

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

Em âmbito contratual, os custos de transação mais elevados são precisamente aqueles que se relacionam à fase de negociação e redação do instrumento contratual. O jurista Luciano Timm explica que as partes necessitam antever os possíveis cenários, ventilar hipóteses, calcular probabilidades, custos e benefícios, submeter o contrato à análise de um advogado de sua confiança, dentre outros²⁷, o que eleva os custos de transação envolvidos no negócio jurídico.

²⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op Cit. p. 231.

²⁶ PINHEIRO, Armando Manuel da Rocha Castelar; SADDI, Jairo. Op. Cit. p. 62.

²⁷ TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

Ocorre que, em determinadas situações, os custos de transação são pequenos frente ao excedente que resultará da cooperação e da concretização do negócio pretendido pelas partes, o que justifica o investimento pelos agentes econômicos para negociar um instrumento contratual mais completo (embora jamais absolutamente completo). Por outro lado, os custos de transação podem ser elevados, a ponto de impedir a cooperação entre as partes ou obstaculizar a concretização do negócio jurídico, como é o caso do consumidor que deixaria de adquirir a escova de dentes caso fosse obrigado a incorrer nos custos de obtenção de informações. Nesse cenário, a ignorância é considerada racional, pois a obtenção de informações ensejaria uma situação de ineficiência.

O jurista Fernando Araújo²⁸ explica que o inacabamento contratual é fruto da constatação de que talvez não vale a pena prolongar as negociações quando o resultado das estipulações não cobrir o seu custo:

Em termos de eficiência, dir-se-á que o inacabamento contratual se encara como uma deliberação assente numa ponderação de custos, os custos do contrato completo, de um acordo em que tivessem sido levadas em conta, no clausulado final, todas as variáveis que podem ter impacto nas condições da relação entre as partes pela duração do acordo.

A figura do contrato completo mostra-se, portanto, utópica ou meramente hipotética, na medida em que, na prática, os riscos são apenas parcialmente identificados e alocados pelas partes. A situação do inacabamento contratual pode ser decorrente de uma situação involuntária, ensejada pela assimetria informacional, ou pode ser decorrente de uma situação deliberada (ou estratégica). A respeito das lacunas voluntária e involuntárias, Cooter e Ulen²⁹ referem:

A título de ilustração, suponha que um contrato não diga nada sobre a possibilidade de que um sequestro feche o aeroporto e

²⁸ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 151.

²⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. Cit. p. 223.

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

Deste modo, os agentes econômicos podem optar por deixar uma lacuna no contrato, por entenderem que o cenário a que tal cláusula se refere possui chances remotas de se concretizar, o que não justificaria incorrer nos custos transacionais envolvidos na negociação e minuta da cláusula. Assim, “o custo de transação esperado de uma lacuna no contrato é igual à probabilidade de que o prejuízo se efetive multiplicada pelo custo de sua alocação”³⁰, de forma que as partes deliberadamente optam por deixar uma lacuna, assumindo um risco que, ao seu ver, é mais baixo do que os custos de negociar a cláusula.

O contrato perfeito, ou completo, seria possível apenas quando estivessemos frente a custos de transação nulos, na medida em que a negociação pelas partes não representaria nenhum custo, ou custos de transação iguais a zero, de forma que os riscos fossem alocados à parte que tem condições de arcar com eles a um menor custo. Na lição de Mackaay e Rousseau³¹:

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

Assim, tendo em vista que todos os contratos firmados são, em menor ou maior grau, incompletos, resta ao direito estabelecer a forma como tais lacunas serão preenchidas no curso da execução (ou não) do contrato, fornecendo diretrizes ao intérprete de como interpretar um determinado negócio jurídico e de

³⁰ Ibid. p. 223.

³¹ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. Cit. p. 420.

como estipular as condições que deveriam ter sido negociadas pelas partes, mas não o foram. Em relação a essa tarefa interpretativa, a doutrina jurídica fornece subsídios ao preenchimento de lacunas, mas a análise econômica do direito também oferece valiosas contribuições no campo da interpretação contratual do contrato incompleto.

PARTE II – AS LACUNAS E A INTERPRETAÇÃO CONTRATUAL

A) INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DO CONTRATO INCOMPLETO

A interpretação contratual consiste na tarefa que é dada ao intérprete de determinar o conteúdo do contrato e permitir a exata compreensão das suas condições e finalidades. Em uma concepção subjetivista, o intérprete deve buscar aferir a intenção comum das partes quando da formação do contrato, verificando a sua vontade real³².

Na lição de Orlando Gomes, a tarefa interpretativa dividir-se-ia em duas etapas, sendo que a primeira (subjetiva) consistiria na indagação da intenção comum emanada do contrato, e a segunda (objetiva) consistiria na busca em estabelecer o sentido concreto dessa intenção comum, ou seja, na verificação de como tais intenções regulam a relação concreta. Essa é a lição do jurista³³:

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

³² FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais - RT, 2011.

³³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 245.

aplicadas concomitantemente para ajudar a investigação da intenção das partes. (Grifo no original)

A interpretação objetiva seria guiada pelos princípios da boa-fé, da conservação do contrato e da *extrema ratio* (menor peso e equilíbrio das prestações)³⁴. Aos princípios elencados por Orlando Gomes, a jurista Vera Helena de Mello Franco adiciona o princípio da finalidade econômica, que estabelece que o intérprete deve observar o fim econômico pretendido pelas partes para a execução do contrato, e o princípio da interpretação do contrato como um todo, que permite uma interpretação sistemática do conjunto de direitos e obrigações assumidas naquele instrumento contratual, que transcende uma mera soma das cláusulas³⁵.

Contudo, diante de um contrato incompleto, a mera interpretação contratual não será suficiente para solucionar eventual controvérsia existente entre as partes e permitir a execução satisfatória do contrato, na medida em que a interpretação é realizada justamente a partir das disposições ou previsões consubstanciadas no contrato. Assim, caso existam lacunas no contrato, o intérprete valer-se-á da interpretação integrativa, que tem por função “aclerar as disposições já reguladas no contrato”³⁶, ou da integração contratual, buscando elementos externos ao contrato para determinar o conteúdo e os efeitos daquela relação contratual.

Segundo Jörg Neuner, trata-se, portanto, de estabelecer “uma relação entre a qualidade relativa ao *ser* e a qualidade relativa ao *dever-ser* contratual”³⁷. A interpretação pressupõe a existência de uma manifestação de vontade (declarativa e ade-

³⁴ Ibid.

³⁵ FRANCO, Vera Helena de Mello. Op. Cit.

³⁶ FRANCO, Vera Helena de Mello. Op. Cit. p. 203.

³⁷ NEUNER, Jörg. Interpretação, complementação e correção dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 38, p. 41-80, abr./jun. 2009. p. 61.

clarativa), o que não ocorre quando estamos diante de uma lacuna. Essa distinção é destacada por Judith Martins-Costa³⁸:

Interpreta-se o negócio jurídico realizado em vista do seu texto, do regulamento contratual, das manifestações das partes (inclusa sua conduta contratual, bem como o que determinam os comandos legais e, eventualmente, o que indicam os textos e condutas paracontratuais, tudo segundo regras jurídicas interpretativas e cânones de interpretação assentados nas fontes hermenêuticas e/ou no próprio texto contratual. E *integra-se* o que está vazio, lacunoso, incompleto, o que é carente da presença de algo que *lá deveria estar*. (Grifo no original)

Na lição de Maria Helena Diniz, a integração contratual consistiria no “*processo lógico-sistemático que possibilitará o preenchimento de lacunas que, porventura, se encontrarem nos contratos*”³⁹, por meio de normas supletivas que complementarão o contrato. Na definição de tais normas supletivas, o intérprete poderá buscar amparo na lei, na analogia, nos bons costumes, nos princípios gerais de direito ou na equidade.

A interpretação integrativa teria espaço em uma fase complementar do processo hermenêutico, por meio do qual o intérprete possa extrair, por meio do conteúdo declarado pelas partes, a regra negocial desejada pelas partes. Trata-se de aferir o que foi desejado pelas, mas que não foi por elas declarado, a partir do que foi por elas expresso, da intenção e ideia geral do contrato, em uma verdadeira análise das entrelinhas do instrumento contratual. Assim, a interpretação integrativa “pressupõe a existência de elementos do contexto situacional (circunstâncias) a partir das quais o intérprete possa extrair o ponto não expressamente regulado”⁴⁰. Sobre o tema, Emilio Betti⁴¹ destaca:

³⁸ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 511.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos* - v. 1. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 110.

⁴⁰ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 229.

⁴¹ BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 375.

A chamada interpretação integrativa versa sobre os pontos do regulamento negocial, que, mesmo não tendo sido abrangidos pela fórmula, que permaneceu inadequada, estão compreendidos na ideia que ela exprime e, portanto, continuam sendo enquadrados no conteúdo do negócio.

Na lição de Pontes de Miranda⁴², a interpretação integrativa deve sempre respeitar o que foi declarado pelas partes, muito embora ultrapasse a mera interpretação contratual:

A interpretação integrativa tem de manter-se simples interpretação, embora os seus resultados sejam além do manifestado. Tem de ater-se ao sentido do que se manifestou e do que completou o conteúdo do negócio jurídico. Não pode chocar-se com o que algum manifestou, ou contra o que alguns dos figurantes manifestaram, posto que consiste na revelação do que não foi manifestado. Mais ainda: não pode ser contrária ao que não se manifestou no instrumento do negócio jurídico por ter sido oferecido e não ter sido aceito [...].

Entretanto, caso não seja possível extrair a intenção comum das partes acerca de determinado ponto do contrato, de forma que a interpretação integrativa resta inviabilizada, o intérprete deverá buscar elementos externos ao contrato como forma de preenchimento das lacunas deixadas pelas partes. A integração consiste em uma análise mais ampla e abrangente, na medida em que será necessário buscar apoio em fontes externas ao contrato, no intuito de preencher o vazio deixado pelas partes⁴³.

Uma importante fonte externa que permite o preenchimento das lacunas deixadas pelas partes no contrato consiste nas chamadas regras dispositivas, ou *default rules*. Tais regras dispositivas previstas no ordenamento são aplicadas de forma supletiva, ou seja, apenas regem uma relação jurídica na ausência de regras estabelecidas pelas partes.

⁴² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado* - t. 38: parte especial. Direito das obrigações: negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios de direito. Campinas: Bookseller, 2005. p. 72.

⁴³ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

A doutrina indica, ainda, que as regras dispositivas são um importante elemento de redução dos custos de transação, “na medida em que poupam esforços e recursos que as partes despenderiam nas negociações de todos os pontos de um contrato”⁴⁴. Nesse sentido, Posner destaca a importância de tal fonte de integração contratual, justamente por fornecer termos contratuais padrão que, caso não tivessem previsão no ordenamento jurídico, obrigaria as partes a negociá-los e incluí-los no instrumento contratual, o que implicaria um aumento nos custos de transação⁴⁵.

Outro importante elemento a ser valorado na integração contratual consiste no princípio da boa-fé objetiva, que permite ao intérprete uma valoração de normas implícitas de dever ser, atuando à luz da normalidade e utilidade da operação econômica⁴⁶. Contudo, deve-se atentar para o fato de que a boa-fé não afasta as demais fontes para integração do contrato, como é o caso das regras dispositivas, sob pena de banalização do instituto, como aponta Judith Martins-Costa⁴⁷:

Aliás, novamente aqui cabe o alerta: para não se recair no vício da superinvocação da boa-fé (que é o risco de sua diluição, pelo excesso), quando houver regra legal que colmate a lacuna, completando a regulamentação contratual, não se justifica o apelo à boa-fé.

A integração do contrato representa uma regulação objetiva do contrato, na medida em que não se pauta apenas na mera declaração de vontade individuais das partes, justamente em função da sua inexistência no que tange a determinados pontos do negócio jurídico (pontos lacunosos). Nesse sentido, a boa-fé representa uma integração nos termos do contexto de mercado

⁴⁴ FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 271-272

⁴⁵ POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 9. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer, 2014.

⁴⁶ MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

⁴⁷ *Ibid.* p. 518.

em que tal negócio jurídico encontra-se inserido, a partir da finalidade sua finalidade e levando-se em consideração os usos do tráfico⁴⁸. Sobre o tema, Paula Forgioni⁴⁹ destaca:

É com essa perspectiva objetiva, ligada à prática, que a boa-fé vai se abrindo em comportamentos concretos, assumindo função integrativa admitida pela doutrina. Transforma-se, além de parâmetros de interpretação, em fonte de deveres e de obrigações.

Os usos, que refletem os comportamentos habituais das partes em um determinado mercado ou região, consistem em relevante instrumento de integração contratual, pois representam um modo de ver da sociedade⁵⁰. O intérprete verifica o que ocorre na prática comercial e no contexto em que o negócio jurídico está inserido, que reflete as legítimas expectativas que as partes podem ter em relação ao comportamento da outra, fundada na confiança⁵¹. Francisco Paulo de Crescenzo Marino⁵² conceitua o que seriam os usos em função interpretativa:

Os usos ora tratados são chamados usos em função interpretativa, precisamente porque se prestam a auxiliar o intérprete no esclarecimento de deficiências na declaração negocial. Não se confundem, portanto, com os usos aos quais a lei às vezes remete para complementar a disciplina jurídica, atribuindo-lhes, subordinada e supletivamente, função normativa (por isso ditos usos em função normativa). A diferença entre eles não é ontológica, porém funcional. (Grifo no original)

Um importante aspecto que deve ser levado em consideração quando da análise da tarefa integrativa do intérprete reside no fato de que a ela não é dado o poder de contratar em nome das partes, fixando obrigações que não foram por elas desejadas

⁴⁸ LARENZ, Karl. *Derecho civil – Parte general*. Trad. esp. Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Caracas: Edersa, 1978.

⁴⁹ FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 280.

⁵⁰ BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁵¹ FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁵² MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Op. Cit.* p. 187-188.

no momento da formação do contrato, sob pena de afronta à sua autonomia privada. Na lição de Larenz, as partes ditam o conteúdo do contrato no âmbito da sua autonomia privada, de forma que o juiz não pode impor seus próprios módulos àquela relação negocial, mas levar em consideração os valores e finalidade que as partes se basearam⁵³. Esse também é o entendimento de Paula Forgioni⁵⁴:

No processo de negociação, não é incomum que as empresas, deliberadamente, evitem enfrentar pontos controvertidos que aumentariam seus custos de barganha. *Com esse proceder, assumem riscos que não podem ser ignorados pelo intérprete.* Impor obrigação não contratada pode significar a neutralização do risco assumido pelo agente econômico. *Lacunas não são um “defeito” do negócio jurídico, mas sua característica.* (Grifo no original)

Ademais, deve-se ter em mente que não é toda e qualquer lacuna que justifica a intervenção e complementação do contrato. Segundo o jurista português Manuel Carneiro da Frada, apenas as lacunas que se relacionam a condições ou meios necessários à concretização do negócio jurídico ou à execução do contrato mereceriam a atenção do intérprete. Nesse sentido, o autor destaca⁵⁵:

Não é qualquer ausência de estipulação das partes que autoriza a lacuna e o processo integrativo: somente aquela que se reporte a uma condição *sine qua non* da execução do plano obrigacional gizado pelas partes, ou então, a que contrarie a própria lógica ou unidade no sentido do negócio, levam àquele resultado.

O entendimento de que nem toda a lacuna pressupõe uma integração pelo intérprete está diretamente ligada à ideia de que existem custos de transação que devem ser considerados, de forma que os custos de intervenção e integração do contrato

⁵³ LARENZ, Karl. Op. Cit.

⁵⁴ FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 275.

⁵⁵ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Coimbra editora, 1994. p. 76-77.

(custos de operação do Poder Judiciário, por exemplo) apenas se justificariam frente a uma situação em que a execução contratual ou aspectos relevantes a ela relacionados dependa da complementação do contrato. Trata-se de uma constatação de que não seria economicamente eficiente acionar-se um intérprete para preencher uma lacuna que em nada contribuiria para a execução contratual, da mesma forma que as próprias partes optaram por não incorrer em tais custos quando deixaram a lacuna no instrumento contratual.

Em relação à tarefa do intérprete de preenchimento de lacunas e interpretação de um contrato incompleto, a doutrina da *Law and Economics* contribui com relevantes ponderações e diretrizes, jogando nova luz sobre o tema e apresentando visões que complementam a abordagem tradicionalmente dada ao tema pela doutrina jurídica clássica. A partir da premissa de que todos os contratos são incompletos, a *Law and Economics* fornece o instrumental para que as lacunas sejam colmatadas de forma a atender à eficiência e à maximização do bem-estar das partes envolvidas.

B) A INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO INCOMPLETO À LUZ DA *LAW AND ECONOMICS*

A análise econômica do direito defende que, quando se está diante de um mercado defeituoso (e que, portanto, autoriza a intervenção), é importante que se adotem algumas diretrizes, a fim de nortear a tarefa interpretativa. Sobre o tema, Cooter e Ulen⁵⁶ destacam que “[a] regulamentação de contratos é semelhante à regulamentação de mercados. Em ambos os casos, o Estado desvia uma transação privada de seu curso”. Assim, a intervenção nos contratos, ao representar uma interferência externa à autonomia privada dos agentes econômicos, deve-se pautar em

⁵⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. Cit. p. 229.

diretrizes que contribuam para o atingimento de um grau máximo de eficiência e maximizem o bem-estar das partes envolvidas.

Diante de contratos incompletos, os tribunais necessitam de regras para preencher as lacunas que foram deixadas pelas partes. Na lição de Cooter e Ulen, a solução partiria de uma adaptação da abordagem da lógica econômica da regulamentação de mercados, segundo a qual, em um primeiro momento, descreve-se um mercado perfeitamente competitivo para, em um segundo momento, identificar de que forma os mercados desviam-se desse modelo, ou seja, quais são as falhas de mercado⁵⁷.

Na visão dos referidos autores, deve-se partir do conceito de *contrato perfeito*, ou seja, completo, por meio do qual as partes previram todas as contingências, todos os possíveis cenários que poderiam vir a ocorrer durante a contratualidade, os riscos envolvidos foram devidamente alocados de forma eficiente e todas as informações relevantes foram comunicadas. No contexto do *contrato perfeito*, não haveria lacuna e tampouco situações que ensejariam uma intervenção, sendo, portanto, um contrato eficiente. A partir da descrição do contrato completo, pode-se verificar a pertinência ou não da regulamentação estatal:

Se as partes tiverem negociado um contrato perfeito, ele não tem falhas, de modo que elas não necessitam do tribunal para regulamentar suas condições. Concluímos que as partes de um contrato perfeito necessitam do Estado para fazer cumprir seu acordo em consonância com suas condições, mas nada mais se exige do Estado⁵⁸.

Contudo, partindo-se da premissa de que, na prática, não há contratos perfeitos e completos, os tribunais necessitam de estratégias interpretativas e para fins de preenchimento das lacunas, que regulamentem de forma eficiente as relações entre os agentes econômicos. Na lição de Steven Shavell⁵⁹:

⁵⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. Cit.

⁵⁸ Ibid. p. 229.

⁵⁹ SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge (USA): Belknap Press of Harvard University Press, 2004. p. 301.

Given that parties leave contracts incomplete, questions will naturally arise about the interpretation of contracts by courts. As a general matter, parties will want incomplete contracts to be interpreted as if they had spent the time and effort to specify more detailed terms.

A primeira e mais importante diretriz consistiria justamente no abandono do método clássico da análise jurídica, que visa a verificar em que medida as partes causaram prejuízo às outras, preconizando uma análise que examine os custos e benefícios envolvidos para todas as partes naquela operação. Isso porque nenhum direito é absoluto e o intérprete deve ponderar não apenas os prejuízos causados por um determinado agente, mas também os benefícios por ele proporcionados⁶⁰.

Além disso, é importante frisar que a intervenção judicial nos contratos consiste em um sistema de incentivos e desincentivos aos agentes econômicos que atuam no mercado, funcionando como um verdadeiro sistema de preços. A sanção eventualmente imposta pelo intérprete a partir da análise de um determinado contrato transformar-se-á em um preço, que será ponderado pelo agente econômico no contexto de uma lógica de custo-benefício e, dependendo do resultado de tal ponderação, resultará em uma mudança ou não de atitude.

Considerando que a intervenção estatal nas relações privadas representa um sistema de incentivos e desincentivos que afetam a conduta dos agentes econômicos no mercado, Eric Posner traçou estratégias interpretativas a partir de um exemplo, segundo o qual as partes firmam um contrato de compra e venda de frangos para fins de abate e comercialização, mas deixam de estabelecer as características do objeto do contrato, de forma que o comprador entende que a palavra “frango” deveria referir-se a um suculento e carnudo galetto, ao passo que o vendedor defende que ela simplesmente identifica a espécie animal, e não as suas

⁶⁰ FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranoia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, ano 44, n. 139, p. 242-256, jul./set. 2005.

características⁶¹.

De acordo com Posner, caso os tribunais interpretem a questão de forma a dar à palavra “frango” o sentido majoritário da expressão, isto é, o significado que a maioria das partes que contratam no referido segmento de mercado utilizaria (norma majoritária), as partes saberiam de antemão que o entendimento do tribunal seria no sentido de maximizar as trocas eficientes e, portanto, estariam mais inclinadas a celebrar o contrato, a despeito dos elevados custos de transação. Por outro lado, caso os tribunais interpretem a questão dando à palavra “frango” o significado que a maioria dos agentes econômicos *não* utilizaria (norma penalizadora), tal conduta incentivaria as partes a escrever um contrato menos ambíguo e lacunoso. Haveria, portanto, um desincentivo à externalização dos custos de interpretar o contrato em juízo e à omissão de informações entre as partes.

Outra estratégia que é analisada por Posner consistiria na verificação, pelo tribunal, de qual forma de interpretação seria mais eficiente no caso em concreto, a partir da análise do que as partes teriam negociado caso os custos de transação no momento da contratação fossem zero. Nesse sentido, o intérprete questionaria se as partes teriam antecipado o conflito acerca da palavra “frango” e teriam, portanto, escolhido um termo mais preciso ao invés de deixarem a lacuna contratual, ou se teriam deixado de contratar, diante da constatação de que o negócio em questão não seria eficiente.

A principal distinção entre esta estratégia e a interpretação utilizando-se o sentido majoritário da expressão reside justamente no fato de que o tribunal escolhe o que seria mais eficiente para aquele caso concreto, ao invés de preencher a lacuna com o termo que seria eficiente para a maioria das partes que celebram contratos similares ou idênticos. Entretanto, deve-se

⁶¹ POSNER, Eric A. Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso? (Primeira Parte). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 75-108, jul./set. 2008.

atentar para o fato de que a liberdade dada ao intérprete de analisar o que seria mais eficiente no contexto do caso concreto pode ensejar divergências na interpretação dada pelo tribunal a uma mesma situação, reduzindo a segurança jurídica e, consequentemente, aumentando os custos de transação no momento da celebração do contrato.

Segundo Steven Shavell, o método interpretativo de maximização do bem-estar social pode ser descrito como sendo aquele que reduz os custos de transação na fase de negociação contratual (ou seja, os custos que as partes incorreriam se incluíssem os termos e cláusulas no instrumento contratual) somados aos custos de transação que podem decorrer de erros de interpretação⁶². Os contratos incompletos, além de possuírem lacunas literais, podem conter ambiguidades no que tange à real intenção das partes, de forma que os tribunais podem cometer erros ao interpretar o contrato e preencher as lacunas com condições que não eram as desejadas pelas partes no momento de celebração do negócio jurídico.

Nesse sentido, o sistema jurídico deveria proporcionar um adequado grau de segurança e previsibilidade no entendimento que adota frente as situações concretas que lhe são postas à apreciação, contribuindo, para tanto, com uma redução nos custos de transação e facilitação das transações econômicas⁶³. Esse é o entendimento de Steven Shavell sobre o tema: “The advantage of correct interpretation is also indirect – that the parties can omit explicit terms and thereby save drafting and negotiating cost”⁶⁴.

⁶² SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge (USA): Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

⁶³ FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranoia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, ano 44, n. 139, p. 242-256, jul./set. 2005.

⁶⁴ SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge (USA): Belknap Press of Harvard University Press, 2004. p. 303.

Segundo Cooter e Ulen, as condições explícitas que foram pactuadas pelas partes devem prevalecer em detrimento das condições usualmente aplicadas pelos tribunais, sendo estas últimas imputadas às partes somente em caso de omissão no contrato. Contudo, se a lei fornecer uma condição padrão, preferida por ambas as partes, elas podem deixar de incorrer nos custos de transação relacionados a tal ponto e simplesmente omiti-lo do contrato, uma vez que, quanto menos condições tiverem de ser negociadas pelas partes, menores serão os custos relacionados à formação do contrato⁶⁵.

O jurista Fernando Araújo⁶⁶ destaca que a existência de normas supletivas poderia, inclusive, incentivar o inacabamento contratual, desencorajando a fase de negociação contratual e facultando às partes soluções propostas por um terceiro (intérprete):

O que quer dizer-se é que as normas supletivas podem converter um inacabamento contratual involuntário num inacabamento deliberado – num inacabamento que as torna indispensáveis, e portanto de certo modo as converte em normas (contextualmente) imperativas.

Ao analisar as condições supletivas e a aplicação de normas majoritárias e penalizadoras (conceituadas por Eric Posner ao traçar as estratégias interpretativas a partir do exemplo da compra e venda de frango), Fernando Araújo destaca que, além de verificar os incentivos e desincentivos que a aplicação de determinada norma supletiva gerará no mercado, o intérprete deveria avaliar se o inacabamento contratual voluntário ou involuntário⁶⁷. Isso porque não se pode olvidar que as lacunas existentes no contrato podem ser resultado de elevados custos de transação (tendo as partes optado por deixar o contrato incompleto, sob pena de ineficiência econômica), mas, mais do que

⁶⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. Cit.

⁶⁶ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 512.

⁶⁷ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

isso, podem decorrer de uma conduta deliberada de uma das partes, sabedora de determinadas informações que não foram partilhadas no momento da celebração do contrato.

Na medida em que se procura integrar um dever de lealdade e transparência entre as partes do contrato, um dever de revelação, a conduta da parte que deliberadamente omitiu informações não pode ser desconsiderada pelo tribunais. Nesse sentido, Fernando Araújo⁶⁸ destaca:

Na base, poderia aceitar-se que o tema entronca na problemática mais ampla da assimetria informativa, mas cedo se perceberá que existe uma distinção fundamental quando se admite a ocorrência de deveres positivos, e por consequência começa a conceber-se a possibilidade de um 'silêncio fraudulento', e começa a ponderar-se as respectivas implicações.

As normas supletivas representam um incentivo à celebração de contratos eficientes, seja através da economia na fase de negociação contratual, seja forçando as partes a negociarem as condições quando as normas supletivas existentes não lhe agradem. Contudo, ao legislador compete estabelecer normas supletivas eficientes que, uma vez divulgadas aos agentes econômicos, revestem-se de característica de bem público. Sobre o tema, Cooter e Ulen⁶⁹ salientam:

Quando elas [as partes] deixam uma lacuna, os tribunais a preenchem com uma condição padrão. Condições padrão eficientes maximizam o excedente para as partes, ao passo que condições padrão ineficientes o reduzem. Em geral, *ambas as partes de um contrato podem se beneficiar quando os legisladores substituem condições padrão ineficientes por eficientes.* (Grifo no original)

Deste modo, considerando o interesse dos tribunais em aplicar as normas supletivas de forma eficiente, pode-se defender que a integração contratual por meio de regras supletivas majoritárias seria aplicável frente a inacabamentos contratuais involuntários, causados por diversas ordens de ineficiência, ao

⁶⁸ Ibid. p. 543-544.

⁶⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. Cit. p. 225.

passo que as regras supletivas penalizadores justificar-se-iam em situações nas quais as lacunas contratuais foram deliberadas, “já que com as normas supletivas ‘penalizadoras’ as partes, sendo forçadas a partilhas informação, são forçadas a dar passos em direção ao completamento específico do clausulado”⁷⁰.

A decisão das partes no que tange ao inacabamento contratual (que pode ser deliberada ou estratégica) consiste em uma espécie de externalização sobre o intérprete, tendo em vista que a intervenção do Estado gera custos, que poderiam ter sido evitados se as partes tivessem, elas próprias, incorrido nos custos de transação relativos à fase de negociação contratual. Conclui-se, portanto, que a fiabilidade das partes quanto à integração contratual é um importante elemento incorporado ao cômputo de ganhos e custos de um determinado agente econômico, representando um incentivo ou desincentivo à simplificação ou ao inacabamento contratual.

As interferências na autodisciplina geram consequências prefiguradas no trade-off entre justiça e eficiência, em especial no que tange à projeção sobre os incentivos de uma relação contratual dinâmica, uma vez que a interferência de um intérprete, em caso de controvérsia entre as partes, implica alteração no resultado visado por uma delas. Tal alteração representa um desincentivo para o referido agente econômico, que poderá ensejar a sua retração em futuras negociações.

Deste modo, o intérprete deve ser cauteloso ao integrar um contrato lacunoso, sob pena de conseguir-se justiça à custa de eficiência. Por outro lado, pode-se argumentar que a eficiência, por si só, representa uma forma de justiça, que consiste na maximização dos resultados pretendidos pelas partes quando da celebração do negócio jurídico.

CONCLUSÃO

⁷⁰ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 536.

O direito contratual consiste em importante ferramenta a fomentar o desenvolvimento dos mercados e a facilitação das transações econômicas, na medida em que incentiva os agentes a cooperar e a cumprir as suas promessas. Deste modo, os contratos consistem em mecanismo de criação de incentivos a uma cooperação eficiente no âmbito do mercado, atingida por meio da confiança entre os agentes.

Entretanto, os contratos são necessariamente incompletos, na medida em os custos de transação não permitem que as partes antevejam todos os possíveis cenários, negociem todas as condições e aloquem todos os riscos envolvidos na transação econômica. Deste modo, a interpretação contratual e a tarefa integrativa do intérprete assumem especial relevância, permitindo o preenchimento das lacunas deixadas pelas partes e garantindo a preservação e eficiência do contrato.

A análise econômica do direito contribui com diretrizes e estratégias interpretativas de grande valor, partindo da premissa de que a atuação dos tribunais na interpretação contratual está inserida em um contexto de incentivos e desincentivos aos agentes que atuam no mercado. Ao interpretar promessas e articular condições eficientes, o intérprete pode reduzir os custos de transação a que as partes estão submetidas, aplicando normas supletivas que reduzem os custos de negociação, corrigindo as falhas de mercado e resolvendo problemas de cooperação e transparência entre as partes.

A forma como o intérprete soluciona o conflito que surge a partir de um contrato incompleto reflete de forma direta no comportamento dos agentes econômicos, tendo a *Law and Economics* fornecido subsídios à tarefa interpretativa, de forma a garantir a eficiência das transações econômicas. A regulamentação estatal representa uma interferência externa à autonomia privada dos agentes econômicos, de forma que deve ser pautada em diretrizes que contribuam para o atingimento de um grau

máximo de eficiência e maximizem o bem-estar das partes envolvidas.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAÚJO, Fernando. *Análise Económica do Direito*. Coimbra: Almedina, 2008.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- BETTI, Emilio. *Interpretação da lei e dos atos jurídicos: teoria geral e dogmática*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law and Economics*, 1960.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos - v. 1*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e deveres de proteção*. Coimbra: Coimbra editora, 1994.
- FRANCO, Vera Helena de Mello. *Teoria geral do contrato: confronto com o direito europeu futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais - RT, 2011.
- FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranoia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro*. São Paulo, ano 44, n. 139, p. 242-256, jul./set. 2005.
- FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- FORGIONI, Paula A. Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 12, n. 45,

- p. 229-245, abr./jun. 2015.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil – Parte general*. Trad. esp. Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Caracas: Edersa, 1978.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. *A boa fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.
- MELLO, Adriana Mandim Theodoro de. A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais - Papel*, São Paulo, v. 91, n. 801, p. 11-29, jul. 2002.
- NEUNER, Jörg. Interpretação, complementação e correção dos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil - RTDC*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 38, p. 41-80, abr./jun. 2009.
- OMAN, Nathan B. Markets as a Moral Foundation for Contract Law. *Iowa Law Review*. v. 98, 2012.
- PINHEIRO, Armando Manuel da Rocha Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado - t. 38: parte especial. Direito das obrigações: negócios jurídicos bilaterais e negócios jurídicos plurilaterais. Pressupostos. Vícios de direito*. Campinas: Bookseller, 2005.
- POSNER, Eric A. Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso? (Primeira Parte). *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 75-108, jul./set. 2008.
- POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 9. ed. Nova

- Iorque: Wolters Kluwer, 2014.
- RODRIGUES, Vasco. *Análise Económica do Direito: Uma Introdução*. Coimbra: Almedina, 2007.
- SCHWARTZ, Alan. The default rule paradigm and the limits of contract law. *Southern California Interdisciplinary Law Journal*. n. 389, 1993-1994.
- SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge (USA): Belknap Press of Harvard University Press, 2004.
- SZTAJN, Rachel. *Direito e Economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. *Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.