

OS BENEFÍCIOS DA NEGOCIAÇÃO E SEUS OBSTÁCULOS

Bruno Montanari Rostro^{*}

Resumo: Antes de alcançarem êxito na celebração de um contrato, em uma relação paritária, geralmente, as partes discutem os termos e condições do negócio a que se vincularão, buscando um equilíbrio entre os interesses iniciais de cada um. É na fase negocial que o regulamento contratual será delineado pelas partes para que depois o cumpram. Considerando que as negociações sempre proporcionam benefício mútuo, deve-se procurar entender por que as negociações falham na sua maioria das vezes. Alguns indicativos para solução deste questionamento serão objeto do tema trabalhado neste estudo, sinalizados a partir de uma análise de elementos econômicos.

Palavras-chave: Negociação, excedente cooperativo, custos, oportunismo, assimetria informacional.

Abstract: Before reaching success in a contract agreement, in a parity relation parties usually discuss the terms and conditions of the deal to which they are to be bound, seeking a balance between the initial interests of each party. During the contract negotiation the legally binding agreement will be delineated by the parties in order to be fulfilled afterwards. Taking into account that negotiation should provide mutual benefits, the reasons why they frequently fail to do so are to be understood. Some indicative for the solution of this problem are studied in this paper, pointed out from an analysis of economic elements.

Keywords: Negotiation, cooperative surplus, costs, opportu-

^{*} Mestrando em Direito pela UFRGS.

ism, asymmetric information.

Sumário: Introdução; Parte I – Aspectos Econômicos da Negociação; A) O início da fase negocial e seu objetivo; B) Custos da fase pré-contratual; Parte II – Elementos Prejudiciais à Negociação; A) Assimetria informacional; B) Condutas oportunistas; Conclusão; Referências Bibliográficas

INTRODUÇÃO



impróprio pensar, hodiernamente, em virtude da complexidade das relações entre os particulares que se intercomunicam com objetivo de trocar bens e serviços, que as negociações que antecedem a formação dos contratos se resumem às regras da ‘*oferta e aceitação*’, prevista nos artigos 427 e seguintes do Código Civil e que reproduzem uma imagem de negociação monotemática, conflitante e sem ganhos.

Do contrário, o procedimento negocial vai muito além e representa uma interação que abrange múltiplos temas, voltados à resolução de entendimentos contrários e, sobretudo, à maximização de ganhos¹.

As negociações são marcadas por um processo dialético² e paulatino, desenvolvido de forma sucessiva ao longo de um espaço de tempo, em que as partes discutem acerca dos elementos essenciais do contrato, que correspondem aos termos básicos da operação econômica³, e também moldam, pelos seus interesses, aqueles elementos ditos acessórios (não essenciais).

¹ FARNSWORTH, Alan E. Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations. in *Columbia Law Review*, 1987, p. 2.

² Fazendo referência a Jean-Luc Albert, Daniel Ustárroz enquadra a negociação, enquanto movimento dialético, entre dois marcos: “(a) a busca indecisa por um contrato (na qual a conclusão do contrato é visto como algo eventual); (b) a realização de um acordo contratual.” (USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos Contratos*. Temas atuais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 46)

³ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 144

Embora frequentemente presentes na fase que antecede a formação de um contrato, as negociações não carregam em si um caráter obrigatório para que esta formação ocorra, ao contrário da regra da *‘oferta e aceitação’*. Trata-se, portanto, de faculdade a que as partes podem recorrer para estipular com um maior grau de detalhes os seus interesses.

Para MARISTELA BASSO⁴ as negociações são atos meramente preparatórios, que possuem carga jurídica diferente da oferta e da aceitação, uma vez que podem ou não se fazer presentes na fase de formação do ajuste, não sendo, portanto, indispensáveis (vitais) à existência mesma do contrato.

Ainda que prescindível, constitui-se como um ferramental importantíssimo para a melhor distribuição dos lucros do contrato e, conseqüentemente, para a maximização do bem estar social.

Os teóricos da *Law and Economics* analisam a negociação sob a ótica da teoria da barganha⁵, a qual se trata da melhor forma de criar, por meio da cooperação, um excedente capaz de beneficiar todos os envolvidos⁶, na medida em que por meio dela se abre a possibilidade de transferência de um recurso de alguém que lhe atribui menor valor para alguém que lhe atribui maior valor.

A teoria da barganha demanda que para haver a transação é necessário saber quem deseja negociar, informar a outra parte que há o interesse na negociação e quais são os seus termos, conduzir as negociações com objetivo de concluir um

⁴ BASSO, Maristela. Contratos Internacionais do Comércio: Negociação, conclusão e prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 135

⁵ Para COOTER e ULEN: “[...] *as formas de uma barganha incluem “dinheiro-por-uma-promessa”, “meradoria-por-uma-promessa”, “serviço-por-uma-promessa” e “promessa-por-uma-promessa”, porque “[...] cada barganha implica um induzimento recíproco (causa): o promissário dá algo para induzir o promitente a fazer a promessa, e o promitente faz a promessa como induzimento ao promissário*”. (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia (5ª ed.). Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 202e p. 203.)

⁶ COOTER & ULEN, op. cit. p.95

contrato, redigindo-o e, depois, inspecionando-o para se ter certeza de que os seus termos estão sendo observados, e assim por diante. Segundo COASE⁷ estas operações geralmente são custosas o suficiente para inibir diversas contratações que seriam obtidas em um mercado sem custos.

O presente trabalho tem o objetivo de analisar como se desenvolve o processo de negociação, abordando a sua nuance econômica, sobretudo, verificando quais os elementos necessários para que se alcance uma barganha eficiente. O estudo examinará os entraves causados às negociações pelos custos que lhe são inerentes, especificamente, aqueles de busca pela negociação e da negociação em si, bem como os custos que o comportamento das partes é capaz de criar, voltando-se, então, à análise das condutas oportunistas *ex ante*, que agem como verdadeiras inibidoras de acordos eficientes e que conduzem as partes à conclusão de negócio jurídico que não seria racional formalizar se porventura não houvesse reprovável exploração de assimetrias.

PARTE I – ASPECTOS ECONÔMICOS DA NEGOCIAÇÃO

A) O INÍCIO DA FASE NEGOCIAL E SEU OBJETIVO

Ao longo das negociações, dependendo da complexidade do contrato e da flexibilidade das partes, sucede-se uma série de propostas e contrapropostas, que indicam não mais do que o posicionamento de cada parte, pautado pelos interesses que motivam a negociação.

[...] Nas propostas comerciais, é informado o preço do objeto ou o serviço a ser negociado. O preço assinala a um posicionamento econômico. [...] Toda proposta realizada tem uma justificativa, carregada de interesses, exteriorizados ou não. É sabido que todo o preço representa necessidades e objetivos,

⁷ COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. The Journal of Law and Economics, 1960, p 15

como custo, lucro, etc. para os que propõem.⁸

Os interesses limitam o alcance da negociação, na medida em que estes definirão a disposição máxima do comprador em pagar e a disposição mínima do vendedor em vender. Para que haja espaço para a negociação, portanto, o vendedor potencial deve avaliar o bem que está oferecendo em valor menor do que o potencial comprador⁹.

Então, motivadas pelos interesses individuais, mas sem que necessariamente a eles se façam menção ao longo das tratativas, as negociações sempre tomarão rumos diferentes quando propostas forem aceitas ou não pelos *players*.

No caso de aceitação da condição que se refira aos elementos essenciais do contrato, a negociação estará encerrada; em caso de aceitação das condições sobre os elementos não essenciais, a tendência¹⁰ é a manutenção desta concordância até o desfecho das tratativas. Todavia, caso a proposta não seja aceita, “o vendedor poderá adotar diferentes atitudes, como insistir na proposta ou reformulá-la mediante a análise da contraproposta ou pela apresentação de seus interesses, que, em princípio, justificariam a proposta inicial”¹¹.

A negociação, assim, servirá como um ferramental para elaboração de novas propostas que oportunizem ganhos para ambas as partes, de forma que os interesses – e consequente posicionamento de cada negociante – se justificarão pela percepção de cada um dos polos sobre a possibilidade de lucro

⁸ MACAGNAN, Clea Beatriz. Jogo contratual e jogo da negociação. In MACAGNAN, Clea Beatriz (coord.). Compras. Elementos para o jogo da negociação de produtos e serviços. Porto Alegre: Entremeios, 2010, p. 48.

⁹ COOTER & ULEN, op. cit. p. 93

¹⁰ Utilizamos o vernáculo “tendência”, porque compartilhamos da ideia da liberdade de a parte se retirar da negociação a qualquer momento antes da aceitação da proposta final, desde que não o tenha feito de forma oportunista: ‘*prior to acceptance, the offer is free to back out by revoking the offer*’ (FARNSWORTH, op. cit. p. 2). Com a mesma concepção, podemos citar Maristela Basso: “O desenvolvimento das negociações preliminares se caracteriza pelo princípio da “liberdade contratual”, e não se circunscreve a nenhuma forma imperativa.” (BASSO, op. cit. p. 156)

¹¹ MACAGNAN, op. cit. p. 48

com o acordo ou perdas por não negociar¹².

A negociação analisada a partir da teoria da barganha¹³ resulta na melhor forma de criar, por meio da cooperação, um excedente capaz de beneficiar a todos, porquanto implica a transferência de um recurso de alguém que valoriza menos determinado bem a quem o valoriza mais¹⁴.

Caso o preço seja estipulado entre os valores de ameaça de cada uma das partes (o que pressupõe uma barganha eficiente), o ganho social corresponderá à diferença entre os valores de ameaça de cada parte (ou à diferença entre a solução cooperativa e a solução não cooperativa¹⁵), resultando somente da negociação quanto cada parte receberá deste aumento de riqueza.

O excedente econômico é, em suma, o valor a ser dividido entre as partes. A determinação de quanto cada parte receberá depende, porém, do valor exato de venda do bem. [...] No fim, o poder de barganha de cada parte, além de outros fatores, que irá determinar o preço final.¹⁶

A simples existência de um excedente econômico (e aqui seria redundância falar na necessidade de ser maior do que zero), não importando o percentual destinado a cada parte, definirá como eficiente o contrato.

Não se olvida que, frequentemente, ao final da negociação, uma parte obterá maiores resultados frente as suas expec-

¹² MACAGNAN, op. cit. p. 32

¹³ Para COOTER e ULEN: '[...] as formas de uma barganha incluem "dinheiro-por-uma-promessa", "meradoria-por-uma-promessa", "serviço-por-uma-promessa" e "promessa-por-uma-promessa", porque [...] cada barganha implica um induzimento recíproco (causa): o promissário dá algo para induzir o promitente a fazer a promessa, e o promitente faz a promessa como induzimento ao promissário'. COOTER & ULEN, op. cit. p. 202 e p. 203.

¹⁴ COOTER & ULEN, op. cit. p. 93

¹⁵ Considerando que a solução não cooperativa remete à inexistência do contrato, o seu valor corresponderá à soma dos valores de ameaça das partes. A solução cooperativa, por sua vez, corresponde ao valor de ameaça de cada parte acrescido do ganho individual obtido com o contrato.

¹⁶ TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 162.

tativas do que outra, mas isso não retira a eficiência do contrato caso o excedente seja positivo. O ganho mínimo individual é que favorece o jogo da negociação.

Para que haja eficiência, portanto, cada jogador precisa ter a possibilidade de receber ao menos o valor individual antes da barganha, acrescido de uma parte do excedente cooperativo¹⁷. Assim, *‘se não houver pelo menos a potencial existência de aumento de satisfação recíproca, de acréscimos de utilidade mútuos, não haverá contrato, mas sim tão somente sujeição’*¹⁸.

Com essa ideia de perseguição ao excedente econômico e mínimo acréscimo de ganho sobre o valor individual pretérito à barganha, afere-se que as negociações estimulam melhorias de Pareto¹⁹.

O contrato deve gerar ganhos para as duas partes (ganho de Pareto). Por isso, não deve ser celebrado enquanto as partes não tiverem avançado na negociação para poderem modelar um arranjo em que cada uma entende ou considera ter atingido seu escopo. O arranjo entre as partes é o final de um processo de tentativa e erro, ou de discussão (tomando emprestada a terminologia dos juristas) mais ou menos elaborado, segundo as circunstâncias.²⁰

Busca-se na negociação um contrato que reflita uma melhoria de Pareto *forte*, porque todos os envolvidos pretendem melhorar seu bem-estar inicial (todos querem ganhar²¹). Somente haverá *Pareto fraco*²², em que os ganhos serão confe-

¹⁷ COOTER & ULEN, op. cit. p. 94

¹⁸ TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Direito contratual como redutor das falhas de mercado. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. 2013, p. 55

¹⁹ TIMM, op. cit. p. 164

²⁰ MCKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 447.

²¹ SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). Direito e Economia. Textos escolhidos. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p.30

²² Para Bruno Salama: “[...] a otimalidade fraca define um critério mais flexível segundo o qual a realocação ou mudança será ótima se for fortemente preferida por pelo menos um indivíduo (que ganha com a nova configuração) e fracamente preferida por todos os demais (que não ganham nem perdem, estando, portanto,

ridos a um *player* (100% do excedente econômico) enquanto o outro se mantém indiferente com o contrato, caso tenha havido uma má projeção deste segundo quanto aos resultados que poderiam ser alcançados com a negociação (ocasionada por uma assimetria informacional) ou até mesmo uma falta de habilidade negocial.

Por conseguinte, o contrato somente atingirá um nível ótimo de eficiência na hipótese de a negociação conseguir estimular uma melhoria de Pareto *forte*.

E sendo eficiente o resultado da negociação, o recurso estará, por consequência, alocado com a parte que mais lhe valoriza. Neste sentido, COOTER & ULEN²³ correlacionam o êxito das negociações com o uso eficiente dos recursos, descartando, para esses casos, a regra jurídica que diz respeito à alocação do objeto da troca.

O objetivo almejado pelas partes em uma negociação (eficiente), que é a concordância a respeito de como irão dividir o valor adicionado pela troca²⁴, nem sempre será conquistado, visto que mesmo havendo margem para negociação, estas podem fracassar pela ausência de cooperação na tentativa de transferência dos recursos, deixando de ser criado o excedente cooperativo²⁵.

Na concepção de COOTER e ULEN²⁶, em síntese, o processo da barganha se divide em três: primeiro estabelecer os valores de ameaça, segundo determinar o excedente cooperativo e, por fim, chegar a um acordo quanto às condições para distribuir o excedente resultante da cooperação.

indiferentes.” (SALAMA, op. cit. p.30)

²³ “[...] Quando as partes seguem a lei de maneira não cooperativa, a alocação jurídica de direitos afeta a eficiência. Quando as partes negociam com sucesso, a alocação jurídica de direitos não importa para a eficiência. Pressupondo-se uma negociação exitosa, o uso de recursos é [...] eficiente, independente da regra jurídica.” (COOTER & ULEN, op. cit. p.102)

²⁴ COOTER & ULEN, op. cit. p.94

²⁵ COOTER & ULEN, op. cit. p.93

²⁶ COOTER & ULEN, op. cit. p.95

Então, ao desejarem para si os recursos pertencentes à outra parte e definirem valores de ameaça que possibilitem a negociação, os *players* estarão prontos para adentrarem às tratativas. MARISTELA BASSO defende que o período de negociações se inaugura quando uma das partes comunica sua intenção de troca à outra²⁷, *cujas condições e quantidades serão dentro deste período determinadas*²⁸.

Todavia, embora seja fator incondicional para o início da fase de negociação, a demonstração de interesse por parte do primeiro negociante ao segundo negociante, por si só, não tem o condão de dar impulso à fase negocial. Adotamos o entendimento de que a negociação se instala a partir da conduta de conflito ou postergação do segundo negociante diante da proposta recebida.

Segundo a própria Autora, *‘a oferta representa a primeira declaração de vontade dirigida à conclusão do negócio jurídico bilateral, [...] precisa e determinada, de tal modo que a simples aceitação baste para a conclusão do contrato*²⁹. Ou seja, a negociação em torno da proposta realizada apenas começará quando houver vontade de contratar, mas existir diferença sobre as condições da oferta, porque, do contrário, ou a oferta será rechaçada e não haverá contrato ou aceita e as partes celebrarão o acordo³⁰.

²⁷ “As negociações podem se desenvolver, então, a partir de uma oferta quando, por exemplo, um comerciante faz a outro uma proposta clara, precisa e determinada de venda de uma mercadoria, porém, o oblato não se encontra em condições de aceitá-la imediatamente, nem sequer se encontra preparado para apresentar contraproposta, optando por não a recusar, pura e simplesmente, mas, sim, abrir um período de negociações, que poderá se encerrar com a conclusão do contrato ou se exaurir no seu próprio insucesso [...]” (BASSO, op. cit. p.136)

²⁸ BASSO, op. cit. p. 133

²⁹ BASSO, op. cit. p. 137

³⁰ Maristela Basso se vale da posição de Mousseron para ponderar que a fase de negociações não é necessariamente um período de oposição. Cita a autora que o jurista francês defende que a “*fase de negociações não é necessariamente, nem principalmente, uma fase de oposição; ela é, frequentemente, a busca comum de uma solução a ser dada a muitos problemas*”. E que “*as partes querem chegar a*

É a diferença sobre as condições do jogo estabelecidas ou das propostas feitas pelos jogadores que instaura o jogo contratual de negociação. A divergência das propostas estabelece a manifestação de conflito. É a emergência do conflito que instaura o jogo da negociação. [...] Em outras palavras, se não há conflito de propostas e existe convergência de interesses [...] não há o que negociar.³¹

Portanto, a interação privada entre os *players* ocorre porque um discorda com a proposta inicial do outro. Em virtude do conflito instaurado, pelo meio da negociação os *players* têm a oportunidade de alcançar uma nova proposição em que ambos se sintam comprometidos³².

Mas para construir essa nova proposição é comum que sejam reciprocamente feitas algumas concessões de interesses iniciais, de modo que se torna crucial que cada parte tenha bem presente seu valor de ameaça como limite negocial para ter certeza de que não vai sair de uma negociação em situação pior do que se não houvesse acordo³³. Em virtude destas concessões, especialistas no jogo negocial orientam os protagonistas a demonstrarem altas aspirações, porque, mesmo não alcançando seus objetivos finais, costumam obter melhores resultados que negociadores com objetivos inferiores³⁴.

Não quer dizer, entretanto, que fazer mais concessões

concluir um contrato vantajoso para ambas, pois faltando interesse para uma e outro o contrato não será concluído” (BASSO, op. cit. p.138). No ponto, não discordamos do jurista francês ao entender que o fim perseguido possa ser buscado em comum pelas partes, mas entendemos que para fins de negociação a busca comum deve partir de divergências a serem conjuntamente superadas. Caso contrário, não se trata de negociação, bastando às partes sentarem-se uma de frente para outra e redigirem o contrato tão logo o tempo permita. O que pretendemos dizer é que há necessidade de debate sobre pontos antagônicos, a aproximá-los, para se caracterizar a negociação.

³¹ MACAGNAN, op. cit. p. 27

³² MACAGNAN, op. cit. p. 28

³³ CRAVER, Charles B. The negotiation Process. In American Journal of Trial Advocacy. The George Washington University Law School. Washingtons D.C., 2003, p.8

³⁴ CRAVER, op. cit. p.13

do que inicialmente pretendia torne a parte em perdedora, pois fazer concessões pode também significar uma decisão estratégica³⁵, basta que as concessões não tornem o benefício auferido com o contrato menor que o seu valor de ameaça.

E é salutar para o sucesso do jogo da negociação que as partes adotem *‘comportamentos caracterizados por flexibilidade, criatividade e estratégias que permitam o processo e a manutenção da negociação’*³⁶. Tais condutas somente serão possíveis se o *player* dispuser de um alto poder de barganha.

Para se atingir um nível ótimo de poder de barganha, o negociante inevitavelmente terá que tornar as informações privadas da parte contrária em informações públicas (trazendo a conhecimento da totalidade dos negociantes), complementando, deste modo, o acervo de informações que detinha no início das tratativas³⁷.

Para tanto, o negociante deverá filtrar, ao longo das negociações, e com base nas informações que dispõe antes delas, outras informações que lhe garantam maior conhecimento sobre os interesses da parte contrária e, mormente, sobre as qualidades do bem ou serviço que está adquirindo. Assim, tomará decisões com maior precisão quanto as suas consequências sobre o comportamento dos demais jogadores³⁸.

É fundamental, na consolidação deste quadro, que o negociador procure conhecer ao máximo os objetivos da outra parte,

³⁵ BASSO, op. cit. p. 144

³⁶ MACAGNAN, op. cit. p. 31

³⁷ “[...] Antes de firmarem o contrato, as partes têm conhecimento privado sobre o que esperam conseguir com o relacionamento, os preços e outras condições com as quais estariam dispostas a se comprometer, a duração que preveem para o relacionamento, os aspectos que não são tão importantes. Além disso, uma das partes talvez possua informações sobre o acordo em potencial que a outra parte não possui, mas que valoriza muito.” (COOTER & ULEN, op. cit. p. 213)

³⁸ “Normalmente, as partes negociam uma com a outra em torno do preço. No decorrer da negociação, as partes podem divulgar fatos (“O motor está mecanicamente perfeito...”), apelar a normas (alegar que o preço é injusto), ameaçar, e assim por diante. Estas são as ferramentas usadas na arte da negociação.” (COOTER & ULEN, op. cit. p.93)

observando-a, estudando-a, registrando suas afirmações e contestações, porque disso dependerá seu poder de barganha. Convém, também, na avaliação da parte contrária, considerar o seu contexto cultural, seus hábitos, costumes e traços de personalidade.³⁹

Em que pese demonstrarmos apenas no próximo tópico que esta busca incessante pela informação inevitavelmente acarreta custos à fase negocial, desde então evocamos que a quantidade de informação retida por cada uma das partes funciona como maximizador do seu poder de barganha, conferindo-lhe vantagens para travar discussões sobre aspectos técnicos e nuances jurídicas do contrato projetado⁴⁰.

Contudo, engana-se quem conclui que o jogo da negociação limita-se à coleta de informações. O oposto é primordial para a manutenção da relação, ou seja, conceder informações faz parte do processo de confiança recíproca, porquanto lapida a relação trazendo conforto e segurança para ambos.

É dizer que quanto mais abundantes as informações tornadas públicas durante a negociação, mais convictas estarão as partes sobre a possibilidade de contratar ou não. O desfecho (positivo ou negativo) está intimamente ligado ao nível de informação que cada um detém.

O problema é que o processo cognitivo (informacional) não se exaure de repente. Esta gradativa troca de informações, bem como de concessões, resulta, muitas vezes, na inconveniente prolongação das tratativas, circunstância que dá margem ao surgimento de fatores exógenos capazes de criar instabilidade nas negociações e até mesmo fulminá-las, como, por exemplo, a aparição de proposta de terceiro que altere os valores de ameaça tanto do comprador quanto do vendedor ou que venha romper com os interesses de negociar.

³⁹ BASSO, op. cit. p. 144

⁴⁰ Para Maristela Basso, os “aspectos técnicos” do contrato compreendem elementos como a “[...]data da entrega; modalidades de pagamento; consequências e responsabilidades em caso de inexecução da obrigação; a lei do contrato; o *fórum* competente para dirimir as controvérsias e/ou arbitragem.” (BASSO, op. cit. p. 134)

Para dirimir os riscos que envolvem uma duradoura relação negocial, compartilhamos que a mesma liberdade que concede às partes o direito de retirar-se das tratativas a qualquer tempo, também permite que consensualmente aloquem e limitem os riscos existentes nas negociações em curso⁴¹ por meio de instrumentos não tipificados em nosso ordenamento jurídico, mas comumente utilizados na prática, chamados de acordos intermédios ou acordos preliminares⁴².

Com os riscos da negociação alocados – ou pelo menos de fácil apuração e imputação a um dos *players* – e o avançar do consenso sobre os elementos essenciais da troca, as partes cada vez mais se aproximam do termo final do período da negociação, restando propriamente consolidado quando nenhuma delas dispuser de liberdade de manobra quanto às condições do contrato.

[...] só há contrato – contrato final – quando as partes acordam em todos os pontos considerados relevantes. Mormente, quando uma faz uma proposta e a outra aceita: quando uma declara sua vontade de contratar e os termos em que o quer fazer e a outra aceita.⁴³

Ou seja, o término das negociações fica bem delineado por aquele momento em que o contrato é formado ou a proposta final de um lado é rejeitada pelo outro. Encerra-se a partir do momento em que os negociantes não modificam mais suas ex-

⁴¹ “[...] *parties who do not wish to rush to ultimate agreement are free instead to make a preliminary agreement to allocate the risks of their continuing negotiations.*” (FARNSWORTH, op. cit. p.2)

⁴² “Com efeito, objetivando precipuamente verificar e, se possível, maximizar a valia da relação negocial discutida, as tratativas são costumeiramente acompanhadas de discussões, pautadas por consentimentos e dúvidas. Em certas relações comerciais, muitos fatos importantes são reproduzidos a termo, através de cartas de intenção, memorandos de entendimentos, punctuações etc. Todo esse rito tem o escopo de organizar o panorama obrigacional, protegendo os sujeitos, ao permitir que a negociação evolua harmoniosamente com a certificação de seus passos.” (USTÁRROZ, op. cit. p. 51)

⁴³ JUNIOR, E. Santos. Acordos Intermédios: Entre o Início e o Termo das negociações para a celebração de um contrato. *In* Revista da Ordem dos Advogados, 1977, p. 581

pectativas por não haver mais espaço para concessões, mas a alternativa de dois nortes: a celebração do contrato segundo as proposições discutidas e acordadas ou o encerramento das conversas⁴⁴.

No período das negociações chega-se a um momento em que as discussões acerca dos aspectos técnicos e jurídicos se encerram. É o estágio em que as partes não modificam mais seus pontos de vista e, então, é chegado o momento em que intervém a oferta propriamente dita, ou oferta *ultimatum*, ou seja, quando uma das partes – comprador ou vendedor – apresenta a proposição que não está mais disposta a modificar e pela qual pretende vincular-se. Por conseguinte, a aceitação do destinatário aperfeiçoa o acordo; caso contrário, encerram-se as negociações sem a formação do contrato.⁴⁵

A aceitação da proposta definitiva remete à conclusão de que as partes alcançaram êxito em cooperar e com sucesso formaram o contrato, criando e dividindo, a partir daí, aquele excedente cooperativo que já referimos. Caso contrário, cooperação não há, assim como não há excedente pela formação do contrato, tampouco sua divisão.

B) CUSTOS DA FASE PRÉ-CONTRATUAL

Viu-se até então que o procedimento negocial permite a aproximação entre partes com o objetivo de que estipulem a forma mais conveniente de se criar um contrato eficiente, mediante a alocação de recursos a quem mais os valorize e divisão dos benefícios econômicos obtidos.

Por esta perspectiva não seria extraordinário causar espanto quando negociações não forem concluídas com êxito. Ocorre que na maioria das vezes as partes fracassam na cooperação. Cabe analisar, portanto, quais os motivos que levam negociações de potenciais excedentes cooperativos ao insucesso.

⁴⁴ BASSO, op. cit. p. 144

⁴⁵ BASSO, op. cit. p. 139

A resposta para esta indagação parece ter seu nascedouro juntamente com a expansão da *Law and Economics* a partir da proposição de Robert COASE, denominada ‘*The Problem of Social Cost*’. Nela COASE⁴⁶ abordou os “custos de transação” como desincentivos à negociação, partindo da premissa que é da ausência (= zero) destes custos que se atinge a negociação bem-sucedida, com uso eficiente dos recursos.

Por esta concepção, os custos de transação se materializam como verdadeiros atritos para as negociações, impedindo existir um consenso que, *a prima facie*, seria proveitoso para todos. Segundo Ejan MCKAAY e Stéphane ROUSSEAU, inexistindo custos de transação, nenhuma externalidade⁴⁷ poderia ocorrer, porque tudo estaria internalizado no contrato⁴⁸. Mas a realidade é diversa, os custos estão bastante presentes na fase negocial e ‘*o modo de se proceder a contratação é relevante para atenuar esses custos, com efeitos diretos sobre o desempenho econômico*’⁴⁹.

Debruçando-se sobre o Teorema de Coase, COOTER e ULEN são categóricos ao afirmar que as partes conseguem economizar os custos das transações comerciais chegando a um acordo por meio da barganha⁵⁰ e definem estes custos como todos aqueles que circunscrevem as transferências de riqueza

⁴⁶ “*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.*” (COASE, op. cit. p. 15)

⁴⁷ “A externalidade é simplesmente o nome que se dá aos custos de interação, ou de coordenação, enquanto os recursos concorrentes estão em diferentes mãos. Se estiverem nas mãos de uma só pessoa serão denominados “custos de administração”. (MCKAAY & ROUSSEAU, op. cit. p.211)

⁴⁸ MCKAAY & ROUSSEAU, op. cit. p.218

⁴⁹ AZEVEDO, Paulo Furquim de. Contratos – uma perspectiva econômica. In SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. (coord.). Direito e Economia. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 114.

⁵⁰ COOTER & ULEN, op. cit. p. 102

(trocas), distinguindo-os em três formas: os custos da busca para realização do negócio, os custos da própria negociação e os custos do cumprimento do que restou negociado⁵¹.

Os custos de transação são os custos das trocas ou comércio. Uma transação comercial tem três passos. Primeiramente, é preciso localizar um parceiro comercial. Isto implica achar alguém que queira comprar o que você está vendendo ou vender o que você está comprando. Em segundo lugar, uma negociação tem de ser fechada entre os parceiros comerciais. Uma negociação é alcançada por uma negociação bem-sucedida, que pode incluir a redação de um acordo. Em terceiro lugar, depois de alcançada uma negociação, é preciso fazer com que ela seja cumprida. O cumprimento implica monitorar o desempenho das partes e punir violações do acordo.⁵²

Embora a negociação até o acordo permita às partes a economia de certos custos que surgiriam ao longo da relação contratual, não se pode negar que à própria negociação estão atrelados determinados custos de transação que lhe são inatos, custos que não dizem respeito ao interesse das partes negociantes, mas são indissociáveis do procedimento de troca. Citando Demsetz, MCKAAY & ROUSSEAU adotam uma visão em que os custos de transação já estão incorporados aos negócios como um custo de produção *in verbis*:

[...] A transação possível, mas custosa, entra no balanço com os ganhos que permite obter graças ao entendimento entre as partes. A parte que toma a iniciativa, segundo demonstração precedente, escolherá o equilíbrio mais proveitoso entre os custos e ganhos resultantes dos entendimentos. Não há, pois descolamento entre custo social e custo privado, pois todos os custos serão sempre levados em consideração. Para Demsetz, custos de transação são custos de produção como os demais.⁵³

Por certo não é interessante para um mercado competitivo que tais custos sejam elevados a ponto de ultrapassarem o excedente econômico da permuta. Isso porque o *player*, com a

⁵¹ COOTER & ULEN, op. cit. p. 105

⁵² *Idem*

⁵³ MCKAAY & ROUSSEAU, op. cit. p. 211

intenção de maximizar racionalmente o seu bem-estar ou o seu lucro, somente concordará em concluir a negociação quando tiver a certeza de que o benefício líquido será maior que zero.

[...] Negociar até chegar a um acordo exige comunicação. Suponhamos que a comunicação tenha um custo. [...] Os custos de transação têm de ser subtraídos do excedente para calcular o valor líquido da cooperação. [...] Reconhecendo que o valor líquido da negociação é negativo, as partes não irão negociar. Se as partes não negociarem, elas cumprirão a lei de maneira não cooperativa.⁵⁴

Ou seja, partindo do pressuposto de que o negócio se concretiza somente quando ambas as partes obtêm vantagens, o custo alto da transação inviabiliza o desfecho da negociação e afasta o mercado do nível ótimo de transações.

Adotando a tripartição dos custos de transação dada por COOTER e ULEN, os custos envolvidos na negociação *ex ante*, e que nos interessa neste artigo, são os de busca e os da negociação propriamente dita. Assim, os *custos da negociação* passam a dizer respeito, basicamente, aos custos compreendidos na coleta e no compartilhamento de informações, bem como no custo para confecção do contrato, cabendo às partes, além de identificá-los (os custos), mensurá-los para aferir se há viabilidade econômica na troca ou não.

Os custos da fase negocial surgirão a partir da tentativa de localizar alguém com quem começar a negociação, aquele outro negociante que possua o recurso almejado, como, por exemplo, encontrar quem venda um imóvel com algumas especificações, um carro de certo ano, uma franqueadora de determinada marca, um franqueado interessado no investimento inicial. Mensuram-se os custos, então, a partir da especificidade e trivialidade dos interesses a negociar: quanto mais comum e habitual, menos dispendiosa a negociação. Como sintetizam COOTER e ULEN⁵⁵, parte a negociação dos custos de achar

⁵⁴ COOTER & ULEN, op. cit. p.103

⁵⁵ COOTER & ULEN, op. cit. p. 105

alguém que queira comprar o que você está vendendo ou vender o que você está comprando, sendo altos para bens ou serviços singulares, e baixos para bens ou serviços padronizados.

A partir disso, o pretenso contratante direcionará o seu o tempo e investimento para colher e tomar a melhor decisão diante das alternativas de mercado. Acentua-se aí o comportamento racional do indivíduo, que o fará ponderar sobre suas escolhas, até o limite em que os custos da busca não ultrapassem o benefício que o bem lhe trará⁵⁶.

Tomemos como exemplo a procura por uma caneta esférica de uso corriqueiro e um computador, ambos para escritório. O comprador sabe que há abundância de ambos os produtos no varejo, de tal modo que não será obstáculo localizar alguém que queira com ele negociar, o custo de ambos é baixo, até então. Mas as semelhanças param por aí. No caso da caneta, por óbvio, não fará o comprador mais do que uma investida à loja de materiais de escritório, tampouco se preocupará com a pesquisa de preço entre dois ou mais vendedores, assim como não recorrerá a fontes para saber qual a melhor opção de compra. Do contrário, a prática demonstra que na busca pela compra de um computador, o comprador tentará se informar mais sobre as qualidades técnicas do produto, será diligente com relação à pesquisa de preço e eventualmente visitará mais de uma vez a mesma ou outras lojas, acarretando, com isso, em maiores gastos para a busca do bem que será objeto da negociação.

O início das negociações, marcado pela contrariedade de uma das partes em relação à proposta da outra, conforme visto acima, assim como o seu desenvolvimento até a obtenção de um acordo, necessariamente demanda que os negociantes se comuniquem constantemente, sendo a qualidade desta comunicação fator que implica no nível dos custos.

Afetam diretamente sobre os custos o número de parti-

⁵⁶ SALAMA, op. cit. p. 25.

cipantes da negociação, a intensidade da comunicação conforme a urgência das partes em cedo estabelecer um contrato e a distância física entre os negociantes.

A comunicação entre duas partes costuma ser menos custosa, sobretudo quando não há barreiras físicas a frente delas, resultando que quanto maior o número de partes e mais distante estiverem, mais dispendioso e difícil se torna o contato⁵⁷. Também será mais custoso quando a comunicação carregar uma carga de hostilidade ou comportamento insensato de uma parte para com a outra, sugerindo que as partes incrementem seus gastos com a contratação de mediadores (em geral advogados) para conduzirem a negociação entre partes hostis ou insensatas.

A par destes aspectos eminentemente psicológicos, a comunicação entre duas partes próximas não se mostra complexa como aquela estabelecida entre duas ou mais partes que estão em situadas em territórios diversos, de idiomas e ordenamentos jurídicos diferentes⁵⁸. Entre duas partes vizinhas, a comunicação em si basicamente gerará custos de oportunidade com o tempo gasto para ambas as partes se encontrarem e eventual investimento com o aluguel de local neutro para reuniões. Entretanto, quando a comunicação se dá entre *players* que estão fisicamente impedidos de se encontrar e, mormente, que estejam em territórios diferentes, os custos tendem a ser mais elevados. Isso porque interessa às partes que o contrato seja cumprido independente das leis a que será submetido, demandando que todos se interem dos sistemas jurídicos contraparte⁵⁹.

⁵⁷ COOTER & ULEN, op. cit. p.106

⁵⁸ “O fator distância é outro obstáculo técnico à negociação internacional. Muitas vezes não é possível que as partes estejam frente a frente, e as tratativas devem prosseguir. Nessas hipóteses, desempenha papel fundamental a reunião das técnicas das telecomunicações com as da informática, que já produziram e estão produzindo efeitos importantes no mundo jurídico.” (BASSO, op. cit. p.151)

⁵⁹ “[...] É preciso, então, que o contrato possa se manter e ser eficaz independentemente do juiz competente ou da lei que lhe for aplicável. Deve, portanto, ser com-

A redação do contrato, seja entre negociantes próximos ou distantes, compõe a fase mais importante do período negocial e é justamente o momento das negociações em que os custos se acentuam. A importância de um contrato bem redigido é que será mais fácil, no futuro, no seio da relação contratual, garantir sua execução, atenuando o que lá adiante poderia aumentar os custos de fiscalização e de sanção. MCKAAY & ROUSSEU⁶⁰ compartilham da ideia de que o clausulado negocial mais detalhado vacina contra a má execução da avença.

Nesta esteira, os maiores custos esperados são aqueles necessários para a própria redação das cláusulas, porquanto os *players* devem ventilar hipóteses, calcular probabilidades, imaginar possíveis benefícios e custos, redigir o contrato, submetê-lo ao *expertise* de advogados, entre outros fatores⁶¹, restando obviados os negociantes de colocarem todas as obrigações relevantes no instrumento, na medida em que a elevação dos custos de transação os proíbem⁶², de modo que resultam incompletos – omissos quanto à descrição de todos os riscos possíveis, sobretudo daqueles com pouca probabilidade de ocorrência, e omissos quanto a todos os custos de transação⁶³. Ou seja, é natural que os contratos ingressem no mundo jurídico de forma incompleta.

Vale observar que todo e qualquer contrato (relação), formal ou tácito, caracteriza-se por ser sempre INCOMPLETO. Isto quer dizer que não conseguimos acordar todas as condições que regerão a relação no futuro, pois sempre haverá um aspecto novo que não foi previsto, pois as relações são dinâmicas, assim como o ambiente em que se configuram.⁶⁴

pleto e compreender todas as possíveis hipóteses para que produza os efeitos desejados em qualquer local. Para tanto, é preciso que se observe a precisão da linguagem, exigindo-se especial cuidado com a redação do contrato.” (BASSO, op. cit. p.150)

⁶⁰ MCKAAY & ROUSSEAU, op. cit. p. 220.

⁶¹ TIMM, op. cit. p. 168.

⁶² POSNER, Eric. *Economic. Análise Econômica do Direito Contratual*. Sucesso ou fracasso? São Paulo : Saraiva, 2010, p. 50

⁶³ POSNER, E. op. cit. p. 18

⁶⁴ MACAGNAN, op. cit. p.17

Não há doutrina que defenda o contrário. E há razões econômicas para isso, verificáveis na fase de negociação⁶⁵.

Com efeito, porque o custo de redação de cláusulas contratuais é sempre superior a zero, a previsão e redação de inúmeras contingências alteram significativamente o valor da negociação. O custo de transação guarda íntima relação de proporcionalidade com o número de condições acertadas, na medida em que quanto menor o número de condições, mais barato o contrato, ao passo que quanto mais condições, mais caro o acordo. Desta forma, os riscos remotos não justificam o custo de sua alocação⁶⁶, implicando que somente algumas cláusulas serão escritas, de forma que os contratos nunca serão completos⁶⁷.

E, as cláusulas redigidas serão não mais do que aquelas cujo benefício esperado seja superior a seu custo esperado.

Pense na diferença de custos de transação entre a alocação de riscos e perdas. Se as partes negociarem condições explícitas para alocar os riscos, certamente arcarão com custos de transação. Se elas deixarem uma lacuna, arcarão com custos de transação com uma probabilidade positiva. 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. As partes esperam economizar custos de transação deixando lacunas em contratos sempre que o custo efetivo da negociação de condições explícitas exceda o custo esperado do preenchimento de uma lacuna.⁶⁸

Nesta concepção, se considera “risco *ex ante*” o risco de prejuízos futuros lidados ao negociar um contrato e “prejuízos *ex post*” os prejuízos que de fato acontecem depois da formação do contrato. Portanto, a redação da cláusula prevendo a

⁶⁵ Embora muito interessante o estudo da solução jurídica para os contratos incompletos, o presente trabalho tem o escopo de demonstrar apenas por qual razão estes se perfectibilizam incompletos, ou seja, por que os custos impedem que as partes não prevejam todas as contingências possíveis.

⁶⁶ COOTER & ULEN, op. cit. p. 223

⁶⁷ TIMM, op. cit. p. 168

⁶⁸ COOTER & ULEN, op. cit. p. 223

alocação do risco dependerá da estimativa do benefício que o *player* terá se alocar riscos *ex ante* ou alocar prejuízos *ex post*⁶⁹.

Portanto, tem-se que a regra para minimização dos custos de transação deve seguir esta lógica⁷⁰:

- Não redigir cláusula com alocação de risco quando
Custos da alocação do risco > (maior que) Custo da alocação do prejuízo \times (multiplicado pela) probabilidade de ocorrência do prejuízo;
- Redigir cláusula com alocação de risco quando
Custo da alocação do risco < (menor que) Custo da alocação do prejuízo \times (multiplicado pela) probabilidade do prejuízo

O custo da alocação do risco *ex ante* está relacionado a dois fatores, quais sejam: a racionalidade limitada das partes e a incerteza sobre determinada previsão de risco.

O primeiro fator é conceito básico da economia e compreende que os negociantes não estão aptos a prever todas as possíveis contingências que surgirão durante a relação contratual e, o segundo, diz respeito à dificuldade dos negociantes em prever a possibilidade de que aconteça ou não determinada situação no seio da relação contratual⁷¹.

Pressupondo determinadas dificuldades, será desafio do ordenamento jurídico, por meio de suas normas e atividade dos tribunais, fornecer condições supletivas eficientes para o preenchimento das lacunas existentes nos contratos incompletos, de modo que as partes se sintam confortáveis em não negociar a alocação de riscos com baixa probabilidade de ocorrência, mas uma vez que ocorram não impeçam o cumprimento do

⁶⁹ *Idem*

⁷⁰ *Idem*

⁷¹ “[...] quanto maiores forem as possibilidades de intercorrências e maior o número de resultados possíveis, bem como quanto mais imprevisíveis (maior dispersão) e, dessa forma, mais difícil a sua mensuração probabilística, maiores serão os custos de transação destinados a enfrentar tais realidades.” (TRINDADE, op. cit. p. 147)

contrato, atendendo, assim, o aparente anseio do Teorema de Coase no sentido de que a lei deve mitigar os custos e remover os impedimentos aos acordos privados⁷².

PARTE II – ELEMENTOS PREJUDICIAIS À NEGOCIAÇÃO

A) ASSIMETRIA INFORMACIONAL

Não é inoportuno dizer que a alocação dos riscos do contrato, bem como sua própria redação dependerá da quantidade de informação que cada uma das partes dispõe na barganha. Menos impróprio afirmar que muitos dos custos da fase de negociação – e também a origem de condutas oportunistas – estão vinculados à coleta de informações por ambas as partes, com objetivo de sanar incertezas. E, por consequência, os custos se acentuam, sobretudo, quando há informações assimétricas que influenciam diretamente o poder de barganha de cada um dos agentes.

Essa assimetria informacional nada mais é a disparidade na quantidade e qualidade de informações sobre aqueles bens ou interesses negociáveis ou acerca das condutas adotadas por cada negociante, possibilitando que um deles obtenha vantagens às custas do outro⁷³.

Há assimetria de informação porque os conhecimentos dos *players* não são homogêneos e isto é extremamente prejudicial à eficiência do contrato perseguido pela negociação, conforme se extrai da obra de MCKAAY & ROUSSEAU:

[...] O acordo, que parece proveitoso, não se concretiza porque as partes não dispõem de informação suficiente tanto sobre as possibilidades dos mercados, dos potenciais parceiros,

⁷² Para COOTER e ULEN uma das finalidades do direito contratual é minimizar os custos de transação da negociação de contratos fornecendo condições e regulamentações supletivas eficientes. (COOTER & ULEN, op. cit. p. 225)

⁷³ TRINDADE, op. cit p. 71

a qualidade do bem objeto de eventual contrato no mercado, sobre as condições desse mercado de modo que não podem completar a informação de maneira satisfatória (com pouco esforço). Lembramos que há custos de pesquisa (buscar informação), entendendo-se que, para a informação de que já se dispões, este custo é nulo.⁷⁴

A troca de informações é fundamental para o desenvolvimento das negociações, pois permite que as partes apresentem seus interesses e expectativas progressivamente⁷⁵, afirmando-se como parte da composição do contrato, de modo que o incumprimento dos deveres informativos se correlacionam muitas vezes ao incumprimento da própria avença. Sem esta fase não há como alcançar o consentimento informado⁷⁶.

Assim, a pouca troca de informação culmina em acordos menos benéficos do que poderiam ser. Leciona CHARLES CRAVER⁷⁷ que as partes devem proceder com cautela durante o estágio de informação, porque leva certo tempo para a parte questionada decidir se deve divulgar e quando deve divulgar a informação que detém. Para o autor a paciência é usualmente recompensada com a obtenção de um conhecimento maior, implicando que aqueles que se precipitam e abreviam o estágio informacional normalmente não coletam dados importantes e alcançam menos benefícios que os acordos obtidos com um processo de questionamento mais extenso.

A despeito do dever de informar a parte contrária, como observam COOTER e ULEN, “[...] às vezes as partes deixam de transmitir informações para economizar custos de comunicação [...]”⁷⁸, de modo que não transmitirá para poupar estes custos. Também é muito comum que o negociante retenha informações que lhe fariam deixar de internalizar benefícios, caso honestamente ressaltasse todos os riscos da contratação. E

⁷⁴ MCKAAY & ROUSSEAU, op. cit. p. 219

⁷⁵ BASSO, op. cit. p.152

⁷⁶ USTÁRROZ, op. cit. p. 50

⁷⁷ CRAVER, op. cit. p.30

⁷⁸ COOTER & ULEN, op. cit. p. 233

é justamente isso que ocorre em um mercado competitivo, em que, geralmente, a parte maximiza seus ganhos mantendo em sigilo determinados riscos da relação jurídica. POSNER recorre a um exemplo prático para demonstrar o interesse de determinada parte em manter-se silente quanto a certas informações:

E, ainda, vendedores têm incentivos para proporcionar informação aos consumidores desinformados. Se o vendedor X possui menos custos do que o vendedor Y, e assim pode cobrar preços menores e obter lucros, X investirá em propaganda para atrair os consumidores de Y. Existem limites, no entanto, na quantidade de informação que X fornecerá. Se os carros de X são mais baratos do que os carros de Y, X tem os incentivos certos; mas se X sabe que os carros, em geral, são mais perigosos do que os consumidores acreditam, X não tem incentivo para fornecer esta informação. Fornecer tal informação custa, tanto intrinsecamente quanto na forma de vendas perdidas, e X não internaliza os benefícios quando honestamente ressalta os perigos das viagens de automóvel e os consumidores absterem-se de comprar carros e evitam lesionar-se.⁷⁹

Nem sempre ao longo das negociações os aspectos técnicos do contrato têm a oportunidade de serem discutidos por *experts*, de modo que uma das partes necessitará direcionar seus esforços na obtenção de informações que o outro negociante não deu publicidade voluntariamente.

[...] Os teóricos dos jogos dizem que as informações são “públicas” em negociações quando cada parte conhece esses valores. (Eles designam essas negociações como situação de “conhecimento comum”). Inversamente, a informação é “privada” quando uma das partes conhece alguns desses valores e a outra não. Se as partes conhecem os valores de ameaça e a solução cooperativa, elas podem calcular condições razoáveis para cooperação. Em geral, as informações públicas facilitam o acordo possibilitando que as partes calculem condições razoáveis para cooperação. Consequentemente, as negociações tendem a ser simples e fáceis quando as informações sobre os valores de ameaça e a solução cooperativa são públicas. Para

⁷⁹ POSNER, op. cit. p. 35

ilustrar: as negociações para a venda de uma melancia são simples porque não há muito que se tenha de conhecer a respeito dela.⁸⁰

O objetivo da parte, portanto, é tornar o maior número de informações privadas em informações públicas, desde o valor de ameaça da contraparte quanto sobre as peculiaridades do bem ou serviço objeto do contrato. E, o nível ótimo de informação pública que aproximará os *players* do nível ótimo de condições razoáveis para a cooperação, na medida em que informações privadas emperram as negociações devido ao custo de torná-las públicas. Brevemente, MARISTELA BASSO contrapõe casos em que a dilação do prazo das negociações está estritamente vinculado à necessidade de se publicizar informações particulares, exemplificando que a “*venda de soja não exige um período negocial longo, contrariamente à venda de equipamentos industriais, cuja complexidade dos aspectos técnicos faz com que o período de discussões (negocial) se prolongue*”⁸¹.

A assimetria informacional faz com que uma das partes ingresse na relação contratual sem a completa noção das consequências de suas escolhas, resultando na ineficiência do próprio contrato.

Além disso, outros problemas decorrem desta falha de mercado, dos quais destacamos o Risco Moral e a Seleção Adversa. Neste, o alto custo da informação privada da contraparte faz com que não haja pelo contratante distinção precisa ‘*da qualidade dos bens ou do desempenho (performance) dos indivíduos envolvidos nessas relações de interação*’⁸², optando por estabelecer premissas comuns acerca de todos que com ele contratarem, como se os bens ou os indivíduos fossem idênticos em todas contratações. É nada mais que “chamar a média” os bons e os maus cumpridores de contratos.

⁸⁰ COOTER & ULEN, op. cit. p.105

⁸¹ BASSO, op. cit. p. 133

⁸² TRINDADE, op. cit p. 72

Naquele – também tratado como conduta oportunista – a falta de informações públicas ao longo da fase negocial e determinado incentivo no contrato faz com que o comportamento da contraparte se altere após a celebração da avença, em comparação com o comportamento que teria caso o contrato não tivesse sido estipulado ou se não lhe previsse determinada vantagem.

[...] o risco moral, aplica-se ao comportamento pós-contratual da parte que possui uma informação privada e pode dela tirar proveito em prejuízo à(s) sua(s) contraparte(s). Dois tipos de risco moral podem ser distinguidos: a) informação oculta – em que uma informação relevante é adquirida e mantida por uma das partes; e b) ação oculta – em que a ação especificada contratualmente não é observada diretamente pela contraparte.⁸³

Para se mitigar estas situações, a doutrina da *Law and Economics*⁸⁴ assimila que ao direito contratual cabe a criação de normas – regras padrão – que incentivem a revelação eficiente de informações dentro da relação contratual, dispondo sobre que informações devem ser divulgadas e que informações podem ser ocultadas.

Assim, regras contratuais ineficientes não superarão esta falha de mercado (assimetria informacional) e dificultarão a existência de um equilíbrio no poder de barganha, aumentando os custos de transação decorrentes da coleta de informações e, sobretudo, dando margem para as chamadas condutas oportunistas.

B) CONDUTAS OPORTUNISTAS

O oportunismo se materializa quando um dos *players* ardilosamente tenta obter vantagem sobre o outro, de modo a “*modificar em seu proveito e em detrimento de outra, a repar-*

⁸³ AZEVEDO, op. cit. p. 123 e p. 124

⁸⁴ Neste sentido: POSNER, op. cit. p. 62; e COOTER & ULEN, op. cit. p. 213

tição dos ganhos conjuntos do contrato que cada parte poderia, normalmente, obter no momento de sua conclusão”⁸⁵.

As condutas oportunistas *ex ante* também têm o condão de impedir a formação de acordos que seriam eficientes, muitas vezes levando a contraparte à conclusão de negócio jurídico que não teria aceitado caso não houvesse exploração de determinada assimetria⁸⁶.

MACKAAY & ROSSEAU⁸⁷ valem-se da lição de Oliver Williamson e afirmam que o oportunismo se opõe à relação de confiança (*trust*). Consiste em promessas sobre futura conduta que a própria pessoa não crê (*self-disbelieved promises*), ou seja, na divulgação de informações incompletas ou descaracterizadas por calculados esforços, fruto de uma evidente falta de lealdade.

Então, o oportunismo está intimamente relacionado à temática da informação assimétrica⁸⁸, de modo que por meio da assimetria de informação o negociante criará condições propícias para ultimar o contrato em seu favor, enquanto restringirá a liberdade de escolha e a autonomia volitiva da parte prejudicada, comprometendo o alcance da eficiência econômica e do bem-estar⁸⁹.

Embora o comportamento oportunista implique vantagens para uma das partes e desvantagem à outra, é verdade que este comportamento acarreta custos para ambos os contratantes, tanto para aquele que pratica quanto para quem é vítima.

Para TIMOTHY MURIS⁹⁰ o remédio para o oportunismo faz com que se incrementem os custos de transação porque potenciais agentes oportunistas gastam seus recursos perpe-

⁸⁵ MCKAAY & ROUSSEAU, op. cit. p. 223.

⁸⁶ *Idem*

⁸⁷ MCKAAY & ROUSSEAU, op. cit. p. 222

⁸⁸ TRINDADE, op. cit p. 148

⁸⁹ TRINDADE, op. cit p. 52

⁹⁰ MURIS, Timothy J. Opportunistic Behaviour and the Law of Contracts. *In* Minnesota Law Review, 1980, p. 524

trando a conduta e potenciais vítimas se protegendo contra o oportunismo, de forma que o primeiro apenas irá praticá-lo quando as vantagens obtidas com o oportunismo forem maiores que seus custos, ao passo que a vítima só se prevenirá do oportunismo quando os custos de prevenção forem menores que a probabilidade de ocorrência da conduta, multiplicada pelo prejuízo estimado.

- A vítima prevenirá quando:
Custos de prevenção < probabilidade da conduta x prejuízo esperado
- A vítima não prevenirá quando:
Custos de Prevenção > probabilidade da conduta x prejuízo esperado

Para fins de demonstrar a “dupla face” dos custos gerados pelo oportunismo, MURIS⁹¹ utiliza o exemplo de um contrato de franquia, no qual o franqueador é potencial vítima da conduta oportunista e o franqueado o potencial agente. Para o autor, o franqueador, para fins de afastar a conduta oportunista deverá investir em formas de investigar mais cuidadosamente pretensos franqueador, despende mais recursos para fazer um contrato de franquia mais detalhado e direcionar esforços para amplamente fiscalizar a contraparte. Por sua vez, o franqueado investirá recursos para fazer com que sua “trapaça” se torne mais difícil de ser detectada⁹².

Esses “desvios” de custos para mitigar ou alcançar os efeitos do comportamento oportunista são absolutamente indesejados, porque os recursos gastos para implementar tais medidas não ajudarão a produzir os bens ou serviços que as partes negociantes mutuamente valorizam⁹³, muitas vezes ocasionan-

⁹¹ MURIS, op. cit. p. 524

⁹² “[...] the franchisee might reduce quality in ways that are difficult to detect. For example, the franchisee could decrease the monitoring of employees, thus discouraging the provision of proper service, or could reduce the portions of food served below the amounts that consumers have come to expect.” (MURIS, op. cit. p. 525)

⁹³ MURIS, op. cit. p. 524

do, inclusive, o aumento do preço do próprio contrato. Em outras palavras, representa uma alocação ineficiente de recursos.

Por conseguinte, a eliminação ou redução destes gastos ligados à prática do oportunismo aumentarão a saúde social na medida em que os recursos ficarão livres para uso produtivo, maximizando o bem-estar social⁹⁴.

São espécies de comportamentos oportunistas que ocorrem durante a fase negocial o Hold-Up e o Estoppel.

O Hold-up ocorre quando uma das partes se vale do investimento ‘x’ feito pela outra parte e, sabendo que não haverá alternativa que não seja ceder, aumenta o preço do contrato para permanecer negociando.

O problema de Hold Up *ex-ante* é utilizado para descrever o efeito negativo no investimento de confiança⁹⁵. Quem detém o investimento e acredita que não receberá o inteiro benefício ao final deixa de negociar um contrato eficiente, porque o investidor não irá capturar o pleno benefício de sua confiança.

Ou seja, é prejudicial à eficiência, pois resulta que um negociante acaba investindo em confiança abaixo do nível ótimo, na medida em que teme, antevendo o comportamento oportunista, que o seu investimento lhe traga menos lucros do que poderia obter sem o oportunismo.

O Estoppel é o abuso da condição da livre negociação, em que uma das partes abandona as negociações por qualquer razão ou sem razão, prejudicando a contraparte que havia realizado investimentos em confiança.

Como se sabe, as partes não se vinculam até que efetivamente concluam o contrato, de forma que a negociação se alicerça nos princípios da liberdade e da autonomia de vontade, estando livres os negociantes para abandonar as tratativas sem

⁹⁴ *Idem*

⁹⁵ KOSTRITSKY, Juliet P. Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem. *in* Case Research Paper Series in Legal Studies. Case Western Reserve, 2008, p. 10.

responsabilidade, sendo o único custo disso o seu próprio investimento em termos de tempo, esforço e custos para se chegar até ali na negociação⁹⁶.

Parte-se da premissa de que o custo é parte das despesas gerais do negócio, que espera ser atendidos com os lucros dos contratos, sendo que todo lucro do sucesso da negociação cobrirá os custos da negociação e que há risco de que nenhum investimento será reavido se as negociações falharem⁹⁷. Mas isso não quer dizer que esse direito de se retirar das negociações não possa ser excessivo.

O exercício abusivo desse direito é o que se entende por Estoppel. Para que ele ocorra, o negociante que já tem a intenção de se retirar da negociação incentiva o outro negociante a investir com a certeza de que o contrato será concluído para depois romper injustificadamente as tratativas. Nada mais é do que a *quebra de promessas específicas feitas por uma à outra parte com o fito de interessar nas negociações e que, razoavelmente, conduzam esta última a confiar nelas*⁹⁸.

Além de implicarem alocação ineficiente de recursos, todas estas estratégias oportunistas desincentivam as partes a realizarem investimentos eficientes ao longo da fase negocial, sobretudo porque têm incertezas quanto à natureza comportamental da parte contrária.

Com esta preocupação em perspectiva, MURIS⁹⁹ propõe cinco métodos de reduzir ou até mesmo eliminar as condutas oportunistas em cada relação, sendo quatro deles relacionados com comportamentos negociais e o último tratando-se de uma solução a partir do direito dos contratos.

Para o autor o primeiro método comportamental para tentar impedir o oportunismo é a existência de risco de má reputação, caso a boa reputação tenha importância para o poten-

⁹⁶ FARNSWORTH, op. cit. p.3

⁹⁷ *Idem*

⁹⁸ JUNIOR, op. cit. p. 583

⁹⁹ MURIS, op. cit. p. 527 e p. 529

cial oportunista. Assim, aquele que pretende manter uma relação duradoura com a contraparte pode se intimidar da prática oportunista se isso lhe for prejudicial para manutenção da relação. O segundo método é a readequação do preço do produto ou serviço para prevenir ou interromper a conduta oportunista, como, por exemplo, o caso do franqueador aumentar os lucros do franqueado, mas em contrapartida também aumentar os riscos de redução de ganhos caso este segundo seja desmascarado.

Outros dois métodos negociais são a integração vertical, em que a potencial vítima traz a troca para o ambiente da sua própria empresa, sendo a própria fornecedora do produto ou serviço desejado, e a elaboração de um contrato com maior número de previsões possíveis, dificultando a flexibilização da conduta da contraparte.

O quinto método, que depende em parte da ineficácia dos outros métodos de dissuasão do oportunismo e de como os tribunais definirão as regras para lidar com ele, diz respeito ao desenvolvimento de regras gerais e específicas que se tornem termos implícitos em quaisquer contratos para casos em que as partes não estipulem de forma diversa.

Portanto, considerando que as partes adotam diferentes estratégias para lidar com as incertezas nas transações, tal como a análise do custo benefício para prosseguir negociando, até que ponto será necessário investir em confiança, quanto de desempenho negocial haverá até a contratação e quanto lhe custará a aquisição de informações sobre o futuro da relação jurídica e as tendências oportunistas da parte contrária, torna-se economicamente eficiente que, havendo possibilidade de negociação, uma parte faça com que as incertezas da outra sejam reduzidas – ao menos se isso puder ser feito com investimentos que são justificados pelos ganhos potenciais da troca de eventual barganha –, de forma que não atrapalhem o otimismo dos negociantes e, tampouco, inviabilizem a conclusão do contra-

to¹⁰⁰.

CONCLUSÃO

A partir do estudo apresentado, afere-se a relevância das negociações “*ex-ante*” nas relações paritárias, materializando-se como ferramental utilizado pelas partes para sucessivamente formularem e alterarem propostas, mediante concessões de interesses, que resultem em um contrato socialmente desejado e que confira a todos os contratantes ganhos maiores do que se não houvesse negociação.

Iniciada a partir de um conflito de interesses e encerrada com a aceitação ou rejeição da proposta final ou em decorrência da simples desinteresse de uma das partes, a negociação possibilita que sejam reveladas as informações privadas, detidas por cada um dos negociadores, facilitando a convicção sobre a possibilidade de contratar ou não.

A partir da constatação de que as negociações conduzem as partes a um *status* mais benéfico dos que o *status quo*, a pesquisa direcionou-se ao objetivo de esclarecer por qual razão nem todas as negociações são levadas a cabo. Valendo-se de conceitos delineados pela *Law and Economics*, verificou-se que os grandes obstáculos à negociação dizem respeito aos custos que lhe são inerentes, ou seja, que não se referem aos interesses em jogo.

Concluiu-se que estes custos são aqueles relativos à busca do bem a ser negociado, à coleta e compartilhamento de informações e à formulação do regulamento contratual, sendo mais elevados, geralmente, os custos para redação das cláusulas do contrato, porque todas as hipóteses devem ser discutidas, todas as probabilidades calculadas, cogitados possíveis benefícios e custos, além da própria redação do contrato por pessoa qualificada.

¹⁰⁰ KOSTRITSKY, op. cit. p. 14

Desse fato, compreendeu-se que as partes deixarão de negociar inúmeras contingências, isentando-se de alocar os riscos que não justificam o custo de sua alocação, resultando da negociação contratos sempre incompletos.

Outra condição que incrementa os custos da fase pré-contratual, e que se verificou ao longo do trabalho, refere-se à busca do nível ótimo de informação por cada contratante, impedindo a troca ou tornando menos eficiente o contrato quando o custo da informação privada for demasiadamente alto. Nada mais é do que a necessidade de reversão da assimetria informacional existente no início das tratativas, a permitir a cooperação, porquanto a assimetria informacional faz com que um dos negociantes ingresse na relação contratual sem a completa noção das consequências de suas escolhas, resultando na ineficiência do próprio contrato.

Por fim, intimamente ligado à temática da assimetria informacional, analisou-se a questão comportamental dos negociantes, especificamente, as condutas oportunistas *ex ante*, que inviabilizam acordos eficientes ou que implicam a conclusão de negócio jurídico realmente não desejado por uma das partes, restringindo sua liberdade de escolha e a autonomia de vontade.

Pôde-se depreender que o comportamento oportunista é indesejado em virtude de os recursos gastos para adotar medidas protetivas não poderão contribuir para a produção de bens ou serviços que as partes negociantes mutuamente valorizam, influenciando ali adiante no aumento do preço do próprio contrato.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007
- _____. Uma análise económica dos contratos: a abordagem económica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. In. TIMM, Luciano (Ed.). Direito e economia. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- AZEVEDO, Paulo Furquim de. Contratos – uma perspectiva econômica. In SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio. (coord.). Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações. 4^a ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 112-133.
- BASSO, Maristela. Contratos Internacionais do Comércio: Negociação, conclusão e prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- BEBCHUK, Lucian; A. POSNER, Richard. One-sided Contracts in competitive consumer markets *in* Michigan Law Review, 2006, p. 827-836.
- BERNSTEIN, David E., Freedom of Contract *in* George Mason University Law and Economics Research Paper Series, 2008, pgs. 8-51.
- BRAMS, Steven J. Negotiation games. 3rd ed. London: Routledge, 2003.
- COOTER, Robert . ULEN, Thomas . Direito & Economia (5^a ed.). Porto Alegre: Bookman, 2010.
- CHEUNG, Steve N.S. Transaction Costs, Risk Aversion, and the Choice of Contractual Arrangements *in* Journal of Law and Economics, 1969, p. 23-42.
- COASE, Ronald H. The Firm, the Market, and the Law. Chicago, IL (EUA) : The University of Chicago Press, 1988.
- _____, Ronald H. The Problem of Social Cost. The Journal of Law and Economics, 1960, pgs. 1-44.

- _____, Ronald H. The Nature of the Firm. *Economica*, v. 3, 1937, pgs. 386-405
- CRAVER, Charles B. The negotiation Process. *In American Journal of Trial Advocacy*. The George Washington University Law School. Washingtons D.C., 2003.
- FARNSWORTH, Alan E. Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations. *in Columbia Law Review*, 1987.
- GUTHRIE, Chris. Panacea or Pandora's Box? The Costs of Options in Negotiation *in University of Iowa Law Review*, 2002.
- HERMALIN, Benjamin E., KATZ, Avery W.; CRASWELL, Richard. *Law & Economics of Contracts*, 2006.
- HILL, Charles W.L. Cooperation, opportunism, and the invisible hand: implications for transaction cost theory. *The Academy of Management Review*, Briarcliff Manor, *Academy of Management*, v.15, n.3, p.500-513, Sept. 1990.
- JUNIOR, E. Santos. Acordos Intermédios: Entre o Início e o Termo das negociações para a celebração de um contrato. *In Revista da Ordem dos Advogados*, 1977, p. 566-604.
- KLEIN, Benjamin. Why hold-ups occur: the self-enforcing range of contractual relationships. *Economic Inquiry*, Huntington Beach, *Western Association International*, v.34, n.3, p.444-463, Sept. 1996.
- KOSTRITSKY, Juliet P. Uncertainty, Reliance, Preliminary Negotiations and the Hold Up Problem. *in Case Research Paper Series in Legal Studies*. Case Western Reserve, 2008
- MACAGNAN, Clea Beatriz. Jogo contratual e jogo da negociação. *In MACAGNAN, Clea Beatriz (coord.). Compras. Elementos para o jogo da negociação de produtos e serviços*. Porto Alegre: Entremeios, 2010.

- MCKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MURIS, Timothy J. Opportunistic Behaviour and the Law of Contracts. *In Minnesota Law Review*, 1980.
- POSNER, Eric. *Economic. Análise Econômica do Direito Contratual. Sucesso ou fracasso?* São Paulo : Saraiva, 2010.
- POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 8ª edição. New York, NY (EUA): Aspen Publishers, 2011.
- RAIFFA, Howard; RICHARDSON, John; METCALFE, David. *Negotiation analysis: the science and the art of collaborative decision making*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2002.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa. *O problema do contrato: as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*. Coimbra: Almedina, 2003.
- ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.
- SALAMA, Bruno Meyerhof (org.). *Direito e Economia. Textos escolhidos*. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- SHAVELL, Steve. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, MA (EUA) : Harvard University Press, 2004.
- SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: A redistribuição de direitos no novo código civil. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, rev. dos tribunais, n. 22, p. 250-276, abr/jun, 2005.
- TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- _____, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- TIMM, Luciano Benetti; ALVES, Francisco Kümmel. Custos de transação no contrato de seguro: proteger o segurado è socialmente desejável. *Revista de Direito Público da Economia : RDPE*, Belo Horizonte , v. 5, n. 19, p. 125-158, jul./set. 2007.

- TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Direito contratual como redutor das falhas de mercado. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
- USTÁRROZ, Daniel. Direito dos Contratos. Temas atuais. 2^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- WILLIAMSON, Oliver. Transaction Costs Economics: The Governance of Contractual Relations *in* Journal of Law and Economics, Vol. 22, Nº 2 (Oct., 1979), p. 233-261
- _____, Oliver. Opportunistic Behaviour in Contracts, dans Newman, Peter (dir.), The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, vol. 2, London, Mac-Millan, 1998, p. 703-710.
- ZYLBERSTAJN, Decio. STAJN, Rachel. Direito & Economia – Análise Econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.