

# CONTRATOS RELACIONAIS, INFORMAÇÃO E RESOLUÇÃO DE LITÍGIOS\*

Claudia Cristina Cristofani\*\*

## INTRODUÇÃO



Quando um contrato é criado, existe sempre a possibilidade de que uma das partes não o cumpra<sup>1</sup>. O desenho de obrigações legais, por meio da lei ou dos contratos privados, usualmente antecipa o processo de resolução de eventuais conflitos delas decorrentes, sendo marcado, desde o seu princípio, pelas previsíveis dificuldades que irão cercar eventual etapa litigiosa<sup>2</sup>. Cláusulas contratuais são *instruções*<sup>3</sup>, designadas com as aptidões do adjudicador<sup>4</sup> em mente, tendo a função de “estruturar as condições de acesso de um terceiro”, “como modo de dirimir litígios, disciplinar a relação e incentivar a colaboração – a

---

\* Anteriormente publicado em: *Estudos sobre Negócios e Contratos. Org. Pompeu, Ivan ET AL. São Paulo: Almedina, 2017, p. 209-234.*

\*\* Desembargadora Federal e Mestre em Ciências Jurídico-Econômicas pela Universidade de Lisboa

<sup>1</sup> SHAVELL, Steven. Medidas de Danos para Quebra de Contrato. In: RODRIGUEZ, José; SALAMA, Bruno (org.). *Para que serve o direito contratual?* Direito Sociedade e Economia. São Paulo: Direito GV, 2014, p. 265.

<sup>2</sup> SANCHIRICO, Chris; TRIANTIS, George. Evidentiary arbitrage: the fabrication of evidence and the verifiability of contract performance. *Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 24, 2008, p. 72.

<sup>3</sup> V. SCHWARTZ, Alan. Relational Contracts in the Courts: an Analysis of Incomplete Agreements and Judicial Strategies. *Journal of Legal Studies* v. 21, 1992, p. 271, e SCHWARTZ, Alan. Incomplete Contracts. In: NEWMAN, Peter. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, New York: Stockton Press, 1998, *apud* POSNER, Eric. A Theory of Contract Law Under Conditions of Radical Judicial Error. *Harvard Law School John M. Olin Law & Economics*, n. 80, ago/1999.

<sup>4</sup> Observe-se que ‘juiz’ ou ‘adjudicador’ são termos aqui referidos como o terceiro designado pelas partes ou por lei para solver o conflito, podendo ser magistrado, árbitro, mediador, autoridade pública ou negociador designado pelas partes.

solução de autoridade”.<sup>5</sup>

Como ensina Schwartz,<sup>6</sup> ao elaborar o contrato, as partes possuem objetivos substantivos (*substantive goals*) e instrumentais ou *contratuais* (*contracting goals*), servindo os segundos para atingir, da melhor maneira, as metas substantivas, mesmo em caso de descumprimento.

É possível assumir, especialmente em contratações duradouras – as que não se esgotam em uma comutação instantânea, como a compra de uma revista em uma livraria<sup>7</sup> – que a relação contratual envolve ao menos três protagonistas, sendo as duas partes e o terceiro imparcial, o “juiz”, responsável por resolver divergências e assegurar o cumprimento do pacto<sup>8</sup>, ainda que este último não se faça explicitamente presente, senão por representar a possibilidade de incidência da regra.

No contrato relacional<sup>9</sup>, torna-se relevante o fato de que

---

<sup>5</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 667.

<sup>6</sup> SCHWARTZ, Alan. *Relational Contracts in the Courts...*, p. 284.

<sup>7</sup> Como esclarece Timm (TIMM, Luciano Benetti. *Análise Econômica dos Contratos*. In: TIMM, Luciano (org.). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas Editora, 2012, p. 169), no exemplo da compra de uma revista como contrato não relacional, ou *one shot exchange*, incorrem externalidades a afetar terceiros; a entrega do bem e o pagamento são simultâneos, não havendo necessidade de execução do contrato; a revista é igual a todas as outras da mesma edição, inexistindo vícios ocultos; o preço está estampado na capa e as partes não estão abertas a barganha, o que reduz o custo de negociação; para o vendedor o dinheiro vale mais do que a revista e a e para o comprador ocorre o oposto, o que gera riqueza por excedente econômico – após a compra e a venda, ocorre valorização da posição de cada parte relativamente ao estado anterior.

<sup>8</sup> HERMELIN, Benjamin; KATZ, Michael. Moral Hazard and Verifiability: The Effects of Renegotiation in Agency. *Econometrics*, v. 59, n. 6, nov./91, p. 1735-1753.

<sup>9</sup> Como dito, opostamente à compra de uma revista (contrato não relacional ou neo-clássico), há relações contratuais duradouras, que se realizam e ao mesmo tempo se reconstruem ao longo do tempo – como o contrato firmado com empresa de construção civil para projetar e construir um prédio – “não governadas por intenções contratuais, mas que refletem uma variedade de influências, incluindo normas sociais e normas de conduta, desenvolvidas dentro da relação. As partes compreendem seus contratos dentro do contexto de seu relacionamento” (MACNEIL, Ian. *Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations Under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law*, *apud* POSNER, Eric, obra citada). Tais relações contratuais

nenhum desses três envolvidos, simetricamente, detém informação completa, ou sequer suficiente, a respeito dos estados de mundo que circundam o pacto, o que se reflete tanto *ex ante*, por ocasião da adesão e da formulação do contrato (por vezes inibindo a sua realização, quando se antecipa que informações não sejam passíveis de transmissão ao juiz, se inexistentes mecanismos que tornem dispensável essa transmissão<sup>10</sup>); quanto *ex post*, dadas as limitações para que a atividade adjudicatória seja exercida com suficiente grau de acurácia caso sobrevenham conflitos entre as partes.

Em outras palavras, não basta bem estipular as sanções para o inadimplemento contratual se as transformações verificadas ao longo da pactuação duradoura – se a “culpa” e as circunstâncias mesmas do inadimplemento – não puderem ser satisfatoriamente observadas pela parte prejudicada e verificadas pelo juiz.

Trata-se, aqui, portanto, de esboçar, introdutória e exemplificativamente, algumas nuances que exsurgem da correlação entre a criação e o desenvolvimento do contrato e as antecipadas dificuldades, especialmente informacionais, para o seu adequado cumprimento coativo. O tema dá ensejo a um universo infindável de considerações, já em curso na produção jurídico-

---

envolvem elementos de imponderabilidade – são firmadas por partes situadas em localidades distintas; as prestações são diferidas no tempo; há necessidade de inspeção para aferir a qualidade do produto; uma parte está gerindo ou administrando interesses de outra, etc. Estas circunstâncias obrigam o desenvolvimento de métodos diferenciados para garantir a sua execução. V. também MACNEIL, Ian. Restatement (Second) of Contracts and Presentation. *Virginia Law Review*, v. 60, 1974.

<sup>10</sup> Sobre a partilha de informações entre contratantes e mecanismos de revelação, v. ARAÚJO, obra citada, p. 553-562. Salieta o autor que o ‘contrato ótimo’ seria o que permitisse estabelecer um *mecanismo de revelação* para reduzir assimetrias informativas entre as partes, independentemente do apontamento de soluções de contendas por adjudicador externo, esperando-se que o contrato possa desenhar incentivos ou procedimentos para que as partes partilhem entre si os seus segredos. Não se olvide, é claro, que por vezes conflitos não derivam de problemas informacionais, senão da inexistência de denominador comum entre as partes, que lhes permitam comparar as preferências.

econômica estrangeira, algumas das quais serão aqui enunciatas, não sem algum grau de aleatoriedade<sup>11</sup>, a fim de ilustrar os caminhos por onde tem trilhado a análise econômica do direito.

## I RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DECORRENTES DE CONTRATOS RELACIONAIS

O contrato como relação é visto pela literatura na dinâmica de três aspectos<sup>12</sup> que se entrecruzam: considera-se que a informação é imperfeita e custosa, que pessoas aderem a ações oportunistas<sup>13</sup> e que juízes nem sempre estarão aptos a apreciar as lides contratuais com suficiente acerto ou precisão<sup>14</sup>.

Em relações contratuais cuja troca ou cujas prestações sejam diferidas no tempo, agentes podem ter incentivos para fazer promessas que não cumprirão, principalmente quando ausente a sanção reputacional – em realidade, a parte que primeiro cumprir a sua obrigação está concedendo um crédito à outra, sujeitando-se à sua honestidade ou ao seu oportunismo. Assimetrias informativas serão um incentivo adicional ao oportunismo, abrindo margem para o surgimento de problemas de agência<sup>15</sup>,

---

<sup>11</sup> Diversos *insights*, apesar de importantes, como a teoria do descumprimento contratual eficiente e a da incompletude contratual não serão aqui estudados, dados os limites do presente artigo. Após a redação do presente artigo, Oliver Hart e Bengt Holmström foram laureados com o Prêmio Nobel de Economia, por suas contribuições à Teoria dos Contratos.

<sup>12</sup> GOLDBERG, Victor. Relational Contract. In: NEWMAN, Peter. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, New York: Palgrave Macmillan, 1998, p. 288), *apud* POSNER, Eric. *A Theory of Contract Law...*

<sup>13</sup> Ressalta ARAÚJO (obra citada, p. 554) que “qualquer situação de incerteza contextual é susceptível de exploração estratégica”.

<sup>14</sup> Sobre a análise econômica da precisão da decisão judicial, v. CRISTOFANI, C. *Aspectos Econômicos da Precisão da Decisão Judicial*. 2016. 215f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Econômicas) - Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2016; CRISTOFANI, Claudia. Ações repetitivas nos juizados cíveis: precisão na quantificação de danos e julgamento por amostragem. *Revista CNJ*, Brasília, Vol. 1, Dez/2015, p. 16-29.

<sup>15</sup> Problemas de agência surgem porque o agente (contratado), se valendo da assimetria informativa, tem incentivos particulares para agir em benefício próprio e em

seleção adversa<sup>16</sup>, risco moral<sup>17</sup> ou *holdup*,<sup>18</sup> dentre outros, afetada a observabilidade do cumprimento do contrato pela parte lesada<sup>19</sup> e considerados os custos para a revelação de fatos ao julgador.

Afinal, a resolução da disputa implica que o juiz, terceiro neutro à relação contratual, supere a assimetria informativa que mantém com as partes. Coletar informações, bem como proceder à sua avaliação e à sua classificação, é tarefa que, além de envolver custos, tropeça em limitações inerentes, pois, em geral, apenas porção da realidade se faz acessível e sequer as próprias partes estarão aptas a observar ou a compreender fatos.

Portanto, as previsíveis limitações, especialmente informacionais, que irão afetar a atuação do juiz, influenciam toda a cadeia de formação do contrato, da decisão mesma de contratar à eficiência da pactuação.

Contratantes tentarão conceber mecanismos contratuais que mitiguem ou até dispensem a atuação do juiz, ante o risco de que a contraparte labore buscando atrair para si os benefícios

---

detrimento dos interesses do principal (contratante). Essa possibilidade de que o agente não cuide dos interesses do principal, deixando de entregar bens ou serviços adequados ao cumprimento contratual, induz ao monitoramento e ao controle do principal sobre o agente medidas que ampliam o custo da relação, reduzindo a sua frequência.

<sup>16</sup> A falta de informação sobre a qualidade de um determinado produto acarreta que sejam negociados produtos por preços médios, com qualidade decrescente, ocasionando a seleção não dos melhores, mas adversa, a expulsar do mercado agentes com bons produtos, que não conseguem operar com preços médios, reduzindo o número de transações (AKERLOF, George, *apud* TIMM, Luciano, obra citada, p. 167).

<sup>17</sup> Há risco moral de que a própria contratação incentive a alteração prejudicial do comportamento de uma parte em desfavor da outra, que, sem possibilidade de estreito monitoramento, irá adotar cláusulas contratuais para precaução, exigindo compensações e reduzindo a frequência das transações (HOLMSTROM, Bengt. Moral Hazard and Observability. *The Bell Journal of Economics*, vol. 10, n. 1, 1979, p. 74-91, *apud* TIMM, *Análise Econômica dos Contratos...*, p. 167).

<sup>18</sup> A contraparte, oportunisticamente, se apropria “do bem-estar gerado pelo investimento inicial (realizado pela outra parte) sem nada oferecer em contrapartida, tirando partido da eventual irreversibilidade atempada desse investimento inicial”, “tomando de assalto esse investimento refém” (ARAÚJO, obra citada, p. 49).

<sup>19</sup> SHAVELL, Steve. *Medidas de Danos para Quebra de Contrato...*, p. 267.

imerecidos de eventual erro na adjudicação. Quando possível, irão antecipar a liquidação de eventuais prejuízos, instituir cláusulas punitivas, exigir depósitos e garantias. A própria forma contratual escrita decorre, em boa parte, da antevisão dos custos e das dificuldades para comprovar, *ex post*, a presença e o conteúdo da manifestação recíproca de vontade ao juiz e da busca de evitar que a contraparte se prevaleça do conhecimento dessas mesmas dificuldades.

## II INFORMAÇÃO E PRECISÃO DA ADJUDICAÇÃO

Dadas a importância do contrato<sup>20</sup> e a sua centralidade na maximização de bem-estar social, o Estado empresta o aparato coativo àquele que é prejudicado pelo descumprimento contratual, de modo que obtenha, por meio do acesso ao Poder Judiciário, a execução forçada do pactuado – ainda que a decisão em execução emane de tribunal arbitral. Ao assegurar o cumprimento do contrato para além da satisfação privada dos contratantes, os tribunais produzem benefícios sociais, reforçando os incentivos sancionatórios previstos em lei, de modo a induzir pessoas ao cumprimento do avençado.

Para que tais objetivos, privados e sociais, sejam atingidos, espera-se que os adjudicatadores estejam em condições de endereçar soluções acertadas, bem interpretando intenções e

---

<sup>20</sup> O contrato é elemento essencial para a criação e circulação de riqueza e para a alocação de direitos, promovendo o bem-estar social. Permite a divisão do trabalho e a economia de escala, sendo veículo do exercício da autonomia da vontade. Em verdade, diversos autores e escolas de pensamento projetam variados entendimentos acerca da relevância social do contrato, bastando mencionar, a título de exemplo, a visão de Douglas North (NORTH, Douglass. *The Economic Growth of the United States 1790-1860*. New Jersey: Prentice-Hall, 1961; NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. (Political Economy of Institutions and Decisions), Cambridge: Cambridge University Press, 1990), Prêmio Nobel de 1993 e precursor da Nova Economia Institucional, para quem o ambiente econômico e social é permeado por incertezas, que geram custos de transação, a impactar negativamente as trocas econômicas, sendo que ‘instituições’, como propriedade privada e contratos, reduzem estes custos de transação e coordenam as atividades humanas.

aplicando *standards* jurídicos, de molde a atribuir responsabilidade à parte efetivamente culpada pelo descumprimento.

O grau de *precisão* da decisão judicial, portanto, corresponde à proporção de seu *acerto*, que, em algum limite, terá lugar quando o julgador puder acessar os fatos jurídicos relevantes à solução do litígio e, conjuntamente, puder apreender o sentido de cláusulas vigentes e de normas formais e informais.

Desse modo, o aumento do grau de *precisão da decisão judicial* é percebido como “o movimento que parte de acertar algumas vezes em direção ao de acertar todo o tempo”,<sup>21</sup> e o seu antônimo consiste no *erro judicial*, ou seja, na produção de falsas procedências ou improcedências, que sobrebeneficiam uma parte em prejuízo da outra. Maior precisão importa maiores esforços para eliminação de erros de julgamento<sup>22</sup>, correspondentes à emissão de falsos positivos (falsas procedências) ou de falsos negativos (falsas improcedências).

Para Kaplow,<sup>23</sup> a redução de erros de julgamento ocorre quando melhor informação se torna disponível ao adjudicador, ou quando atua um mais capacitado adjudicador. Assim, fatores

---

<sup>21</sup> MCG. BUNDY, Stephen. Valuing Accuracy - Filling out the Framework: Comment on Kaplow. *The Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 1, jan/1994, p. 414.

<sup>22</sup> Em 1973, Richard Posner (POSNER, Richard. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. *Journal of Legal Studies*, v. 2, 1973, p. 400) estabelecia que “o propósito do procedimento judicial é o de minimização da soma de dois tipos de custos”, os custos do erro judicial e os custos diretos. Para o autor, os custos do erro (*error costs*) são os custos sociais gerados quando o sistema judiciário produz uma decisão falha ou errônea; e custos diretos (*direct costs*) resultam do emprego da máquina judicial, como o tempo dos advogados, juízes e litigantes. Nessa concepção, regras processuais podem ser analisadas como “esforço de maximização de eficiência”. Posteriormente, em 1999, Richard Posner (POSNER, Richard. An Economic Approach to the Law of Evidence. *Harvard Law School John M. Olin Law & Economics*, n. 66, 1999, p. 7) torna a tratar especificamente da correlação entre informação e erro judicial, oportunidade em que ressalta a importância da resolução acurada de disputas para um sistema legal eficiente, propondo modelos econômicos para a busca e redução do custo de evidências.

<sup>23</sup> Sobre o tema da precisão na adjudicação, dignos de nota os trabalhos de Kaplow, em especial KAPLOW, Louis. The value of accuracy in adjudication: an economic analysis. *The Journal of Legal Studies*, v. 23, n. 1, jan/1994.

como a capacidade do julgador e melhor fluxo de informações, dentre outros, se combinam no sentido de prover julgamentos mais acurados.

No campo jurídico, informações colhidas segundo o devido processo legal serão positivadas como provas ou argumentos, a fundamentar decisões judiciais. Lembre-se de que a produção de provas não se faz isenta de custos, de modo que regras procedimentais, ainda que implicitamente, acabam por regular a vazão de informações no processo, a depender da estatura e do relevo do direito em questão<sup>24</sup>.

### III ASSIMETRIAS INFORMATIVAS E CONTRATO RELACIONAL

Como refere Araújo, “no seio do contrato tanto como fora dele, ‘informação é poder’”<sup>25</sup>. Informações orientam as escolhas, tendo o juiz por função, na resolução de litígios, tomar decisão *informada*. Desse modo, é de todo conveniente a apropriação, pelos juristas, das perspectivas das ciências econômicas, sofisticadas utilizadoras de dados por longo tempo. Afinal, mostra-se de grande relevância prática para todas as ciências sociais o reconhecimento de que a informação é imperfeita e custosa e de que assimetrias informativas, por vezes insuperáveis a custo razoável, determinam o comportamento de agentes.

Difícil de categorizar, a informação, segundo as ciências econômicas, pode guardar feições ora de *commodity*<sup>26</sup> ou bem

---

<sup>24</sup> Exemplificativamente, a arquitetura legal do rito que instrumentaliza o julgamento de causas singelas, submetidas ao Juizado Especial, é menos custoso e supõe menores esforços tendentes à exatidão (CF, art. 98, I; Lei 9.099/96, art. 3º), relativamente ao procedimento comum ordinário que apura, v.g., crime sancionado com pena máxima superior a 4 anos de reclusão (CPP, Art. 394. par. 1º, I), em que estão em jogo valores mais expressivos, como liberdade e dignidade.

<sup>25</sup> ARAÚJO, obra citada, p. 553/554.

<sup>26</sup> ARROW, Kenneth J. *The Economics of Information: an exposition*. *Empirica*, v. 23, n. 2, p. 120–21, 1996; ALLEN, Beth. Information as an Economic Commodity. *American Economic Review*, n. 80, v. 2, p. 268–273, 1990.



público<sup>27</sup>, quando o seu compartilhamento não gerar perdas ao seu detentor;<sup>28</sup> ora de bem privado, quando há incentivos para que particulares a produzam e a mantenham sigilosa,<sup>29</sup> uma vez que sua detenção permite obter vantagens estratégicas ou competitivas. A informação ostenta, no entanto, características especiais – pode ser produzida com facilidade, porém muitas vezes não é confiável; é de fácil propagação, porém de difícil controle; volátil, torna-se indistinta do ruído. De fato, o *ruído* é o oposto da informação verdadeira, sendo virtualmente produzido em todos os lugares e a todo o tempo, e conduz a erros de medição, avaliação ou de julgamento, não havendo, muitas vezes, formas seguras de distingui-lo a baixo custo.<sup>30</sup>

Não obstante tais vicissitudes, a informação exerce crucial influência na tomada de decisão,<sup>31</sup> determinando a qualidade da escolha.

A informação é perfeita na situação em que o agente conta com todos os dados relevantes e necessários à tomada de decisão – como no exemplo do jogo de xadrez, em que o jogador detém o domínio das regras estabelecidas, da posição das peças do tabuleiro e das jogadas do adversário. No mundo fenomênico, porém, a informação é imperfeita, pois um agente detém mais ou melhor conhecimento que o outro, desequilibrando o poder

---

<sup>27</sup> Bens públicos, leciona Freire, por definição, são os de uso não rival e insusceptíveis de exclusão, como a iluminação pública – um número considerável de sujeitos os podem utilizar, “sem se prejudicarem uns aos outros nem poderem ser obrigados a pagar para isso”, o que irá implicar colapso dos incentivos para a sua produção privada (FREIRE, Paula Vaz. A produção privada de bens públicos. *RIDB*, ano 2, n. 5, p. 3755-3769, 2013. p. 3755).

<sup>28</sup> A informação como bem público pode ser exemplificada pela previsão meteorológica, produzida pelo particular que dela necessita, sendo, porém, divulgada publicamente.

<sup>29</sup> O uso da informação privada pode ser, contudo, observável, pois as ações e as decisões tomadas pelo agente informado podem revelar a informação aos observadores, como ocorre, v.g., na análise técnica do mercado financeiro e na teoria dos jogos.

<sup>30</sup> FISCHER, Black. Noise. *Journal of Finance*, v. 41, jul/1986, p. 529-543.

<sup>31</sup> ALLEN, obra citada.

de negociação e produzindo falhas de mercado. Esta é a hipótese trazida por Akerlof<sup>32</sup>, que, analisando o mercado de carros usados, ressalta que compradores, ao contrário dos vendedores, ignoram a verdadeira condição dos veículos usados que estão à venda, a gerar ineficiência – compradores irão valorizar automóveis pelo preço médio, o que resultará na subvalorização dos exemplares de boa qualidade e sobrevalorização dos de má qualidade. Os vendedores de boa mercadoria tenderão a se afastar desse mercado, já que compradores estão orientados a pagar por qualidade média, ao passo que vendedores de mercadoria de pior qualidade a ele são atraídos, caracterizando-se a seleção adversa<sup>33</sup>.

Bens e serviços, públicos ou privados, assim como o comportamento de pessoas, se apresentam de forma não homogênea, ostentando diversos níveis de qualidade e características próprias. Tal condição não consistiria em um problema se toda a informação estivesse disponível a ambas as partes, vale dizer, se todos os envolvidos em relação jurídica detivessem igual conhecimento a respeito das características de bens, serviços e direitos, o que não se verifica.

Nem sempre uma parte pode *observar* como a outra cumpre o contrato – v.g., saber se o construtor de um prédio realmente utilizou material de qualidade e obedeceu às normas técnicas de engenharia – senão mediante o desembolso de custos de monitoramento. Como sintetiza Araújo<sup>34</sup>, “a observabilidade e a verificabilidade se reportam ambas à revelação de um estado de coisas relevante para a execução dos deveres de um contrato, no primeiro caso uma revelação entre as partes, no segundo caso

---

<sup>32</sup> AKERLOF, George. *The Market for 'Lemons': quality uncertainty and the market mechanism. The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, nº. 3, Aug/1970, pp. 488-500. Oxford: Oxford University Press. George Akerlof, Michael Spense e Joseph E. Stiglitz foram laureados, em 2001, com Prêmio Nobel de Economia por suas “análises de mercados com assimetria informativa”.

<sup>33</sup> V. nota 16.

<sup>34</sup> ARAÚJO, obra citada, p. 666.

uma revelação perante um terceiro – julgador, árbitro, adjudicador”.

A *verificabilidade*, prossegue o autor, será tanto mais importante quanto mais o adjudicador puder desempenhar papel ativo na afetação ou na reafetação de recursos entre litigantes<sup>35</sup>, e a impenetrabilidade para terceiros pode ser o escopo das partes, dificultando deliberadamente a verificação, com ou sem objetivo de oportunismo – o objetivo pode ser lícito, como o anonimato. A inverificabilidade, muitas vezes causada tão somente pelo custo da comprovação, impondo barreira intransponível de assimetria informativa, torna o julgador inoperante.

Tome-se como exemplo a *relação de agência*, na qual o *principal* adquire os serviços de um *agente*, como a contratação de um encanador para a reforma de um prédio. O agente está diante de um conflito de interesses, qual seja, dedicar-se amplamente à satisfação da utilidade do principal – que quer receber o encanamento adequadamente reformado – em detrimento de seus próprios interesses – dispêndio de tempo e recursos, esforço do trabalho, sacrifício de interesses próprios e lazer. Supondo-se ausentes as sanções reputacionais, não seria difícil imaginar que o agente se visse tentado a buscar atalhos para ver cumprido o objeto contratual de forma mais célere, maximizando a sua própria utilidade, mesmo que descurando do atendimento de normas técnicas, em detrimento do principal, sabendo que boa parte de seu trabalho ficará oculto e tenderá a apresentar defeitos apenas depois de considerável lapso de tempo, e antecipando que será dificultosa a verificação da qualidade do serviço pelo juiz. Afinal, o agente tem um grande conhecimento da atividade que realizou, ao passo que o principal dela pouco sabe, e, ainda que pudesse, a considerável custo, fiscalizar a prestação do serviço, não deteria a *expertise* para conferir sua correção técnica. Contratações mais intrincadas e complexas, como, v.g., as que têm por objeto a engenharia financeira, irão induzir a exponenciais

---

<sup>35</sup> ARAÚJO, obra citada, p. 667.

problemas de agência, tornando impossível observar e verificar, a custo módico, mesmo *ex post*, se ocorreu ou não quebra contratual, especialmente se considerados elementos como a distribuição do risco entre as partes, eventuais influências de concausas externas, etc.

Rememore-se que a perspectiva do juiz é a da ignorância sobre se está diante de informação ou de ruído, vale dizer, não está totalmente apto a distinguir as evidências verdadeiras das falsas – o desenho de ritos processuais, diga-se, aliados às garantias de ampla defesa, muito se justificam pela necessidade de distinguir as informações dos ruídos. De todo modo, a decisão que resolve a disputa é tomada em cenário de informação incompleta, sendo presidida por regras de distribuição dos ônus probatórios, ou alocatória do risco do erro no processo,<sup>36</sup> regras estas sujeitas à manipulação.<sup>37</sup>

Nesse cenário de informação incompleta, não se pode garantir que o juiz domine todos os fatos essenciais ao julgamento – simplificada e, quem fez o quê, gerando qual resultado. Incertezas sobre como, posteriormente, eventuais disputas serão solvidas pelo juiz condicionam a gênese, o desenvolvimento e a extinção da obrigação contratual.

#### IV COMPARTILHAMENTO DE INFORMAÇÕES E MECANISMOS LEGAIS DE REVELAÇÃO

---

<sup>36</sup> STEIN, Alex. *Foundations of Evidence Law...*, p. 264p.

<sup>37</sup> Ônus probatório é um *sucedâneo processual da verdade*, e sua estipulação pode reduzir os custos de revelar informações ao julgador (HAY, Bruce; SPIER, Kathryn. *Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective*, *The Journal of Legal Studies*, n. 26, p. 413, 1997). Sujeita-se à manipulação oportunista das partes (ver, v.g., EEMEREN, Frans; HOUTLOSSER, Peter. *Strategic Maneuvering with the Burden of Proof*. *OSSA Conference Archive, University of Windsor*, n. 24, may/2001).

Kaplow e Shavell<sup>38</sup> sustentam que, *ex post*<sup>39</sup>, litigantes têm fortes motivos para compartilhar informações, é verdade. Poderão compartilhar as que lhe sejam favoráveis, para fomentar acordo e aprimorar seus termos – como ocorre quando o requerente demonstra que os danos suportados foram superiores aos imaginados pelo ofensor, buscando incrementar a indenização transacionada, e o requerido busca apresentar evidências de que não agiu de forma culposa, de forma a convencer o requerente, confrontado aos riscos de derrota, a aceitar oferta menor de indenização. Ainda, a revelação de informações pode *evitar as interferências negativas*, supondo que o ofensor presuma, dado o silêncio, que o requerente suportou danos inferiores aos médios, decorrentes da infração contratual.

Informações não serão partilhadas, contudo, por questões processuais (v.g., informalidade na obtenção da prova), custo (v.g., necessidade de perícia dispendiosa) ou impossibilidade (v.g., prova negativa). Ainda, porque são desfavoráveis e irão interferir negativamente, seja para o julgamento, seja para o acordo, de forma mais acentuada do que as presunções decorrentes do silêncio – notando-se que esta motivação pode ser *dis-simulada* pela possibilidade de incidência das anteriores, e o adjudicador, e eventualmente também a outra parte, ignora se a prova existe e está sendo ocultada porque prejudicial, ou se a prova não pode ser apresentada por impossibilidades como custo, anonimato, problemas de comunicação ou de agência,

---

<sup>38</sup> KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Economic analysis of law. *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business*, n. 251, fev/1999, p. 58.

<sup>39</sup> Agentes têm incentivos para partilhar informações, *ex ante*, que irão permitir a negociação e evitar o ‘problema dos limões’ (AKERLOF, ver II, supra). *Sinais* também podem ser emitidos, buscando atestar a seriedade de propostas (*separating equilibria*). Assim, fornecedores de bens e serviços de alta qualidade, para que se diferenciem dos de baixa qualidade, podem, v.g., oferecer garantias, que sinalizam a boa qualidade do produto (HERMANN, Benjamin; KATZ, Avery; CRASWELL, Richard. Contract Law. In: POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steve (eds.). *Handbook of Law and Economics*, vol. 1, capítulo 1, Leiden:Elsevier, 2007, p. 83/84).

erro, etc.

Poderá haver a imposição, por lei ou determinação judicial, do dever de revelar informações, ou a imposição de ônus decorrentes de sua não apresentação, o que interfere no equilíbrio contratual, impactando “incentivos e disposições contratuais, modificando-os em relação à posição que ocupariam em condições de silêncio do promitente ou do alienante”.<sup>40</sup> A par de benefícios, a medida não é isenta de limitações e de custos, muitas vezes superiores às correspondentes vantagens, além de suportados de forma não equitativa<sup>41</sup>.

De outra parte, que não se presuma a ilicitude da produção e da utilização de informação privada<sup>42</sup>, motor de atividades socialmente positivas como a inovação, nem se obrigue seja ela incondicionalmente compartilhada, o que implicaria suprimir o “retorno necessário do investimento na obtenção dessa informação”<sup>43</sup>, especialmente se se trata de informação adquirida

<sup>40</sup> ARAÚJO, obra citada, p. 554.

<sup>41</sup> A título de exemplo, sobre os custos (que podem alcançar, provavelmente, mais de 150 bilhões de dólares por ano) e a ineficiência do dever de informar investidores no direito societário americano, v. HENDERSON, Todd. *Current Issues in the Law & Economics of Corporate Law*. P. 21-22. Disponível em <<http://www.law.uchicago.edu/files/file/essay.pdf>>.

<sup>42</sup> Sobre as nuances econômicas que cercam o dever de revelar informações privadas, *ex ante*, entre contratantes, especialmente em contraponto ao erro de manifestação de vontade, v. KRONMAN, Anthony. Erro, Dever de Revelar a Informação e Direito dos Contratos. In: RODRIGUEZ, José; SALAMA, Bruno (org.). *Para que serve o direito contratual? Direito Sociedade e Economia*. São Paulo: Direito GV, 2014, p. 383-417.

<sup>43</sup> ARAÚJO, obra citada, p. 554. Ou, nos dizeres de Kronman (KRONMAN, Anthony. Erro, Dever de Revelar a Informação e Direito dos Contratos..., p. 389), “Na situação em que a não revelação de informações é permitida... o conhecimento envolvido é, normalmente, produto de uma busca custosa. Uma norma que permita a não revelação de informações é a única maneira efetiva de incentivar o investimento na produção de tal conhecimento”. A função econômica do mercado é “um processo pelo qual os negociantes mais bem informados fornecem um meio para a compra e a venda da propriedade pelos ‘melhores’ preços obtidos, e, por esse serviço público prestado, são recompensados, permitido que lucrem com seu conhecimento especial. O processo de negociação em um ‘mercado livre’ se tornaria tedioso e instável se o negociador tivesse de contar aos outros todos os motivos que o levaram a estabelecer o seu preço” (PATTERSON, Edwin. *Essentials of Insurance Law*. New York: McGraw-Hill Publishing, 2ª. ed., 1957, p. 447, *apud* KRONMAN, obra citada, p.

*deliberadamente*,<sup>44</sup> sujeitando a produção de informações às ineficiências que caracterizam a produção de bens públicos.<sup>45</sup> É por isso que a confidencialidade de informações sigilosas da indústria, do comércio ou da prestação de serviços é protegida por lei,<sup>46</sup> bem como as profissionais.<sup>47</sup> Veja-se que, no seio da arbitragem internacional, a depender do rito que se adote, sequer os próprios árbitros acedem à integralidade da informação estrategicamente detida por uma das partes, estando previsto nas regras de produção de provas da *International Bar Association*<sup>48</sup> que o tribunal arbitral, para solver objeção à exibição de documento, poderá nomear perito, mediante compromisso de confidencialidade, para que, examinando o documento ou a evidência, reporte

---

431). Observe-se, no entanto, existir o dever de revelar informações em determinadas circunstâncias, sobretudo em virtude dos custos envolvidos, como ocorre para fins de contratação de seguro, em que a seguradora pode negar cobertura a eventos baseados em informações deliberadamente omitidas pelo segurado (art. 766, do CC).

<sup>44</sup> Em oposição à informação adquirida casualmente. Kromnan (KRONMAN, obra citada, p. 431), menciona o caso *Laidlaw vs. Organ*, (15 U. S. (2 Wheat.) 178), julgado pela Suprema Corte Americana, acrescentando que “do ponto de vista social, é desejável que a informação reveladora de uma mudança radical nas circunstâncias que afetam o valor relativo dos bens [no caso, o fim da guerra entre americanos e britânicos em 1812, de conhecimento apenas de uma das partes na compra e venda de tabaco] alcance o mercado o mais rápido possível (ou, dito de outra maneira, que o tempo entre a própria mudança e o entendimento e a avaliação desta seja minimizado)”, de modo a permitir que diversos atores econômicos se adaptem desde logo aos novos fatos sobremaneira relevantes, o que fará evitar a dissipação de recursos sem correspondente proveito individual e social, já que “uma alteração dessa natureza quase certamente afeta a alocação dos recursos sociais” - muito embora “o método pelo qual esse conhecimento possa se tornar o mais difundido possível é precisamente o problema para o qual temos de encontrar uma solução” (HAYEK, Friedrich. *The Use of Knowledge in Society*. *American Economic Review*, v. 35, p. 519-522, 1945, *apud* Kromnan, p. 425, nota 35).

<sup>45</sup> FREIRE (obra citada, p. 3755) ressalta que, dada a falta de incentivos privados à provisão voluntária de bens públicos, o comportamento racional orienta os agentes para o efeito carona (*free riding*), resultando na sua subprodução que, como falha de mercado, com frequência reclama a intervenção pública.

<sup>46</sup> V., v.g., Art. 195, XI, da Lei 9.279/96 (crime de concorrência desleal).

<sup>47</sup> V., v.g., art. 154, CP, e art. 25, da Lei 8.906/94 (Código de Ética e Disciplina da OAB), sigilo que prepondera ainda que em depoimento judicial (art. 26).

<sup>48</sup> Art. 3 (8), Bar Association Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration, International Bar Association/IBA.

ao adjudicador não o seu conteúdo, mas a existência de relevância teórica para a disputa.

Quando as partes resistem ao compartilhamento, o ordenamento jurídico, especialmente ao tratar dos procedimentos judiciais e das provas, concebe diversos instrumentos para verificação de informações, *coletáveis à revelia da vontade da contraparte*, como declarações dos litigantes ou interrogatório do acusado, oitiva de testemunhas, que comparecerão sob as penas da lei, elaboração de laudos periciais, prova documental, infiltração de agentes, colaboração premiada, uso de informantes (*whistleblower*), interceptação telefônica ou quebra de sigilo bancário.

Em sociedades com forte aparato coativo (*enforcement*), a revelação de fatos, inclusive infracionais, pode partir espontaneamente dos próprios agentes e empresas infratoras, que terão incentivos para exercer a autodenúncia, a fim de fugir dos riscos jurídicos, o que, em última análise, poupa recursos das vítimas e das agências públicas em investigação. Desse modo, a legislação pode instituir mecanismos que *incentivem* a revelação pela própria parte por ela prejudicada, como, *v.g.*, a previsão de acordos de leniência<sup>49</sup> e de mitigação de penas pela instituição de comissões de *compliance*.

Do que ilustrativamente se mencionou, é possível inferir que a revelação compulsória de informações, especialmente se em prejuízo da parte que as detém, é tema intrincado e permeado

---

<sup>49</sup> A Lei 12.846/13, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas por atos contra a administração pública (ou Lei Anticorrupção), na trilha das Leis 12.683/12 (Lei de Lavagem de Dinheiro) e Lei 12.592/11 (Lei Antitruste), prevê benefícios, como isenção de determinadas penas e redução da multa, à pessoa jurídica responsável pela prática dos atos ilícitos que empreste efetiva colaboração com as investigações, desde que seja a primeira a cooperar e admita sua participação. Prevê, ainda, sejam consideradas na fixação das sanções a cooperação para apuração da infração e “a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta” - com a finalidade de internalização de valores éticos e de revelação espontânea às autoridades.



por ineficiências e opções legais dilemáticas, não colmatando as assimetrias informativas.

## V CUSTOS DO AUMENTO DA PRECISÃO DA ADJUDICAÇÃO

Como aqui já se falou, o julgador, para decidir o litígio de forma precisa, deve superar a natural *assimetria informativa* inerente à sua posição de terceiro neutro ao conflito entre as partes. É por isso que tribunais despendem volumosos recursos processando informações, com o objetivo de desvendar e classificar fatos jurídicos relevantes às causas em apreciação – a própria causa que independe de dilação probatória repousa em um contexto fático que deve ser suposto.<sup>50</sup>

Até um determinado limite, quanto melhores, mais qualificadas e fidedignas forem as informações com que puder contar o juiz, mais acertada poderá ser a sua decisão, reduzindo-se a margem de erro de julgamento. Ilustrativamente, a decisão judicial que declara a paternidade, ou que condena alguém à sanção criminal, se qualifica como *mais precisa* ou *acurada* quando lastrada em provas mais confiáveis, como a perícia técnica de DNA<sup>51</sup>, e *menos precisa* quando calcada em elementos com

---

<sup>50</sup> Kaplow, Louis. The value of accuracy in adjudication..., p. 323-325.

<sup>51</sup> Não se pretende, aqui, insinuar que os elementos periciais sejam isentos de dúvidas. Tem-se a impressão de que testemunhas descrevem suas percepções sensoriais ao passo em que peritos se valem de conhecimento técnico especializado, o que conferiria maior credibilidade à prova pericial. Contudo, às primeiras somente cabe enunciar fatos de que conhecem em primeira mão, os quais presenciou ela própria, não lhe competindo, em princípio, emitir opinião ou enunciar fatos de ouvir dizer. Contrariamente, peritos emitem laudos com base em informações colhidas de outras testemunhas ou em exames que fez, abrindo margem para o erro pericial. Ainda, avanços no campo da perícia forense evidenciam que teorias científicas que baseiam perícias forenses por vezes vêm a se mostrar incorretas ou obsoletas. De acordo com a Comissão da Califórnia para a Justa Administração da Justiça, “erros em testes da ciência forense constituem a segunda causa mais comum de condenações erradas de pessoas inocentes nos EUA”. Ver MELO, João Ozorio. *Revista Consultor Jurídico*, 18/02/2015, disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-fev-18/california-aprova-lei-especifica-reparar-erros-pericia-forense>>, consulta em 19/02/2015. Como exemplo, no caso

maior aptidão à falibilidade, como a testemunhal<sup>52</sup>.

Emons e Fluet<sup>53</sup> elaboram a questão do custo do aumento da precisão em julgamentos, hipotetizando que o juiz deva decidir um litígio que supõe a descoberta de um número exato, como o valor dos danos que um contratante deve a outro. O requerido deseja que este número seja o menor possível e o requerente o quer amplo, caracterizando-se neste ponto um conflito de interesses. Ambas as partes sabem o real valor do dano. Apresentar evidências envolve um dado custo. Além disso, as partes pretendem que a prova se produza na direção de sua tese. Quanto mais a parte forçar que a prova se faça para além da verdade, mais alto o custo a ser despendido – v.g., na captura do perito ou na persuasão de testemunhas. Em contrapartida, quanto mais depoimentos o juiz tomar, mais aperfeiçoado se tornará o seu convencimento no sentido do verdadeiro valor indenizatório. Ademais, tendências, preconceitos ou erros mnemônicos que possam contaminar uma prova pericial ou o depoimento de uma testemunha isolada – tomada, v.g., por piedade ou preconceito em relação a uma das partes – terão menores condições de preponderar se designados peritos mais qualificados, ou se ouvidos vários depoentes. Assim, quanto mais alto o custo para as partes, menor a chance de que a fraude ou o erro preponderem, melhor

---

Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc (1993), a Suprema Corte dos EUA estabeleceu quatro critérios para estabelecer a confiabilidade da evidência científica: a) tenha sido testada (noção de falseabilidade, de Karl Popper); b) tenha sido publicada ou *peer-reviewed*; c) tenha margens de erro conhecidas; d) seja generalizadamente aceita na comunidade científica relevante (EDMOND, Gary; HAMER, David. Evidence law. In: CANE, Peter; KRITZER, Hebert (eds.). *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford: Oxford University Press, 2010). Na mesma obra, Edmond e Hamer inventariam a literatura científica a respeito da confiabilidade de perícias legais, enumerando os achados mais relevantes sobre a questão.

<sup>52</sup> Testes empíricos demonstrando a falibilidade da prova testemunhal, inclusive para a identificação de pessoas, estão relacionados em EDMOND, Gary; HAMER, David. Evidence law..., p. 652-678. Os autores referem que não estão os exames laboratoriais, contudo, infensos a erros de manipulação, ou falsos positivos e negativos.

<sup>53</sup> EMONS, Winand; FLUET, Claude. Accuracy Versus Falsification Costs: The Optimal Amount of Evidence Under Different Procedures. *Journal of Law, Economics and Organization*, p. 1-30, Jul/2007.

informando a tomada de decisão. A quantidade ótima de investimento probatório será a que minimizar as perdas derivadas da adjudicação incorreta, mas dentro do limite aceitável do custo do processo, verificando-se escolha dilemática entre os benefícios da busca da verdade e os custos de obter a evidência.

Assim, conhecendo os limites que o julgador terá para resolver eventuais disputas, e para contornar problemas relativos ao custo, à qualidade e à disponibilidade da informação, contratantes podem especificar previamente o *nível de precisão* com o qual irão demandar que o árbitro resolva a disputa, fixando limites aos dispêndios para a coleta de provas, ou ainda escolher um determinado árbitro, ou um árbitro com *expertise*, conhecido por manter determinado nível de competência a custo compatível.

Recorde-se que a informação excessiva não gera aumento marginal de precisão, podendo até mesmo reduzi-la, dada a presença de ruído. Para Richard Posner, a precisão aumenta, *grosso modo*, à raiz quadrada da coleção de novas evidências<sup>54</sup> se forem elas independentes, ou seja, se não implicar cada nova evidência a descoberta de outra – o que significa que, a partir de um dado instante, mais e melhor informação não irá alterar substancialmente a qualidade decisória. Há, porém, mínimos probatórios para aquém dos quais não será produzida uma decisão acurada.

Carrear para o processo mais e melhores informações esbarra em dispêndio de recursos e inexoráveis limites da realidade (como direitos contrapostos, finitude da estrutura judicial, ou naturais constrangimentos na capacidade administrativa e cognitiva do adjudicador), cuja superação não se faz a baixo custo – e por isso, no processo judicial, a lei estabelece o *quanto* de informação será vertido para cada espécie de litígio, atendida a importância dos valores em disputa.<sup>55</sup> Quanto mais numerosos e complexos os atos processuais prévios à tomada de decisão

---

<sup>54</sup> POSNER, Richard. An economic approach to the law of evidence..., p. 7.

<sup>55</sup> V. nota 24.

(audiências, elaboração de perícias judiciais intrincadas, compreensão de regulamentos ou contratos complexos), maiores os custos econômicos,<sup>56</sup> justificados na proporção da relevância dos valores e direitos em litígio.

Não somente regras processuais, mas também específicas exigências probatórias, podem ser visualizadas sob a perspectiva da segurança da informação, preservada a finalidade de certificação de verdades e de proteção de direitos relevantes contra erros de adjudicação e equívocos de terceiros. O contrato de compra e venda de imóvel é instrumentalizado perante notário, envolvendo procedimento mais complexo e seguro que a assinatura de instrumento particular ou a mera tradição. Cooter e Ulen<sup>57</sup> asseveram que a segurança dos contratos mais relevantes é fortalecida por “*testemunhas oficiais*” do ato, notários que o registram em documento oficial, reduzindo, assim, as incertezas que oneram os negócios, muito embora a maior custo.<sup>58</sup> A importância do direito de propriedade imobiliária comunica-se à sua prova e ao tratamento jurídico dos títulos e contratos a ela relacionados, já que “a propriedade incerta onera o comércio e causa um desconto elevado do valor que compradores em potencial atribuem a um ativo”.

Segundo os autores, “o direito de propriedade precisa desenvolver regras que contrabalançam os impedimentos ao comércio criados pela propriedade incerta e os custos da manutenção de um sistema de controle”.<sup>59</sup>

---

<sup>56</sup> Quanto aos processos que tramitam perante o Poder Judiciário, boa parte destes custos *não é* suportada pelas partes privadas envolvidas no litígio, porém pela sociedade, primordialmente mediante recursos obtidos por meio da interferência do Estado na liberdade e na propriedade individuais, via cobrança de impostos. Por isso que os custos podem ser privados, quando desembolsados pelas partes que integram a relação processual, ou sociais, quando cobertos pela sociedade.

<sup>57</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5. ed. São Paulo: Bookman, 2010. p. 167-169.

<sup>58</sup> De modo semelhante, v. comprovação de contratos envolvendo negócios jurídicos cujo valor ultrapasse o décuplo do salário mínimo vigente (art. 227, do CC).

<sup>59</sup> COOTER, Robert; ULEN, Thomas, obra citada, p. 167-169.

E os custos para o aumento da precisão devem ser computados em seu sentido amplo. No caso da jurisdição oficial, além dos custos *monetários*, despendidos para a manutenção da estrutura material do Poder Judiciário (prédios, equipamentos, veículos) dos tribunais e outros escritórios, públicos ou privados, a ele relacionados em sua atividade fim (departamentos de polícia e de perícia legal, procuradorias, defensorias, Ministério Público) e para a remuneração do trabalho (juizes, advogados, delegados, peritos, servidores e pensionistas), compreendem-se ainda outros *custos econômicos*, não monetários, como os relacionados à duração do processo (custo do tempo), ao erro judicial (custos diretos e indiretos do erro), à congestão dos tribunais e de outros órgãos (custos suportados por outros litigantes, que disputam pela atenção do juiz e de outros atores em um sistema marcado pela rivalidade de uso), à restrição de direitos constitucionais em conflitos (como o custo da privacidade, quando autorizada interceptação telefônica, ou da liberdade de testemunha intimada coercitivamente a depor em juízo) e aos custos de oportunidade<sup>60</sup> em geral (como o custo, para a coletividade, de não construir um hospital ou uma estrada, em vez de edificar um tribunal).

Os custos para produção de evidências influenciam o comportamento das partes e dos contratantes. Ilustrativamente, a possibilidade de manipulação de evidência no sistema adversarial pode gerar diversas consequências comportamentais – se é verdade que a decisão de ingressar em juízo ocorre quando o autor puder confiar que o proveito esperado do processo irá superar os seus custos econômicos,<sup>61</sup> o acentuado custo probatório

---

<sup>60</sup> Cooter e Ullen (obra citada, p. 53) definem custo de oportunidade como “o custo econômico de uma alternativa que foi deixada de lado”. É a expressão “da relação básica entre escassez e escolha”, podendo ser definido como o ‘preço’ da renúncia de um bem de modo a se obter outro bem.

<sup>61</sup> Quanto à decisão sobre litigar, autores da análise econômica do direito estabelecem que partes neutras ao risco irão optar por ajuizar demanda quando os custos despendidos forem inferiores à quantificação de suas pretensões jurídicas, ou seja, menores que o valor que o requerente espera receber e maiores dos que o requerido espera ser

levará um menor número de autores a optar por aforar demandas, especialmente se o serviço público de resolução de disputas for lento ou congestionado. A elevação dos custos probatórios reduz ajuizamentos, que somente ocorrerão se dispêndios totais do litígio forem inferiores ao valor esperado com a demanda – o que pode incentivar o descumprimento contratual “leve” ou parcial por uma das partes do contrato, sabedora de que a parcela de descumprimento se manterá em níveis intermediários, não causando danos suficientes a levar o contratante lesado a formular demanda. Nessa toada, o estudo de Menell,<sup>62</sup> que estabelece que, quando o ofensor tiver controle sobre o nível de dano que irá provocar – como o descumprimento de apenas pequena parcela do objeto contratual – lhe será possível, com larga probabilidade, impedir seja vantajoso o ajuizamento, fazendo com que o montante do dano por ele produzido se mantenha abaixo do nível de custos do litígio, limiar este que irá se ampliar caso a questão fático-jurídica subjacente seja truncada ou compreenda intenso debate de questões complexas ou profusa instrução probatória.

Custos informacionais podem dificultar ou impedir a produção de provas e desencorajar a resolução de disputas, sendo fatores que determinam o comportamento de contratantes ao longo da vida negocial.

## VI CONTRATOS RELACIONAIS E ADJUDICAÇÃO –

---

condenado a pagar (KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Law...*, p. 46). Contrariamente, ações frívolas ou temerárias, com valor negativo esperado (*negative expected value*), podem custar ao requerente mais do que o importe que acredita lhe seja devido, sendo manejadas na expectativa estratégica de ganhos derivados de erro judicial ou da realização de acordo. Ver PNG, Ivan. *Strategic Behaviour in Suit, Settlement, and Trial*, *The Bell Journal of Economics*, v. 14, n. 2, p. 539-550, 1983; BEBCHUK, Lucian; KLEMENT, Alon. *Negative Expected-Value Suits*. In: NEWMAN, Peter. *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, New York: Stockton Press, 1998, p. 551-554.

<sup>62</sup> MENELL, Peter. *A Note on Private versus Social Incentives to Sue in a Costly Legal*. *Journal of Legal Studies*, v. 12, p. 41, Jan/1983. Observe-se que a modelagem considera o desalinhamento entre incentivos privados e sociais para o litígio.

## PROBLEMAS E SOLUÇÕES

A discussão doutrinária dos problemas e das soluções que circundam a solução de disputas em contratos relacionais se coloca em níveis profundos.

Como inventaria Eric Posner<sup>63</sup>, nas décadas de 70 e 80<sup>64</sup> o debate já se dava explicitamente a respeito da precisão ou da imprecisão dos tribunais para perceber a lesão contratual, o valor dos danos e o oportunismo. Assumindo-se que pessoas possam se engajar em oportunismo – *v.g.*, quando quebram o contrato em vez de cumpri-lo, caso seus ganhos decorrentes do descumprimento excedam os custos da *performance*, independentemente das perdas que irão impor à contraparte –, a eficácia do contrato irá depender de quão precisamente o juiz possa identificar quem está inadimplente e quantificar os danos ao lesado.

Mais recentemente, com Macneil,<sup>65</sup> o foco do debate na doutrina se voltou para o problema “*intratável*” dos contratos de longo prazo, nos quais as partes são incapazes de, *ex ante*, alocar futuras obrigações e pagamentos de modo a maximizar sua utilidade contratual, sendo previsível a necessidade da renegociação à proporção em que o futuro se revela.

Stone e Devenney<sup>66</sup> referem que a expressão “contrato relacional” foi cunhada por Macneil<sup>67</sup> para expressar a ideia de que a percepção tradicional de contrato, instantâneo e autocon-tido, não dava conta de expressar compromissos duradouros no

---

<sup>63</sup> POSNER, Eric. A Theory of Contract Law...

<sup>64</sup> Em especial, KRONMAN, Anthony. Specific Performance, *The University of Chicago Law Review*, v. 45, 1978, p. 351; SCHWARTZ, Alan. The Case for Specific Performance, *Yale Law Journal*, v. 89, 1979, p. 271.

<sup>65</sup> MACNEIL, Ian. Economic Analysis of Contractual Relations: Its Shortfalls and the Need for a “Rich Classificatory Apparatus”. *Northwestern University Law Review*, v. 75, 1018, p. 1039, 1981.

<sup>66</sup> STONE, Richard; DEVENNEY, James. The Modern law of Contract. 11. ed. New York: Rutledge, 2015, p. 13.

<sup>67</sup> Dentre outros artigos, v. MACNEIL, Ian. The Many Features of Contract. *Southern California Law Review*, v. 47, 1974, p. 691-815.

tempo, como o contrato de trabalho. O termo “relacional” foi usado por Macneil de duas maneiras, vinculadas entre si. Primeiramente, referindo-se ao fato de que todos os contratos ocorrem no contexto da sociedade (*social matrix*), que compreende os sistemas compartilhados de comunicação, ordem legal, instâncias de cumprimento coativo (*enforcement*) e monetário. Ao oferecer uma nota de dez dólares em troca de gasolina, o comprador está se valendo de sistemas predeterminados de trocas, dinheiro, linguagem e valor. O segundo uso do termo “relacional” refere-se ao fato de que muitos contratos envolvem uma relação continuada entre as partes, a afetar o modo como esse contrato opera, como o contrato de fornecimento de insumos ao longo do tempo, de construção ou de aluguel. A compra de gasolina em um posto não será puramente instantânea se o pagamento for feito por meio de cheque, a ser compensado posteriormente, ou se o comprador escolheu esse posto porque pretende usar um cartão de fidelização, nesses passos indo ao encontro do contrato mais como relação. Para os contratos relacionais, as obrigações recíprocas se modificarão, por vezes tacitamente, ao longo do tempo, em resposta às mudanças de circunstâncias – um contrato de construção deverá ser moldado para responder às condições meteorológicas, ou de falta de material, assim como o contrato de trabalho será alterado para adaptar horários e tarefas às necessidades da demanda.

Para Macneil, se tribunais forem chamados a resolver contratos relacionais, irão aplicar a teoria clássica, buscando deixar intactos os princípios gerais do contrato inicialmente estabelecido, o que, na realidade, servirá para miná-los, enfraquecendo, em lugar de prestigiar, a manifestação real, atualizada e reedificada, das partes. Há um problema de “apresentação” (*presentation*), gerado pela teoria clássica do contrato, que entende que todos os aspectos do contrato devem ser determinados ao tempo de sua formação, de modo que problemas futuros poderiam ser compreendidos simplesmente desvendando-se o que as



partes concordaram inicialmente. Essa “apresentação” funciona de forma mais ou menos eficiente em contratos instantâneos, porém, na proporção em que o concerto entre as partes se torna mais e mais relacional ou protraído no tempo, menor a probabilidade de que a mera consulta aos termos inicialmente grafados possa prover respostas satisfatórias. Cortes buscam preservar o mito da “apresentação” por meio do uso de “termos implícitos”, sem cogitar de melhor resposta.

Eric Posner<sup>68</sup> sintetiza as três principais soluções doutrinárias propostas para esses impasses da jurisdição contratual. Macneil desenvolveu originalmente resposta ambiciosa, a de que o juiz deveria desvendar quais seriam as efetivas normas vigentes na relação contratual, as cláusulas que emergiram, ao longo do tempo, do comportamento dos contratantes, para além das inicialmente escritas, aplicando-se-as aos litígios. Goetze e Scott, por sua vez, prossegue Posner, defendem que adjudicatadores devem preencher as lacunas com quaisquer termos que possam maximizar o valor da relação contratual para os contratantes, inclusive fixando danos com base no valor de mercado daquela prestação. Porém, nem sempre o mercado poderá prover informações, porque acordos foram modificados pelas partes ao longo do tempo e investimentos específicos foram feitos – e, se uma das partes realizou investimentos que somente atendem àquela específica relação contratual, como os investimentos de um fabricante para a manufatura de item exclusivo, e a contraparte, posteriormente, se recusa a adimplir, o fato de o mercado, nesse período, ter desenvolvido um substituto mais barato, será irrelevante para a estipulação dos danos daquela específica relação.

A terceira proposta para a atuação das cortes, apresentada por Schwartz, é a da aplicação literal e passiva dos termos contratuais pelo juiz. Se um vendedor estiver obrigado contratualmente a prover determinado bem ao comprador ao preço Y, as

---

<sup>68</sup> POSNER, Eric. *A Theory of Contract Law...*, p. 4-5.

alterações de mercado desse preço não devem afetar a estipulação inicial, e a obrigação deve ser cumprida nos termos em que estabelecida. Afinal, as partes, apesar de tudo, sabiam que as condições poderiam mudar e, contando com as informações privadas, aceitaram contratar. Nesse contexto, adjudicatadores não têm condições de proceder a reavaliações corretas, e a alteração do pactuado irá produzir prováveis erros. É verdade que a aplicação literal do clausulado pode produzir os equívocos antes levantados, afastando hipotéticos termos de maximização do valor do compromisso firmado, mas tais erros seriam, ao menos, previsíveis, ao contrário daqueles decorrentes do suprimento da vontade hipotética. Essa previsibilidade provê incentivos, prossegue Schwartz, à *renegociação*, quando finalmente eventos se concretizam. Também, contratantes irão escolher termos baseados em informações que acreditem que o juiz terá condições de verificar – como os preços de mercado – em detrimento daquelas informações que, apesar de mais relevantes, serão de difícil verificação pelo juiz – como o custo efetivo para o vendedor e a real demanda do comprador. Enfim, cláusulas são instruções ao juiz, talhadas com vistas às suas possibilidades de verificação, e tentativas de estabelecer o que posteriormente emergiu serão infrutíferas e mais nocivas. Todavia, a renegociação, como medida *ex post*, poderá não resultar, já que o contratante que teve sua posição vulnerabilizada pelos eventos em sucessão ficará à mercê da parte cuja posição restou favorecida. Aquele que realizou investimentos específicos ficará sujeito ao descumprimento contratual pela contraparte, truncando os termos em que se dará a renegociação.

Não olvidar de outras intrincadas sugestões, que emergem da teoria dos jogos, envolvendo o desenho de *mecanismos de revelação*, no afã de que o instrumento contratual possa desenhado incentivos para que ambas as partes revelem as informações reais que lhe forem desfavoráveis. Neste sentido, apenas para que se ilustre o que consistiriam tais mecanismos,

mencione-se o exemplo de Hermann et al.<sup>69</sup> Tenha-se em mente que cláusulas podem determinar que as partes, simultaneamente, enviem a um supervisor externo mensagem sobre as variáveis que elas possam observar, quais sejam, seus respectivos custos para realizar determinada tarefa<sup>70</sup>. Suponha-se que incumbe a realização da tarefa ao contratante que puder desempenhá-la ao menor custo, que uma parte não possa observar os custos da outra, e que ambas objetivem se esquivar da tarefa. Se as duas partes anunciarem, simultaneamente, custo idêntico, decide-se pela sorte quem irá realizar a tarefa; caso anunciem valores distintos, então a parte que revelar menor custo a realizará, mas será remunerada com base no custo anunciado pela outra parte, mais vultoso, dividido por dois (já que o financiamento da tarefa será coberto pelos dois contratantes). Desse modo, como o contratante que mais falsear terá que arcar com o *custo excessivo*, ambas as partes terão incentivos para revelar a informação verdadeira, ou seja, os custos reais da tarefa, dadas as regras preestabelecidas pelo mecanismo contratual. Variação do exemplo seria a transformação desse desenho em um contrato de opção, tendo a parte a escolha de assumir a tarefa mediante a paga do custo trazido pela outra, dividido por dois.

Na realidade das interações pactuais, no entanto, soluções complexas e intrincadas como essas acabam por não ser negociadas e adotadas pelas partes. Os termos ótimos de pactuação prevendo mecanismo de jogos podem se apresentar como soluções demasiado complexas para pessoas reais resolverem.<sup>71</sup>

Uma quinta vertente advoga que a resolução de controvérsias pelo juiz somente será acertada randomicamente, de forma aleatória, não havendo o que possa torná-la

---

<sup>69</sup> HERMANN et al., obra citada p. 34-39.

<sup>70</sup> Até aqui, o mecanismo é semelhante ao da apresentação de lances ou propostas conforme a Lei de Licitações Públicas (v. Lei 8.666/93 e outras).

<sup>71</sup> EGGLESTON, Karen; POSNER, Eric; ZECKHAUSER, Richard. Simplicity and Complexity in Contracts. *Harvard Law School John M. Olin Program in Law and Economics*, n. 93, Jan/2000.

suficientemente precisa. Para Eric Posner, o juiz é radicalmente incapaz de desvendar as intenções iniciais dos contratantes em reação a circunstâncias futuras que redefinem a relação contratual. Para ele, sequer a função de interpretação literal do pacto, como quer Schwartz, lhe pode ser assinalada, dada a *radical incompetência*<sup>72</sup> que exsurge da insuperável assimetria informativa que ronda a relação contratual. Em suma, não se consegue saber qual das partes inadimpliu, e sequer se a quebra contratual efetivamente ocorreu. Contarão as partes, é verdade, com o cumprimento voluntário ou espontâneo do contrato, precedido pela formação de laços negociais baseados na obediência à tradição, à preservação da reputação, à escolha de contratantes conforme fatores étnicos e às conexões familiares, bem como em outros elementos de regulação não legal. A força da adjudicação de conflitos, no entanto, repousa menos no grau de acerto do julgamento do que por constituir o acesso às instâncias de adjudicação uma espécie de “ameaça”, um dispositivo de *reforço de compromisso* (*commitment device*)<sup>73</sup>, em que ambas as partes, a que quebrou o pacto e a que foi vitimada, se lançam a igual perigo, o de se submeter aos custos do litígio, abrangidos os reputacionais e os de incerteza, além dos custos de eventual cumprimento coativo, ainda que equivocadamente determinado. Dessa forma, a “ameaça” de instauração de procedimento de resolução de conflitos provê incentivos para a *performance*, os quais acabam superando os benefícios da quebra contratual, estando nas mãos de uma das partes a decisão – ou “*retaliação*” – de convocar a intervenção do aparato coativo estatal,<sup>74</sup> ainda que o resultado da resolução de disputa seja aleatório, vale dizer, submetendo ambas as partes às custas e aos riscos do litígio.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> POSNER, Eric. A Theory of Contract Law..., p. 7.

<sup>73</sup> POSNER, Eric. A Theory of Contract Law..., p. 13/14.

<sup>74</sup> Ainda que seja para prover o cumprimento forçado de decisão arbitral.

<sup>75</sup> Eric Posner, metaforicamente, compara a intervenção judicial à ação parental, em que os pais punem ambas as crianças que estão brigando ao invés de punir somente a que iniciou a disputa; ou à figura histórica do duelo, em que duelistas tinham o

Por outro lado, não se pode olvidar que o conteúdo do pactuado, a estipulação mesma das contraprestações às partes, é grandemente concebido tendo como escopo não o desejo finalístico das partes em si, ou o bem da vida buscado pelos contratantes, mas sim a melhor divisão de risco. Vale dizer, prestações contratuais são vistas como a possível distribuição de incentivos para o melhor cumprimento, em ambiente de assimetria informativa e incertezas. Como exemplo teríamos os contratos de seguro de automóveis, nos quais a necessidade de pagamento de franquia pelo segurado acaba por ajudar a evitar a condução negligente dos veículos – por motoristas que não irão precisar arcar, eles mesmos, com o pagamento de indenizações, por terem aderido ao seguro – que as seguradoras não têm como monitorar. Neste sentido, Bengt Holmström e Oliver Hart venceram o prêmio Nobel de Economia de 2016 por suas contribuições à Teoria dos Contratos<sup>76</sup>.

Para finalizar, como expõe Araújo,<sup>77</sup> a baixa expectativa quanto à precisão do julgamento pode gerar um *esvaziamento* do sistema de heterodisciplina, ou que as partes tentem, a determinado custo, programar a fuga da adjudicação. Se uma das funções da disciplina jurídica do contrato, como salienta o autor, é a de expressar reação à diversidade de motivações psicológicas dos contratantes e estabelecer uma *grelha de inteligibilidade* que resulte em maior uniformidade e previsibilidade, mitigando-se sobressaltos, os erros no desenho das regras redundarão em “uma ineficiência dinâmica de longo prazo, especificamente no desincentivo à contratação... (não patológica), e assim na redução do volume contratual, na diminuição das trocas, com perdas absolutas de bem-estar”. Os erros de adjudicação, ao integrar a heterodisciplina do contrato, estão sujeitos a endereçar tais

---

‘direito’ de solver suas disputas segundo regras pré-determinadas (local, distância entre duelistas, armas utilizadas, existência de um ‘árbitro’), cujo resultado independia de quem tivesse sido o culpado pela controvérsia.

<sup>76</sup> V. nota 11.

<sup>77</sup> ARAÚJO, obra citada, p. 122-123.

desincentivos à contratação, portanto – menos contratos serão entabulados por temor do descumprimento impune ocasionado pelas assimetrias informacionais.

Antecipadas as dificuldades e os custos derivados do envolvimento de um terceiro neutro na relação contratual, partes podem procurar se refugiar da própria necessidade de recorrer ao juiz, ou dele reduzir sua dependência, buscando construir antecipadamente tais mecanismos de fuga, como fazem ao estipular a liquidação de valores de danos, antecipando essa liquidação no clausulado.

Por essas sendas, vão-se edificando concepções sobre a competência adjudicatória em contratos, como aqui exemplificado, cabendo frisar que os pontos de vista oscilam dos mais confiantes quanto às aptidões do terceiro neutro (Macneil) às mais incrédulas (Eric Posner). Como se vê, as teorizações apresentadas ainda não solucionam de forma potente os percalços que assomam – porém têm o mérito de postar-se frente à dificuldade, ensaiando soluções em destemido debate.

## MENSAGEM FINAL

Após exemplificativo sobrevoos sobre os múltiplos *insights* que emergem do focar a intersecção entre contrato, adjudicação e informação, mais do que estabelecer conclusões, almeja-se o *despertar* da atenção da comunidade jurídica nacional sobre o tema.

A assimetria informativa, realidade inafastável, exerce fortes influências nas relações jurídicas, abalando as partes e também a atuação do terceiro neutro designado a resolver o litígio. Nuances que dela advêm merecem o debruçar das ciências jurídicas, permitindo concepções e soluções mais realistas pelos diversos serviços de resolução de conflitos, fomentando e facilitando as transações contratuais, fontes de riqueza e bem-estar social.

Fique dito que nem por isso se esperam aptidões sobre-humanas de partes, advogados e adjudicadores, mas sim que contribuam para a maximização da utilidade privada e social tanto dos contratos quanto dos julgamentos. Afinal, nos dizeres de Araújo<sup>78</sup>, dificuldades inerentes à informação “não significam o colapso da relação contratual”, mesmo que lhe possam diminuir a eficiência.

---

<sup>78</sup> ARAÚJO, obra citada, p. 673.