

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ANÁLISE ECONÓMICA DO DIREITO

31 JAN > 18 JUL 2022

A ANÁLISE ECONÓMICA DOS CONTRATOS

Rui Jorge Simões Almeida¹

Resumo: No direito houve sempre uma inter-relação com a Economia, especialmente quanto a questões ligadas à segurança jurídica, liberdade, respeito à propriedade privada e aos contratos. O objetivo da Análise Económica do Direito (AED) é propor a análise do direito numa perspetiva económica por forma a se poder alcançar uma sociedade mais justa. No âmbito da análise económica dos contratos, a eficiência paretiana e a melhoria paretiana são conceitos importantes para a interpretação dos contratos, o que leva a ter em conta, na aplicação da lei, a relevância de algumas falhas de mercado, com especial relevo para o poder monopolístico, associado às estruturas de mercado do monopólio e do oligopólio, bem como à informação assimétrica que levam à desigualdade ontológica das partes e, conseqüentemente, afetando negativamente a eficiência. Integrando-se aqui a função social do contrato, que tem por objetivo não só o de trazer uma atuação mais equilibrada, promovendo a igualdade entre as partes e a liberdade contratual dos indivíduos, mas essencialmente de prevenir que os agentes económicos introduzam

¹ Pós-Graduado em Análise Económica do Direito pelo Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pós-Graduado em Direito Imobiliário pela Universidade Católica Portuguesa. Licenciado em Direito pela Universidade Autónoma de Lisboa. Licenciado em Gestão Imobiliária pela Escola Superior das Actividades Imobiliárias.

cláusulas abusivas que possam onerar excessivamente a outra parte contratante ou até mesmo de lhe poder vir a causar prejuízos.

Palavras-Chave: Contratos, Análise Económica do Direito.

Abstract: In Law there's always been an interrelationship with Economy, especially when it comes to questions related to legal safety, liberty, respect to private property and to contracts. The goal of Law and Economics (L&E) is to propose the analysis of law in an economic perspective in order to achieve a more just society. In the context of the economic analysis of contracts, the Paretian efficiency and Paretian improvement are important concepts to the interpretation of the contracts, which takes into account, in the application of law, the relevance of some market failures, with special emphasis on monopolistic power, associated to the structures of the monopoly and oligopoly market, as well as the as well as asymmetric information that lead to the ontological inequality of the parts and, consequently, negatively affecting the efficiency. The social function of the contract is included here, which aims not only to bring about a more balanced performance, promoting equality between the parties and the contractual freedom of individuals, but essentially to prevent economic agents from introducing abusive clauses that could excessively burdening the other contracting party or even causing damages.

Keywords: Contracts, Law and Economics.

INTRODUÇÃO



origem da Análise Económica do Direito (AED) tem vindo a ser atribuída por muitos às premissas da economia neoclássica da Escola de Chicago, decorrente dos

princípios formulados nos séculos XVIII e XIX, sob influência da doutrina económica fortemente marcada pela Revolução Industrial, tendo contribuído para o desenvolvimento inicial deste âmbito de análise científica Ronald Coase², Guido Calabrese³, Gary Becker⁴, Richard Posner⁵, Polinsky & Shavel⁶, entre outros.

Em 1960 um universitário inglês quase desconhecido na América, graduado em 1932 pela London School of Economics, publicou numa revista jurídica de Chicago, *The Journal of Law and Economics*, um curto artigo de 44 páginas intitulado *The problem of social cost*. O autor Ronald H. Coase já havia publicado em 1937 um artigo sobre a teoria da empresa, *The nature of the firm*, que havia passado praticamente despercebido. Por esses dois curtos artigos, hoje dos mais citados da literatura económica, Coase haveria de receber o prémio Nobel da Economia em 1992, sendo ainda reconhecido como uma das bases da Escola de Chicago no âmbito da Análise Económica do Direito, centrada numa primeira fase, no *anti-trust*, nos mercados, monopólios e nas empresas; numa segunda fase, nos direitos de propriedade, responsabilidade civil e com base no teorema de Coase – que veremos mais adiante – nas empresas e na sua necessidade de maximização dos lucros; e numa terceira fase, com base nos estudos de Gary Becker, sobre o comportamento criminal dos indivíduos e o conceito de utilidade esperada.

Como economista, Coase aborda em ambos os artigos duas das questões mais candentes do direito privado: a teoria da empresa e a teoria da *nuisance* (danos extracontratuais). Porque existem empresas numa economia de mercado livre? Como é que os efeitos externos condicionam as relações de mercado? São algumas das questões levantadas por Coase que como

² Coase, Ronald – The Problem of Social Cost

³ Calabresi, Guido – The Costs of Accidents

⁴ Becker, Gary – Crime and Punishment: Na Economic Approach

⁵ Posner, Richard – Economic Analysis of Law

⁶ Polinsky, Mitchell; Shavell, Steven – Economic Analysis of Law

qualquer jurista que se preze, cita abundantemente no artigo as decisões dos tribunais superiores ingleses e americanos. E em resposta a essas questões induz ao leitor os custos contratuais (*transaction costs*), os efeitos externos (*externalities*) e os conflitos de direitos reais (*property rights*).

Quanto aos custos contratuais (*transaction costs*) a análise económica de inspiração paretiana só considerava dois tipos de custos económicos: os custos de produção e os custos de transporte. Mas Coase vem mostrar que, além desses custos, há também os custos contratuais, que os agentes económicos, como operadores jurídicos, têm de suportar se querem produzir e vender os seus produtos no mercado. São custos contratuais ou custos de transação: os custos relativos à obtenção de informações sobre o mercado e os agentes económicos que neles operam, os custos de estabelecimento de contactos com vista à realização de transações, os custos das negociações e das conclusões dos contratos e por fim os custos da execução dos contratos, em que podem avultar os custos judiciais.

No que respeita aos efeitos externos (*externalities*) a existência das empresas é explicada pela necessidade de minimizar os custos de transação. Em vez de incorrerem em elevados custos contratuais, os agentes económicos criam empresas, estabelecem regras administrativas internas de funcionamento, pagando salários aos seus empregados e gerentes. Posto isto, sem custos contratuais não há base económica para a existência de empresas.

Algo de semelhante se passa com o problema do custo social (*social cost*), inserido no artigo *The problem of social cost*, onde é referido os efeitos externos decorrentes de conflitos de direitos de propriedade (efeitos externos a que hoje, em má tradução, se chama externalidades). Contudo, outro proeminente economista inglês, representante da Cambridge Scholl, Pigou (1924) preconizava a intervenção do Estado para minimizar esses custos dos efeitos externos, no entanto Coase contrapõe essa

ideia, defendendo a negociação entre as partes interessadas: o responsável pelo dano e a vítima.

Por fim, Coase, no mesmo artigo, quanto aos direitos reais (*property rights*), estuda as ações das empresas comerciais que exercem efeitos prejudiciais em terceiros (*nuisances*). Havendo aqui um conflito de direitos reais que é preciso resolver.

Tomemos um exemplo clássico, apresentado por Pigou na sua *Economia do Bem-Estar* (1932)⁷: uma companhia de caminhos de ferro utiliza locomotivas que lançam fagulhas incendiando as searas dos agricultores. Há aqui conflito e alguém tem de suportar as despesas dos incêndios. O problema que G. Stigler (também premiado com o prémio Nobel da Economia em 1982) punha nesta época era o seguinte: os prejuízos dos incêndios das searas são superiores aos ganhos da circulação dos comboios? Pigou recomendara que a empresa ferroviária fosse responsabilizada pelos incêndios; ou que se proibisse a passagem dos comboios pelas searas; ou principalmente que se aplicasse um imposto (imposto pigouviano) para compensar os prejuízos dos seareiros.

Coase, pelo contrário, mostra não ser preciso este imposto e até que este imposto pode não ser a melhor solução. O que é preciso é que possam negociar entre si para solucionar o problema. Só que esta negociação tem custos. E se esses custos de transação forem demasiado elevados, gera-se ineficiência económica que obrigará à intervenção do Estado. Mas se os

⁷ Como parte de seu conceito, Pigou chamou a atenção para o facto do conceito de bem-estar individual é mais amplo do que seus aspetos puramente económicos. Além da máxima utilidade do consumo, inclui também componentes como a natureza do trabalho, as condições ambientais, as relações com outras pessoas, a condição social, as condições de moradia, a ordem pública e a segurança. Em cada um desses aspetos, a pessoa pode-se sentir mais ou menos satisfeita. Hoje, essas características estão combinadas no conceito de “qualidade de vida”. No entanto, determinar a qualidade de vida enfrenta dificuldades significativas associadas à incapacidade de medir a utilidade. Pigou enfatiza que muitos elementos da qualidade de vida que não têm valor monetário, no entanto, são fatores reais de bem-estar. Portanto, situações de crescimento do nível de bem-estar geral são possíveis com um nível constante de bem-estar económico.

custos de transação fossem iguais a zero, a negociação entre ferroviários e seareiros conduziria a uma solução economicamente eficiente, sem intervenção do Estado, concluindo que, havendo negociação entre os interessados, se os respectivos custos de transação não forem superiores aos ganhos que daí resultarão, a solução do problema dos efeitos externos será necessariamente eficiente.

É este o célebre Teorema de Coase, como Stigler depois lhe chamou: se os direitos de propriedade estiverem bem delimitados e não houver custos de transação, a negociação entre as partes conduzirá a uma solução economicamente eficiente do problema dos custos externos (subentenda-se: sem necessidade de intervenção regulatória do Estado). Dito de outra maneira: na ausência de custos de transação, é irrelevante, do ponto de vista da eficiência económica, a quem são atribuídos os direitos de propriedade, ou: com custos de transação iguais a zero, os custos privados e sociais igualar-se-ão.

Coase defendia que era tudo solucionado sem necessidade de intervenção regulatória do Estado, mas que o Estado tem sempre de intervir para estabelecer uma boa delimitação dos direitos de propriedade e conseguir que os custos de transação sejam o mais baixos possível, idealmente os custos de transação iguais a zero.

Na verdade, mais tarde, Coase foi mais longe e admitiu que se os custos de transação forem significativos, o direito (isto é, o Estado) desempenha um papel crucial para determinar como os recursos são utilizados. Com zero custos de transação, alcança-se o mesmo resultado, pois serão feitos acordos contratuais modificando os direitos e os deveres das partes, no sentido de estas maximizarem o valor da produção. Mas com custos de transação elevados, esses acordos contratuais tornam-se demasiado caros, demasiado difíceis de suportar. Os incentivos que serão necessários para levar as partes a tal resultado, depende das escolhas do legislador, depende da lei (Coase, 1990:178). E

a lei pode ser, ou não, economicamente eficiente, como defendem (Sandoval & Moran, 2016)⁸, leis eficientes são as que maximizam a utilidade e minimizam os custos sociais.

1. OS CONTRATOS COMO MELHORIA PARETIANA

As normas relativas a estes negócios jurídicos – contratos – estabelecidas por acordo de vontades entre os intervenientes e criando obrigações para ambas as partes, devem ser interpretadas com o objetivo de se atingir a eficiência de forma a aumentar o bem-estar social e a expectativa de melhorar a situação das duas partes, isto é, a mudança de uma situação *ex ante* – traduzida por uma dada curva de indiferença⁹, para uma situação *ex post* – representada por outra curva de indiferença, traduz-se ao que corresponde uma melhoria paretiana.

Nessas relações contratuais entre indivíduos racionais, em que o comportamento de uma parte influencia a outra, o resultado será ótimo apenas na ótica de cada uma das partes, mas o resultado social nem sempre será ótimo.

A definição de distribuição de recursos mais recorrente na literatura económica do bem-estar é o *Critério de Pareto*, em que essa distribuição será eficiente se não for possível distribuir recursos de forma que pelo menos uma pessoa tenha a sua situação melhorada e nenhuma outra tenha a sua situação piorada.

No entanto a realização dos contratos deve ter por finalidade a obtenção de benefícios para ambas as partes, dado que “*o contrato não fica concluído enquanto as partes não houverem acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas*

⁸ Sandoval, Francisco Javier Rivas & Morán, José Antonio Serrano, *Escuelas de la teoría de la interpretación y argumentación jurídica*, Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanísticas, Vol. 4, N.º 8, (2016), pp. 382-395.

⁹ A curva de indiferença é um método gráfico utilizado para determinar as combinações de bens em que o consumidor é indiferente entre qualquer uma delas. Ou seja, o consumidor não tem preferência entre uma combinação ou outra, já que cada uma proporciona o mesmo nível de satisfação.

tenha julgado necessário o acordo¹⁰.” e “deve ser pontualmente cumprido¹¹”, na observância do princípio da pontualidade.

O sistema jurídico funciona ineficientemente quando não contém incentivos adequados para levar as partes contratantes a terem um comportamento eficiente quer cumprindo o contrato, quer não o cumprindo, mas pagando as indenizações e as compensações devidas pelos danos causados por uma parte à outra por via desse incumprimento, ou seja, a melhoria da situação de um indivíduo não ocorrerá sem que necessariamente a situação do outro fique pior, levando a uma melhoria potencial de Pareto, também conhecido como critério de *Kaldor-Hicks*.

As externalidades negativas – em que o custo social é superior ao custo privado¹², criadas pela verificação da diminuição do bem-estar social afetam a justiça corretiva¹³ e atingem os indivíduos economicamente mais débeis e com menor nível de educação e de formação, contribuindo para o acentuar das desigualdades, destacando-se de entre as causas de ineficiência o poder monopolístico que domina a sociedade, implicando a diminuição do excedente do consumidor, podendo levar ao *trade-off*, traduzido pelo custo de oportunidade, entre as atividades legais e ilegais.

Assim, dado que os indivíduos com mais baixos rendimentos e níveis de capital humano com elevado grau de aversão ao risco¹⁴, uma vez que este varia inversamente com o rendimento e a riqueza, o que implica o aumento do prémio de risco e a consequente diminuição do equivalente certo, que se traduz

¹⁰ Art.º 232.º do Código Civil

¹¹ Art.º 406.º n.º 1 do Código Civil

¹² Araújo, Fernando (2005), p.547

¹³ Segundo Aristóteles – Ética a Nicómaco, Livro V, Cap. 4: Justiça corretiva será o intermédio entre perda e ganho. O outro tipo de justiça particular é aquela que corrige as desigualdades decorrentes de transações, voluntárias e involuntárias, entre indivíduos.

¹⁴ Pratt, John W. (1964). Risk aversion in the small and the large. *Econometrica* 32: 122-136 e Arrow, Kenneth Joseph (1965). Aspects of the Theory of Risk-Bearing. Helsinguina: Yrjö Jahnessonin Säätiö.

no montante monetário ou seu equivalente que os indivíduos estão dispostos a aceitar para afastar o risco, é nas situações de elevado poder monopolístico e da assimetria de informação que a realização dos contratos pode levar à produção de resultados que não constituem uma melhoria paretiana – que é o fundamento dos contratos – logo, não se verifica eficiência e estes indivíduos são afetados negativamente.

Deste modo, a eficiência – ao lado da justiça e da equidade – sendo um dos objetivos da nossa sociedade e por forma a minimizar custos – externalidades negativas, está desde logo consagrada na alínea f) do artigo 81.º da Constituição da República Portuguesa, relativo às incumbências do Estado em que este deve *“assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral.”*

Na mesma linha o artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 que estabelece o regime jurídico da Concorrência em harmonia com o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, no seu artigo 101.º prevê que *“são incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:*

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;*
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;*
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;*
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-*

os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.”

Assim e na perspectiva da AED, o sistema jurídico pode ser entendido como um conjunto de incentivos aos quais os indivíduos reagem, alterando o seu comportamento, visando maximizar a sua utilidade, o seu bem-estar, diminuindo os custos e maximizando os benefícios, o que se traduz no princípio da racionalidade.

2. OS CONTRATOS E A TEORIA DOS JOGOS

John Nash, vencedor do Nobel da Economia em 1994, publicou aos 21 anos de idade, o seu trabalho desenvolvido numa solução de equilíbrio, embora baseada no trabalho de Cournot (1838), ficando conhecida como equilíbrio de Nash¹⁵. A estratégia adotada pelos intervenientes contratuais está intimamente ligada à Teoria dos Jogos, onde ressalta o comportamento cooperativo e a diminuição do ambiente de incerteza.

Através do estudo da teoria dos jogos, é possível detetar qual é a melhor opção a ser tomada por um jogador quando diante de uma dada situação, devendo os agentes económicos seguir determinada estratégia tendo sempre como base a estratégia do outro. As escolas de direito e de economia utilizam a teoria dos jogos para analisar como as empresas interagem, dadas as normas legais, e para entender como elas influenciam o seu comportamento estratégico enquanto agentes económicos ou como partes nos diversos tipos de litígios.

Para Araújo (2005) o jogo que se trata na Teoria dos

¹⁵ O «Equilíbrio de Nash» resulta da adoção da melhor estratégia, face à estratégia que se antecipa vir do oponente, no caso de não cooperação. É, neste caso, a estratégia racional na procura do interesse próprio, mas está longe de ser a estratégia ótima, do ponto de vista da maximização dos interesses de ambos os jogadores.

Jogos é um modelo em que se concebe que um grupo de pessoas desenvolve, em condições de incerteza e dificuldade de coordenação, e defrontada com a possibilidade de que se trate de um «jogo de soma zero», uma estratégia de acordo com uma sequência temporal que conduz a resultados compensadores e úteis, para cada um ou para todos¹⁶.

Os fundamentos da Teoria dos Jogos podem ser apresentados com base num exemplo bastante difundido que caracteriza toda uma classe de problemas semelhantes. Trata-se do Dilema do Prisioneiro, que foi estudado pela primeira vez no início da década de 1950. Bierman & Fernandez (2011), apresentaram este problema de forma original: dois ladrões são presos pelo porte de armas, mas não é encontrada nenhuma evidência que os possa ligar a outros crimes.

A polícia leva-os para salas separadas e faz uma proposta a cada um deles: se um confessar os crimes e seu parceiro não, ele será libertado e o outro será condenado a 20 anos de prisão. Mas se ele se recusar a cooperar e o seu parceiro confessar, ele é quem será condenado a 20 anos e seu parceiro terá a liberdade. No entanto se ambos confessarem, serão condenados a 10 anos de prisão, mas na possibilidade de ambos não cooperarem, só serão condenados por 1 ano pelo porte de armas. A polícia informa ainda a cada um dos ladrões que a mesma oferta é feita a ambos. Contudo, como eles não se podem comunicar, são obrigados a jogar com suas estratégias disponíveis, conforme a seguinte tabela:

		<i>Ladrão 2</i>	
		não confessa	Confessa
<i>Ladrão 1</i>	não confessa	1 ano; 1 ano	20 anos, Liberdade
	Confessa	liberdade; 20 anos	10 anos; 10 anos

¹⁶ Araújo, Fernando (2005). p.380

Tabela 1 - Matriz de *Payoff*¹⁷

Partindo da ideia de que cada um utiliza os meios mais adequados para obter o maior benefício individual, é notório que, avaliando vantagens e desvantagens, seria bom para ambos se eles não confessassem. Entretanto, como esta possibilidade requer cooperação e confiança – que são elementos essenciais, cada prisioneiro tende a analisar individualmente o que é melhor para si, considerando que não sabe e não confia na decisão do outro.

No entanto, na maioria dos jogos não existe um equilíbrio de estratégia estritamente dominante, ou seja, a melhor estratégia para um jogador é diferente daquela do outro jogador. Uma forma mais genérica de equilíbrio, que não se limita a uma estratégia apenas, é o chamado equilíbrio de Nash.

Pindyck & Rubinfeld (2017) fazem a distinção entre esses dois tipos de equilíbrio: (i) Estratégias dominantes: eu faço o melhor que posso, independentemente do que o outro faz. O outro faz o melhor que pode, independentemente do que eu faça; (ii) Equilíbrio de Nash: eu faço o melhor que posso em função daquilo que o outro faça. O outro faz o melhor que pode em função daquilo que eu faço.

Porém, nas relações contratuais, o dilema do prisioneiro demonstra pouca tendência para a elaboração espontânea de contratos, pois a estratégia dominante está presente em cada um dos intervenientes, no entanto, o ambiente de insegurança jurídica no cumprimento dos contratos, enquanto instrumento de maximização de bem-estar e face à dificuldade na sua celebração, fazem alterar o contexto e as instituições externas que regulam relações privadas¹⁸.

3. OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

¹⁷ Há traduções que utilizam o termo retorno, recompensa, resultado ou ganho.

¹⁸ Posner, Eric A. – Law and social norms. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 83-107.

A teoria dos custos de transação chama atenção, “por um lado, na forma como os

custos condicionam as escolhas das partes [...] e, por outro lado, na forma como a lei pode, influenciando esses custos, presidir a esse condicionamento¹⁹”.

Guerioni (2007, p.42-43) entende que os custos de transação podem indicar as despesas materiais, bem como o tempo e a energia necessários a conseguir um acordo, abrangendo os custos com a negociação, a execução e a fiscalização desse contrato.

Para Araújo (2007, p. 201) a ausência de custos de transação asseguraria a solução socialmente eficiente em praticamente todas as circunstâncias, em qualquer quadro de afetação inicial de recursos – daí se retirando, a contrário, que é a elevação dos custos de -transação que gradualmente vai requerendo uma mais forte presença da solução jurídica, ao menos daquela que propicie a mais eficiente afetação inicial de recursos. Nesta área o Teorema de Coase serve perfeitamente de ponto referencial, de “conceito regulador”, e de certo modo poderá dizer-se que os custos de transação são o instrumento de medida que permite aferir o distanciamento de cada situação concreta em relação a esse padrão ideal.

O custo de transação *ex ante* é preventivo uma vez que se referem aos gastos com a negociação dos termos da transação e ao estabelecimento de cláusulas de proteção, uma vez que nem todas as eventualidades podem ser previstas, pois caso fosse possível não haveria necessidade de coordenação (*governance*) ao longo da sua execução. Os custos *ex post* contemplam a monitorização do cumprimento e as intervenções corretivas por via da renegociação, caso sejam necessárias.

Para Williamson (1985) existe grande interdependência entre os custos *ex ante* e *ex post*, ou seja, um contrato pode ser

¹⁹ Araújo, 2007, p. 162

económico, em termos de custo de transação *ex ante*, para ser implementado, mas nada garante que o será quanto à sua execução. Esta incerteza no ambiente negocial aliada à incerteza comportamental dos agentes económicos na execução contratual, está diretamente associada à possibilidade destes tenderem a agir de forma oportunista e em benefício próprio.

A distribuição do risco entre os agentes envolvidos numa relação comercial está diretamente determinada no contrato através de mecanismos de verificação e controlo por forma a mitigar futuros problemas decorrentes da incerteza comportamental. Estas cláusulas de esforço, em que uma das partes tem reflexos nos custos (ou nos benefícios) da outra, envolvem igualmente incentivos explícitos para obter determinado desempenho, como por exemplo, *royalties* ou repartição de rendas e lucros.

Segundo Lyons (1996), um contrato entre comprador e vendedor possui duas funções básicas: garantir uma troca eficiente e distribuir os ganhos da troca. A questão da distribuição dos ganhos da troca é de particular interesse em reformas estruturais de setores com grandes subaditividades de custos. A dificuldade para atingir essas funções decorre da imprevisibilidade diante de eventos futuros não antecipáveis. Tal limitação dos agentes económicos abre espaço a ações estratégicas para apropriação de rendas geradas nos contratos em detrimento da contraparte numa determinada transação.

É possível, assim, afirmar que a Análise Económica do Direito dos contratos consiste na individualização dos vários tipos de custos de transação e das regras que procuram reduzir sua existência.

De acordo com a teoria económica do contrato, o conceito de custos de transação está relacionado com os custos de redação do clausulado, aos custos de cumprimento contratual e às contingências imprevistas, estando, ainda, condicionado as assimetrias e insuficiências advindas da ignorância racional, das diferenças de poder negocial ou de mercado (Araújo, 2007, p.

199).

Em complemento e conforme ensina Zylbersztajn & Sztjan (2005), os custos de transação são o esforço na procura de bens em mercados; a análise comparativa de preço e qualidade antes de tomar a decisão; os cuidados e tempo despendido desde o início da procura pelo bem, passando pela decisão de realizar a operação ou transação; o cumprimento de todas as obrigações pelas partes contratantes e as garantias para tanto, incluindo as relacionadas com eventual incumprimento – custos de recurso a tribunal ou qualquer forma de resolução alternativa de litígios.

No entanto, os custos de transação não dependem apenas das características do acordo celebrado, mas são também resultantes da conduta das partes, em especial, quando estas se comportam com racionalidade limitada e oportunismo, bem como de condições objetivas, como a incerteza das transações decorrente das mudanças sociais, a duração e os investimentos específicos do contrato, fatores inerentes às relações contratuais de longo prazo.

Para Shavell (2004), o método interpretativo de maximização do bem-estar social pode ser descrito como sendo aquele que reduz os custos de transação na fase de negociação contratual (ou seja, os custos que as partes incorreriam se incluíssem os termos e cláusulas no instrumento contratual) somados aos custos de transação que podem decorrer de erros de interpretação.

Daí surge a necessidade de se fortalecer a eficiência de cláusulas de liquidação de danos e cláusulas penais como ferramentas que fomentam o cumprimento contratual e reduzem a litigância judicial, o que representaria redução nos custos de transação e maior segurança e confiança no mercado. Isto porque a intervenção judicial, ao contrário do que muitos acreditam, não gera eficiência, mas produz externalidades negativas, até porque a indemnização tende a ser insuficiente em face dos prejuízos

suportados e das perdas, não somente materiais como principalmente morais²⁰.

Em virtude das características elencadas, ao interagirem os sistemas económico e jurídico, os custos de transação surgem como fatores imprescindíveis a ter em conta, por serem considerados os principais motivos do incumprimento contratual, já que é difícil conceber qualquer atividade económica, sem que haja a necessidade de aplicar recursos, como “a recolha de informações, a redação dos contratos, a coordenação entre os diversos atores económicos e a resolução de conflitos” (Bellantuono, 2005, p. 8).

Dentro dos fatores imprescindíveis, temos como exemplo os custos que condicionam as escolhas das partes. E em face à sua existência, os contratos prologam-se no tempo não podendo por isso ser completos, pois além de ser muito oneroso estipular todas as contingências futuras, existem fatores de elevação de difícil estipulação que poderão elevar ainda mais estes custos.

Assim para além dos custos de transação, há outras imperfeições no mercado: a) pode haver problemas na estrutura concorrencial, o que dificulta a livre concorrência e a livre iniciativa por conta da grande concentração de poder económico (como os monopólios e os oligopólios); b) pode haver problemas de assimetria de informações; c) ou de externalidades, entre outros²¹.

4. A UTILIZAÇÃO DA CAIXA DE EDGEWORTH NA ANÁLISE DOS CONTRATOS

²⁰ Nesse mesmo sentido, é a opinião de Dodge, William S. The case for punitive damages in contracts. *Duke Law Journal*, v. 48, 1999, Durham: Duke University School of Law, p. 629. Em sentido oposto, mas com argumentos mais sofisticados Talley, Eric. Contract renegotiation, mechanism design, and the liquidated damages rule. *Stanford Law Review*, v. 46, 1994, p. 1.195.

²¹ Quanto a isso, ver, detalhadamente, Cooter, Robert; Ulen, Thomas. *Law & economics*, cit., p. 10 e seguintes.

Existe uma ferramenta muito útil para analisar a troca de dois bens entre duas pessoas, que é o diagrama, ou caixa de Edgeworth, assim denominada em homenagem a Francis Ysidro Edgeworth, economista inglês que foi pioneiro no uso do referido instrumento.

Utilizando a caixa de Edgeworth, um contrato celebrado dentro da região limitada por duas curvas de indiferença de dois indivíduos (A e B) é uma região em que existe benefício mútuo para A e B, que se pode designar por região do contrato. O objetivo da celebração de um contrato, considerando o princípio da racionalidade, é que desse negócio jurídico resulte benefício para as duas partes, o que consubstancia uma melhoria paretiana.

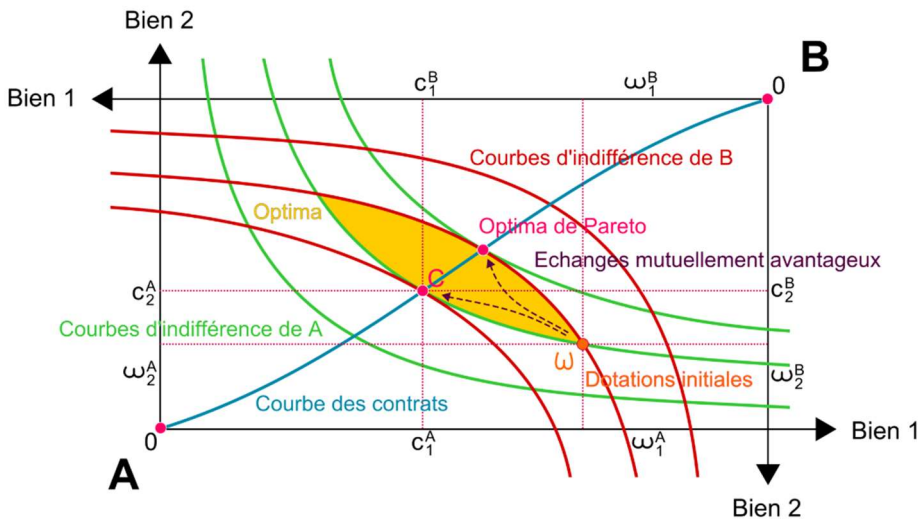


Figura 1 - Caixa de Edgeworth

Fonte: Pindyck & Rubinfeld

A Figura 1 mostra-nos a área sombreada que descreve todas as trocas que seriam vantajosas para ambos – a região do contrato, a qual deve obedecer às cláusulas gerais da boa fé (artigos 239.º e 762.º do Código Civil); e dos bons costumes (artigo

280.º do Código Civil); por forma a evitar o abuso de direito (artigo 334.º do Código Civil); e a ter em consideração os vários conceitos indeterminados, tais como: as demais circunstâncias (artigos 487.º e 494.º do Código Civil); a diligência de um bom pai de família (artigo 487.º do Código Civil) que corresponde, na AED, ao desenvolvimento de um nível ótimo de cuidado; a gravidade (artigo 496.º do Código Civil); a violação grave (artigo 1003.º do Código Civil); a fim de se verificar uma melhoria paretiana.

Ainda na figura 1 encontra-se representada uma curva que passa por todos os pontos de eficiência (que liga A a B) e que se denomina por curva dos contratos.

Cada ponto sobre a curva dos contratos é eficiente, porque um indivíduo não pode aumentar seu bem-estar sem que, para isso, haja uma redução no bem-estar do outro. Contudo, é válido ressaltar a observação feita por Pindyck & Rubinfeld dado que conseguimos frequentemente elevar a eficiência, mesmo quando algum efeito de uma mudança proposta diminui o bem-estar de alguém. É preciso apenas que consideremos uma segunda modificação, de tal forma que o conjunto combinado das alterações seja capaz de aumentar o bem-estar de todos, sem piorar o de ninguém.

5. OS CONTRATOS INCOMPLETOS

Como já referido, segundo a teoria económica, os contratos, sejam eles onerosos ou não, são sempre incompletos, já que é impossível prever todos os acontecimentos ou eventos futuros.

Quaisquer que sejam as transações, as partes envolvidas não sabem ao certo se os termos acordados se irão efetivar, e esta é a regra geral, não a exceção, pois a execução e o cumprimento dos ajustes necessários estão sempre na dependência de fatores externos, normalmente imprevisíveis no momento da

contratação. Apesar do enorme estudo, análise e pesquisa antes da elaboração do contrato, este pode não ser perfeito, e quase nunca o é, visto que existe a possibilidade de as partes não serem capazes de antecipar, identificar e descrever respostas ótimas aos eventos futuros (racionalidade limitada).

Por outras palavras, a teoria dos contratos incompletos aborda as consequências das imperfeições surgidas durante a formação do contrato, seja pela falta de ética, o que englobaria o já citado oportunismo, seja pela racionalidade limitada, sempre presente na elaboração contratual, ou mesmo pela assimetria de informação, que pode ser, inclusive, propositada.

Assim à assimetria informacional junta-se o oportunismo dos agentes para restringir a elaboração de contratos completos, causando custos de transação, pois como já vimos, nem sempre as condições averiguadas no momento da contratação coincidem com as da execução, principalmente naqueles ajustes de longo prazo. Tais custos associam-se à recolha de informações, à elaboração e negociação dos contratos, além dos custos pós-contratuais, decorrentes da inexecução das obrigações.

De acordo com Shavell (2004), os contratos incompletos, além de possuírem lacunas, podem conter ambiguidades no que tange à real intenção das partes, de forma que os tribunais podem cometer erros ao interpretar o contrato e preencher as lacunas com condições que não eram as desejadas pelas partes no momento de celebração do negócio jurídico.

Grande parte da doutrina sobre a incompletude dos contratos, fundamenta-se na premissa comum de que as pessoas no mercado agem racionalmente, maximizando vantagens individuais, o que poderia ser compensado pelo aprofundamento das relações de confiança, solidariedade e cooperação.

A cooperação, neste caso específico, pode ser definida como a associação com outrem para um benefício mútuo ou para a divisão mútua de ónus, o que é característica inerente aos contratos relacionais, mas pode ser inserida no contexto dos

contratos incompletos, desde que se considere a diminuição dos custos de transação aquando da execução do objeto contratual, derivada do esforço comum das partes cooperantes. Isto porque, o facto dos indivíduos possuírem racionalidade limitada e um comportamento oportunista, acarretam custos de transação, que poderiam ser minimizados com essa cooperação das partes.

De salientar também que os elementos que evidenciam a importância da boa-fé, dentro da perspectiva relacional, são parte integrante da teoria dos contratos incompletos, já que no limite da boa-fé estão exatamente caracterizados os pressupostos destes instrumentos. É através da boa-fé, que se reconhece que o contrato se presta a finalidades sociais e morais e não apenas económicas e individuais. A sua presença, portanto, não poderia ser dispensada a nenhum tipo de contratação, mas a sua importância é notória quando se trata de contratos incompletos.

Pela aplicação do princípio da boa fé as partes devem agir com lealdade e confiança recíprocas. E sem a sua existência o acordo entre as partes perde regularidade e equidade, condições indispensáveis para a sua validade.

O custo de transação é o elemento que a Escola de Chicago identifica como responsável pelos contratos incompletos, em razão da racionalidade limitada das partes, principalmente quando os contraentes estão perante decisões complexas - já que nem todos os indivíduos possuem todas as informações necessárias para se alcançar a decisão “ótima”, bem como em virtude da assimetria de informação, da conduta oportunista, ou de outros fatores.

Para Bellantuono (2005, p. 61), “na maior parte dos casos, as escolhas baseiam-se numa quantidade de informação restrita”. Nesse contexto, Araújo (2007, p. 151) esclarece que: o contrato incompleto é a resposta pragmática a um contexto económico e jurídico composto por imperfeições e incertezas – é o fruto da constatação de que talvez não valha a pena alongar as negociações, pois as soluções que se iriam obter não

erradicariam ou cobririam eficientemente os riscos.

A realização de um contrato mais próximo do completo exigiria um maior desembolso para a sua elaboração e execução, permanecendo, mesmo assim, “fora do contrato os cenários, que, no momento da conclusão, parecem altamente improváveis ou mesmo inimagináveis” (Bellantuono, 2005, p. 62). Nesse sentido é que o contrato incompleto deve ser definido como “um modelo alternativo de administração de riscos, caracterizado por uma lógica de decisão e alocação de riscos *ex post*, ou seja, “o contrato incompleto não aloca *ex ante* os riscos entre as partes, mas determina um procedimento para alocação *ex post*” (Fici, 2005, p. 125).

Objetiva-se, portanto, segundo este autor e conforme já vimos anteriormente, haver necessidade de “criar um clima de cooperação entre as partes. As partes que concluem um contrato incompleto devem presumir-se avessas ao risco²² da operação económica, que pretendem gerir *ex post* uma dimensão cooperativa”.

CONCLUSÃO

Diante da pesquisa realizada foi possível ter uma noção básica do que é a Análise Económica do Direito, que nada mais é, do que compreender e explicar os efeitos das normas jurídicas por meio de modelos económicos, uma vez que, a Análise Económica do Direito é uma técnica económica de avaliação das normas jurídicas, ou seja, aplica as ferramentas da Ciência Económica para resolver os problemas jurídicos. Além disso, verificou-se que a Análise Económica do Direito tem origem norte americana e surgiu no cenário jurídico com mais veemência a partir das décadas de 1960 e 1970. Pelo estudo realizado, pôde-

²² De acordo com Arrow, os indivíduos são, tipicamente, avessos ao risco, pois preferem um ganho certo a um ganho incerto, com o mesmo valor esperado, estando a atitude face ao risco associada a uma forma côncava da função de utilidade.

se observar os principais objetivos da Análise Económica do Direito e o seu princípio maior que é o de dar segurança e previsibilidade ao ordenamento jurídico.

O que se procurou apresentar foi a correlação e a interpretação da Análise Económica do Direito dos Contratos que está internamente relacionada com o direito económico e a função social do contrato, visto que a função social do contrato está incluída na eficiência social como fundamento da ordem económica prevista na Constituição.

A teoria dos jogos pode oferecer uma melhor compreensão sobre o período pré-contratual. Com a exclusão dos inúmeros elementos de influência que podem atuar na fase negocial, torna-se mais compreensível o comportamento dos agentes. Ainda que muitos dos detalhes que efetivamente ocorrem durante este momento contratual sejam colocados de lado, a teoria dos jogos pode desempenhar um papel auxiliar do contratualista no que diz respeito ao comportamento dos agentes e aos incentivos de estabelecer um contrato.

Defendeu-se, neste artigo, que a Análise Económica do Direito pode ser usada para explicar a função social do contrato num ambiente de mercado. Essa perspetiva permite entender a coletividade não na parte mais fraca do contrato, mas na totalidade dos indivíduos que efetivamente ou potencialmente, integram um determinado mercado de bens e serviços. Além disso, argumentou-se favoravelmente à utilização da Análise Económica do Direito no âmbito dos contratos, para que se alcance um entendimento mais perspicaz acerca das externalidades do contrato, gerando menos prejuízo à coletividade e mais eficiência social.

A conclusão final é a de que existe discrepância entre o contrato (facto) e o Direito Contratual (regras e princípios). Os contratos são instrumentos para a circulação de bens e serviços na sociedade. Esta é a sua função social. Por outro lado, o direito contratual consiste numa importante ferramenta para incentivar

o desenvolvimento dos mercados e a facilitação das transações económicas, na medida em que, incentiva os agentes a cooperar e a cumprir as suas promessas. Deste modo, os contratos consistem num mecanismo de criação de incentivos para uma cooperação eficiente no âmbito do mercado, atingida por meio da confiança entre os agentes. Entretanto, os contratos são sempre incompletos, dado que os custos de transação não permitem que as partes antevejam todos os cenários possíveis, negociem todas as condições e determinem todos os riscos envolvidos na transação económica.

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



REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fernando – *Introdução à Economia*. Lisboa: Almedina, 3.^a Edição, 2005. 864p. ISBN 9789724024592.

_____. *Teoria Económica do Contrato*. Lisboa: Almedina, 2007. 1340p. ISBN 9789724030227.

ARISTÓTELES – *Ética a Nicómaco*. [Em Linha]. Livro V, Cap. 4. [Consult. em 24/07/2022]. Disponível em:

<https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbXwdWNjNTdjb>

- WR8Z3g6MmU2YjFmNTZmZTg3ZTVlZQ.
- ARROW, Kenneth Joseph – *Aspects of the Theory of Risk-Bearing*. Helsinquia: Yrjö Jahnssonin Säätiö, 1965. 61p.
- BECKER, Gary Stanley – *Crime and Punishment: An Economic Approach*. In *Journal of Political Economy*. [Em Linha]. Vol.º 76, N.º 2 (1978). pp. 169-217. [Consult. 22/07/2022]. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1830482>.
- _____. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press, 2013. 320p. ISBN 9780226041124.
- BELLANTUONO, Giuseppe – *Analisi Economica del Diritto*. Trento: Uniservice, 2005. 78p. ISBN 97888888859293.
- BIERMAN, H. Scott; FERNANDEZ, Luis – *Teoria dos Jogos*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2.ª Edição, 2011. 434p. ISBN 9788576056966.
- CALABRESI, Guido – *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. Yale: University Press, 1970. ISBN 9780300011159.
- COASE, Ronald – *The Problem of Social Cost*. In *Journal of Law and Economics*. (1960). Reprinted in: *The Firm, The Market and The Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 2012. p.95-186. ISBN 9780226051208.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas – *Direito & Economia*. Porto Alegre: Bookman, 5.ª Edição, 2010. 560p. ISBN 9788577807222.
- DECRETO-LEI n.º 47344/66, de 25 de novembro – *Código Civil Português*. [Em Linha]. 81.ª Versão. Atualizado pela Lei n.º 8/2022 de 10 de janeiro. [Consult. em 22/07/2022]. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis.
- DOGDE, William S. – *The Case for Punitive Damages in Contracts*. In *Duke Law Journal*. [Em Linha]. Durham: Duke

- University School of Law. Vol. 48, (Fev.1999), p.629-699. [Consult. 23/07/2022]. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1123&context=faculty_scholarship.
- EUROPEIA, Tratado Sobre o Funcionamento da União – *Jornal Oficial da União Europeia*. Junho 2016. [Em Linha]. [Consult. em 22/07/2022]. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF.
- FICI, António – *Il Contratto “Incompleto”*. Torino: G.Giappichelli, 2005, 225p. ISBN 9788834855270.
- GUERIONI, Ezio – *Incompletezza e Completamento del Contratto*. Milano: Giuffrè, 2007, 236p. ISBN 9788814134128.
- LEI n.º 19/2012 de 8 de maio – Novo Regime Jurídico da Concorrência. [Em Linha]. 3.ª Versão. Atualizado pelo Decreto-Lei n.º 108/2021 de 7 de dezembro. [Consult. em 22/07/2022]. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1705&tabela=leis.
- LYONS, Bruce R. – Empirical Relevance of Efficient Contract Theory: The Inter-Firm Contracts. In *Oxford Review of Economic Policy*. [Em Linha]. Vol. 12, N.º 4, (1996), p. 27-52. [Consult. 22/07/2022]. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23606400>.
- PIGOU, Arthur Cecil – The Economics of Welfare, in *The Economic Journal*. [Em Linha]. Vol. 43, N.º 170 (1924), p.329-330. [Consult. 25/07/2022]. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/2224491>.
- _____. *The Economics of Welfare*. [Em Linha]. London: Macmillan & Co., 4.ª Edição, 1932. [Consult. 25/07/2022]. Disponível em: <https://oll.libertyfund.org/title/pigou-the-economics-of-welfare>.

- PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. – *Microeconomics*. London: Pearson Prentice Hall, 9.ª Edição, 2017. 784p. ISBN 9781292213316.
- POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven – *Economic Analysis of Law*. [Em Linha]. Social Science Research Network Electronic Paper Collection. (2005). [Consult. 22/07/2022]. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=859406>.
- PORTUGUESA, Constituição da República – VII Revisão Constitucional 2005. [Em Linha]. [Consult. em 22/07/2022]. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublica-Portuguesa.aspx>.
- POSNER, Eric A. – *Economic Analysis of Law*. Illinois: Aspen Publishers Inc. 7.ª Edição. 2007. 816p. ISBN 9780735563544.
- _____. *Law and Social Norms*. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 83-107. ISBN 9780674008144.
- PRATT, John W. – Risk Aversion in the Small and the Large. In *Econometrica*. Vol. 32, (1964), p.122-136. [Consult. Em: 23/07/2022]. Disponível em: https://moodle.umontpellier.fr/pluginfile.php/885705/mod_resource/content/1/Pratt%20-%201964%20-%20Econometrica.pdf.
- SANDOVAL, Francisco Javier Rivas & MORÁN, José Antonio Serrano – Escuelas de la Teoría de la Interpretación y Argumentación Jurídica, in *Revista Iberoamericana de las Ciencias Sociales y Humanísticas*. [Em Linha]. Vol. 4, N.º 8, (2016), p. 382-395. [Consult. em 15/07/2022]. Disponível em: <https://www.ricsh.org.mx/index.php/RICSH/article/view/58/244>.
- STIGLER, George Joseph – *The Theory of Price*. New York: Macmillan Publishing Company, 4.ª Edição, 1987. ISBN 9780024174000.
- SHAVELL, Steven – *Foundations of Economic Analysis of Law*.

Cambridge (USA): Belknap Press of Harvard University Press, 2004. ISBN 9780674011557.

TALLEY, Eric – *Contract Renegotiation, Mechanism Design, and the Liquidated Damages Rule*. Stanford Law Review. [Em Linha] Vol. 46. (1994), p.1195. [Consult. 24/07/2022] Disponível em: <https://ur.bo-oks.com/book/46383041/1ce204>.

WILLIAMSON, Oliver Eaton – *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press, 1985. 450p. ISBN 9780684863740.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel – *Direito & Economia. Análise Económica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 6.^a Edição, 2005. ISBN 9788535217155.