

OS CONTRATOS INCOMPLETOS E A BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS

Incomplete contracts and Behavioral Law and Economics
Revista de Direito Privado | vol. 89/2018 | p. 43 - 68 | Maio / 2018
DTR\2018\12763

Letícia Soster Arrosi

Mestranda em Direito Privado com ênfase em Direito civil e empresarial, especialista em processo civil pela UFRGS, graduada bacharel em ciências jurídicas e sociais pela PUC-RS, é advogada atuante em resolução de disputas e pesquisas referentes a consultas e litígios comerciais, de Direito Civil, Direito Processual Civil e Direito e Economia.
leticiasoster@gmail.com

Área do Direito: Comercial/Empresarial

Resumo: O artigo explica a influência do comportamento das partes nos contratos incompletos por meio da abordagem dedutivo-dialética, sob a ótica da análise econômica comportamental do Direito, com o fim de explicar a prática da instrumentalização dos negócios jurídicos de forma que os contratos sejam elaborados mais fidedignos à realidade e possam acompanhar o dinamismo das mudanças “do estado do mundo” da modernidade, com base na cooperação e boa-fé, proporcionando mais segurança aos agentes econômicos envolvidos.

Palavras-chave: Contrato – Comportamento – Custos – Transação – Economia

Abstract: The article explains the influence of the behavior of the parties in the incomplete contracts through the deductive-dialectic approach, from the perspective of the behavioral economic analysis of the Law, in order to explain the practice of the design of the legal business so that the contracts are elaborated more reliable to reality and can follow the dynamism of the “state of the world” changes of modernity, based on cooperation and good faith, providing more security to the economic agents involved.

Keywords: Contract – Behavior – Costs – Transaction – Economy

Sumário:

1Introdução - 2Os contratos incompletos - 3Os contratos incompletos e a Behavioral Law and Economics

1 Introdução

Nos Direitos arcaicos, como no Direito da monarquia franca ou da época feudal, o direito das obrigações era pouco desenvolvido porque o sistema econômico era extremamente

fechado. Havia poucos contratos, a liberdade das pessoas em dispor de seus bens era limitada e os laços individuais eram basicamente estabelecidos entre os particulares por meio de seus clãs ou familiares.

No entanto, nos séculos XIII a XV, a Europa ocidental teve uma grande expansão comercial e industrial, o que fez com que o Direito das obrigações se desenvolvesse influenciado por “numerosos costumes medievais”, valores do Direito romano e do Direito canônico. A autonomia da vontade é resultado de longa evolução histórica a qual surgiu no decurso da Idade Média, tornando-se “base da teoria moderna dos contratos.”¹

Segundo Clóvis do Couto e Silva, “no século XIX o princípio da autonomia foi o mais importante, e o conceito do pacta sunt servanta, o seu corolário necessário”. Essa premissa abrange também os países da common law, em decorrência do individualismo e do liberalismo econômico. A liberdade para vincular-se juridicamente (freedom of contract) é princípio muito valorizado no direito anglo-americano² e, a partir dela, entre outros, constroem-se os denominados implied contracts, cujos termos podem ser comparados aos conceitos inseridos no contrato incompleto, consoante será estudado neste artigo.

Com a queda do Muro de Berlim, em 1989, iniciou no mundo a fase da globalização, sendo este fato histórico um marco econômico o qual definitivamente fez com que a economia se desenvolvesse mais rapidamente, tendo sido criada a OMC,³ por exemplo.⁴ É principalmente neste âmbito que os contratos do Direito Privado estão inseridos.

Segundo Arnoldo Wald, “é no campo das obrigações que mais facilmente se realiza a unificação do Direito civil e do Direito comercial, tendo vários países elaborado uma legislação única na matéria como ocorre com a Suíça e a Polônia”.⁵ Para o autor, “o Direito das obrigações, impregnado da autonomia da vontade, constitui a parte mais teórica, racional e abstrata dos códigos civis.”⁶

As partes, valendo-se da autonomia privada, utilizam os contratos para obtenção de lucro. Por isso todo contrato tem uma função econômica que consiste na circulação de bens e serviços na sociedade, resultado dos contratos empresariais.⁷ Mackaay e Rousseau dizem que o objetivo do contrato “é permitir obter ganhos recíprocos para as duas partes (ganho de Pareto), um resultado ganha-ganha ou win-win. E este objetivo seria melhor garantido deixando as pessoas livres para celebrar os contratos que lhes conviessem”.

A doutrina francesa usa a expressão autonomia da vontade para denominar essa liberdade, a qual no Brasil é chamada de autonomia privada. Esta está ligada a outro elemento dos contratos no universo empresarial, os usos e costumes.⁸

Rubens Requião, ainda na época da vigência do Código Comercial, diz que: “o legislador das codificações não pode desprezar a inteligência inventiva e a engenhosa capacidade dos comerciantes de criarem normas práticas para assegurar o desenvolvimento de seus negócios, criando instrumentos novos e descerrando novos horizontes”. E, portanto, os usos e costumes, os quais “decorrem da prática espontânea dos comerciantes em suas relações comerciais se integram nos contratos como cláusulas implícitas ou tácitas.”⁹ Essas cláusulas implícitas podem ser comparadas aos implied terms do Direito inglês, e também às lacunas dos contratos incompletos, cujos conceitos serão explicadas no item 2, o qual versará sobre as definições dos contratos incompletos pelo viés jurídico (2.1) e da análise

econômica do Direito (2.2).

Com a leitura do item 2 do artigo, ficará clara ao leitor toda a lógica da incompletude contratual e o porquê da existência desse conceito e de seu desenvolvimento no mundo jurídico. Martins Costa e Nitschke já mencionaram que, no passado, a completude do elemento textual no contrato era sinônimo de garantia de uma boa contratação, “como ocorreu no contrato da venda do Empire State Building, em 1951, em que se envolveram mais de cem advogados, o que resultou num contrato de mais de quatrocentas páginas”. Hoje, tal exagero no clausulamento de tantas contingências e envolvimento de tantas pessoas não são mais eficazes porque “mais aprisionam do que asseguram”.

Por mais que o contrato seja um elemento de segurança jurídica, cada vez mais a prática exige: “um certo grau de vagueza em algumas disposições contratuais como característica imprescindível, com vistas a incutir nos contratos válvulas de escape ou canais de abertura às variações provocadas pelo transcurso do tempo e pelas mudanças que daí derivam”.¹⁰

A análise econômica, a qual segundo Mackaay e Rousseau, iniciou no pensamento de Maquiavel, Hobbes e Locke, bem como de filósofos escoceses do Século das Luzes. No século XIX começou na Europa um movimento para unir o Direito e a economia, tendo hoje origem Americana. “É sem dúvida, a corrente intelectual que, nos últimos 50 anos, mais influenciou o mundo jurídico nos Estados Unidos da América.”¹¹

Segundo Mackaay e Rousseau, “o movimento de análise econômica do direito começou com o artigo de Ronald Coase, publicado em 1960, sobre o custo social”. O artigo de Coase tornou-se um dos mais citados na literatura econômica do fim do século XX.¹² Para Coase, os custos de transação são o que impede as pessoas de chegarem a um entendimento que parece proveitoso para elas. Esse entendimento é o contrato. Por vezes, os custos de transação podem impedir certas negociações ou gerar contratos mais ou menos completos.¹³

A behavioral law and economics (direito e economia comportamental) é ainda mais recente. Após 1982 o movimento da análise econômica do Direito ampliou-se, tendo surgido novas Escolas de pensamento. Havia a Escola de Chicago, a escola Austríaca, a Escola ligada às normas sociais (associada especialmente a Ellickson e Eric Posner), e as filiadas à behavioral law and economics, a qual “assume a tarefa de propor explicações para certas anomalias ausentes da corrente principal e das regras que impedem os agentes de se tornarem vítimas dos limites de sua própria racionalidade. Em outras palavras, propõe alargar e enriquecer a análise econômica do direito.”¹⁴

No estudo da behavioral law and economics, outras ciências são analisadas, como a sociologia, a psicologia, a psiquiatria e a neurociência, todas elementos da análise comportamental. Assim, o item 3 deste artigo irá demonstrar como é construído o raciocínio que dá ensejo aos contratos incompletos qual seu resultado interpretativo, explicando o nexos entre o comportamento das partes, dos contratos incompletos e os custos de transação com base no teorema de Coase (3.1) e quais os comportamentos que influenciam os meios interpretativos do ordenamento jurídico (3.2).

Por isso, para compreender a teoria econômica do contrato incompleto sob a ótica da análise econômica comportamental, é necessário conhecer os conceitos jurídicos do Direito

das obrigações, a teoria dos custos de transação e, conseqüentemente, os fatores relativos às incertezas, à racionalidade limitada e à conduta oportunista das partes. São importantes também os pontos relacionados com a duração e complexidade do negócio e os investimentos específicos necessários para sua concretização, o que também será mencionado neste artigo, inclusive em relação aos conceitos e formas de interpretação dos contratos incompletos sob o viés econômico e comportamental das partes e dos intérpretes.

2 Os contratos incompletos

O contrato incompleto surge da insuficiência de informações das partes quanto ao negócio o qual pretendem celebrar, ainda mais se a relação for de longa duração¹⁵ e se o objeto da contratação for complexo. Neste item será feita uma análise das definições do contrato incompleto, sob o ponto de vista jurídico (2.1) e da análise econômica do Direito (2.2.), a fim de que, a partir do entendimento de seus conceitos, se possa analisar o papel da economia comportamental pela análise econômica do Direito na elaboração, nas formas de interpretação e renegociação do contrato incompleto.

2.1 As definições de contrato incompleto sob o ponto de vista jurídico

Para o Direito, o contrato incompleto é o negócio jurídico em que as partes deixam lacunas as quais poderão ser interpretadas ou “preenchidas posteriormente por um terceiro, por uma ou ambas as partes, ou mediante fatores externos ao contrato”..¹⁶ Também é o conceito de contrato incompleto aquele instrumento cuja álea normal foi gerida de forma negativa pelas partes. A álea normal são os riscos normalmente previsíveis em determinada espécie contratual e alocados no contrato entre os contratantes. Em outras palavras, basicamente a álea normal são os acontecimentos previsíveis no tipo do negócio. A doutrina italiana, citada por Paula Greco Bandeira, assim conceitua a álea normal:

A álea normal se caracteriza pela normalidade e previsibilidade do evento que possa vir a ocorrer no curso da relação contratual, em contraposição à extraordinariedade e imprevisibilidade própria dos eventos que tornam excessivamente onerosa a prestação e propiciam a resolução do contrato.¹⁷

A álea normal pode ser ajustada, gerida, de duas formas entre os contratantes: positiva ou negativamente. A álea normal é gerida de forma positiva quando ocorre a distribuição dos ganhos e das perdas oriundas do risco no momento da celebração do contrato. Os contratos típicos já estabelecem certa alocação das áleas normais, mas essa alocação em algumas vezes não atende aos anseios da autonomia privada e por isso às vezes a gestão positiva da álea normal dá origem a contratos atípicos,¹⁸ nos quais a álea normal será mais ampla do que nos contratos típicos, uma vez que nos contratos atípicos “se pode dizer que é tendencialmente maior o âmbito do clausulado.”.¹⁹

No contrato incompleto, as partes optam por não alocar, isto é, não dispor expressa e especificamente sobre esse risco econômico superveniente previsto no momento da celebração do contrato. Elas preferem “deixar para depois” a previsão de solução de

eventual impasse que surgir a partir dessa situação futura. Ou seja, negam a gerência do suposto risco naquele momento, e deixam lacunas cuja integração dar-se-á por meio do procedimento previsto ou implícito no contrato.²⁰

As implicitudes que dão ensejo às lacunas do contrato incompleto podem ser comparadas ao conceito inglês implied terms. Os implied terms são estipulações implícitas nos contratos privados, com as quais, partindo do pressuposto de que as partes tenham entendimento e conhecimento sobre tais estipulações, faz-se o uso de padrões ou cláusulas gerais derivados do direito comercial ou continental para interpretação futura do que está implícito. "Os implied terms são tudo aquilo o que em um contrato é deixado implícito e não precisa ser expresso porque é tão óbvio que fala por si (so obvious that it goes without saying)."²¹

Apesar de o contrato incompleto não apresentar seu clausulado "detalhado plano de ação e de riscos, ele define, por exemplo, objetivos, regras gerais e modos de solução de conflitos". O contrato incompleto pode também remeter a determinação dos elementos contratuais faltantes: "a terceiro, às partes ou à verificação de fatores externos. As lacunas podem se referir ao preço, à quantidade negociada, às circunstâncias de lugar ou de tempo, ao modo de adimplemento, dentre outros elementos cuja definição antecipada seja considerada de risco pelas partes".²²

O risco econômico não alocado pelo contrato, seja negativa ou positivamente, será considerado imprevisível e extraordinário. Este risco não alocado deve extrapolar a normalidade do conteúdo e da função do contrato. Então, assim, as partes poderão remediar a situação através da resolução ou revisão contratual por onerosidade excessiva. Se o risco econômico que se insere na previsibilidade do contrato for simplesmente mal gerido no clausulado contratual, sendo atribuídas mais perdas a uma das partes ou eventual desproporcionalidade da prestação, não há ensejo da resolução ou revisão do contrato.²³

Em outras palavras, uma vez prevista a situação que deu ensejo ao desequilíbrio contratual, mesmo que mal feita a ponto de prejudicar futuramente uma das partes, a resolução ou revisão do contrato só poderá ocorrer se existir lesão (vício de consentimento) ou outro vício de invalidade. Nessa mesma linha de raciocínio, não se aplica a teoria da onerosidade excessiva porque não estariam presentes os requisitos (art. 478 do CC (LGL\2002\400)²⁴), quais sejam, evento superveniente imprevisível e extraordinário.

A onerosidade, nesse caso, advém do infortúnio de ter ocorrido fato objeto de risco imprevisível pelas partes no momento da celebração do contrato e não aquele que tenha sido alocado de forma equivocada a ponto de prejudicar um dos agentes econômicos no futuro quando de sua superveniência. "Daí se afirma que o direito brasileiro não protege o contratante contra o mau negócio, pois não socorre os particulares que geriram de maneira insatisfatória os riscos econômicos relacionados ao contrato."²⁵

Portanto, o conceito jurídico de contrato incompleto leva em consideração o risco atrelado ao negócio para que se verifique a existência ou não de lacunas deixadas pelas partes a fim de viabilizar a contratação. Assim, o Direito prevê formas dessas lacunas serem preenchidas, as quais, consoante será visto no terceiro item, estão "impregnadas" de

detalhes comportamentais.

Antes disso, é importante analisar o conceito de contrato incompleto pela análise econômica do Direito, o qual é mais abrangente uma vez que se considera o contrato incompleto quando o instrumento não estabelece ações e ganhos para as partes em todas as situações "possíveis e imagináveis" e não apenas aquelas atreladas à natureza e risco do negócio.

2.2 O conceito de contrato incompleto pela análise econômica do Direito e o teorema de Coase

A escolha pela incompletude contratual, sob o ponto de vista econômico, é justificada por Rachel Sztajn e Ronald Coase pela "impossibilidade de prever todas e quaisquer mudanças do 'estado da natureza' que possam afetar as respectivas prestações das partes na celebração de contratos de longo prazo." Conforme explicam Sztajn e Coase, "a incompletude contratual não é oriunda de assimetria informacional entre partes" consoante afirma Paula Forgioni, mas dos "custos de negociação para prever todas e quaisquer possíveis e imagináveis mudanças do estado da natureza". Estas mudanças podem ser fatores completamente externos ao contrato e ao negócio, como as decisões de governo, por exemplo.²⁶

Hart e Moore afirmam que o contrato é incompleto quando as partes desejam incluir cláusulas sobre determinadas contingências, mas não o fazem porque é impossível prever naquele momento a situação futura, o "estado da natureza" superveniente, o qual é incerto, ou porque é muito caro especificar tal contexto.²⁷ Nesse sentido, Steven Shavell diz que a incompletude contratual é oriunda de contingências (como a pessoa ter uma dor de estômago) as quais podem ser difíceis para o tribunal verificar, o que tornaria inviável a inclusão no contrato de uma cláusula relacionada a tal situação, sendo mais plausível elaborar uma cláusula de renegociação ou até mesmo estabelecer a possibilidade de inadimplemento mediante indenização por perdas e danos.²⁸

Consoante a teoria econômica do contrato, o conceito de custos de transação, segundo Coase, está relacionado aos custos de redação do clausulado contratual, aos custos de disciplina contratual e às contingências imprevistas, estando, ainda, condicionado às assimetrias e insuficiências advindas das diferenças de poder negocial ou de mercado.²⁹

Jean Tirole afirma que dentre os custos de transação estão os custos cognitivos. Os custos cognitivos são caracterizados pelo esforço mental que o agente econômico faz para elaborar o clausulado contratual e identificar todas as contingências da negociação, somados ao fato de não dedicar tempo a outras atividades importantes em razão da necessidade de elaborar o contrato de forma mais completa. Seriam os coordination costs e os motivation costs definidos por Paula Forgioni. Tirole também inclui a título de custos cognitivos os valores pagos aos advogados e consultores para obter conselhos sobre a contratação. A magnitude dos custos cognitivos também é revelada indiretamente pela incompletude substancial de muitos contratos e pelos custos dessa incompletude. Dentro do conceito dos custos de transação também há o custo de renegociação, o qual, segundo Tirole, é caracterizado pelo custo de reformular o contrato ou de formalizá-lo tendo em

vista o risco de quebra de renegociação.³⁰

Segundo Coase, quanto menos contratos fizerem-se necessários, menores serão os custos de transação. Ou seja, é mais vantajoso efetuar um contrato relacional de longa duração do que vários outros menores ou de períodos mais curtos,³¹ porque cada novo contrato faria com que as partes incorressem novamente nos custos cognitivos de negociação. Para Coase, os custos de transação³² podem inclusive impedir certas negociações ou gerar contratos mais ou menos completos. O impedimento das negociações ocorre porque as partes não têm informação suficiente, por exemplo, sobre as possibilidades do mercado, dos potenciais parceiros ou sobre a qualidade do bem objeto do contrato, de forma que não podem completar tais informações sem implementar muito esforço cognitivo.

Os custos de transação condicionam as escolhas das partes. Por isso principalmente os contratos que se prolongam no tempo não podem ser completos, porque, além de ser muito oneroso estipular todas as contingências futuras, existem fatores de elevação desses custos. Cooter e Ulen enumeram os seguintes fatores que contribuem para elevados custos de transação: bem ou serviço único, direitos complexos ou incertos a serem estipulados nas cláusulas, grande número de participantes na negociação, hostilidade entre participantes, participantes que não se conhecem, comportamentos não razoáveis, numerosas eventualidades em que podem afetar a execução do contrato e elevados custos de monitoramento ou fiscalização.³³ Nesse sentido, Rachel Sztajn afirma que: "quanto maiores os cuidados que sejam investidos no assegurarem-se as partes de que a operação será bem-sucedida, maiores tendem a ser os custos de transação e, conseqüentemente, menores os benefícios esperados".³⁴

Mackaay e Rousseau, citando Dahlman, simplificam o conceito dos custos de transação dizendo que eles "são perdas devidas a problemas de informação e comunicação". Os custos de transação podem ter caráter técnico, como o custo de transporte, o que, por exemplo, a evolução nas ciências e meios de comunicação têm reduzido (assim ocorreu com o telefone, internet etc.). Os custos de transação também podem resultar da incerteza geral dos mercados; o que gera necessidade de informação e comunicação maiores do que se houvesse maior estabilidade no mercado em que inserida a negociação.³⁵

Em algumas situações, os custos de transação são pequenos frente ao resultado da cooperação e da concretização do negócio pretendido pelas partes, o que justifica o investimento para negociar um instrumento contratual mais completo, mas que, segundo a visão econômica, ainda será imperfeito. Dito isso, é possível concluir que os elementos de risco, o comportamento das partes e as incertezas que fazem parte da negociação são fatores determinantes para elaboração e interpretação do contrato incompleto, o que será estudado no item seguinte.

3 Os contratos incompletos e a Behavioral Law and Economics

A elaboração de contratos mais ou menos completos implica um resultado econômico-prático para as partes envolvidas no negócio de acordo com a maneira como as partes estipularam as lacunas. O teorema de Coase (3.1) explica os fatores que envolvem a mensuração dessas contingências, e a forma que seus efeitos, juntamente com os meios

interpretativos do ordenamento jurídico, influenciam o impacto econômico dos contratos incompletos (3.2). Este item irá demonstrar como é construído esse raciocínio e qual seu resultado.

3.1 O comportamento das partes e os custos de transação

Segundo Arnoldo Wald, "o Direito das obrigações, impregnado da autonomia da vontade, constitui a parte mais teórica, racional e abstrata dos códigos civis, apresentando-se como um campo fecundo para os esforços de uniformização e de unificação legislativa", sendo o Direito das obrigações "menos influenciado pelos fatores locais em relação ao Direito comercial", mas "caracterizando-se por grande capacidade de adaptação e evoluindo rapidamente em virtude de alterações sofridas pelas condições econômicas e sociais". A partir daí que surgem os contratos, principalmente os incompletos, influenciados pelo ímpeto dos agentes econômicos em diminuir os custos de transação.³⁶

Nesse sentido, Paula Forgioni afirma que "o formalismo no Direito comercial só se justifica quando útil ao fluxo de relações econômicas",³⁷ de modo que as formalidades devem existir apenas para aumentar a segurança e previsibilidade dos agentes a fim de diminuir os custos de transação ao "acoplar determinadas garantias ao negócio e espriar formalidades relevantes para o tráfico."³⁸

O elemento essencial do risco contratual, fator primordial ensejador do impacto econômico dos contratos, é a incerteza. Quando essa incerteza for em relação à possibilidade de variação econômica positiva ou negativa do patrimônio de alguém, surge o risco econômico. O risco econômico refere-se ao risco contratual, "que é o perigo inerente à oscilação de valor da operação econômica, que repercute no valor das prestações do contrato".³⁹

Assim, o risco contratual é a "consequência econômica de um evento incerto."⁴⁰ Paula Greco Bandeira afirma que "como instrumento de alocação dos riscos econômicos das operações negociais, o contrato assume a conotação, na expressão de Enzo Roppo, de veste jurídica da operação econômica."⁴¹ Isso quer dizer que o contrato consubstancia o conjunto de regras jurídicas que disciplinam a atividade comercial, distribuindo entre os contratantes os ganhos e as perdas econômicas decorrentes do negócio.

Jean Tirole afirma que os contratos escritos estão sujeitos a restrições oriundas de comportamentos em razão das incertezas e da racionalidade limitada das partes. Considerando limitações cognitivas, as partes são inconscientes de certas contingências, mas "conscientes de sua inconsciência". Um contrato é mais incompleto se forem gastos menos recursos para identificar o seu design apropriado. Por outro lado, a incompletude do contrato é medida pela probabilidade de o design especificado precisar ser alterado ex post. Então as partes podem considerar arcar com os custos de transação de efetuar um esforço cognitivo para elaborar cláusulas de renegociação e prever situações futuras, pois é de seu interesse individual saber se serão vulneráveis (ou se beneficiarão) de eventual renegociação.⁴²

Quanto à racionalidade limitada, Oliver Hart e John Moore explicam que os contratos não

são instrumentos facilmente compreensíveis e são renegociados e revisados o tempo todo. Segundo eles, de acordo com a literatura sobre os custos de transação, tais revisões e renegociações são oriundas de três fatores. Primeiro, em um mundo altamente complexo e imprevisível, é difícil para as pessoas pensarem muito adiante e prever todas as variáveis que podem ocorrer no contexto do negócio. Segundo, mesmo que tais previsões possam ser feitas individualmente, é difícil para as partes negociarem sobre essas previsões, não apenas porque é difícil encontrar uma linguagem interpretativa comum para descrever todos os estados do mundo e ações em relação às premissas de todos os envolvidos no negócio, mas também porque, mesmo que as partes pudessem planejar e negociar sobre o futuro, seria muito difícil para elas formalizarem tais planos, de forma que, no caso de uma disputa, uma autoridade externa ao negócio – um tribunal, pudesse interpretar o significado dessas estipulações feitas anteriormente e executá-las na prática, razão pela qual as partes são suscetíveis de escrever um contrato altamente incompleto.⁴³

Em outras palavras, Oliver Hart, citando outros doutrinadores que escrevem sobre a racionalidade limitada, afirma que as partes teriam que ser capazes não apenas de se comunicar entre si, mas também com agentes externos ao contrato, os quais provavelmente não irão possuir muito conhecimento sobre o negócio em questão. Segundo Hart, o resultado desses três fatores de custos de transação dão ensejo ao contrato incompleto.⁴⁴

Jean Tirole exemplifica a racionalidade limitada da seguinte forma: as partes em um contrato, comprador, vendedor, por exemplo, inicialmente se servem de um padrão disponível, talvez um padrão da indústria, o qual é o melhor contrato sob conhecimento existente. Entretanto, as partes desconhecem as implicações do contrato, mas percebem que algo pode dar errado na forma como o padrão do contrato está estabelecido. Elas podem exercer esforço cognitivo para descobrir o que pode dar errado e como elaborar o contrato em conformidade: colocar de forma diferente naquele padrão quais contingências seriam previsíveis de ocorrer ao longo da contratação (talvez a um custo muito elevado). Por exemplo, em um contrato em que o preço depende do valor do barril de petróleo, a possibilidade de o preço do petróleo aumentar é totalmente previsível, mas isso não implica que as partes devam pensar sobre essa possibilidade a ponto de indexar o exato preço do contrato para todas as ocasiões futuras de acordo com o exato aumento do valor do petróleo ao longo do tempo.⁴⁵

A racionalidade é limitada pela condição humana e no contexto em que se insere. “Ao contratar, a parte não possui todas as informações existentes sobre a outra, sobre o futuro e sobre a própria contratação.”⁴⁶ Os economistas distinguem a racionalidade limitada da incerteza, sendo a racionalidade limitada característica do indivíduo e a incerteza questão relacionada ao contexto contratual.⁴⁷ Essa incerteza pode ser dividida em primária ou do evento, a qual diz respeito à incompletude do contrato em razão dos “eventos futuros os quais não se pode prever”. Por exemplo, a variação da moeda ou uma crise política. E secundária, a qual se relaciona à assimetria informacional.

A incerteza também pode ser objetiva e subjetiva. A subjetiva é o “temor e previsão pessoais dos contratantes”. A objetiva é “a superveniência de eventos objetivos (previsíveis ou imprevisíveis) ou a presença de circunstâncias ignoradas pelas partes e preexistentes ao negócio, mas manifestadas ou levadas em consideração apenas

posteriormente, que atingem as prestações contratuais e alteram o equilíbrio do contrato".⁴⁸

Uma vez que a racionalidade é limitada, "a imposição de padrão jurídico quanto às informações que devem ser prestadas quando da celebração dos negócios permite o incremento do fluxo de relações econômicas". Não se espera que as empresas "tenham todas as informações sobre o negócio ou sobre o contexto fático que o circunda". Exige-se apenas que "a empresa tenha se esforçado razoavelmente para obter informações sobre o negócio (se não o fez, presume-se que foi por opção consciente)". Espera-se também que as empresas não omitam informações importantes umas às outras em suas negociações. "A empresa que detiver grau de informação inferior àquele que dela seria esperado deverá suportar os prejuízos dessa falta."⁴⁹ Além disso, em caráter oportunista, "a empresa tende a utilizar a informação que detém em proveito próprio, e não naquele da contraparte".⁵⁰

Mackaay e Rousseau dizem que a assimetria informacional por si só não faz com que o contrato celebrado nessas condições não possa gerar um ganho de Pareto. Pelo contrário, como dito, os custos de transação da correção da assimetria informacional podem ser tão elevados a ponto de impedir a cooperação entre as partes ou obstaculizar a concretização do negócio jurídico. Nesse cenário, a ignorância é considerada racional, porque a obtenção de informações ensejaria uma situação de ineficiência.⁵¹ Desse modo, os contratantes podem optar por deixar uma lacuna no contrato, por entenderem que o contexto ao qual a cláusula se refere possui chances remotas de se concretizar, o que não justificaria incorrer nos custos transacionais envolvidos na negociação e minuta da cláusula.

Hart e Moore afirmam, ainda, que pode ser feita uma distinção entre os problemas decorrentes da incompletude contratual e aqueles de assimetrias de informação. Na assimetria de informação, certas declarações contingentes são inviáveis porque o "estado do mundo" não é observado por todas as partes no contrato – mas sim apenas por uma ou algumas delas. No caso da incompletude contratual, por outro lado, as partes têm a mesma informação; o que impede a elaboração de um instrumento completo é o custo do processamento e uso dessa informação de tal forma que as declarações contingentes apropriadas possam ser incluídas e implementadas no contrato.⁵²

Mackaay e Rousseau dizem que a completa especificação do clausulado contratual "nunca vale o custo dos incômodos que seriam evitados e por isso todos os contratos são incompletos". Logo, a definição econômica de contrato incompleto coloca como irreal a possibilidade de existir um contrato perfeito.⁵³ Nesse sentido, afirma Rachel Stajjn:

Ainda que se imagine que as declarações negociais poderão prever todas as hipóteses e que não haverá lacunas, os economistas entendem – e é fácil acompanhar seu raciocínio de que pessoas racionais optarão por deixar vagos ou imprecisos certos eventos para reduzir custos de transação. É importantíssimo observar que a opção pela incompletude não aplica à redação do instrumento de contrato mas, isto sim, à própria negociação da operação.⁵⁴

Pelo fato de o contrato incompleto "não conter disciplina exaustiva dos elementos da relação contratual, exige das partes padrões de cooperação mais elevados do que nos contratos dotados de gestão positiva dos riscos"..⁵⁵ E por isso sofre incidência reforçada dos princípios da boa-fé objetiva e da autonomia privada. Segundo Paula Forgioni, "a consideração da boa-fé como vetor da disciplina dos contratos substitui a lógica

oportunista,⁵⁶ advantage-taking, por outra colaborativa, que impele os agentes econômicos à atuação em prol do fim comum”.⁵⁷

Nesse sentido, Jean Tirole afirma que “repeated interactions make contracts more incomplete”,⁵⁸ porque, uma vez que a continuidade das relações faz com que a reputação do agente econômico e a confiança entre as partes solidifiquem-se de tal forma que um detalhado clausulado não é mais tão necessário para as negociações.

Macaulay, em estudo sociológico realizado com empresários e advogados Americanos, a teoria do relational contract menciona a desnecessidade de realizar um contrato formal para as relações comerciais. Ele explica a aplicação da boa-fé e da cooperação entre as partes da seguinte forma: “although the parties fail to cover all foreseeable contingencies, they will exercise care to see that both understand the primary obligation on each side”.⁵⁹ Isso denota que os agentes econômicos, como afirmado por Paula Forgioni, devem substituir os comportamentos oportunistas por verdadeiro agir de forma análoga à “empatia”.⁶⁰

Mackaay e Rousseau definem o oportunismo pelo conceito de George Cohen: “todo comportamento, por uma das partes contratantes, que vai contra as expectativas razoáveis que a outra formou sobre sua fé no acordo, das normas contratuais ou da moral convencional”.⁶¹ Segundo Paula Forgioni, “a empresa perseguirá antes seu próprio interesse do que aquele do parceiro comercial”.

O egoísmo é tolerado pela ordem jurídica porque leva ao desenvolvimento do mercado por meio da concorrência criada pelo individualismo impulsionado pelo desejo de superar a outra empresa para ganhar mais lucro. O oportunismo é consequência do egoísmo, que faz com que a empresa queira “usar a seu favor todas as oportunidades que surgirão, em detrimento dos outros”.⁶²

Esses comportamentos causam aumento do custo das transações porque fazem com que as empresas busquem se proteger desse tipo de postura das outras. O egoísmo (característica do agente) e oportunismo (o agir impelido pelo egoísmo) são tomados pelo sistema como características da empresa ou de seu comportamento os quais devem ser tolerados e outras vezes evitados e proibidos, tudo sempre no interesse geral do comércio.⁶³

Mackaay e Rousseau dizem que Coase considerava que o oportunismo não era muito provável e afirmam que “estudos empíricos tendem a demonstrar que as pessoas esperam, na maior parte do tempo, obter ganhos da cooperação”.⁶⁴ Quanto à confiança e custos de transação, Paula Forgioni, citando doutrina econômica economistas, afirma:

A disciplina dos contratos empresariais deve privilegiar a confiança, tutelar a legítima expectativa; quanto maior o grau de confiança existente no mercado, menores os custos de transação e mais azeitado o fluxo de relações econômicas. Confiança é um determinado nível de probabilidade subjetiva com a qual um agente avalia que um outro agente ou grupos de agentes praticarão determinada ação. Para que ela surja, são necessários repetidos encontros e certa memória de experiência, o comportamento honesto implica um certo custo e está relacionada à boa reputação e esta deve ser adquirida. A previsibilidade do comportamento das partes aumenta o grau de segurança e reduz a preocupação

durante a celebração e execução do negócio. Na medida que as expectativas são compartilhadas e compreendidas de maneira relativamente uniforme pelas empresas, as dimensões implícitas dos contratos (pressuposições legitimamente assumidas pelas partes) levam à diminuição dos efeitos prejudiciais do desconhecimento dos possíveis desdobramentos do negócio (racionalidade limitada).⁶⁵

Nesse sentido, Paula Forgioni afirma que “os agentes econômicos, em suas contratações, podem legitimamente presumir que a contraparte adotará comportamento semelhante àquele normalmente implementado pelos atores do mercado, pelos chamados agentes econômicos ativos e probos” – espertos, sagazes etc. A adoção desse critério facilita as negociações porque autoriza a parte a supor que a outra tomará todas as cautelas necessárias e esperadas antes, durante e após a celebração do negócio,⁶⁶ o que inclusive diminui os custos de transação.

3.2 A interpretação dos contratos incompletos e a Behavioral Law and Economics

As partes podem prever negócio lacunoso sem disciplinar todas as possíveis superveniências que poderão atingi-lo como forma de diminuir os custos de transação e obter resultado mais eficiente. Desse modo, sempre que o custo efetivo da negociação de cláusula específica – que distribua entre elas o risco de determinado evento ocorrer – revelar-se superior aos custos esperados de intervenção necessária ao preenchimento da lacuna, mostra-se preferível deixar a lacuna no contrato. Essa lacuna é desejada pelos contratantes porque os riscos remotos de determinado evento acontecer não justificam os custos de negociação e redação de uma cláusula que os aloque entre elas.

Considera-se, portanto, eficiente o contrato que apresenta lacunas relativas aos riscos remotos. A incompletude do contrato garantiria, portanto, maior flexibilidade contratual, proporcionando aos contratantes maior maleabilidade para adaptar-se às mudanças dos “estados do mundo”. Tal flexibilidade seria desejável em contextos de incerteza, no qual as partes definiram apenas algumas variáveis, especialmente aquelas em relação às quais há interesse e objetivos opostos, como o preço.

Uma vez que os contratos incompletos tendem a não prever a disciplina de todos os problemas que podem ser enfrentados pelas partes durante o negócio, o contrato incompleto é colaborativo. E, segundo Paula Forgioni, normalmente buscará:

[...]a possibilidade de adaptação eficiente às novas necessidades e às circunstâncias futuras; restringir as chances de inadimplemento e gerir da melhor forma possível o risco do oportunismo contratual e acordar mecanismos de gestão de eventos extraordinários que afetem a economia contratual.

E quando houver impasses entre as partes por causa das lacunas contratuais, ou elas serão resolvidas e o negócio irá prosseguir ou restarão sem solução e o contrato será resolvido, encontrando seu fim.⁶⁷

Nesse sentido, a fim de aumentar o grau de segurança e previsibilidade nas decisões judiciais ou arbitrais, o ordenamento jurídico estabelece comportamentos que devem ser adotados pelos agentes econômicos em suas contratações, mediante normas imperativas

“que se impõem por si mesmas, excluindo qualquer arbítrio individual”. Caescaes menciona que a externalização das decisões negociais para um intérprete pode ser prejudicial, tendo em vista que a intervenção do Estado ou de tribunal arbitral gera custos elevados, os quais poderiam ter sido evitados se as partes tivessem incorrido nos custos de transação relativos à fase de negociação contratual, ou investido em técnicas alternativas de solução de disputas, como a mediação, por exemplo.⁶⁸

Os termos implícitos nos contratos incompletos (os implied terms do Direito inglês) podem induzir os tribunais a cometerem erros ao interpretar o contrato, “preenchendo as lacunas com condições que não eram as desejadas pelas partes no momento da celebração do negócio jurídico”.⁶⁹ Nas palavras de Paula Forgioni, Caescaes afirma que “o sistema jurídico deveria proporcionar um adequado grau de segurança e previsibilidade no entendimento que adota frente as situações concretas que lhe são postas à apreciação, contribuindo, para tanto, com uma redução nos custos de transação e facilitação das transações econômicas”, o que ainda não ocorre no cenário brasileiro.⁷⁰

Uma vez que as lacunas contratuais podem ser comparadas aos implied terms do Direito inglês, o modo de interpretação ao que para eles é considerado implícito também possui semelhanças com as maneiras utilizadas no Brasil para preenchimento das lacunas dos contratos incompletos. Os tribunais ingleses interpretavam os implied terms de várias formas: por vezes tornavam “explícito o que estava implícito” nas palavras do contrato, fazendo acréscimos os quais as partes provavelmente teriam intencionado na negociação, mas não incluíram expressamente, “ou que as partes não previram, mas teriam estipulado se tivessem previsto”. Ainda, o tribunal poderia “acrescentar matéria em que as partes não pensaram e ainda que tivessem pensado, não teriam estipulado, mas que o tribunal considera justo e de boa-fé vigorar no contrato”. No Direito Comercial Brasileiro, Rubens Requião, em conceito idêntico, afirma que os usos e costumes: “integram-se nos contratos como cláusulas implícitas ou tácitas, e de tal forma ingressam nos negócios que seu uso constante os torna implícitos, sendo desnecessário enunciá-los expressamente. Recebem eficácia da simples vontade das partes”.⁷¹ Nesse sentido, é possível comparar a forma de interpretação utilizada no Direito brasileiro e também na transnacionalidade, entendendo o preenchimento de lacunas em contratos incompletos sob um viés global e universal, eivado de implicitudes que advém dos comportamentos oriundos das funções cognitivas dos agentes econômicos, que influenciam a interpretação dos julgadores e intérpretes.

Apesar de os tribunais buscarem cada vez mais essa universalização para a interpretação dos contratos, a forma mais clássica de solução da incompletude contratual é por meio da renegociação entre as partes, ou seja, através de um novo acordo. No momento de celebração dos contratos, as partes podem determinar que eventuais lacunas possam ser preenchidas por um terceiro ou por uma delas (discretionary power). Alguns autores entendem que se deve distinguir entre a função de completude do contrato da solução de conflitos, porque na complementação do contrato o terceiro (o árbitro para o caso de cláusula de arbitragem, por exemplo, ou o juiz) não deverá proferir decisão sobre qual parte tem razão, mas apenas preencher a lacuna⁷² e deixar para as partes resolverem o prosseguimento do negócio a partir da interpretação dada àquela incompletude anteriormente passível de interpretação pelo terceiro alheio ao contrato.

A licitude da estipulação contratual para as partes resolverem o contrato por si mesmas

pode ser contestada em razão do art. 122 do Código Civil (LGL\2002\400).⁷³ Por isso é necessário observar a distinção entre as cláusulas puramente potestativas, inválidas, nas quais a eficácia do ato jurídico fica condicionada à vontade exclusiva de uma das partes, das cláusulas meramente potestativas, válidas, nas quais a potestatividade pura é afastada se os efeitos da cláusula não dependerem exclusivamente da vontade de uma das partes, mas também de circunstâncias objetivas que se relacionam à busca do êxito do empreendimento comum.

Ou seja, as cláusulas que outorgam às partes o poder de resolver impasses contratuais justificam-se e embasam-se na função econômica pressuposta pelos contratantes quando da negociação. Assim, haverá abuso, o que é ilícito, quando a lacuna do contrato é preenchida por um dos contratantes de forma disfuncional (contrária à função econômica objeto do negócio). Nesse sentido, Paula Forgioni afirma: "O oportunismo não há de ser tolerado; o exercício do poder conferido a uma das partes deve correr dentro dos limites impostos pela boa-fé e, conseqüentemente, da função econômica dele esperada".⁷⁴

Sendo respeitada a regra geral do art. 122 do Código Civil (LGL\2002\400), "diante da ocorrência de evento não contemplado no contrato, assiste aos contratantes a prerrogativa de, no exercício da autonomia da vontade, acertar a adaptação do negócio".⁷⁵ Nesse caso, exemplos de cláusulas que alocam negativamente os riscos são as de *hardship*, as quais determinam que, diante de eventos supervenientes que desequilibrem o contrato, qualquer uma das partes pode pleitear renegociação. A cláusula de renegociação propriamente dita é mais abrangente porque não pressupõe que exista uma alteração da equação econômico-financeira do negócio para que ocorra sua aplicabilidade e nelas também "há apenas o dever de negociar, não de alcançar acordo ou de aceitar termos impostos por outrem".⁷⁶

De fato, os contratos incompletos trazem a necessidade de aplicação de institutos tradicionais do direito civil e comercial, como "a proteção da legítima expectativa, o respeito à sua função econômica, a vedação ao abuso de direito e, principalmente, a boa-fé":⁷⁷ as chamadas cláusulas gerais, as quais, segundo Vasconcelos, caracterizam-se "pela generalidade e pela necessidade de serem concretizadas por referência a valores".⁷⁸

Clóvis do Couto e Silva afirma que "ao examinar os princípios que entram no corpo do Direito pela cláusula geral, a jurisprudência tem papel transformador."⁷⁹ Para ele, com a "superação, em nossos dias, do conceito de sistema como algo fechado, surgem as contribuições da sociologia e das experiências da jurisprudência."⁸⁰ No que tange ao comportamento pautado pela boa-fé, Paula Forgioni afirma: "Mediante essas normas imperativas, o Estado define quais negócios serão ou não admitidos, quais práticas podem vir à luz no âmbito jurídico. Por exemplo, as partes não podem afastar seu dever de agir conforme a boa-fé na execução do contrato".⁸¹

Quanto aos elementos fundamentais da cultura jurídica moderna, estão inseridos os usos e costumes, assim como a boa-fé. Paula Forgioni diz que "a boa-fé exige que cada parte aceite o contrato como fariam os contratantes honestos a partir da ideia básica da finalidade do negócio, tomando em consideração os usos do tráfico".⁸² Isso quer dizer que há mais elementos os quais podem ser utilizados para a interpretação jurídica dos contratos incompletos, como a utilização dos usos e costumes e a *lex mercatoria*.

No art. 133 do Código Comercial de 1850⁸³ estava expressa a utilização dos usos e costumes para suprir eventuais lacunas e resolver litígios oriundos das contratações do tráfego comercial. Rubens Requião explica que os usos e costumes comerciais:

[...] surgem espontaneamente. Um comerciante, em seus hábitos, fixa determinada norma, que vai sendo adotada por outros. De individual o uso torna-se geral. [...] Surgindo, assim, modestamente no início, após a sua prática constante e o reconhecimento voluntário de alguma comunidade de comerciantes, torna-se regra implícita da relação jurídica, para a qual nasceu. [...] a exigência de sua formação consiste em: prática uniforme, constante e por tempo certo.⁸⁴

Macaulay exemplifica a utilização dos usos e costumes nas relações na indústria americana: os produtos industrializados possuem padrões com descrições e especificações os quais possuem certa tolerância ou determinados resultados no mercado em que se inserem. Isso permite que aqueles os quais escrevem e revisam tais especificações, profissionais experientes que conhecem os usos e costumes da indústria, saibam com quem deste mercado irão negociar. Consequentemente, esses usos e costumes poderão preencher as lacunas nos contratos elaborados entre as partes,⁸⁵ também com base no comportamento dos agentes envolvidos.

De todo modo, nem sempre há usos e costumes que possam ser invocados para sanar a disciplina contratual, ou que sejam suficientes para resolver o impasse entre as partes quanto à interpretação e renegociação. Então, caso as partes não cheguem a um acordo, a solução tradicional, baseada no *pacta sunt servanta* e na autonomia privada, leva ao rompimento do contrato: "Se as partes não chegam a um acordo sobre as condições para a continuação do negócio, não podem ser obrigadas a seguir na relação".⁸⁶ Nos contratos empresariais, é de presumir que as partes preferem rescindir o contrato a preservar contra a vontade de uma das partes. Isso não significa que o interesse egoístico do agente deva prevalecer sobre qualquer outro fim. Há algumas ressalvas ao direito das partes ao rompimento do contrato, como em hipóteses do Direito concorrencial e do parágrafo único do art. 473 do Código Civil (LGL\2002\400).⁸⁷ De qualquer forma, "o respeito à vontade é um dos principais pilares do sistema mercantil, sem ele, ruiria o mercado".⁸⁸

Então se faz necessário outorgar a terceiro a incumbência de completar as disposições do negócio,⁸⁹ o que pode fazer com que o resultado daquela interpretação não seja de acordo com o desejado por nenhuma das partes, uma vez que a racionalidade dos agentes econômicos inseridos em determinado mercado por vezes é diferente daquela do intérprete. De todo modo, de fato os comportamentos das partes influenciam o modo de interpretação das lacunas contratuais, assim como a formação e a continuidade das relações jurídicas pactuadas.

O contrato incompleto, tanto pelo viés jurídico quanto pelo viés econômico, é um instrumento jurídico no qual as partes contratantes preferem não incluir certas contingências do que prever as inúmeras eventualidades improváveis, sob o ponto de vista de que é melhor "esperar para ver o que acontece", o que fará com que o instrumento do negócio apresente, frequentemente, de modo inevitável, cláusulas vagas ou ambíguas. Verificada a superveniência da contingência a qual se escolheu "esperar para ver o que

aconteceria”, as partes objetivarão renegociar o contrato.

O contrato incompleto na análise econômica do direito, como se viu, constitui instrumento destinado a reduzir os custos de transação e a contornar a racionalidade limitada e as incertezas dos contratantes, permitindo que se alcance solução eficiente aos eventuais impasses negociais mediante esses contratos lacunosos, a fim de que a relação comercial continue. Ao não prever as obrigações das partes de modo exaustivo, o contrato incompleto apresentará essas lacunas, para cujo preenchimento serão relevantes o costume, a boa-fé e a reputação das partes no mercado.

Assim, pode-se dizer que o comportamento das partes assim como a tomada de decisão acerca das incompletudes contratuais têm papel fundamental nas negociações. Se o comportamento das partes for pautado em um espírito de cooperação e boa-fé, para que então o contrato incompleto se adapte à nova realidade e a relação se mantenha de uma forma satisfatória para ambas as partes, as lacunas deixadas pelos contratantes otimizam as negociações e estimulam o mercado, reduzindo os custos de transação.

Logo, a conclusão a que se chega é de que os contratos sempre serão incompletos em razão da racionalidade limitada dos agentes, e a melhor forma de otimizar o resultado jurídico e econômico dos negócios formalizados por meio de contratos mais ou menos completos é as partes pautarem seu comportamento na confiança e na boa-fé desde a fase pré-contratual, nas necessárias renegociações ao longo da relação e até mesmo no encerramento ou na execução do contrato, caso não haja acordo entre elas ou um terceiro tenha que intervir.

BANDEIRA, Paula Greco. O contrato incompleto. São Paulo Atlas, 2015.

BANDEIRA, Paula Greco. Os contratos incompletos e a soft law. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 145-165, abr. 2016.

BRASIL. Código Civil (LGL\2002\400). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm]. Acesso em: 30.08.2017.

BRASIL. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm]. Acesso em: 30.08.2017.

CAESCAES, Amanda Celli. Análise econômica do contrato incompleto. Disponível em: [http://www.veirano.com.br/upload/content_attachments/473/Analise_Economica_do_Contrato_Incompleto_original.pdf]. Acesso em: 24.05.2017.

COASE, Ronald. The Nature of the Firm. *Economica*, New Series, v. 4, n 16, p. 386-405, nov. 1937. Disponível em: [www.colorado.ed/ibs/es/alston/econ4504/readings/TheNatureofthefirmbycoase.pdf]. Acesso em: 11.09.2017.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law & Economics*. Disponível em: [https://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf]. Acesso em: 02.06.2017.

- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Law & Economics. 6. ed. Boston: Pearson, 2012.
- COSTA, Martins; NITCSKE, Judith; CARNEIRO, Guilherme. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro. Questões teóricas e práticas. Disponível em: [http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1247_1299.pdf].
- FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranoia ou mistificação? Revista de Direito Mercantil: Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 139, p. 242-256, jul.-set. 2005.
- FORGIONI, Paula A. Teoria geral dos contratos empresariais. (s.c.): RT, 2010.
- FORGIONI, Paula. Integração dos contratos empresariais, lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 45, p. 229-244, 2015.
- FURMSTONS, Cheshire Fifoot. Law of Contract. 11. ed. London: Butterworths, 1986.
- GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. 2. ed. Trad. A.M. Hespanha; L.M. Macáista Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.
- GOLDMAN, B. The applicable law: general principles of law – the lexmercatoria. In: LEW, Julian D. M. (ed.). Contemporary problems in international arbitration. London: Springer Science & Business Media, 1986.
- HART, Oliver. Firms Contracts and Financial Structure. Oxford: Clarendon, 1995.
- HART, Oliver; MOORE, John Hardman. Foundations of Incomplete Contracts. Disponível em: [http://eprints.lse.ac.uk/19354/1/Foundations_of_Incomplete_Contracts.pdf]. Acesso em: 27.05.2017.
- HART, Oliver; MOORE, John Hardman. Incomplete Contracts and Renegotiation. Econometrica, p. 755-785, July 1988.
- LIPSHAW, Jeffrey M. The Venn Diagram of Business Lawyering Judgments: Toward a Theory of Practical Metadisciplinarity. Seton Hall Law Review, v. 41, n. 1, 2011.
- MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminary study. American Sociological Review. Law School, University of Wisconsin, v. 28, n. 1, p. 1-23, 1963. Disponível em: [<https://media.law.wisc.edu/m/wcwmt/non-contractual.pdf>]. Acesso em: 04.09.2017.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise econômica do direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Globalização, Constituição e tributos. Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 52, p. 44-55, 2003.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. Parte geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.
- NITSCHKE, Guilherme. Ativismo arbitral e Lex Mercatoria. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 44, 2015.

REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1988.

SCALFI, Gianguido. Corrispettività e alea nei contratti. Milano: Instituto Editoriale Cisalpino, 1960.

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

SHAVELL, Steven. Why Breach of Contract May Not be Immoral Given the Incompleteness of Contracts. Mich. L. Rev. 2009.

SILVA, Clóvis do Couto e (1930-1992); FRADERA, Vera Maria Jacob de (org). O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, Clóvis V. do Couto. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. Disponível em: [https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67626].

SZTAJN, Rachel; COASE, Ronald. A importância de perguntar. Revista de Direito Empresarial, v. 1, jan. 2014.

TIROLE, Jean. Bounded Rationality and Incomplete Contracts. Disponível em: [http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/by/tirole/boundedrationality.pdf]. Acesso em: 24.05.2017.

TIROLE, Jean. Cognition and Incomplete Contracts. American Economic Review 99:1, 265-94, 2009. Disponível em: [http://www.aeaweb.org/articles.php?doi=10.1257/aer.99.1.265]. Acesso em: 24.05.2017.

UNIDROIT PRINCIPLES 2016. Disponível em: [http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf]. Acesso em: 14.09.2017.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2009.

WALD, Arnaldo. Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972.

WISEMAN, T. A concept analysis of empathy. J Adv Nurs, 23: 1162-1167. 1996. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Empatia#cite_note-5].

1 GILISSEN, John. Introdução Histórica ao Direito. 2. ed. Trad. A.M. Hespanha; L.M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 729-730.

2 SILVA, Clóvis do Couto e (1930-1992); FRADERA, Vera Maria Jacob de (org). O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 34-35.

3 A Organização Mundial do Comércio (OMC) iniciou suas atividades em 1º de janeiro de 1995 e desde então tem atuado como a principal instância para administrar o sistema multilateral de comércio. A organização tem por objetivo estabelecer um marco institucional comum para regular as relações comerciais entre os diversos Membros que a compõem, estabelecer um mecanismo de solução pacífica das controvérsias comerciais, tendo como base os acordos comerciais atualmente em vigor, e criar um ambiente que permita a negociação de novos acordos comerciais entre os Membros. Atualmente, a OMC conta com 160 Membros, sendo o Brasil um dos Membros fundadores. A sede da OMC está localizada em Genebra (Suíça) e as três línguas oficiais da organização são o inglês, o francês e o espanhol. Disponível em:

[<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/132-organizacao-mundial-do-comercio-omc>]. Acesso em: 14.09.2017.

4 A queda do muro de Berlim foi um Marco que impactou todas as áreas do Direito, assim como outras esferas das ciências, como a economia, a sociologia dentre outras. Está mencionada a queda do muro de Berlim e a globalização com surgimento da OMC no artigo sobre Direito internacional e tributário: MARTINS, Ives Gandra da Silva. Globalização, Constituição e tributos. Revista Tributária e de Finanças Públicas, v. 52, set.-out. 2003. p. 44-55. DTR\2003\472, p. 1 e 5.

5 WALD, Arnaldo. Curso de direito civil brasileiro: obrigações e contratos. 3. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 1972. p. 10.

6 Idem, p. 9.

7 FORGIONI, Paula A. Teoria geral dos contratos empresariais. (s.c.): RT, 2010. p. 59-60.

8 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise econômica do direito. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 405.

9 REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 27-28.

10 COSTA, Martins; NITHSKE, Judith; CARNEIRO, Guilherme. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro. Questões teóricas e práticas. Disponível em: [http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/1/2015_01_1247_1299.pdf]. p. 1251.

11 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise econômica do direito. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 8.

12 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit., p. 201-203.

13 Sobre toda essa questão, COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. The Journal of Law & Economics. Disponível em: [<https://econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBpf/readings/coase.pdf>]. Acesso em: 02.06.2017 e COASE, Ronald. The Nature of the Firm. Economica, New Series, v. 4, n. 16, nov. 1937. p. 386-405. Disponível em:

[www.colorado.ed/ibs/es/alston/econ4504/readings/TheNatureoftheFirmbyCoase.pdf].
Acesso em: 11.09.2017.

14 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit., p. 15.

15 FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 71.

16 BANDEIRA, Paula Greco. O contrato incompleto. São Paulo Atlas, 2015. p. 50.

17 Ibidem, p. 131, citando SCALFI, Gianguido. Corrispettività e alea nei contratti. Milano: Istituto Editoriale Cisalpino, 1960. p. 133-134.

18 BANDEIRA, Paula Greco. Op. cit., p. 52.

19 VASCONCELOS, Pedro Pais de. Op. cit., p. 322.

20 BANDEIRA, Paula Greco. Op. cit. p. 51-53.

21 VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2009. p. 391, citando FURMSTONS, Cheshire Fifoot. Law of Contract. 11. ed. London: Butterworths, 1986. p. 15.

22 BANDEIRA, Paula Greco. Op. cit., p. 53-54.

23 Ibidem, p. 51-52.

24 "Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação."

25 BANDEIRA, Paula Greco. Op. cit., p. 52.

26 SZTAJN, Rachel; COASE, Ronald. A importância de perguntar. Revista de Direito Empresarial, v. 1, jan. 2014. p. 3.

27 HART, Oliver; MOORE, John Hardman. Foundations of Incomplete Contracts. Disponível em: [http://eprints.lse.ac.uk/19354/1/Foundations_of_Incomplete_Contracts.pdf]. Acesso em: 27.05.2017. p.37.

28 SHAVELL, Steven. Why Breach of Contract May Not be Immoral Given the Incompleteness of Contracts. Mich. L. Rev., 2009. p. 1572.

29 COASE, Ronald. The Problem of Social Cost, cit., p. 15.

30 TIROLE, Jean. Bounded Rationality and Incomplete Contracts. Disponível em: [<http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/by/tirole/boundedrationality.pdf>]. Acesso

em: 24.05.2017. p. 9.

31 COASE, Ronald. Op. cit., p. 391.

32 Segundo Rachel Sztajn, "transação, no jargão dos economistas, é qualquer operação econômica ajustada entre agentes econômicos" (SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade, cit., p. 284.

33 COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Law & Economics. 6. ed. Boston: Pearson, 2012. p. 94.

34 SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade, cit., p. 284.

35 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit., p. 220-221.

36 WALD, Arnaldo. Op. cit., p. 9-10.

37 FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 134-135.

38 Ibidem, p. 72.

39 BANDEIRA, Paula Greco. Op. cit., p. 4.

40 Ibidem, p. 6.

41 Ibidem, p. 11, citando ROPPO, Vincenzo. Il contrato. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo (org.). Trattato di diritto privato. Milano: Giuffrè, 2011. p.73.

42 TIROLE, Jean. Bounded Rationality and Incomplete Contracts. Disponível em: [<http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/by/tirole/boundedrationality.pdf>]. Acesso em: 24.05.2017. p. 2.

43 HART, Oliver; MOORE, John Hardman. Incomplete Contracts and Renegotiation. Econometrica, July 1988. p. 755-785.

44 HART, Oliver. Firms Contracts and Financial Structure. Oxford: Clarendon, 1995. p. 23.

45 TIROLE, Jean. Cognition and Incomplete Contracts. American Economic Review, 2009, 99:1. 265-294. Disponível em: [<http://www.aeaweb.org/articles.php?doi=10.1257/aer.99.1.265>]. Acesso em: 24.05.2017. p. 265.

46 FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 66.

47 FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 69.

48 BANDEIRA, Paula Greco. Op. cit., p. 6.

49 FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 139-141.

50 Ibidem, p. 144.

51 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit. p. 410-411.

52 HART, Oliver; MOORE, John Hardman. Op. cit.

53 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit., p. 420-421.

54 SZTAJN, Rachel. A incompletude do contrato de sociedade. Disponível em: [https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67626]. p. 285.

55 BANDEIRA, Paula Greco. Op. cit., p. 6.

56 No comportamento oportunista, a parte gostaria de se vincular a um parceiro por meio do contrato, mas também permanecer livre para deixar a relação e abraçar outra que se apresente mais interessante. Por isso a força obrigatória dos contratos é importante (pacta sunt servanta) para o funcionamento do sistema, por coibir o comportamento oportunista da parte que abortaria o contrato, o que traz segurança para as relações. FORGIONI, Paula A. Op.cit., p. 66.

57 FORGIONI, Paula. Op.cit., p. 7.

58 TIROLE, Jean. Bounded Rationality and Incomplete Contracts. Disponível em: [http://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/by/tirole/boundedrationality.pdf]. Acesso em: 24.05.2017. p. 9.

59 MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminary study. American Sociological Review, Law School, University of Wisconsin, v. 28, n. 1. 1963. p. 1-23. Disponível em: [https://media.law.wisc.edu/m/wcwmnt/non-contractual.pdf]. Acesso em: 04.09.2017.

60 A empatia caracteriza-se pela tomada de perspectiva, ausência de julgamento, reconhecimento da emoção nos outros e capacidade de comunicar esse estado emocional. WISEMAN, T. A concept analysis of empathy. J Adv Nurs, 23: 1162-1167. 1996. Disponível em: [https://pt.wikipedia.org/wiki/Empatia#cite_note-5]. Sobre o assunto, ver também LIPSHAW, Jeffrey M. The Venn Diagram of Business Lawyering Judgments: Toward a Theory of Practical Metadisciplinarity. Seton Hall Law Review, v. 41, n. 1, 2011. p. 70.

61 Ibidem, p. 222.

62 FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 112.

63 Ibidem, p. 113.

64 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Op. cit., p. 224.

65 FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 95-96.

66 FORGIONI, Paula A. Op.cit., p. 119.

67 FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 187.

68 Ibidem, p. 192.

69 Ibidem, p. 189.

70 CAESCAES, Amanda Celli. Op. cit., p. 189, citando FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranoia ou mistificação? Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro, São Paulo, n. 139, jul.-set. 2005. p. 242-256.

71 REQUIÃO, Rubens. Op. cit., p. 28.

72 FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 194-195.

73 "Art. 122. São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes."

74 FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 196-198.

75 FORGIONI, Paula. Integração dos contratos empresariais, lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 45, 2015, p. 2-3.

76 Ibidem, p. 3.

77 FORGIONI, Paula. Op. cit., p. 7.

78 VASCONCELOS, Pedro Pais de. Op. cit., p. 396.

79 SILVA, Clóvis V. do Couto. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2011. p. 68.

80 Ibidem, p. 69.

81 FORGIONI, Paula. Op.cit., p. 2.

82 FORGIONI, Paula. Op. cit., p. 4.

83 "Art. 133: Omitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato."

84 REQUIÃO, Rubens. Op. cit., p. 27.

85 MACAULAY, Stewart. Op. cit., p. 13.

86 FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 191.

87 "Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte. Parágrafo único. Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos.

88 FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 190-191.

89 FORGIONI, Paula. Op. cit., p. 4.