

Faganello: A incompletude dos contratos de longa duração

É fato inegável que a pandemia gerou um verdadeiro caos jurídico, em especial no âmbito dos contratos empresariais de longa duração. Em recente julgado, por exemplo, afirmou-se que vivemos *"em tempo de guerra"* [1]. O parágrafo inicial de *"Um Conto de Duas Cidades"*, de Charles Dickens, reproduz os



"Aquele foi o melhor dos tempos, foi o pior dos tempos, foi a

idade da razão, a idade da insensatez, a época da crença, a época da incredulidade, a estação da Luz, a estação das Trevas, a primavera da esperança, o inverno do desespero, tínhamos tudo diante de nós, não tínhamos nada diante de nós, todos iríamos direto para o Paraíso, todos iríamos direto no sentido oposto (...)".

Estamos passando por um tempo em que tudo é superlativo: o número de doentes, a projeção de óbitos e as informações desconstruídas. No campo jurídico não é diferente. Analisando-se as recentes publicações e produções intelectuais, facilmente se constata que a doutrina tem procurado responder aos anseios dos agentes econômicos. Qual o enquadramento jurídico para solução: é caso de força maior ou quebra da base do negócio? Ou, ainda, seria caso de onerosidade excessiva? Todas essas questões e os eventuais problemas de soluções rápidas e imprecisas foram colocados pontualmente por José Fernando Simão [2] e Jorge Cesa [3] e, portanto, evitaremos ingressar nesse terreno.

O que se propõe com este breve artigo é destacar uma característica dos contratos empresariais de longa duração que não pode ser esquecida quando da interpretação e integração contratual em tempos de pandemia. Qual é essa característica? A natural incompletude desses contratos.

Os empresários agem, atuam e o fazem por meio de contratos [4]. Inúmeras são as relações jurídicas para concretizar a atividade empresarial que consubstanciam-se por contratos, entre eles os contratos empresariais de longa duração, os quais se revelam como uma forma de organização empresarial que *"substitui mercados de forma eficiente no que se relaciona à estabilidade da produção de bens e serviços"* [5]. Em termos gerais, o contrato apresenta-se como uma solução intermediária entre duas alternativas: a do mercado ou a da empresa.

As partes, ao celebrarem o contrato, buscam antever os riscos usualmente inerentes ao objeto da relação contratual determinando as consequências jurídicas na hipótese de eventual concretização. Essas estipulações naturalmente possuem um valor patrimonial, que as partes levam em conta ao negociar, predispor e redigir o clausulado contratual.



Dessa forma, cada contrato celebrado entre empresários reflete o modelo econômico que se entendeu como correto à época da celebração, segundo as informações razoavelmente disponíveis para as partes.

Entretanto, a predisposição de todas as contingências futuras e a alocação de todos os riscos existentes não passam de um arquétipo ideal. Na realidade da atividade empresarial, torna-se custoso, demorado, e até mesmo inviável, estabelecer um regime de cláusulas que comporte todas e quaisquer situações e contingências que possam ocorrer ao longo de uma relação jurídica, sem esquecer, ainda, eventual comportamento estratégico — e oportunista, até mesmo — a ser adotado por uma das partes que voluntariamente optar por deixar lacunas contratuais *ex ante* para explorar no futuro.

Nesse contexto, diz-se que os contratos empresariais, em especial os de longa duração, são naturalmente incompletos [\[6\]](#).

Antes que se possa descrever um modelo de contrato incompleto, acredita-se ser útil para o desenvolvimento deste artigo a definição do que viria a ser um contrato completo.

O modelo de contrato completo pode ser analisado sobre duas abordagens [\[7\]](#). A *primeira*, na concepção de conceito regulador das relações contratuais. A *segunda*, na ideia de completude e totalidade do instrumento contratual.

O modelo de completude e totalidade do instrumento contratual, por sua vez, pressupõe um mundo isento de fricções e custos [\[8\]](#), bem como um mercado em perfeito funcionamento [\[9\]](#). Nesse paradigma, os empresários são dotados de racionalidade ilimitada [\[10\]](#) e possuem informação perfeita e simétrica, bem como objeto contratual, direitos, obrigações, deveres, preço, riscos e demais contingências são descritas e alocadas de forma perfeita e precisa [\[11\]](#). Além disso [\[12\]](#), todas as condições contratuais são observáveis (pelas partes) e verificáveis (por terceiro — juiz ou árbitro, por exemplo). Em outras palavras, o contrato firmado é por si só suficiente para coordenar a relação jurídica existente entre as partes.

Do ponto de vista real, é inviável [\[13\]](#) supor a existência de um mundo não friccional que seja "*capaz de propiciar às partes a obtenção irrestrita dos resultados pretendidos*" [\[14\]](#) quando da realização das trocas econômicas voluntárias, bem como capaz de prever todas as contingências futuras.

O paradigma da completude do contrato, portanto, ignora diversos fatores externos às partes envolvidas na relação e ao próprio negócio, que impedem uma alocação eficiente ou até mesmo a realização das trocas econômicas voluntárias entre os empresários.

Esses fatores são chamados de falhas de mercado, que podem ser simplesmente descritas como qualquer fator que impeça um mercado de operar perfeitamente, conforme precisamente ressalta Richard Craswell [\[15\]](#):



"However, much of economics consists of studying markets that are not this perfect, and then trying to figure out which institutions could arise to deal with the imperfections. Let me talk now about this branch of economics: the branch that analyzes what are sometimes called market failures. As I'll use the term here, a 'market failure' is simply anything that prevents a market from operating as perfectly as it did in the scenario (...)."

Ainda que o modelo da completude do contrato não represente a realidade, ele permite que sejam realizadas abstrações [16] em relação ao papel do direito contratual, em especial para a correção ou a mitigação das falhas de mercado, bem como em relação ao papel das regras supletivas e/ou imperativas no preenchimento das lacunas dos contratos empresariais de longa duração.

A existência de um mundo com fricções, cheio de incertezas e imperfeições, leva à necessidade de reconhecer a existência dos contratos tidos como incompletos. Os contratos empresariais, sobretudo aqueles que foram configurados para longa duração, *"não contêm — e não podem mesmo conter — a previsão sobre todas as vicissitudes que serão enfrentadas pelas partes"* [17].

Contudo, dado que os mercados reais não refletem o arquétipo dos mercados de concorrência perfeita em sua plenitude, como já referido, devemos lidar com o fato de que os contratos podem não prever todas as contingências, os "estados da natureza", os riscos e os acidentes de percurso, por exemplo.

É justamente a situação fática que temos diante de nós. Ou o contrato não apresenta um regramento (o que nos remete à tarefa integrativa) ou o regramento apresentado pelo contrato pode levantar divergência entre as partes (o que nos remete a tarefa interpretativa).

A teoria dos contratos incompletos reconhece que a negociação, a busca pela informação, a elaboração e a explicitação de todos os aspectos que possam afetar o vínculo contratual na busca exaustiva por um clausulado contratual completo — em especial em relações que se pretende sejam duradouras — podem encontrar entraves em uma análise de custo e benefício.

O inacabamento contratual no âmbito empresarial, em especial nas relações de longo prazo, representa uma dificuldade prática em descrever e estipular *ex ante*, com detalhes e precisão, todos os eventos futuros que venham a interferir nas obrigações pelas quais as partes envolvidas em uma determinada relação jurídica estão vinculadas.

De tal modo, o contrato incompleto será uma resposta inicial, calcada em uma análise de custo e benefício, à existência das falhas de mercado existentes em toda e qualquer operação empresarial.

Considerando a natural incompletude dos contratos empresariais de longa duração, as partes devem se atentar à necessidade de adequação do negócio ao longo da relação contratual no caso de "acidente de percurso". O contrato, nesse sentido, passa ser um mecanismo de coordenação [18] das condutas das partes, refletindo um modelo de estruturas ou mecanismos de governança [19] estabelecido pelos agentes econômicos envolvidos na transação para solucionar conflitos *ex post*.

Portanto, considerando que os empresários, quando entram em uma relação contratual de longa duração, têm por objetivo economizar custos de transação, reduzir a assimetria informativa e estabelecer salvaguardas contra comportamentos oportunistas



— como, por exemplo, as cláusulas de *hardship* e *most favored nation* —, estimulando a cooperação e a boa-fé entre os empresários contratantes, essa relação pode se mostrar eficiente na criação de graus de confiabilidade para manutenção do vínculo contratual.

É muito importante a elaboração de estruturas contratuais que determinem a renegociação do contrato e representem o desejo das partes de manter o vínculo contratual, cujo encerramento ou discussão judicial (ou arbitral) traria custos para ambas as partes, custos (incluindo o da incerteza da decisão a ser proferida por um terceiro julgador) presumidamente superiores aos eventuais custos de renegociação.

[1] <http://www.tjsp.jus.br/Noticias/Noticia?codigoNoticia=60781>

[2] <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323599/o-contrato-nos-tempos-da-covid-19-esquecam-a-forca-maior-e-pensem-na-base-do-negocio>

[3] https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/caso-fortuito-e-forca-maior-as-questoes-em-torno-dos-conceitos-20032020

[4] FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 26.

[5] SZTAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da Empresa**. São Paulo: Editora Atlas, 2004. p. 193-194.

[6] HART, Oliver; MOORE, John. Foundations of Incomplete Contracts. **Review of Economic Studies**, v. 66, n. 1, p. 115-138, 1999.

[7] BELLANTUONO, Giuseppe. **I contratti incompleti nel diritto e nell'economia**. Padova: Cedam, 2000. ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015.

[8] WITTMAN, Donald. **Economic Foundations of Law and Organization**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006. p. 194.

[9] CRASWELL, Richard. Freedom of Contract. **Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper**, Chicago, v. 33, 1995.



- [10] POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 7. ed. New York: Aspen, 2007. p. 3.
- [11] COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e Economia**. Tradução Luís Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 229.
- [12] SCHWARTZ, Alan; WATSON, Joel. The Law and Economics of Costly Contracting. **John M. Olin Center for Studies in Law Economics, and Public Policy Working Papers**, v. 264, p. 1-45, Dez. 2001.
- [13] FURUBOTN, Eirik; RICHTER, Rudolf. **Institutions & Economic Theory: the contribution of the New Institutional Economics**. 2. ed., Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2005. p. 160.
- [14] ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 157.
- [15] CRASWELL, Richard. Freedom of Contract. **Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper**, Chicago, v. 33, 1995. p. 5.
- [16] MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 420.
- [17] FORGIONI, Paula A. **Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 155.
- [18] HERMALIN, Benjamin E.; KATZ, Avery W.; CRASWELL, Richard. Contract Law. In: POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven. **Handbook of Law and Economics**. Oxford: Elsevier, 2007. Vol. I, p.8. BELLANTUONO, Giuseppe. **I contratti incompleti nel Diritto e nell'Economia**. Padova: Cedam, 2000. p. 57.
- [19] ARAÚJO, Fernando. **Teoria Económica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 18. WILLIAMSON, Oliver E. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: Free Press, 1985. p. 68-84. Adicionalmente, vide obra de Oliver E. Williamson sobre o tema de mecanismos de governança: WILLIAMSON, Oliver E. **The Mechanism of Governance**. New York: Oxford University Press. 1996.

Date Created

20/04/2020