

GUILHERME HELFENBERGER GALINO CASSI

ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA AO CONTRATO DE  
INTEGRAÇÃO AVÍCOLA E SUA IMPORTÂNCIA PARA O  
DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Econômico e Socioambiental.

Orientador: Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves

CURITIBA

2014

Dados da Catalogação na Publicação  
Pontifícia Universidade Católica do Paraná  
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR  
Biblioteca Central

C345a  
2014

Cassi, Guilherme Helfenberger Galino  
Análise econômica do direito aplicada ao contrato de integração avícola e sua importância para o desenvolvimento socioeconômico / Guilherme Helfenberger Galino ; orientador, Oksandro Gonçalves. – 2014.  
155 f. : il. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2014  
Bibliografia: f. 150-155

1. Direito. 2. Economia. 3. Contratos. 4. Desenvolvimento social.  
5. Desenvolvimento econômico. 6. Indústria avícola. I. Gonçalves, Oksandro Osdival. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDD 20. ed. – 340

**GUILHERME HELFENBERGER GALINO CASSI**

Dissertação intitulada “ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA AO CONTRATO DE INTEGRAÇÃO AVÍCOLA E SUA IMPORTÂNCIA PARA O DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO”, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial a obtenção do grau de Mestre em Direito. A Comissão Examinadora foi composta pelos seguintes integrantes:

---

PROF. DR. OKSANDRO OSDIVAL GONÇALVES

---

PROF.<sup>a</sup> DR.<sup>a</sup> MÁRCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO

---

PROF. DR. LUCIANO BENETTI TIMM

Curitiba, 21 de março de 2014.

## AGRADECIMENTOS

Quando perguntado sobre a importância de se fazer um Mestrado em Direito, geralmente respondo que, mais do que propiciar o contato com pensamentos avançados em matéria jurídica, essa experiência tem a capacidade de promover uma grande transformação, não apenas intelectual, mas igualmente pessoal no mestrando. Como por mais de uma vez afirmou o Prof. Dr. Emerson Gabardo, coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC do Paraná, ao pós-graduando é vedado não ter opinião em um debate jurídico. Dessa forma, deixa-se de ser um sujeito passivo frente ao direito, aquele que apenas incorpora conhecimento alheio, para se tornar um sujeito ativo, crítico e criador de pensamentos. Certamente seria demais afirmar que já me encontro nesse patamar, mas se pude ser iniciado nessa transformação é porque tive a contribuição de muitas figuras que merecem o devido agradecimento.

Primeiramente a Deus, por me dar a força e a consciência necessárias para escrever o presente trabalho. Se é possível ter essa obra em mãos foi porque houve a combinação de esforço, incentivo e uma inspiração que não pode ser explicada, senão pela fé.

Na esfera pessoal três pessoas necessariamente devem ser mencionadas. Minha avó, Cristina, à qual sempre serei um devedor pela possibilidade de ter estudado; minha mãe, Regina, exemplo de carinho, compreensão e força de vontade; e minha namorada, Fernanda, a qual compartilhou comigo o dia a dia desta dissertação e com sua doçura me ajudou a superar esse desafio. Faço igualmente menção aos colegas e amigos com quem tive a honra de compartilhar conhecimentos e os diversos momentos que se estenderam desde a primeira aula do PPGD. Também dedico este trabalho aos meus colegas de escritório, principalmente nas figuras de Luiz e Reinaldo, os quais em todos momentos me deram o suporte necessário para estudar e compreenderam a minha preocupação em conciliar o mundo profissional e o acadêmico.

Por fim, sou grato aos professores da Pontifícia Universidade Católica do Paraná que se dispuseram a me ensinar e orientar nesse processo de transformação que é o Mestrado. Em especial, agradeço ao meu orientador, Prof. Dr. Oksandro Gonçalves, com o qual – apesar da notória divergência sobre função social no direito – tive a enorme honra de percorrer esse caminho.

## RESUMO

A economia é uma ciência social que tem uma visão peculiar para explicar como o homem toma as suas decisões. Mais do que ter a preocupação de descrever a melhor forma de alocar recursos em um ambiente em que eles são escassos, esse campo do conhecimento entende que o homem é um ser racional que reage a incentivos e que sempre realizará as suas escolhas com o intuito de maximizar as próprias preferências. Dentro desse contexto, o direito é compreendido como uma instituição social que exerce especial influência sobre o comportamento humano. Em síntese, os homens valem-se dos incentivos propostos pelo direito para, a partir de suas preferências, maximizar o seu próprio bem-estar. Com esse conceito, fulcral à chamada análise econômica do direito, torna-se possível entender como as pessoas reagem a leis, decisões judiciais e contratos, bem como prospectar o formato que esses objetos jurídicos deveriam ter para melhor atingir os seus fins. Especialmente no que tange aos contratos, a análise sob o ponto de vista econômico apresenta o instituto como uma norma direcionada à conduta esperada dos contratantes e como um mecanismo cujo uso depende do pagamento de custos, os quais podem ser tão altos a ponto de impedir a realização de operações econômicas. No presente trabalho esses conceitos são aplicados ao estudo de um importante segmento da economia brasileira que é a agroindústria avícola, em que a aquisição da matéria-prima pelas empresas de corte junto aos produtores rurais comumente se dá através de um instrumento jurídico conhecido como contrato de integração. A análise econômica desta espécie contratual ajuda a desenhar incentivos que desestimulam o mau cumprimento das obrigações assumidas e que aumentam o resultado obtido pelos contratantes com a negociação. Mais do que isso, a análise econômica do contrato de integração avícola também é útil para avaliar a conformidade dos Projetos de Lei que visam tipificar essa operação jurídico-econômica frente a conceitos de maximização de bem-estar, maximização de riquezas e de eficiência.

Palavras-chave: Economia; Direito; Análise econômica do direito; Contrato; Contrato de integração.

## **ABSTRACT**

Economics is a social science that has a different way to explain how men take their decisions. Besides concerns about describing the best way to keep resources on an environment where these resources are running out, this field of knowledge understands that men are rational, responds to incentives and always make their choices in order to maximize their own preferences. Law is understood as a social institution that exerts some special influence on human behavior. In summary, men use all the incentives that Law proposes to maximize their own welfare, according to their preferences. With this concept, essential to the economic analysis of law, is possible to understand how people react to laws, judicial decisions and contracts in the same way that how these juridical objects should work to better achieve its purposes. The economic analysis, especially concerning contracts, presents this institute as a rule to the contracting parties behavior and as a mechanism that depends on payment, which may be too expensive as to prevent the realization of economic operations. In this work, these concepts are applied on the study of an important segment of the brazilian economy, the poultry agribusiness. In this sector, the acquisition of raw material by the big companies from the rural producers is often made by a juridical instrument that is called "integrated contract". The economic analysis of this contract helps to define incentives that discourage the non-compliance of the obligations taken on the contract and raises the result obtained by the contracting parties with the trading. More than that, the economic analysis of the integrated contract poultry sector is also useful to assess the Bills that aims to regularize this juridical-economic operation in according to concepts of maximization of welfare, wealth and efficiency.

Keywords: Economics; Law, Economic Analysis of Law, Contract, Integration contract.

## APRESENTAÇÃO

Esta dissertação é um trabalho especialmente voltado à análise econômica do direito, seus conceitos e sua metodologia. Esse cerne, no entanto, é aprofundado em direção ao instituto do contrato e, ao final, colocado à prova com o estudo do contrato de integração utilizado na indústria avícola. Tal distribuição é facilmente percebida pela delimitação do conteúdo em três capítulos distintos, cada qual direcionado a um desses objetivos.

O primeiro capítulo tem o título de “análise econômica do direito” e é no qual se encontra grande parte do referencial teórico utilizado no desenvolvimento da pesquisa. Este esforço inicial serve para ilustrar a economia como uma ciência, acima de tudo, comportamental, e que por tal razão é plenamente capaz de não apenas dialogar com o direito, mas também de explicar a relação do homem com ele. Para tanto, depois de um breve retrospecto histórico sobre o estudo conjunto entre direito e economia, são apresentados os três elementares do pensamento econômico propostos por Gary Becker (maximização, preferências e equilíbrio) e seus consectários (racionalidade, eficiência, etc.). Como não poderia deixar de ser, em todos os momentos esses conceitos são devidamente relacionados ao campo jurídico. Com essa construção é possível criar uma base sólida para a definição das dimensões positiva e normativa da disciplina, oportunidade em que, mais do que se replicar o entendimento doutrinário sobre o tema, se propõe uma metodologia específica para o diagnóstico e o prognóstico de objetos jurídicos sob o ponto de vista da economia.

O segundo capítulo utiliza do referencial inicial para explicar um objeto de especial relevância para ambas as ciências: o contrato. Após um raciocínio sobre a figura desse instituto no ordenamento jurídico nacional, no qual são delimitadas quais promessas devem ser cumpridas e quais os remédios jurídicos para o inadimplemento, passa-se a investigá-lo sob um duplo aspecto: contrato como regulamento (contrato-conceito jurídico) e contrato como operação econômica (contrato-conceito operação econômica). Junto à primeira possibilidade é visto de que forma, mediante o uso da economia, o instituto pode ser tornar uma norma de incentivo ao adimplemento das obrigações assumidas pelos contratantes; com o segundo conceito, por sua vez, é estudada a teoria dos custos de transação e como ela é importante à existência de

operações econômicas e à estruturação de empresas que, inevitavelmente, se utilizam de contratos para a realização de seus negócios.

O derradeiro capítulo é direcionado à aplicação da metodologia da análise econômica do direito ao contrato de integração, especialmente quando empregado na indústria avícola. O desenvolvimento desse segmento demandou uma viagem do dissertando à cidade de Medianeira, no interior do Estado do Paraná, onde foi possível conhecer *in loco* a relação de integração e todas as etapas da cadeia de produção de frangos, desde a geração dos pintainhos e criação das aves, até o corte realizado no âmbito da unidade industrial. Com essa experiência foram identificados os principais gargalos da relação negocial, especialmente no que diz respeito às possibilidades de comportamento oportunista e às etapas nas quais existem altos custos de transação. Esse conhecimento foi de grande valia para, em conjunto aos cânones da análise econômica do direito, possibilitar a proposição de sugestões para o aumento de bem-estar e riqueza social gerados pelo contrato firmado entre o integrador e os integrados. Ao final, como a espécie contratual é hoje uma figura atípica no ordenamento jurídico nacional, mas que é objeto de diversas propostas que visam preencher esse vácuo legislativo, o trabalho se vale da metodologia da análise econômica normativa para investigar o projeto de lei 330/2011 e anteprojeto do Código Comercial de autoria do Senado Federal, ambas tentativas de se regulamentar o contrato de integração.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO 1 – ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO .....	4
1.1. SURGIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO .....	4
1.2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS.....	9
1.2.1. MAXIMIZAÇÃO .....	11
1.2.1.1. RACIONALIDADE.....	15
1.2.2. PREFERÊNCIAS .....	17
1.2.3. EQUILÍBRIO .....	22
1.2.3.1. INCENTIVOS .....	28
1.2.3.2. INSTITUIÇÕES .....	30
1.2.3.3. EFICIÊNCIA .....	31
1.3. ANÁLISE ECONÔMICA POSITIVA DO DIREITO .....	39
1.4. ANÁLISE ECONÔMICA NORMATIVA DO DIREITO .....	49
CAPÍTULO 2 - ANÁLISE ECONÔMICA DOS CONTRATOS.....	56
2.1. O CONTRATO.....	59
2.2. ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO-CONCEITO JURÍDICO .....	64
2.2.1. RACIONALIDADE E ASSIMETRIA INFORMACIONAL.....	69
2.2.2. JOGO DO PRINCIPAL E DO AGENTE.....	73
2.2.3. CONTRATO COMO NORMATIVA.....	79
2.3. ANÁLISE ECONOMICA DO CONTRATO-CONCEITO OPERAÇÃO ECONÔMICA .....	87
2.3.1. CUSTOS DE TRANSAÇÃO.....	89
2.3.2. CONTRATOS E ESTRUTURAS DE GOVERNANÇA .....	103
CAPÍTULO 3 – ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO DE INTEGRAÇÃO AVÍCOLA .....	106
3.1. CONTRATO DE INTEGRAÇÃO .....	108
3.1.1. ELEMENTOS ESSENCIAIS DO CONTRATO DE INTEGRAÇÃO.....	112
3.2. CONTRATO DE INTEGRAÇÃO – O PROCESSO DE PRODUÇÃO DE FRANGOS.....	115

3.3. CONTRATO DE INTEGRAÇÃO AVÍCOLA .....	117
3.3.1. COOPERAÇÃO ÓTIMA NO CONTRATO DE INTEGRAÇÃO AVÍCOLA .....	119
3.3.2. CUSTOS DE TRANSAÇÃO NO CONTRATO DE INTEGRAÇÃO AVÍCOLA .....	125
3.4. ANÁLISE ECONÔMICA NORMATIVA DAS PROPOSTAS LEGISLATIVAS DE TIPIFICAÇÃO DO CONTRATO DE INTEGRAÇÃO .....	131
3.4.1. PROJETO DE LEI 330/2011 .....	134
3.4.2. ANTEPROJETO DO CÓDIGO COMERCIAL .....	141
CONCLUSÃO.....	146
REFERÊNCIAS .....	150

## INTRODUÇÃO

A análise econômica do direito pode ser sintetizada como o campo de estudo que propõe a leitura do direito por meio de conceitos e métodos próprios da economia<sup>1</sup>. Diferente do que uma primeira impressão poderia aparentar, essa proposta ultrapassa a mera avaliação dos reflexos econômicos de uma decisão judicial ou de uma lei. Muito embora não se olvide que o sistema jurídico influencia a produção de riquezas em uma sociedade, esta linha de pensamento vai além e tem por principal objetivo apresentar uma explicação de como o homem, considerado como agente econômico, se comporta perante o direito. Trata-se de uma teoria que não apenas avalia as consequências das escolhas humanas, mas também busca explicar o motivo destas escolhas.

Essa perspectiva é possível uma vez que a ciência econômica é acima de tudo uma ciência comportamental. Notadamente, o direito em si não traz respostas sobre o motivo pelo qual as pessoas vivem sob o império da lei, cuja tarefa é relegada às áreas afins, como a sociologia e a filosofia. Pode-se exemplificar que a ciência do direito não tem o condão de justificar o motivo pelo qual algumas leis são cumpridas pelas pessoas e outras não, ou então por que a mudança de uma norma, com o aumento da multa por se dirigir sob os efeitos do álcool, pode ser acompanhada de uma significativa redução no número de mortes em razão de acidentes no trânsito<sup>2</sup>. Essas questões, relativas ao comportamento do homem perante o direito, dependem do estabelecimento de critérios científicos que expliquem a forma com que ele convive em sociedade e como toma suas decisões. Diante dessa necessidade, a proposta da teoria é a de que o relacionamento do indivíduo perante o direito seja explicado pelo espectro do pensamento econômico.

A análise econômica do direito representa, em verdade, apenas uma das possíveis manifestações resultantes da sobreposição dessas diferentes ciências. Direito e economia há muito tempo são estudados em conjunto com o intuito de explicar a estrutura da ordem social, sobretudo diante da hegemonia do capitalismo na história do

---

<sup>1</sup> MACKAAY, E. **Law and economics for civil law system**. Cheltenham: Edward Elgar, 2013, p. 5.

<sup>2</sup> Recente estudo científico concluiu que a redução no Brasil do limite de concentração de álcool no sangue teve um impacto significativo no número de mortes devidas a acidente de trânsito no estado de São Paulo, algo especialmente sentido em locais onde a fiscalização foi reforçada. Nesse sentido: ANDREUCETTI G; et. al. Reducing the legal blood alcohol concentration limit for driving in developing countries: a time for change? Results and implications derived from a time-series analysis (2001-10) conducted in Brazil. **Addiction**, v. 106, 2011, p. 2124–2131.

mundo nos últimos séculos. Nesse sentido, ensina Vital Moreira que o modelo clássico do capitalismo do século XIX pregava a liberdade da empresa e liberdade concorrencial, ambas reduzindo-se a uma ideia geral de liberdade individual e ao valor supremo da iniciativa privada<sup>3</sup>. No entanto, a realidade, diferente da teoria, fez como que as pequenas empresas individuais virassem grandes conglomerados empresariais dominantes de mercado e que fizeram a concorrência desaparecer. Surgiu, por esse motivo, o “capitalismo monopolista”<sup>4</sup>. Principalmente após a primeira guerra mundial, o monopólio apenas se intensificou, o que gerou uma onda reacionária do Estado mediante um maior intervencionismo de controle, direção e participação direta na economia<sup>5</sup>. Como os eventos do início do século XX vieram a mudar as certezas existentes sobre a condução da economia, o direito viu-se compelido a regular as relações praticadas nesse setor. Deu-se início ao fenômeno de criação de diversas normas voltadas àquele mundo antes quase intangível, cujo resultado foi condensado no direito econômico, direito da empresa, direito do trabalho, entre outros. Nesse contexto, passou-se entender que a prevalência do modelo capitalista não seria apenas um fato econômico e político, mas também um fato jurídico<sup>6</sup>.

A análise econômica do direito, por sua vez, representa um movimento inverso, em que o fato jurídico e a lei deixam de ser pertinentes apenas ao direito e passam a ser analisados pela economia. Por isso que uma aproximação inicial à temática a descreve como a investigação do direito por meio de um olhar econômico.

Trata-se de mais um ponto de contato do direito com outras ciências, como ocorre com a sociologia, a antropologia, a psicologia e a filosofia, as quais buscam analisar a ciência jurídica de uma forma que ela própria não poderia fazer. Conceitos como racionalidade, maximização e eficiência, íntimos à economia, são utilizados para ler leis, decisões judiciais e contratos de uma maneira nova, e com isso levar a conclusões que antes não estariam ao alcance de uma solitária visão jurídica.

Essa pretensão interdisciplinar tem, contudo, várias barreiras a serem contornadas. De acordo com Salama, enquanto o direito preza pela oralidade, a economia também se exprime pela matemática; enquanto o direito é hermenêutico, a

---

<sup>3</sup> MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 3ª ed, Coimbra: Centelha, 1978, p. 38-40.

<sup>4</sup> **Ibidem**, p. 48.

<sup>5</sup> **Ibidem**, p. 55.

<sup>6</sup> **Ibidem**, p. 11.

economia é empírica; enquanto a crítica econômica se dá pelo custo, a crítica jurídica se dá pela legalidade<sup>7</sup>. Não obstante, o movimento é considerado como o de maior impacto na literatura jurídica da segunda metade do século XX, tendo surgido primeiro nos Estados Unidos em trabalhos realizados nas Universidades de Chicago e Yale, e depois se espalhado pelo mundo. Em seu país de origem é conhecido por *Law and Economics*, o que torna muito comum a utilização do termo “direito e economia” para referir-se ao mesmo conteúdo tratado por “análise econômica do direito”<sup>8</sup>. Nos países de *civil law* a disciplina vem ganhando cada vez mais visibilidade desde a década de 1980, inclusive no Brasil<sup>9</sup>.

Inserido nesse contexto, este trabalho tem a pretensão de apresentar ao jurista os fundamentos teóricos utilizados para ler o direito pela economia, ciência esta que possui um grande referencial para explicar como o homem realiza suas escolhas no mundo. Ao entender como essa sistemática funciona, se torna possível extrair uma grande gama de conclusões sobre leis, contratos e decisões judiciais (p. ex. se os fins declarados por uma lei são concretizados no mundo dos fatos, e se não são, por quais motivos), e também engendrar mecanismos de mudança do ordenamento jurídico para a construção de uma sociedade melhor. Enquanto a aproximação entre os dois diferentes campos do pensamento é realizada no primeiro capítulo, a continuidade da pesquisa explica o funcionamento da teoria quando aplicada a um dos mais importantes ferramentais da vida moderna: o contrato. Com essa verticalização é possível entender o instituto de uma maneira completamente nova, na qual ele é acima de tudo um incentivo ao comportamento dos contratantes e um importante instrumento para a realização das mais diversas operações econômicas. Ao aplicar esses conceitos ao segmento da agroindústria avícola, a qual utiliza em grande margem do denominado contrato de integração, será possível ter uma noção dos quase desconhecidos benefícios que a economia pode trazer ao direito.

---

<sup>7</sup> SALAMA, Bruno. O que é pesquisa em direito e economia. **Cadernos de Direito GV**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, mar 2008, p. 5.

<sup>8</sup> Este trabalho adota o uso de “análise econômica do direito”. A revisão bibliográfica demonstrou que a utilização de uma ou outra terminologia é discricionária ao autor de cada obra, sem muitas vezes existir a indicação de um critério para a sua escolha. No entanto, “direito e economia” possui em si uma conotação mais ampla do que “análise econômica do direito”, pois nada impede que sob esta alcunha também se investiguem fatos econômicos sob o ponto de vista jurídico, algo que, salvo raros e inevitáveis pontos de contato, foge ao escopo deste trabalho.

<sup>9</sup> SALAMA, Bruno. **Op. cit.**, p. 12

## CAPÍTULO 1 – ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A proposta deste capítulo inaugural é fornecer o sustentáculo teórico necessário para o domínio da análise econômica do direito. Este esforço inicial, que ocupa grande parcela da pesquisa realizada, apresenta o referencial que será utilizado nos capítulos subsequentes do trabalho, bem como tem por objetivo dar substância ao discurso realizado em prol da utilização de critérios econômicos para estudar objetos tradicionalmente jurídicos.

Esta aproximação entre as diferentes ciências é importante uma vez que as premissas teóricas utilizadas, aqui em especial da microeconomia, são em geral estranhas ao conhecimento do jurista. Ademais, muitos dos conceitos podem parecer, à primeira vista, pouco comuns a um tradicional pensamento jurídico, esse último firmado sob um ideal de independência frente a outras áreas do conhecimento humano.

Para buscar aparar estas arestas a construção do raciocínio teórico se dará inicialmente com algumas considerações sobre a motivação que levou à confluência de ciências tão distintas, em um movimento que começou da economia para o direito e depois, a partir da década de 1930, tomou caminho inverso, em início à gênese ao que modernamente se entende por análise econômica do direito.

Em seguida, com amparo no cerne do pensamento econômico proposto por Gary Becker, passa-se a esmiuçar os fundamentos da microeconomia que servem de sustentáculo para a pretendida análise do direito. Com a posse deste conhecimento será possível sedimentar os dois diferentes caminhos de se investigar o direito pela economia, conhecidos como análise positiva e análise normativa.

### 1.1. SURGIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Dentre os economistas clássicos<sup>10</sup>, cujo primeiro e mais reconhecido foi Adam Smith, não é possível encontrar o empenho em teorizar a influência do pensamento econômico sobre as questões jurídicas. Apesar de *Wealth of Nations* ser um tratado filosófico completo<sup>11</sup>, que trata de problemas do bem-estar humano, ética,

---

<sup>10</sup> Reconhecidamente Adam Smith, David Ricardo e Thomas Malthus.

<sup>11</sup> Neste sentido afirma BELL, John Fred. **História do pensamento econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 158.

economia e da própria jurisprudência, não houve qualquer aproximação com aquilo que modernamente se entende por análise econômica do direito. Em verdade, o exame das leis e fatos jurídicos através do olhar econômico somente veio a ter seus primeiros lampejos nos idos da década de 1930 do século XX com a publicação do artigo *The Nature of Firm*, de autoria do economista Ronald Coase. No entanto, esta teoria inaugurada por Coase não pode ser vista como a quebra de um paradigma intelectual em sua época, mas sim a consequência natural da evolução de algumas correntes do pensamento econômico surgidas ainda no século XIX.

A primeira linha com ascendência à moderna análise econômica do direito é a chamada Escola Histórica Alemã, uma corrente crítica à doutrina clássica e que apresentou um novo método de investigação da economia baseado no reexame de todas as fases da vida humana<sup>12</sup>. Seus principais expoentes foram Roscher, Hildebrand e Knies, trio responsável pela conhecida “velha escola”, posteriormente acompanhados por Gustav Schmoller, líder da “escola jovem” e que aprimorou as bases lançadas pelos primeiros<sup>13</sup>. Para os adeptos desta corrente, o estudo da economia não deveria ser estático, mas sim realizado através de uma investigação da evolução do homem em vários campos, como a arte, a literatura, a religião, a linguagem, o comércio, a indústria e o direito. Foi um pensamento hegemônico na Alemanha do século XIX, porém encontrou poucos seguidores em outros países, sendo possível admitir a existência de uma pequena vertente na Inglaterra<sup>14</sup>.

A doutrina da Escola Histórica nunca se tornou dominante no pensamento econômico, tanto que o interesse sobre ela logo se arrefeceu com a aproximação do século XX. Sua importância para a contextualização da análise econômica do direito se deve por possuir relação direta com a construção da chamada Escola Institucional, surgida junto ao ápice do modelo liberal capitalista verificado ao final do século XIX. Na mesma linha em que os pensadores históricos, a teoria institucional foi uma das críticas mais contundentes ao modelo clássico e se fundava principalmente no estudo do comportamento humano sob uma ótica evolucionista. Formulada pelo economista americano Thorstein Veblen, esta linha de pensamento valeu-se de ciências como a psicologia e a antropologia para encontrar respostas que ainda não eram claras aos

---

<sup>12</sup> **Ibidem**, p. 292.

<sup>13</sup> **Ibidem**, p. 195.

<sup>14</sup> **Ibidem**, p. 308.

economistas. Veblen acreditava que o comportamento do homem mostrava uma tendência definida que com o passar do tempo havia se tornado um tipo de padrão aceito, o que se transformou no que ele chamou de uma instituição<sup>15</sup>. As instituições seriam pensamentos dominantes às pessoas, à exemplo de hábitos, costumes e leis, os quais, mesmo que mutáveis com o tempo, serviriam para esclarecer o modo de agir humano frente à economia.

O trabalho da escola institucional foi bastante revolucionário para sua época e, após a morte de Veblen, encontrou voz principalmente nas obras de dois outros economistas americanos: Wesley C. Mitchell e John R. Commons. Especialmente esse segundo, Commons, continuou a escrever sobre as instituições e o comportamento humano, porém o fez sob uma ótica um pouco diversa, pois enveredou-se para a investigação do modo como as decisões dos tribunais e a legislação influenciavam o sistema econômico. Commons, através de sua obra *The Legal Foundations of Capitalism*, de 1924, concebeu que as leis e a jurisprudência garantem a permanência da instituição da propriedade privada e formam um centro em torno do qual gira toda a atividade econômica. Além disso, constatou que a história jurídica mostrava algumas tendências bem definidas por parte dos tribunais para eliminar práticas nocivas às instituições capitalistas<sup>16</sup>.

O período áureo da economia institucional foi a década de 1920 até meados dos anos de 1930, época em que se acreditava que o verdadeiro quadro da economia só poderia ser conseguido pelo exame das instituições<sup>17</sup>. Não por acaso, foi justamente dentro do contexto do pensamento institucional que surgiu um dos mais importantes trabalhos daquele que é conhecido como o precursor da análise econômica do direito, o economista Ronald Coase, expoente da conhecida Escola de Chicago, nos Estados Unidos.

Coase concentrou sua carreira no estudo da microeconomia e foi formulador da conhecida teoria da firma, demonstrada pela primeira vez no artigo intitulado *The Nature of Firm*, publicado em 1937. Nesse trabalho o autor afirmou que a obtenção de um produto através do sistema de mercado deveria considerar mais do que o seu preço, pois, além do valor de troca, em uma negociação existem os chamados custos de

---

<sup>15</sup> **Ibidem**, p. 471.

<sup>16</sup> **Ibidem**, p. 485.

<sup>17</sup> **Ibidem**, p. 490.

transação<sup>18</sup>. Uma firma, para a realização de contratos com outras pessoas, teria custos de pesquisa, informação, negociação e fiscalização, os quais poderiam ser tão altos a ponto de inviabilizar a aquisição de algo através do mercado. Tal possibilidade justifica que firmas, para diminuir custos de transação, aumentem de tamanho e internalizem dentro de si negociações que seriam realizadas em uma estrutura de mercado. Se os custos de transação fossem zero, a opção entre se utilizar do sistema de mercado ou da internalização seria indiferente para a firma, porém, como não o são, a eleição depende dos custos envolvidos em cada uma das duas hipóteses de governança<sup>19</sup>.

O artigo *The Nature of Firm*, ao eleger os contratos como arranjo jurídico determinante na estruturação de uma firma, abriu precedentes na leitura do direito pela economia e, por isso, é reconhecido como o marco inaugural da análise econômica do direito.

Anos mais tarde, já em 1960, o próprio Ronald Coase publicou outro artigo que é conhecido como o divisor de águas no estudo da disciplina. Com base na publicação de *The Problem of Social Cost*, se costuma dividir o movimento em “*old law economics*” e “*new law economics*”<sup>20</sup>. Nessa obra o economista demonstrou que problemas entendidos como resultados naturais do sistema de mercado, como danos ambientais ou a terceiros, supostamente passíveis de solução unicamente por meio da regulação estatal, poderiam ser evitados através de arranjos privados de barganha. Coase afirmou que a análise de uma externalidade do mercado deveria recair não só sobre o problema em si e ao seu causador, mas também sobre todos os efeitos dele decorrentes e os demais envolvidos. Desta forma, concluiu que a intervenção estatal junto ao causador de uma externalidade nem sempre apresenta o melhor resultado à sociedade, podendo haver uma alternativa em que uma negociação entre agentes traga uma melhor alocação dos recursos envolvidos do que a mera responsabilização do promotor do dano.

Aberta a fonte do estudo conjunto entre direito e economia, diversas obras de destaque se seguiram com um aprofundamento cada vez maior sobre a matéria, à

---

<sup>18</sup> COASE, R. H. **The nature of firm**. *Economica*, New Series, vol. 4, n. 16, nov. 1937, p. 390.

<sup>19</sup> EZCURRA RIVERO, Huáscar. Privaticemos la insolvência. **Latin american and caribbean Law and economics association (ALACDE) Annual Papers**, Berkeley Program in Law and Economic, UC Berkeley, 2010, p. 314.

<sup>20</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 59.

exemplo do artigo *Some Thoughts on Risk Distributions and the Law*, do ítalo-americano Guido Calabresi, publicado em 1961. Segundo esse autor, a economia, para ser usada como método objetivo de leitura do direito, poderia ser descrita de uma maneira mais inteligível ao jurista, longe de um comportamento muitas vezes questionável dos economistas de querer afastar a sua compreensão por quem vive no mundo dos homens<sup>21</sup>. Sua pesquisa na disciplina, também lembrada pelo artigo *The Costs of Accidents*, de 1971, foi importante ao sedimentar que o interesse pelo direito não é puramente instrumental a uma melhor compreensão do sistema econômico (como pretendia Coase), mas, ao contrário, os instrumentos econômicos poderiam fornecer uma compreensão totalmente diversa do direito, e isso de forma bem mais robusta que uma simples análise de custo-benefício<sup>22</sup>. De certa forma, pode-se afirmar que enquanto Coase foi um pesquisador que buscava um diálogo com os economistas, Calabresi alcançou sucesso por estar interessado em se fazer escutar por juristas<sup>23</sup>.

Na década de 1970 o debate da disciplina, que já era um dos mais interessantes no cenário jurídico, levou seus holofotes à tese de que o direito deveria ter um fim essencial: a maximização da riqueza social. Esta teoria, verdadeiramente heterodoxa à época, teve seu mais ferrenho defensor no jurista e economista Richard Allen Posner, um dos grandes responsáveis pela respeitabilidade obtida pela disciplina no mundo acadêmico<sup>24</sup>.

Segundo narra Salama, a ideia de eficiência econômica como finalidade maior do direito foi formulada por Posner em uma série de artigos da segunda metade da década de 1970 e consolidada em um livro cujo título é bastante sugestivo, *The Economics of Justice*<sup>25</sup>. Nesta obra, Posner defende ser melhor o direito prezar pela maximização de riquezas do que pela maximização da felicidade do homem, pois aquela cultiva nas pessoas virtudes que devem ser protegidas e que levam ao progresso econômico<sup>26</sup>, bem como fornece bases mais sólidas para uma teoria da justiça

---

<sup>21</sup> CABABRESI, Guido. Some thoughts on risk distributions and the law of torts. **The Yale Law Journal**, v. 70, n. 4, 1961, p. 500.

<sup>22</sup> GREMBI, Veronica. **Guido Calabresi e l'analisi economica del diritto**. Disponível em: <[http://www3.unisi.it/lawandeconomics/simple/041\\_Grembi.pdf](http://www3.unisi.it/lawandeconomics/simple/041_Grembi.pdf)> Acesso em: 21 fev 2014, p. 5.

<sup>23</sup> GREMBI, Veronica. **Ibidem**, p. 28.

<sup>24</sup> MACKAAY, Ejan. **History of law and economics**. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>>. Acesso em: 21 fev 2014, p. 66.

<sup>25</sup> SALAMA, Bruno. **Op. cit.**, p. 27.

<sup>26</sup> POSNER, Richard A.. **A economia da justiça**. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2010, p. 82.

distributiva e corretiva<sup>27</sup>. Anos mais tarde, em um período em que Posner reviu os seus conceitos, passou a confessar que um economista pode prognosticar o efeito das regras legais sobre o valor e a eficiência em seus sentidos técnicos estritos, bem como sobre a distribuição e o ingresso da riqueza existente, mas não pode expedir prescrições irrefutáveis para questões sociais<sup>28</sup>.

A leitura de Posner sobre a análise econômica do direito foi seguida de uma série de trabalhos sobre o tema. Diversos autores – citados neste trabalho, como Williamson, Becker, Cooter e Ullen – passaram a buscar explicar o comportamento humano perante o direito de uma maneira nova, em que ele é direcionado a um agente econômico, isto é, a um ser racional que busca a maximização de sua satisfação e reage a incentivos. Como não poderia deixar de ser, os interessantes debates sobre a teoria fizeram com que a proposta começasse a ser estudada também em outros países, como o Brasil, onde pensadores – como Gico, Cavalli e Timm – deram início ao transporte para a realidade jurídica nacional do raciocínio já consolidado no exterior.

## 1.2. FUNDAMENTOS TEÓRICOS

A análise econômica do direito é o método de investigação que tem como proposta a leitura dos fatos jurídicos e da lei através de premissas teóricas da microeconomia, e com isto explicar as causas e analisar as consequências da relação do homem com o direito. Concebe-se assim que os mesmos princípios que norteiam o raciocínio da economia sejam utilizados para analisar aquilo que é pertinente ao direito, como os contratos, as normas legais e as decisões judiciais.

De acordo com o economista Gary Becker, pelo menos três definições sobre economia são bastante comuns. Economia seria (1) a alocação de materiais úteis para a satisfação de exigências e desejos; (2) o setor de mercado; (3) a alocação de meios escassos em um ambiente concorrencial<sup>29</sup>. No entanto, segundo o próprio Becker, nenhuma dessas definições corresponderia realmente ao que é a economia e ao que um economista faz.

---

<sup>27</sup> **Ibidem**, p. 83.

<sup>28</sup> POSNER, Richard A.. **El análisis económico del derecho**. 2ª ed. Tradução de Eduardo L. Suarez. México: FCE, 2007, p. 42.

<sup>29</sup> BECKER, Gary. **The economic approach to human behavior**. Chicago: Chicago University Press, 1990 [1976], p. 3.

O primeiro conceito seria inválido porque falar que a economia se debruça sobre a alocação de materiais úteis para a satisfação de necessidades – o que é uma definição bastante aceita – deixa de contemplar o fato de que, por exemplo, hoje nos Estados Unidos mais da metade do mercado não se vale de bens tangíveis, mas sim de serviços<sup>30</sup>. Esta definição, que em algum momento do tempo pôde ter sido perfeita, atualmente não é mais adequada.

As duas explicações seguintes, relativas à relação da economia com o sistema de mercado e o envolvimento entre bens escassos e fins concorrenciais são as mais gerais de todas, porém não respondem com exatidão o que é a economia, mas sim definem o problema a ser resolvido por ela.

Como as principais definições sobre o que vem a ser a economia não convencem, Becker explica esta ciência de forma diversa ao considerar que ela é a junção de três elementos indelévels: comportamento maximizador, preferências estáveis e equilíbrio do mercado<sup>31</sup>. Isso significa que as pessoas, indistintamente, têm um anseio de maximizar o seu próprio bem-estar, e o fazem valendo-se de preferências que de certa forma são estáveis conforme o tempo e o espaço. Dadas as preferências e o comportamento maximizador, chega-se a um estado de equilíbrio. Esse seria o coração da economia.

Ao se partir da explicação dada por Becker, também é possível encontrar o núcleo da análise econômica do direito, definido pelos mesmos três elementos. Em síntese, os homens valem-se dos incentivos propostos pelo direito para, a partir de suas preferências, maximizar o seu próprio bem-estar. Com esta ideia é possível elaborar toda uma gama de explicações sobre a relação entre o ser humano e o direito, seja em relação à legislação penal, à proteção ao meio ambiente, às formas de se fazer contratos, ao uso do instituto jurídico do casamento, e mais tantas outras possibilidades já exploradas pela literatura afeta ao tema.

Mesmo que a construção de Becker sobre o pensamento econômico seja adotado como premissa fundamental no presente trabalho, é importante frisar que não há como se beber das principais fontes doutrinárias da análise econômica do direito se, também, não se conceber a economia como a ciência que estuda a satisfação do homem em um ambiente de recursos escassos. Isso quer dizer que a análise econômica não só se

---

<sup>30</sup> **Idem.**

<sup>31</sup> **Ibidem**, p. 5.

vale dos três elementos comportamentais acima citados, como igualmente utiliza de analogias dos objetos estudados pela economia, como mercados e recursos escassos, para explicar a relação entre o homem e o direito. Por exemplo, Richard Posner afirma que analisar o direito através da ótica econômica nada mais é do que simular que as relações jurídicas são realizadas em um ambiente de mercado<sup>32</sup>, em que os recursos são escassos, há oferta, procura e equilíbrio.

Desta feita, passa-se a pormenorizar os três elementares do comportamento econômico e alguns dos seus objetos de estudo, bem como trabalhar a possível relação entre cada um deles e a ciência jurídica. Com a posse deste conhecimento ter-se-á uma base concreta para fundamentar as duas vertentes da análise econômica do direito: a positiva e a normativa.

### 1.2.1. MAXIMIZAÇÃO

O primeiro postulado do pensamento econômico é o de que o comportamento do homem é especialmente voltado à maximização da sua própria satisfação, o que significa dizer que, quando da tomada de decisões, ele sempre valorará o aumento do prazer e a diminuição da dor decorrente de sua ação.

A maximização da satisfação tornou-se um núcleo do pensamento econômico desde que Adam Smith, em sua obra *Wealth of Nations*, concluiu que a riqueza comum é resultado da soma dos interesses individuais das pessoas<sup>33</sup>. Com fulcro nesta ideologia pode-se dizer que o padeiro não faz pães porque existe a necessidade de saciar a fome de seus clientes, mas sim porque visualiza nesta atividade um meio para aumentar a sua satisfação, seja ganhar mais dinheiro, exercer uma vocação, possuir mais tempo livre, ou qualquer outra finalidade, de acordo com as suas preferências. Somente ao maximizar o seu bem-estar é que o padeiro contribui para saciar a fome de terceiros.

O princípio de que as escolhas das pessoas são realizadas com base no aumento da própria satisfação sobreviveu aos intensos debates supérstites ao trabalho de Smith. Mesmo com a forte contraposição de correntes críticas à escola clássica, tal

---

<sup>32</sup> POSNER, Richard. *El análisis...*, p. 44.

<sup>33</sup> SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Nova Cultural, 1985, p. 50.

primado se tornou hegemônico na economia, o que justifica ao economista Gary Becker colocar o pensamento maximizador como parte do coração do comportamento econômico.

Determinar o que vem a ser a “maximização da satisfação” para o indivíduo não é algo simples de se realizar. Existem diversas teorias sobre o assunto que podem ser divididas em categorias, sendo que a adoção de qualquer uma delas significa assumir a divergência advinda de preferências subjetivas ou a exclusão de elementos que poderiam ser considerados importantes. Ronald Dworkin, ao compilar as teorias sobre o bem-estar do homem (compreendida como sinônimo de satisfação), demonstra que a primeira das explicações sobre o que é satisfação engloba aquelas que condizem com o alcance de metas pelo indivíduo; o bem-estar seria o equivalente ao êxito de se saciar vontades<sup>34</sup>. Uma segunda categoria englobaria as teorias que discorrem sobre o bem-estar da consciência, especificamente em relação à maximização da satisfação individual e redução da insatisfação<sup>35</sup>. Para todas as concepções que fazem parte destes grupos o principal problema, de acordo com o autor citado, é que preferências e satisfações dependem de critérios pessoais, o que torna difícil a tarefa de se firmar um conceito uníssono. Em resposta a essa dificuldade existe uma terceira categoria que conceitua a satisfação de maneira objetiva, dentro da qual a principal linha supõe que o bem-estar consiste nos recursos disponíveis para a pessoa<sup>36</sup>. Esta última é uma teoria que insiste que o bem-estar é definido pela disponibilidade de certos tipos de recursos básicos ao indivíduo.

O pensamento econômico não poderia ser completo se, ao alardear a maximização da satisfação do indivíduo, não elegeesse um critério para afirmar quando realmente se chegou à dita “satisfação”. Para tanto, dentre essas opções listadas por Dworkin, o critério da satisfação adotado pela análise econômica do direito vai ao encontro à segunda das categorias de bem-estar, firmada, sobretudo, no teor da doutrina moral utilitarista, formulada pelo filósofo inglês Jeremy Bentham no século XVIII.

A ideia central do pensamento utilitarista, tido por seu idealizador como um critério objetivo capaz de nortear a atividade de todas as pessoas, é a maximização da

---

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 11.

<sup>35</sup> **Ibidem**, p. 13.

<sup>36</sup> **Ibidem**, p. 52.

felicidade, assegurando a indelével hegemonia do prazer sobre a dor. De acordo com Benthan, todos são governados pelos sentidos de prazer e de dor, são eles os “mestres soberanos” e que dizem o que uma coisa é certa ou errada<sup>37</sup>.

Benthan elaborou um conceito de utilidade arraigado justamente no grau de se produzir mais satisfação do que desprazer e aplicou-o às mais diversas atividades, desde a vida cotidiana dos cidadãos até a atuação dos legisladores na criação das leis<sup>38</sup>.

Utilizar do critério utilitarista para as decisões econômicas significa que a escolha do agente será realizada com base na melhor alocação de recursos – mais prazer e menos dor. Independentemente de outras qualidades valorativas das possibilidades colocadas à frente do agente econômico, sua decisão será tomada com base no critério de maximização da satisfação. Em termos extremos, isso quer dizer que se uma pessoa precisar morrer para que outras duas sobrevivam, não há dúvidas de que isso deve ser feito. Não é por isso que a economia deve ser considerada uma ciência imoral, mas que tem no utilitarismo a sua moral, ou, então, uma ciência que preza pela amoralidade. Dessa forma, a economia não tem a preocupação de dizer o que é altruisticamente mais aceito, e sim o que provê a maximização do que é interessante ao sujeito, diminuindo o que não lhe agrada.

Esta leitura nua do pensamento econômico leva à seguinte indagação: até que ponto é possível utilizar do mesmo raciocínio para a investigação do direito? A justiça do jurista não é aquela que provê a melhor alocação de recursos às pessoas, mas sim aquela que estabelece a equidade com base em conceitos sociais sedimentados, independente de considerar se isso trará maior ou menor geração de riquezas. Trata-se de uma contraposição à análise econômica e uma forma de refutar a proposta trazida pela disciplina, pois, como a economia usa de premissas bastante heterodoxas sobre o que vem a ser efetivamente justo, seria impossível aplicar o direito por meio do raciocínio econômico.

As críticas quanto ao uso do utilitarismo no direito são robustas e merecem ser contraditadas. Para tanto propõem-se dois valiosos critérios que sobrevivem ao ataque à visão de maximização do bem-estar utilizada na economia.

O primeiro raciocínio em amparo à disciplina reside no fato de que a análise econômica não tem a pretensão de ser um critério soberano. Apesar de apresentar

---

<sup>37</sup> Michael. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 6ªed. Rio de Janeiro: Civilização, 2012, p. 48.

<sup>38</sup> **Ibidem**, p. 49.

resultados poderosos, a avaliação do direito com base em conceitos econômicos não tem a ambição de ser critério último para a aplicação, interpretação ou criação do direito. Em verdade, a análise econômica do direito apresenta-se como mais um método investigativo que pode apresentar ao jurista um cenário mais amplo de sua realidade, a partir do qual terá condições de realizar suas escolhas de maneira mais fundamentada e adequada. Sob esse ponto de vista, pode ocorrer de o jurista ter a sua disposição diversos caminhos que aparentemente são indiferentes, mas que com a aplicação do critério econômico poderá visualizar (e então optar) por aquele que atende a esse critério maximizador.

A segunda linha de defesa da análise econômica é a de que a maximização arraigada no pensamento econômico não necessariamente se confunde com dinheiro ou bens materiais. Nem mesmo pode se dizer que a maximização do prazer individual se confunde com interesses egoísticos, visto que pode ocorrer de a satisfação de uma pessoa ser a promoção do bem-estar de terceiros (filho, pai, mãe, irmão), ou mesmo que o interesse individual seja privilegiar justamente interesses altruísticos (sociedade)<sup>39</sup>.

Uma vez que o comportamento econômico não é pautado pela maximização de bens materiais, mas sim pelo aumento da satisfação conforme as preferências do indivíduo, a análise econômica pode se valer de um vetor normativo que é socialmente aceito no direito. Ao invés de se analisar como as leis podem aumentar a riqueza das pessoas, a análise econômica pode ser direcionada, por exemplo, ao combate à pobreza e à diminuição de acidentes de trânsito, resultando em algo não tão heterodoxo ao tradicional pensamento jurídico.

Tal afirmação significa entender que a análise econômica pode se valer de um alinhamento entre o critério utilitarista e a moral finalística, resultando em algo não tão heterodoxo ao tradicional pensamento jurídico. Chama-se de finalística (ou teleológica) a interpretação do objeto jurídico a partir do fim social que ela almeja. O direito seria um meio adequado para se atingir um fim desejado. Segundo esse critério, a justiça existe quando se alcança a um propósito, uma finalidade previamente estabelecida e que representa o que se deveria esperar do direito. Vale-se aqui de uma derivação do pensamento moral aristotélico, segundo o qual a justiça está assentada sobre a descoberta do *telós* de uma prática social (palavra grega que significa propósito,

---

<sup>39</sup> Ressalva-se que mesmo quando o indivíduo age em prol da satisfação alheia, o faz porque assim maximiza o que lhe é propriamente interessante.

finalidade ou objetivo) e a compreensão das virtudes que ela deve primar<sup>40</sup>. Exemplo da teoria finalista é o que se deve esperar de uma lei de combate à fome (otimizar a distribuição e acesso a alimentos), de uma lei de combate à corrupção (diminuir os casos de corrupção ativa e passiva), de um contrato empresarial (aumentar os lucros das partes contratantes) e de uma decisão judicial condenatória (ser cumprida integralmente pela parte condenada).

A fim de sobreviver à crítica existente sobre o uso do pensamento utilitarista, a análise econômica pode privilegiar e maximizar um *telós* que socialmente se preza no direito, como a distribuição e a equidade. Assim, o jurista deve tratar primeiro de estabelecer qual o resultado maior que um objeto jurídico (uma norma jurídica, por exemplo) deve alcançar, e então utilizar da análise econômica para se descrever como potencializar essa finalidade.

Portanto, feitas tais ressalvas, tem-se que o comportamento maximizador pode perfeitamente adequar-se ao pensamento jurídico, sem que isso resulte na assunção de que o aumento de bem-estar do homem deva ser construído à custa da destruição da justiça social. Em verdade, a proposta passa muito longe disso.

#### 1.2.1.1. RACIONALIDADE

Como consequência do postulado maximizador, o pensamento econômico também assume que o indivíduo não toma suas decisões de maneira aleatória, mas que em todas as circunstâncias da vida busca o aumento da própria satisfação de maneira racional.

Entretanto, o comportamento racional do homem, ainda mais quando aplicado ao campo do direito, não escapa de severas críticas, em especial porque não descreve adequadamente o modo de agir das pessoas. Certamente não é possível conceber que as pessoas, em todos os momentos e em todas as situações, avaliam de forma calculista as variáveis incidentes sobre as possíveis escolhas e tomam a decisão que maximiza o seu bem-estar. O próprio fato de assumir essa proposta como absoluta seria irracional, de modo que algumas ressalvas devem ser feitas.

---

<sup>40</sup> SANDEL, Michael. **Op. cit.**, p. 233.

A primeira delas é a de que é possível conceber que os homens são intencionalmente racionais, mas apenas limitadamente assim<sup>41</sup>, ou seja, o agente econômico usa de uma racionalidade para a tomada de decisões, porém ela é limitada pela quantidade de informações que ele dispõe sobre a sua realidade. Tal conceito assume que o indivíduo é racionalmente voltado à maximização, mas também é limitado por não possuir todas as informações ou condições necessárias a perseguir esse objetivo. Nesse contexto, quando aparentemente a família, a firma, ou qualquer indivíduo, não provê a melhor alocação de recursos em suas decisões, não se afirma que eles são irracionais, mas sim que existiram custos, monetários ou psíquicos, que inviabilizaram a coleta de informações para a tomada da melhor decisão<sup>42</sup>. Com esta ressalva admite-se que o homem não é onisciente, porém que seria capaz de angariar mais conhecimento para tomar as suas decisões, mas não o faz porque existem custos que inviabilizam essa coleta de dados que o aproximaria de um julgamento mais próximo da onisciência. Portanto, para os economistas as decisões tomadas com base em informações incompletas também são racionais quando os custos de se adquirir mais informações superam os benefícios de se tomar uma decisão melhor. A racionalidade limitada do homem é certamente um cenário mais próximo à vida mundana, razão pela qual é o conceito sobre o qual se constrói o pensamento econômico e, igualmente, se utiliza quando da análise econômica do direito.

A segunda ressalva é a de que o comportamento racional não diz respeito ao estado mental do agente que faz a escolha, mas sim à escolha propriamente dita. É esta última que deve dizer-se racional. Nesse sentido, esclarece Posner que a racionalidade é a disposição a escolher, consciente ou inconscientemente, um meio apto para atingimento de um fim<sup>43</sup>. Contudo, não supõe onisciência, nem consciência do agente que faz a escolha, pois o comportamento do homem é racional quando se conforma com o modelo de escolha racional, qualquer que seja o estado mental de quem escolhe<sup>44</sup>.

Com a atenção a essas reservas, pode-se afirmar que a teoria do comportamento racional certamente não reflete toda a complexidade da natureza humana, porém, como premissa de investigação científica, mostra-se bastante útil para o

---

<sup>41</sup> WILLIAMSON, Oliver. **As instituições econômicas do capitalismo**: firmas, mercados relações contratuais. São Paulo: Pesco, 2012, p. 41.

<sup>42</sup> BECKER, Gary. **Op. cit.**, p. 7.

<sup>43</sup> POSNER, Richard. **El análisis...**, p. 44.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 26.

estudo do comportamento do homem. A racionalidade é para a economia assim como são as leis de Newton para a física, pois, apesar de serem abstrações simplificadas da realidade, servem para explicar diversos fenômenos<sup>45</sup>.

### 1.2.2. PREFERÊNCIAS

A próxima grande peça do quebra-cabeça do comportamento econômico são as preferências, um dos pilares para se compreender como o ser humano se relaciona com a vida e o direito. Para a economia, quando o homem busca a maximização do seu bem-estar não necessariamente se está falando em bens materiais, como dinheiro, joias ou imóveis, podendo ele estar propenso a abrir mão de riquezas tangíveis para alcançar bens intangíveis, como o ócio, o prazer sexual ou momentos de lazer. A escolha do que deve ser maximizado depende, portanto, das preferências de cada agente, razão pela qual elas são fundamentais ao estudo da análise econômica. Conforme afirma Becker, estas preferências exercem influência sobre os aspectos fundamentais da vida, como saúde, prestígio, prazer sexual, benevolência, enfim, coisas que nem sempre têm relação com o mercado<sup>46</sup>.

Na esteira da colocação de Dworkin sobre as teorias do bem-estar, a subjetividade é algo inerente ao pensamento utilitarista, pois quando se fala em maximização de prazer e diminuição de dor, cada pessoa, grupo ou cultura terá um conceito diferente sobre o assunto. Justamente por esse motivo é importante afirmar que a ciência econômica não tem o condão de investigar o subconsciente humano e as nuances existentes nas vontades das pessoas. A noção de preferências para a economia é mais objetiva, é voltada ao fator de utilidade dos objetos em razão do tempo e do espaço.

Desta forma, o pensamento econômico não se presta a explicar por que meninos gostam de azul e meninas de rosa, por que asiáticos consomem insetos como iguarias e americanos não, ou mesmo o motivo pelo qual o amor é fator preponderante para dois jovens se casarem sem, por vezes, considerarem uma futura solidez financeira. Essas questões não podem ser respondidas isoladamente pela economia, pois estão

---

<sup>45</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>46</sup> BECKER, Gary. **Op. cit.**, p. 5.

muito mais ligadas às áreas de outras ciências, como a neurologia, a psicologia e a antropologia. Muito embora a própria construção do raciocínio econômico sobre preferências tenha se pautado nesses campos de estudo, é importante aceitar que uma visão ampla sobre o conceito de vontades das pessoas não pode ser tida por uma única linha de pensamento humano.

Apesar desta ressalva, o conceito de preferências para a economia é suficientemente hermético a ponto de definir com exatidão o movimento que os indivíduos fazem para satisfazer suas necessidades e buscar a maximização de seu bem-estar.

Para começar a entender as preferências segundo a economia, parte-se do princípio de que elas são pautadas pelo grau de utilidade do objeto, mas que também recebem grande influência do preço, da disponibilidade de recursos dos agentes, do tempo e do espaço.

O indivíduo é possuidor de uma pauta de preferências que é definida pelo critério de maior utilidade, que nada mais é do que a capacidade de suprir uma necessidade. Metaforicamente, pode-se dizer que a necessidade é um vazio na vida do homem, sendo que, quanto maior esse vazio, maior será a utilidade do objeto que pode supri-lo. A utilidade de um copo d'água para alguém que está há dois dias no meio do Deserto do Atacama é maior do que a utilidade para alguém que está ao lado de uma fonte que jorra água. Os benefícios da água são os mesmos para ambos, mas a necessidade do primeiro é maior do que a necessidade do segundo. Assim, quanto maior a necessidade do indivíduo, maior a utilidade do objeto que virá a supri-la.

Percebe-se que o início de toda preferência é uma carência, isto é, a escassez, algo que falta ao ser humano e lhe induz a buscar algo que possua utilidade. Imagine-se que alguém queira vender para um homem adulto uma boneca de pano, e ainda que esse homem não possua qualquer parentesco com uma criança ou que pense em alguém para presentear com o brinquedo. Notadamente, o objeto não faz parte das preferências desse homem uma vez que não há em sua realidade qualquer carência por bonecas. Por esse motivo, pode-se prospectar com certa margem de certeza que ele não tem por que diminuir os seus recursos – dinheiro – em troca da obtenção do objeto. Imagine-se agora que o então vendedor desista de vender a boneca e a ofereça gratuitamente para o homem. Novamente há como se presumir que o homem recusará o

brinquedo, pois mesmo que o preço do produto seja zero, ainda sim ele não verifica qualquer carência/utilidade no bem. Situação completamente diversa seria se o homem tivesse uma pequena filha que em alguns dias fará aniversário e gostaria de receber o presente. No âmago de presentear a criança, há na vida do indivíduo um espaço que pode ser utilmente preenchido com a boneca de pano que lhe foi oferecida.

Com esse exemplo simples tem-se claramente que a partir do momento em que o ser humano verifica uma carência em sua realidade nasce a preferência pela obtenção de algo que possua a utilidade correspondente.

No entanto, dois fatores são essenciais à definição da preferência do homem: tempo e espaço. Valendo-se novamente do exemplo do homem que está perdido no Deserto do Atacama, de nada vale para ele um bote salva-vidas no meio do nada, o que poderia ser diferente se o mesmo homem, anos depois, estivesse envolvido em um naufrágio no meio do oceano atlântico.

Isso leva a assumir que para o pensamento econômico as preferências humanas são estáveis em tempo e espaços determinados, bem como são variáveis à medida que o cenário temporal e espacial se modifica. Por exemplo, o mercado para a venda de chapéus era bastante movimentado há cem anos, porém é algo um tanto quanto arrefecido no tempo presente. Como era peça comum ao vestuário masculino – e também ornamento à moda feminina – havia no início do século XX grande procura por chapéus, o que levava à disposição das pessoas em usar de parte de sua renda para suprir a carência pelo produto<sup>47</sup>. Consequentemente havia maior incentivo para que as empresas de confecção produzissem mais chapéus, isto até que se chegasse a um nível de equilíbrio em que toda a produção seria consumida e que toda demanda seria atendida. Com o passar do tempo os chapéus continuam a ser uma peça do vestuário, porém de forma não tão usual como outrora. A demanda diminuiu na mesma medida em que a carência/utilidade também se modificou no tempo, o que foi seguido de perto pela produção vez que, frente à menor demanda, também foi reduzida em escala até se atingir um novo ponto de equilíbrio.

---

<sup>47</sup> O exemplo reafirma que pouco importa ao pensamento econômico o motivo pelo qual surge a necessidade para o homem. Aqui é indiferente a razão pela qual as pessoas precisam do objeto, seja vaidade, ostentação ou conforto, sendo relevante apenas que há a carência e ela deve ser suprida por um recurso útil, no caso, chapéus.

O mesmo raciocínio sobre tempo e espaço serve para a análise econômica, inclusive quando voltada ao direito, pois o uso do pensamento econômico deve necessariamente coletar dados sobre as carências verificadas em determinado momento e lugar para, então, propor incentivos à maximização do objeto útil que virá a satisfazer as pessoas.

Além desses critérios elementares sobre as preferências, também é preciso observar que na vida real as pessoas não possuem apenas uma carência que precisa ser satisfeita, mas sim inúmeras, e também podem buscar supri-las não por uma única alternativa, e sim por várias vias diversas.

Para a economia todas as preferências das pessoas, ou seja, tudo aquilo que elas gostariam de obter para suprir suas carências, podem ser exemplificadas como se estivessem em uma cesta de preferências<sup>48</sup>. Esta cesta é composta por diferentes bens que, somados, preenchem as necessidades e levam a pessoa à completa satisfação. Diante de todos os desdobramentos que esse conceito possui, explicando diversos fenômenos do ramo da microeconomia, para o momento é importante descrever as limitações da restrição orçamentária às pessoas, bem como a taxa marginal de utilidade.

Como visto, nascida a carência, nascerá a preferência por um objeto que tenha utilidade. Diante da fome nascerá a preferência por comida; com a ausência de roupas nascerá a preferência por peças de vestuário; pela necessidade de locomoção a grandes distâncias nascerá a preferência por um carro. Acontece que as pessoas não têm apenas uma carência por vez, mas sim diversas delas que coexistem e que gostariam de ver satisfeitas. As necessidades dos homens são infinitas, mas, por outro lado, os recursos para satisfazê-las são escassos.

As pessoas enfrentam limitações para a satisfação de suas preferências, o que se diz quando há ausência de tempo, pouco dinheiro ou a falta de qualquer outro recurso escasso que poderia ser trocado por bens úteis. A essa limitação de recursos pelas pessoas dá-se o nome de restrição orçamentária<sup>49</sup>. Por esse motivo, por mais que as pessoas tenham uma grande cesta de preferências, ela deverá ser composta por uma distribuição de bens que caibam em seu orçamento. Esse conceito, que é importante

---

<sup>48</sup> “Cesta de preferências” na economia também é comumente denominada de “cesta de mercado” e “pacote”. Neste sentido: PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. São Paulo: Pearson, 2010, p. 63.

<sup>49</sup> PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Op. cit.**, p. 75.

componente para a compreensão do efeito causado pelos preços nas pessoas, explica até que ponto elas têm capacidade de ir para satisfazer as suas preferências.

Outro conceito importante é a chamada taxa marginal de utilidade, o que na economia é uma expressão para representar o nível de utilidade da unidade adicional de algo<sup>50</sup>. Por exemplo, ser proprietário de um carro é mais útil para o sujeito do que não ser de nenhum, da mesma forma possuir dois carros é melhor do que ter apenas um, e assim sucessivamente, porém, a taxa de utilidade de cada novo bem é sempre decrescente em relação ao anterior (cada novo carro tem uma utilidade menor ao sujeito do que o anterior teve). Outro exemplo é dizer que a capacidade do segundo copo d'água de saciar a sede de alguém não é tão grande quanto a do primeiro, assim como o terceiro copo já terá uma taxa de utilidade marginal menor que o segundo.

Diante da taxa marginal de utilidade decrescente, a tendência do comportamento humano é a de que o homem se valha de sucessivos objetos úteis até que chegue a um nível de saturação, em que a utilidade de um novo bem seja igual a zero. Esse raciocínio leva a dizer que, como cada unidade marginal tem um benefício menor que o anterior, somente será válido obter essa unidade até o momento em que os benefícios equivalerem aos custos.

Para o caso da água, significa que alguém irá beber tantos copos quanto necessários até que se chegue ao momento em que o próximo não saciará sua sede mais do que o último. Um exemplo menos trivial é o de que uma empresa investirá em segurança até o ponto em que os custos marginais forem iguais aos benefícios marginais. No momento em que cada real investido deixar de equivaler a outro economizado pela empresa (p. ex. com possíveis indenizações), ela deixará de investir em segurança.

Segundo Gico, as pessoas incorrerão nos custos de desenvolver certa atividade até o ponto em que a unidade adicional desta conduta trazer mais benefício (ganho de utilidade) do que o seu custo. Segundo o autor, trata-se inclusive de uma forma de verificar a racionalidade da conduta, pois uma pessoa será racional quando continua a desenvolver uma atividade enquanto ganha com isto<sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Op. cit.**, p. 80.

<sup>51</sup> GICO JR., Ivo. **Metodologia e Epistemologia da análise econômica do direito**. Disponível em: < [http://abde.com.br/portal/pt/eventos/iii-abde/palestras-e-papers/doc\\_details/54-metodologia-e-epistemologia-da-analise-economica-do-direito](http://abde.com.br/portal/pt/eventos/iii-abde/palestras-e-papers/doc_details/54-metodologia-e-epistemologia-da-analise-economica-do-direito) > Acesso em: 21 fev 2014, p. 30.

No direito, a taxa marginal de utilidade possui diversas aplicações. Um primeiro exemplo é o uso desse raciocínio para a aplicação da responsabilidade civil a empresas fornecedoras de bens e serviços no mercado. Como no caso há pouco citado sobre a empresa que precisa investir em segurança, decisões judiciais proferidas nos Estados Unidos já entenderam que, se não houver, no mínimo, uma equivalência entre gastos de prevenção e a média das condenações indenizatórias (isto é, um nível em que a TMU seja zero), constata-se a negligência do fornecedor e, portanto, o dever de indenizar<sup>52</sup>. Outro exemplo, tratado em grande medida a partir do segundo capítulo deste trabalho<sup>53</sup>, é visto na análise econômica dos contratos, em que um contratante terá a tendência a descumprir uma obrigação assumida até o ponto em que a utilidade do inadimplemento for maior que o seu custo.

### 1.2.3. EQUILÍBRIO

A síntese do comportamento econômico proposta por Becker se completa com a ideia de equilíbrio de mercado. Isso significa dizer que há uma tendência inafastável ao comportamento humano de reagir ao movimento de oferta e procura, gravitando em direção a um ponto de equilíbrio. Como se verá a seguir, esse movimento é o principal responsável pela composição do preço, que é o grande incentivo à conduta humana.

Ao economista clássico Adam Smith cabe o reconhecimento de ter sido o primeiro a teorizar que as coisas úteis e escassas tinham dois conceitos de valor (um de uso e outro de troca)<sup>54</sup>. Segundo os conceitos estabelecidos em *Wealth of Nations*, enquanto o valor de uso era intrínseco a cada pessoa, o valor de troca se dava com a soma dos custos de produção (trabalho, renda e lucro), de modo que, quando o preço dos objetos econômicos equivalia à soma dos custos para produzi-los, ter-se-ia o chamado *preço natural*, que para Smith era um ponto de equilíbrio<sup>55</sup>.

---

<sup>52</sup> PORTO, Antonio José Maristrello. Análise econômica da responsabilidade civil; in: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 183 – 184.

<sup>53</sup> Ver item 2.2.2.

<sup>54</sup> Sobre a evolução do pensamento econômico e a teoria do preço: BELL, John. **Op. cit.**, p. 153.

<sup>55</sup> Smith, Adam. **Op. cit.**, p. 83.

O conceito, no entanto, evoluiu com as doutrinas subsequentes à economia clássica<sup>56</sup>, ao ponto que, modernamente, o valor de troca de um objeto (preço) é dissociado do seu valor de produção<sup>57</sup>. Isso não quer dizer que a oferta de um produto por preço inferior à soma dos custos de produção seja algo comum, porém, mesmo assim, podem existir hipóteses em que o produtor se utilize desse artifício com fins outros que não o lucro, como, por exemplo, na tentativa de promover um novo produto no mercado.

Os custos de produção deixaram de ser a pedra de toque para o equilíbrio econômico para dar lugar a outra justificativa, conhecida como lei de oferta e procura. Não que outras causas exógenas a esse movimento não sejam relevantes, mas certamente a interdependência entre a oferta e a procura tornou-se o conceito principal para a determinação do preço.

Esse movimento tão importante para a economia – e por consequência à análise econômica do direito – pode aqui ser exemplificado com um modelo simplificado de um mercado de aluguel de apartamentos em uma pequena cidade universitária<sup>58</sup>.

Imagine-se que nessa cidade diversos estudantes vindos de outras localidades buscam apartamentos para alugar. Há, no entanto, dois tipos de apartamentos: os que se localizam nas adjacências do *campus* universitário, e aqueles situados a uma maior distância, em um perímetro mais afastado. Embora iguais em sua estrutura, esses apartamentos estão dispostos em dois círculos tendo a universidade como centro, os mais próximos perfazem o círculo interno, e os mais afastados o círculo externo. No caso de se escolher o segundo tipo de apartamentos, mais distantes, os estudantes terão que percorrer um longo caminho, por vezes no frio ou na chuva, ao ponto que no primeiro há possibilidade de caminhar apenas alguns poucos metros, sem maiores dificuldades. Dado esse cenário como premissa, cabe perguntar quem irá morar em cada um dos círculos e a que preço, ou seja, em que situação o mercado estará em equilíbrio.

---

<sup>56</sup> As teorias histórica, socialista, neoclássica e institucional são exemplos de correntes supérstites ao pensamento clássico.

<sup>57</sup> BELL, John. **Op. cit.**, p. 153

<sup>58</sup> Modelo baseado em: VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: conceitos básicos. Tradução Maria José Cylar Monteiro e Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 2.

Para responder a essas questões, um modelo econômico pode ser construído com base na descoberta sobre quem tem preferência por morar no círculo interno e qual o valor disposto a pagar por esse conforto, supondo que aquelas pessoas que não conseguirem morar no local terão como opção residir no círculo externo.

A construção do modelo parte dos dois primeiros elementos do pensamento econômico propostos por Becker (maximização e preferências), incluindo, logo em seguida, o conceito de equilíbrio ora trabalhado. O cerne do comportamento econômico já exposto afirma que as pessoas maximizam a sua satisfação com fulcro em suas preferências. Assim, os universitários, com a carência de acompanhar as atividades acadêmicas, claramente veem nos apartamentos do círculo interno um aumento de seu bem-estar, pois não precisarão se deslocar em grandes distâncias para chegar ao *campus*, evitando sofrer com eventos climáticos e ganhando tempo para uso em outras atividades.

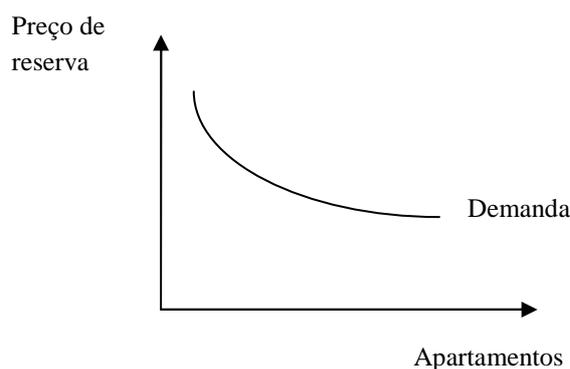
Com o estabelecimento de que a preferência é pelos apartamentos do círculo interno, deve-se perguntar a todos os possíveis locatários qual a quantia máxima que cada um estaria disposto para alugar um imóvel no local. Suponha-se que um dos universitários, seja pelo motivo que for, é o que mais deseja um apartamento próximo ao *campus* e está disposto a pagar R\$ 500,00 mensais como aluguel. Desta forma, se apenas uma pessoa estiver disposta a pagar esse valor e o preço dos aluguéis dos apartamentos no círculo interno for exatamente R\$ 500,00, apenas um dos imóveis será alugado. Nesse caso, todos os demais imóveis próximos ao *campus* permaneceriam vazios e os demais universitários iriam morar no círculo externo.

Com o mesmo raciocínio, se o segundo valor mais alto que um universitário estivesse disposto pagar fosse R\$ 490,00, e os preços dos aluguéis no círculo interno fossem R\$ 499,00, ainda assim seria alugado apenas um apartamento. O mesmo número de locações continuaria se o preço fosse R\$ 498,00, R\$ 497,00, e assim sucessivamente, até que se oferecesse um imóvel por R\$ 490,00. Nesta hipótese seriam alugados dois apartamentos, um por R\$ 500,00 e outro por R\$ 490,00. Apenas dois apartamentos seriam alugados até que os preços alcançassem o valor que a terceira pessoa com mais disposição a morar no círculo interno estivesse disposta a pagar, e assim por diante.

A esta margem que as pessoas estão dispostas a pagar para a obtenção de alguma coisa dá-se o nome de “preço de reserva”<sup>59</sup>, que significa o limite até o qual estão propensos a dispor por um objeto que esteja de acordo com suas preferências. No exemplo citado, se o preço pretendido pelos locadores dos apartamentos for  $p^*$ , serão alugados tantos imóveis quanto forem os universitários com “preço de reserva” igual ou maior que  $p^*$ . Aqueles universitários que estiverem dispostos a pagar no mínimo  $p^*$  morarão no círculo interno, enquanto todos os demais se contentarão com o círculo externo<sup>60</sup>.

Esta tendência revela que quanto menor o preço dos alugueis, mais pessoas terão o preço de reserva equivalente ao pretendido pelos locadores, fazendo com que mais apartamentos sejam alugados.

**Figura 1.1**



Com a figura 1.1 percebe-se que a “curva da demanda” será decrescente na mesma proporção em que diminui o preço de reserva das pessoas, assim como mais apartamentos serão alugados à medida que o valor dos alugueis cair. Tal relação demonstra a inevitável predileção das pessoas a agirem de forma inversamente proporcional ao aumento dos preços. O efeito que os preços causam nas pessoas e a importância desse pensamento para a análise econômica do direito, serão tratados adiante, quando se trabalhar a ideia de incentivos.

Sedimentado como funciona basicamente a “curva da demanda”, passa-se a elucidar como se dá o movimento de oferta no mercado e a consequente fixação dos preços, o que será feito ainda sob o exemplo dos apartamentos para universitários.

<sup>59</sup> VARIAN, Hal R. **Op. cit.**, p. 4.

<sup>60</sup> **Idem.**

Antes, contudo, é preciso fazer a observação de que a hipótese aqui utilizada tem por premissa um mercado de concorrência perfeita, o que traz consigo certas condições que, na maioria das vezes, não condizem com a realidade. Nesse modelo de mercado parte-se do princípio de que os locadores são independentes e competitivos, buscando, pela ideia de maximização, obter maior remuneração possível pelos seus imóveis. Em idêntica forma, os locatários são bem informados sobre os preços cobrados pelos locadores, podendo fazer suas escolhas de forma completamente racional e assim satisfazer suas necessidades pelo menor preço disponível. Tal mercado de concorrência perfeita é uma construção abstrata da economia (seria o cenário ideal) e que dificilmente encontra semelhante na realidade, e isso pelos mais diversos motivos, como as interferências institucionais, o monopólio artificial, a racionalidade limitada, entre outros, mas, mesmo assim, é modelo útil para ilustrar corretamente o funcionamento do comportamento humano como agente econômico.

Esta ressalva é importante para determinar que na hipótese do mercado de imóveis na cidade universitária o preço que será cobrado pelos locadores (preço de equilíbrio) será o mesmo para todos os apartamentos. Isso porque, ao se imaginar que existam dois tipos de preços, altos ( $pa$ ) e baixos ( $pb$ ), qualquer locatário que pague  $pa$  pode buscar no mercado um locador que esteja disposto em alugar um bem idêntico por  $pb$ , e então oferecer para ele qualquer valor entre  $pa$  e  $pb$ . Nesta circunstância, tanto o universitário terá um benefício, pois pagará menos pelo imóvel, quanto o novo locador, visto que maximizará a remuneração obtida com o seu imóvel. Tal observação justifica que, em um mercado de concorrência perfeita, a cobrança de preços diferentes pelo mesmo bem não se sustenta.

Dado esse contexto, o equilíbrio depende de se utilizar de um método parecido àquele visto para se desenhar a curva da demanda, ao ponto que, nesse caso, deve-se visualizar o número de apartamentos disponíveis no mercado e então se perguntar a que preço todos os imóveis seriam alugados diante do preço de reserva dos estudantes.

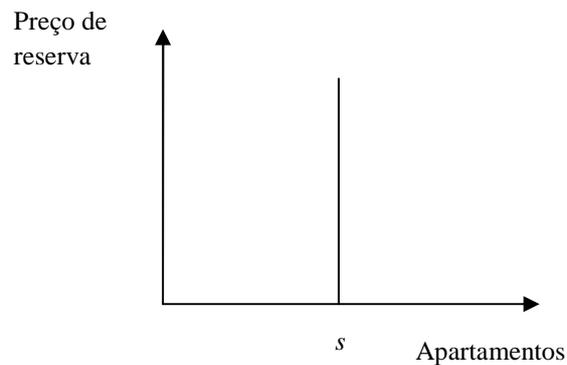
Para o exemplo proposto, propõe-se que, em determinado momento do tempo<sup>61</sup>, em que o número de apartamentos disponíveis no círculo interno da cidade

---

<sup>61</sup> Assim como para as preferências, os critérios de espaço e tempo são fundamentais para a determinação da oferta de produtos. No exemplo da cidade universitária, de um período de tempo para outro pode ocorrer a inauguração de novos empreendimentos, ou mesmo a venda de imóveis que antes estavam para

universitária seja estável, existam “ $s$ ” imóveis aptos para locação. Consoante a Figura 1.2, ao colocar-se esta informação no modelo ela apresenta um linha vertical representante do número de apartamentos disponíveis.

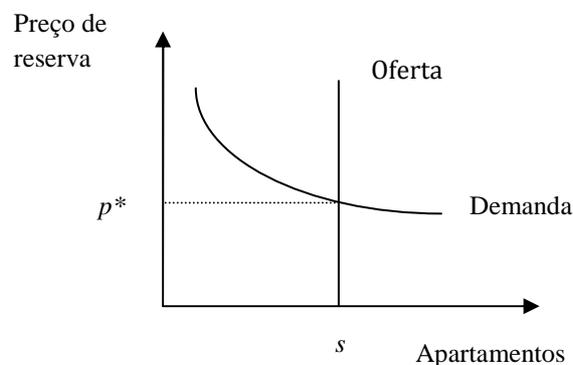
**Figura 1.2**



Para se chegar ao ponto de equilíbrio, em que todos os imóveis sejam alugados a um preço que os universitários estejam dispostos a pagar, basta colocar ambas as informações no mesmo modelo, tal qual realizado na Figura 1.3.

Conforme se infere da figura abaixo, há certo ponto da linha “ $s$ ” em que ocorre a intersecção com a curva da demanda, que é justamente a representação do momento em que o número de apartamentos ofertados coincide com a última pessoa que, considerada uma distribuição segundo o valor de reserva, conseguirá alugar um apartamento.

**Figura 1.3**



---

locação. Em ambas as hipóteses, a linha da oferta se movimentará, para a direita ou para a esquerda, respectivamente.

Desse modo, se o valor dos aluguéis for  $p^*$  todos os apartamentos serão alugados, visto que há pessoas com preço de reserva suficiente para pagar a remuneração pretendida pelos locadores. Por outro lado, se o valor dos aluguéis for superior a  $p^*$ , não haverá pessoas em número suficiente para alugar todos os imóveis e restarão alguns ociosos. A terceira possibilidade é a de que o preço seja inferior a  $p^*$ , o que também é indesejável, pois propiciará um excesso de demanda por um recurso escasso, hipótese em que muitas pessoas, apesar de terem preferência pelo bem no círculo interno, não terão acesso ao imóvel pretendido. Posto isso,  $p^*$  é entendido como o valor de troca que representa o equilíbrio de mercado.

No modelo, todas as pessoas que conferirem ao apartamento localizado no círculo interno a importância equivalente a  $p^*$  morarão no local, de modo que todas as demais pessoas buscarão uma residência no círculo externo da cidade universitária.

Esse exemplo representa o funcionamento da *lei da oferta e da procura*, cujos movimentos gravitam em direção a um ponto de equivalência, tendência conhecida como equilíbrio de mercado. Segundo Becker, esse movimento também traz consequências bem claras à vida das pessoas: (1) o aumento de preços diminui a demanda por alguma coisa; (2) o aumento de preços aumenta a oferta por alguma coisa; (3) mercados de concorrência são melhores que mercados monopolistas; (4) a existência de taxas às atividades faz diminuir o seu exercício, como impostos sobre a gasolina diminuem o seu consumo e penas sobre crimes (taxas) reduzem o seu cometimento<sup>62</sup>.

Essas conclusões são fundamentais para o entendimento de um dos mais importantes postulados para o pensamento econômico e, também, à análise econômica do direito. Trata-se da estrita relação que existe entre o homem e os incentivos, a ser tratada no próximo tópico.

#### 1.2.3.1. INCENTIVOS

Posner afirma que o conceito de homem como ser racional implica em dizer que as pessoas respondem a incentivos, entendidos como circunstâncias que, se colocadas a uma pessoa de forma tal que aumente sua satisfação, ele agirá assim<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> BECKER, Gary. **Op. cit.**, p. 6.

<sup>63</sup> POSNER, Richard. **El análisis...**, p. 26.

Nesta esteira, custos são entendidos como incentivos para que as pessoas tenham determinada conduta. Quanto menores eles forem, mais condutas daquela natureza serão realizadas, sendo que o inverso também é verdadeiro, quanto maiores os custos, mais óbices ao agir humano.

Esse conceito é extremamente importante à análise econômica, pois a disciplina tem por principal característica considerar o direito como um conjunto de normas que estabelece custos e benefícios para os agentes, os quais pautam seus comportamentos em função de tais incentivos<sup>64</sup>. O direito é, assim, um arcabouço de regras e princípios com conteúdo normativo que direciona o agir das pessoas, ou seja, é uma fonte de incentivos.

A existência de custos postos pelo direito para incentivar condutas é a mesma que norteia, por exemplo, o conceito de extrafiscalidade do direito tributário. A extrafiscalidade consiste no uso de instrumentos tributários para obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins e a realização de outros valores<sup>65</sup>. Esse é um claro exemplo de custos introjetados pelo direito para alterar a conduta das pessoas, pois nota-se que o tributo passa a ter a função de ser um incentivo para se fazer alguma coisa (incentivo positivo) ou para não se fazer algo (incentivo negativo). Caso clássico é a alta taxaçaõ das bebidas alcoólicas e da indústria fumageira, visto que o Estado tem preferência por diminuir a demanda por esses produtos.

Outro exemplo é a análise econômica do direito penal, visto que a cominação de penalidades aos atos considerados ilícitos é visto como um incentivo negativo para que eles não sejam praticados. Partindo do princípio de um mercado perfeito, ou seja, em que existam órgãos eficientes para a promoção da persecução penal e em que os agentes sejam racionais, entende-se que os possíveis infratores não cometerão os ilícitos se a vantagem vislumbrada com o ato for menor que o custo de suportar a penalidade imposta pelo Estado<sup>66</sup>. Todo o raciocínio é construído com base no princípio da maximização, em que os agentes tomam suas decisões com base no aumento do prazer em oposição à diminuição de dor, representada pelos custos impostos pelo direito.

---

<sup>64</sup> GICO JR., Ivo. **Op. cit.**, p. 16.

<sup>65</sup> ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. **Revista de Direito Público**, v. 23, n. 93, 1990, p. 233.

<sup>66</sup> COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 476.

### 1.2.3.2. INSTITUIÇÕES

A partir do conceito de incentivos normativos, o direito é visto como componente de um ambiente institucional que influencia diretamente o modo de agir das pessoas em todos os campos das suas vidas. O termo *instituição* é um dos mais importantes pressupostos da análise econômica do direito, pois é ele que explica a função da lei como indutora de comportamentos ao homem em um ambiente de mercado.

Como visto, a origem do estudo das instituições surgiu junto ao ápice do modelo liberal capitalista verificado ao final do século XIX, através da chamada Escola Institucional, capitaneada pelo economista americano Thorstein Veblen. As instituições seriam pensamentos dominantes às pessoas, à exemplo de hábitos, costumes e leis, os quais, mesmo que mutáveis com o tempo, serviriam para esclarecer o modo de agir humano frente à economia.

Muito embora a Escola Institucional tenha perdido sua força a partir da década de 1930, foi uma importante fonte inspiradora para o desenvolvimento da análise econômica do direito. Tanto é assim que uma das vertentes da disciplina é conhecida como Nova Economia Institucional. Desenvolvida a partir dos trabalhos do economista Oliver Williamson, a Nova Economia Institucional parte de uma crítica à corrente tida como “tradicional análise econômica do direito”, representada nos trabalhos de Richard Posner. Segundo essa corrente, a visão tradicional se valeria dos principais elementos da economia neoclássica para estudar o direito, os quais, porém, seriam dissociados da realidade mundana<sup>67</sup>.

Em sentido diverso, Stajn e Zylberstajn afirmam que a Nova Economia Institucional seria baseada na influência que as instituições exercem sobre o direito e a economia, bem como entende que as organizações, cujo termo serve para denominar de forma mais adequada as empresas, não têm apenas uma função de produção, mas sim a representação de um modo de governança, a qual vai muito além do senso comum das empresas como “firmas”<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio. *Análise Econômica do Direito e das Organizações*; in \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_ (org.). **Direito & economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 11.

<sup>68</sup> **Ibidem**, p. 13.

De uma forma ou de outra as instituições passaram a ser insígnia fundamental da análise econômica do direito, até porque Richard Posner, em resposta à crítica levantada por Williamson, afirmou que não é verdadeira a afirmação de que a linha “tradicional” desconsidere a importância das instituições<sup>69</sup>.

O mais adequado conceito do termo é aquele formulado por Douglass North, para quem as instituições são as normas de interação entre indivíduos e que em geral representam uma restrição para os agentes<sup>70</sup>. É o que se define como as “regras do jogo”, criadas pelo homem para estabelecer ordem e reduzir a incerteza<sup>71</sup>.

As instituições jurídicas, por sua vez, são aquelas normas de interação impostas pelo Estado, elaboradas através de processo legislativo específico e que compreendem a constituição, as leis, os regulamentos, entre outros. Instituições jurídicas são instituições formais, diferentes de outras normas de conduta de caráter informal, como os costumes, a religião e a moral. Se instituições são as “regras do jogo”, instituições jurídicas são as “regras legais do jogo”.

As instituições funcionam com o direito da mesma forma que com a economia, criando mecanismos de coordenação que restringem as necessidades, as preferências e as escolhas dos atores econômicos, podendo-se dizer que a ação individual não é soberana, mas é influenciada pelas instituições formais e informais<sup>72</sup>. Nesse contexto o direito é tido como elemento do complexo institucional e que tem o poder de influenciar – através de incentivos normativos – o comportamento humano em sociedade.

### 1.2.3.3. EFICIÊNCIA

Para atuar sobre a natureza e extrair dela os suprimentos de que necessita, o homem sempre se defrontou com a limitação de seus recursos produtivos<sup>73</sup>. Mesmo a água potável, as florestas e os minérios, encontrados em grande abundância em razão

---

<sup>69</sup> **Ibidem**, p. 10.

<sup>70</sup> NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, p. 304

<sup>71</sup> SALAMA, Bruno M.. Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North. In: DIMOULIS, Dimitri (Org.). **Estado de direito e o desafio do desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 29.

<sup>72</sup> STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio STAJN, Raquel. **Op. cit.**, p. 3

<sup>73</sup> ROSSETI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 20ª ed. – 3. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2006, p. 207.

dos bilhões de anos que perfazem a formação do planeta, hoje são entendidos como bens que não estarão disponíveis para sempre. Estas coisas, que são escassas, úteis ao homem e que podem ser transmitidas de uma pessoa para outra, são compreendidas como bens econômicos<sup>74</sup>. O próprio ar, essencial à existência da vida humana, tem se tornado um recurso escasso, o que paulatinamente leva-o a se tornar um bem econômico. Basta constatar a negociação de créditos de carbono e a comercialização de oxigênio para ser inalado pelos residentes em centros urbanos altamente poluídos para se ver que não se trata de nenhum exagero.

Em contraposição à limitação de recursos, as necessidades e as aspirações sociais parecem ser ilimitadas. Segundo Rosseti, verifica-se que em todas as sociedades modernas as unidades familiares demandam mais e melhores produtos, as organizações exigem equipamentos de mais alta sofisticação, e os governos, ao seu turno, se veem às voltas com a pressão para propiciar melhor infraestrutura social e econômica, além de mais e melhores serviços<sup>75</sup>.

A inafastável realidade de que os recursos são escassos e as necessidades intermináveis faz com que a ciência econômica tenha por finalidade demonstrar qual o cenário social ou organizacional que melhor distribui esses recursos de acordo com as preferências dos agentes econômicos. O fim maior da ciência econômica é, portanto, demonstrar qual o arranjo social ou organizacional mais *eficiente*, aquele que mais atende as necessidades humanas e da melhor forma.

Ao momento em que a economia descreve a eficiência, o faz essencialmente sob dois aspectos: *eficiência produtiva* e *eficiência alocativa*<sup>76</sup>. A primeira delas, eficiência produtiva, refere-se à ausência de capacidade ociosa, padrões ótimos de desempenho e de organização do processo produtivo<sup>77</sup>. A segunda modalidade, alocativa, é uma questão de escolha dos bens que serão produzidos, relevada a limitação dos meios, a multiplicidade de fins e a priorização dos objetos que devem ser

---

<sup>74</sup> NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 32-33

<sup>75</sup> ROSSETI, José Paschoal. **Op. cit.**, p. 207.

<sup>76</sup> Ressalva-se que a bibliografia utilizada se vale do termo “eficácia alocativa” para descrever o fenômeno da melhor escolha econômica, no entanto, por uma questão etimológica, entende-se mais adequada a utilização da expressão “eficiência alocativa”, tal como os economistas já o fazem para a “eficiência produtiva”. Justifica-se que o termo “eficácia” sob o ponto de vista jurídico-dogmático diz respeito à capacidade de algo de produzir efeitos (NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 43), enquanto eficiência está mais relacionado à forma de se produzir efeitos.

<sup>77</sup> ROSSETI, José Paschoal. **Op. cit.**, p. 191.

alcançados<sup>78</sup>. Considerados os dois vieses, pode-se entender que eficiência econômica é se valer da melhor escolha e realiza-la em um nível máximo de desempenho.

A ideia de eficiência, produtiva e alocativa, está intimamente ligada a outros dois conceitos que igualmente perfazem a essencialidade do pensamento econômico: os custos de oportunidade e o movimento dos bens em direção a quem lhes dá maior valor.

O primeiro conceito é o *custo de oportunidade*, também conhecido como *trade off*. Notadamente, a ideia de escassez motiva as pessoas a terem que fazer escolhas, pois não há recursos para que todos usufruam de tudo ao mesmo tempo. Exemplos são diversos, como o que se fazer com o dinheiro e quais bens de consumo comprar com ele, ou mesmo de que forma utilizar o próprio tempo, tal como a escolha entre se passear em um parque ou estudar em uma biblioteca, visto que não é possível estar em dois locais ao mesmo tempo.

A escassez dos bens impõe à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excludentes, é a contraposição entre o que é feito e aquilo que, por consequência, deixa de ser feito. Assim, toda escolha pressupõe um custo, um *trade off*, que é exatamente a segunda alocação factível mais interessante para o recurso, mas que foi preterida<sup>79</sup>. Esse custo é chamado de custo de oportunidade.

O conceito sobre o custo de oportunidade está de acordo com o pressuposto da racionalidade econômica e da maximização, ou seja, o agente econômico faz uma escolha racional na medida das informações que dispõe e sempre irá primar por aquilo que mais lhe trazer satisfação. Dessa forma, maximizar a satisfação significa que a escolha do agente econômico será melhor do que se optasse por qualquer outra alternativa disponível, especialmente a segunda melhor alternativa, a qual seria o custo de oportunidade da escolha realizada.

Caso o custo de oportunidade fosse inferior à utilidade da opção escolhida, ela não poderia ser dita como a melhor, e então haveria uma tendência para que o agente realizasse um movimento de mudança para a segunda alternativa, antes preterida<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> **Ibidem**, p. 192.

<sup>79</sup> GICO JR., Ivo. **Op. cit.**, p. 22.

<sup>80</sup> Exemplos peculiares são encontrados nos trabalhos sobre a análise econômica do casamento. Quando do matrimônio o agente econômico claramente escolhe o seu cônjuge, é a sua escolha, pressupondo-se que ela seja melhor que o seu custo de oportunidade, que seria a segunda melhor pessoa com quem ele poderia se casar. Com o passar do tempo, imagine-se que o agente angaria mais informações sobre a pessoa com quem contraiu matrimônio e dá-se conta de que seria melhor ter casado com a segunda pessoa, ou seja, percebe que o custo de oportunidade é menor do que a escolha realizada. Caso os custos

Realizar o cotejo do custo de oportunidade e optar pela escolha racional, ou seja, a melhor, equivale a promover a eficiência alocativa.

Esta descoberta leva a mais um derivado importante do raciocínio econômico, que é a tendência dos bens irem de quem lhes dá menor valor para quem lhes valoriza mais. Esse conceito, em conjunto ao custo de oportunidade, auxilia a explicar a persecução da eficiência para a economia.

Imagine-se que uma pessoa é proprietária de um diamante, ao qual, se pudesse mensurar a utilidade que o objeto lhe proporciona, daria o valor hipotético de R\$ 1.000,00. Sem maior importância, sugere-se que essa utilidade leve em consideração o prazer da contemplação ao diamante, sem que o seu proprietário (aqui chamado de “A”) lhe empregue maiores usos. Há, contudo, uma segunda pessoa que busca presentear a sua esposa com a joia valiosa. Dada a necessidade de agradar o cônjuge e a preferência por aquele objeto, bem como observada uma elasticidade orçamentária, supõe-se que essa segunda pessoa (aqui chamada de “B”) confere ao diamante o valor de R\$ 1.200,00, ou seja, R\$ 200,00 a mais que “A”. De acordo com os princípios da maximização, da preferência e do equilíbrio, pode-se afirmar que se “B” fizer uma proposta para “A”, oferecendo qualquer valor entre R\$ 1.000,01 e R\$ 1.200,00, a propriedade do diamante será transmitida para “B”, que é aquele que lhe dá mais valor<sup>81</sup>.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado ao modelo dos apartamentos da cidade universitária, antes utilizado para demonstrar o funcionamento da lei da oferta e demanda. Diferente do que a primeira vez em que foi apresentado<sup>82</sup>, imagine-se que agora há uma norma institucional da universidade que impede a utilização do sistema de livre mercado para a distribuição dos imóveis. Ao invés de se alugar os apartamentos conforme disposição dos estudantes em pagar o valor do aluguel, esta norma afirma que deverá ser feito um sorteio para estabelecer quem irá morar no círculo interno e quem deverá fazer o mesmo no círculo externo.

---

de transação (divórcio, filhos, bens, estigma social) sejam baixos, há uma tendência para que o agente mude a sua escolha e busque se casar com a pessoa inicialmente preterida.

<sup>81</sup> O exemplo do diamante utiliza de um modelo em que os custos de transação para a transferência da propriedade são iguais a zero. Adiante o caso é retomado em um novo modelo em que são considerados os custos de transação.

<sup>82</sup> Ver item 1.2.3.

Aplicada a norma da universidade e realizado o sorteio, pode ocorrer de algumas pessoas que gostariam de morar próximas ao *campus* universitário terem que morar no círculo externo, assim como pessoas que eram indiferentes quanto ao local do apartamento acabarem sendo sorteadas para alugar um imóvel no círculo interno. Nesta situação, pressupondo que após o sorteio é possível a sublocação dos imóveis entre os estudantes, haverá uma tendência à ocorrência de negociações entre os universitários até que todos aqueles que estão dispostos a morar no círculo interno residam perto do *campus*, e aqueles que são indiferentes subloquem seus apartamentos e se dirijam ao círculo externo.

Para demonstrar esse cenário, exemplifica-se que após a distribuição dos apartamentos um universitário (“A”) receba o direito de locar um apartamento no círculo interno por R\$ 500,00, que é exatamente a utilidade que ele confere a morar perto ao *campus*. Uma segunda pessoa (“B”), que em face da realização do sorteio foi desafortunada e terá que residir no círculo externo, estaria disposta, dadas suas preferências, a pagar R\$ 700,00 para morar no apartamento de “A”. Existiria um nítido ganho se “B” pagasse para “A” qualquer quantia entre R\$ 500,01 e R\$ 700,00 para que houvesse a sublocação do imóvel localizado perto do *campus* e ambos mudassem de residência. Ambos sairiam ganhando, visto que o primeiro ficaria satisfeito por receber um valor acima da utilidade que ele confere ao imóvel para o qual foi sorteado e o segundo poderia exercer a sua preferência de morar perto da universidade.

Note-se que nos dois exemplos – diamante e apartamentos – enquanto não fossem realizadas as transações entre “A” e “B”, restaria pendente uma situação que maximizaria a satisfação de todas as partes envolvidas, algo que não é compactuado pela ciência econômica. O segundo momento apresentado, em que diamantes e apartamentos são trocados, era o custo de oportunidade dos sujeitos “A” e “B” antes de realizada a troca. Como em ambos os casos a situação pretérita não era tão proveitosa quanto ao seu custo de oportunidade, a expectativa natural era de que os negócios fossem realizados. Se os sujeitos não agirem assim, não estão se comportando racionalmente, o que somente poderia ser justificado pela ausência de informações dos envolvidos sobre o cenário em que estão inseridos.

Uma segunda consideração a ser tecida é quanto à riqueza social gerada com as negociações, algo que é estreitamente ligado ao conceito de eficiência produtiva.

Conceitualmente a eficiência produtiva é alcançada quando, além de não existirem recursos ociosos, esses operam no máximo de seus potenciais. Quando se chega a esse limite, não é possível aumentar a produção pelo uso de recursos que tenham permanecido ociosos (visto que eles já se encontram plenamente empregados), nem pela reorganização do modo pelo qual os recursos estão sendo utilizados (pois o sistema já opera à máxima capacidade)<sup>83</sup>. Da leitura dos exemplos, enquanto não realizadas as negociações entre as partes envolvidas, não seria criada nenhuma riqueza para a sociedade, visto que a soma das utilidades conferidas pelos agentes após as trocas é maior do que aquela verificada no *status quo*. Esta constatação é semelhante a se identificar subutilização de recursos escassos, algo contrário à perseguida eficiência produtiva.

Antes da transferência do diamante para quem lhe dava mais valor, o objeto tinha uma utilidade representada por R\$ 1000,00 para “A” e de R\$ 1.200,00 para “B”. A soma de todas as riquezas envolvidas nesse caso (riqueza social) era R\$ 2.200,00. Ao se sugerir que a transação tenha sido realizada por seu valor máximo, R\$ 1.200,00, após a transferência do bem para “B”, esse continuará lhe dando o valor de R\$ 1.200,00, mas agora “A” terá R\$ 1.200,00 em dinheiro, de forma que a soma das riquezas envolvidas agora será R\$ 2.400,00. O mesmo raciocínio pode ser aplicado para o exemplo da sublocação dos apartamentos, posto que, após a realização do contrato entre os universitários, a riqueza social verificada será R\$ 1.400,00, à medida de anteriormente era R\$ 1.200,00<sup>84</sup>.

A partir do momento em que os bens encontram-se dispostos da forma a maximizar a riqueza social, diz-se que eles estão sendo utilizados em seu máximo desempenho, alcançando a finalidade da eficiência produtiva.

Em consonância com esses conceitos, o italiano Vilfredo Pareto traçou novos paradigmas sobre o campo da microeconomia, tendo o seu reconhecimento devido, em grande margem, à teorização de um critério para a identificação da eficiência econômica, conhecido como a Eficiência de Pareto.

---

<sup>83</sup> ROSSETI, José Paschoal. **Op. cit.**, p. 191.

<sup>84</sup> Independente do valor que o universitário “B” pagar para sublocar o apartamento de “A” a riqueza social gerada com a transação será R\$ 1.400,00. Se “B” estava disposto a dispor de até R\$ 700,00 para morar no círculo interno, mas “A” aceita uma quantia de R\$ 650,00, o produto da riqueza social será composto pela soma do valor recebido por “A” (R\$ 650,00), da utilidade do apartamento para “B” (R\$ 700,00) e da parcela de desconto que ainda encontra-se sob a propriedade deste último (R\$50,00). A mesma ressalva vale para o modelo do diamante.

Pareto, partindo do princípio de que os bens são transferidos de quem os valoriza menos a quem lhes dá mais valor, estabeleceu que uma mudança econômica é eficiente quando, depois da nova atribuição de bens, alguém fica em situação melhor do que anteriormente, sem que ninguém fique pior<sup>85</sup>, isto é, a tese é lastreada na ideia de eficiência alocativa.

Quando, em uma mudança no arranjo econômico, alguém atingir melhor situação sem que ninguém fique pior, diz-se que ela é *pareto eficiente*. No momento em que todas as alterações econômicas forem realizadas, sem que seja possível uma nova modificação que atenda ao critério de eficiência de Pareto, concebe-se esse cenário como sendo *pareto ótimo*, entendido como o melhor arranjo econômico possível, sem que se possa realizar qualquer outra mudança pareto eficiente.

A negociação havida entre o proprietário do diamante e aquele que buscava presentear a sua esposa é eficiente segundo o critério proposto por Pareto. No modelo, ambos os envolvidos melhoraram a sua situação anterior, sem que nenhum retrocedesse a seu *status quo*. O mesmo pode ser afirmado em relação aos universitários em busca de imóveis, porém esse caso carece de uma atenção mais acurada.

Em uma visão estrita entre o universitário que vivia no círculo externo e dava mais valor ao círculo interno que aquele que havia sido sorteado para residir no local, a lógica da troca entre eles é a mesma do exemplo do diamante, porém o caso ganha outro contorno quando se visualiza o conjunto de estudantes, e não apenas dois deles. Quando considerados todos os locatários dos círculos interno e externo, a negociação havida entre “A” e “B” é eficiente segundo Pareto, mas somente se atingirá o estado de Ótimo de Pareto quando todos os universitários que dão mais valor ao círculo interno conseguirem alugar os imóveis. No momento em que não for mais possível realizar qualquer transação entre os universitários, sem que alguém vá morar no círculo interno sem trazer uma perda àquele que vá sublocar o bem, ter-se-á um arranjo que atende ao conceito de Ótimo de Pareto.

A validade do critério de Pareto para a descrição da eficiência econômica não significa que ele seja incólume a críticas. Para Posner, o fato de o critério exigir que para uma pessoa ganhar outra não pode perder, ou que as duas devam ganhar alguma coisa, por vezes privará um dos envolvidos de atingir a sua satisfação máxima (pois, ao

---

<sup>85</sup> STAJN, Raquel. Law and economics; in: \_\_\_\_\_; ZYLBERSTAJN, Décio (org.). **Direito & economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 76.

fazer isso, traria – na hipótese – um prejuízo para outrem)<sup>86</sup>. Nesse sentido, ao se utilizar desse conceito, o resultado será um arranjo econômico que poderá não estar adequado ao princípio da maximização da satisfação e da eficiência produtiva.

A segunda objeção à utilização do critério de Pareto seria a de que ele possui pouca aplicação no mundo real, visto que os efeitos de transações não se resumem às partes diretamente envolvidas, pois podem atingir terceiros, nem que seja em relação à influência no preço de demais bens<sup>87</sup>. Desta forma, o critério seria pouco útil uma vez que deixa de considerar uma visão mais ampla dos impactos econômicos.

Em resposta às ditas limitações da teoria paretiana, um segundo critério proposto para avaliação da eficiência é o desenvolvido pelos economistas Nicholas Kaldor e John Hicks, responsáveis pelo conhecido critério Kaldor–Hicks. Segundo esse conceito, que parte do modelo utilitarista proposto por Bentham, sugere-se que o arranjo econômico deve prover o máximo de bem-estar ao maior número de pessoas<sup>88</sup>.

Exemplo trazido por Posner, defensor do critério Kaldor–Hicks, esclarece que, após uma transação, em que haja o aumento do bem-estar de duas pessoas (mensurado, por exemplo, em 100), ela será eficiente se os danos causados a terceiros (se houver dano), forem menores que os 100 gerados de felicidade<sup>89</sup>. Trata-se de uma lógica utilitarista que não considera o indivíduo, mas sim a coletividade.

O critério de eficiência proposto por Kaldor–Hicks, também denominado como “superioridade potencial de Pareto”, apresenta uma lógica de compensação, pelo qual os ganhadores poderiam compensar aos perdedores. A grande dificuldade, nesse caso, seria adotar uma medida única para compensar bens da vida diversos. Em realidade, trata-se da mesma crítica intrínseca à moral utilitarista de Jeremy Bentham<sup>90</sup>.

Para esse momento, independente do critério sobre eficiência que venha a ser adotado, entende-se que o direito, como exemplo de intuição formal que movimenta recursos no mundo, também deve compartilhar dessa lógica. Por que dessa afirmação e como fazer isso são questões a serem elucidadas nos dois próximos tópicos.

---

<sup>86</sup> POSNER, Richard. **El análisis...**, p. 39.

<sup>87</sup> **Idem.**

<sup>88</sup> STAJN, Raquel. Law and economics; in: \_\_\_\_\_; ZYLBERSTAJN, Décio (org.). **Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 76.

<sup>89</sup> POSNER, Richard. **El análisis...**, p. 40.

<sup>90</sup> Ver item 1.2.1.

### 1.3. ANÁLISE ECONÔMICA POSITIVA DO DIREITO

Muito embora o movimento em estudo tenha surgido em 1930 e ganhado força na segunda metade do século XX, o livro *Principles of Political Economy*, de Malthus, publicado em 1820, contém um exemplo bastante interessante da função da norma jurídica como incentivo ao comportamento humano, conceito fulcral da leitura do direito pela economia.

Thomas Robert Malthus foi um clérigo que se debruçou sobre as dificuldades econômicas da Inglaterra do início do século XIX, cujo trabalho concentrou especial atenção à relação entre economia e população. Foi de Malthus a previsão de que logo se chegaria a um estado de caos em face da ausência de alimentos para a população, visto que, enquanto o número desta crescia geometricamente, a capacidade produtiva das lavouras aumentava em ritmo aritmético. Com esse cenário, a contenção do aumento populacional era um mote que deveria ser observado pelos governos.

Por sua vez, o que hoje poderia ser encarado como uma análise econômica do direito foi a relação por ele traçada entre a influência das Leis dos Pobres, vigentes na Inglaterra no começo do século XIX, e o comportamento dos homens em direção ao indesejável aumento populacional.

Para Malthus, as Leis dos Pobres concediam a praticamente todo indigente inglês o direito de assistência, o que por ele era considerado um erro crasso. O economista defendia que a legislação encorajava os beneficiários a nada fazerem por si próprios, antes esperando que a sociedade por eles tudo fizesse. Criticava que havia a suavização do sofrimento individual à custa de tornar o sofrimento generalizado. Dessa forma, com a garantia da assistência do Estado ou da paróquia, as leis tenderiam a encorajar, ou, pelo menos, a não desencorajar o casamento entre as pessoas, e por consequência o aumento populacional<sup>91</sup>.

Não obstante o equívoco da previsão apocalíptica de Malthus, o que é importante nessa passagem é a preocupação do economista com dois elementos de suma importância: o objetivo que deveria ser primado pela norma jurídica e a leitura da lei como um incentivo à conduta dos homens.

---

<sup>91</sup> BELL, John Fred. **Op. cit.**, p. 182.

No exemplo citado haveria uma nítida dissociação entre o fim declarado pela lei e o efeito causado na sociedade. As Leis dos Pobres tinham por escopo prestar uma assistência mínima às pessoas sem condições de sobreviver por si próprias, porém, segundo Malthus, não incentivavam a mudança desse quadro, pelo contrário, encorajavam as pessoas a continuar vivendo à custa do Estado. Com o conforto resultante da legislação, os indigentes teriam condições de ter mais filhos que também precisariam de alimentos, o que era um bem cada vez mais escasso. O resultado de tudo seria o sofrimento generalizado em prol do prazer de poucos.

A análise realizada por Malthus no início do século XIX aplica, mesmo que não propositalmente, diversos conceitos econômicos, como a reação a preços, as preferências, a racionalidade e a maximização, para concluir que a norma jurídica vigente não atendia à finalidade de sua existência, assim como não era eficiente, pois o ganho dos contemplados não compensava o prejuízo dos demais. Trata-se de uma *descrição* da realidade de um objeto jurídico (no caso, uma lei) com base em premissas econômicas, o que é conhecido como análise econômica positiva do direito.

A análise positiva equivale a se realizar um diagnóstico do cenário posto, isto é, representa a intenção de explicar as regras e os resultados legais tal com são, em lugar de trocá-los para torná-los melhores<sup>92</sup>, tanto que também chega a ser referida como análise econômica descritiva do direito<sup>93</sup>. Distingue-se da análise normativa na proporção de que uma refere-se *ao que é* (positivo) e outra *ao que deve ser* (normativo). A primeira proposição está relacionada a um critério de verdade e a segunda a um critério de valor<sup>94</sup>. Uma distinção útil reside na constatação de que a análise positiva importa no diagnóstico do passado ou do presente, enquanto a análise normativa é um prognóstico do futuro. Como a análise normativa será mais bem delimitada adiante, cabe no momento aprofundar o raciocínio sobre o viés positivo.

O diagnóstico econômico da realidade proposto pela análise positiva é iniciado com uma indagação. Conforme ensina Salama, quando se olha, por exemplo, para uma norma jurídica existente, o jurista deve se perguntar: “ela atinge os seus objetivos declarados?” Para responder a tal questão é preciso apelar para algum

---

<sup>92</sup> POSNER, Richard. **El análisis...**, p. 57.

<sup>93</sup> SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 2.

<sup>94</sup> GICO JR., Ivo. **Op. cit.**, p. 17.

ferramental descritivo, no caso a microeconomia, para entender se os arranjos institucionais conduzirão às consequências prometidas<sup>95</sup>. Em certo sentido, esta é a função da análise econômica positiva do direito: verificar a pertinência entre meios e fins normativos<sup>96</sup>.

O argumento central da proposta é o de que os conceitos microeconômicos são úteis para a análise do direito<sup>97</sup>, de modo que a economia se transforma na fonte de critérios que serão adotados pelo investigador para responder se o objeto jurídico estudado atende aos fins pretendidos (efetividade) e se utiliza os recursos envolvidos da melhor maneira possível (eficiência).

Posto isso, para se realizar uma análise econômica positiva é preciso primeiro encontrar qual é a finalidade perseguida pelo objeto jurídico estudado (p. ex. lei, contrato ou decisão judicial) e então analisar, com o uso das premissas econômicas, como o homem reage aos incentivos propostos por esse objeto. A conclusão dessa exegese será a resposta sobre se há pertinência entre meio e fim.

A primeira tarefa, que é descobrir qual a finalidade pretendida pelo objeto jurídico, talvez seja a menos árdua, podendo ser realizada de duas maneiras distintas, uma com a visualização do fim explícito, outra com a interpretação do meio jurídico escolhido.

Nesse sentido, a primeira possibilidade é resultado do exercício de uma experimentação finalística, conforme visto em tópicos anteriores<sup>98</sup>. Nesse caso cabe ao jurista olhar para o objeto e perguntar o que deveria ser atingido com ele, qual o seu escopo, qual o motivo da sua existência. Essa é a forma de se obter o elemento teleológico do objeto com a observação do próprio fim explícito.

Uma segunda maneira de olhar para a tarefa, mas que privilegia a descoberta do elemento teleológico através da leitura do meio utilizado, é com um exercício semelhante à verificação das preferências dos agentes econômicos<sup>99</sup>. Uma lei, um contrato ou uma decisão judicial, são, em verdade, meios úteis para que seja suprida uma carência das pessoas envolvidas. Se existe uma norma proibitiva, é porque o Estado entende que determinada conduta deve ser reprimida; se duas partes realizam,

---

<sup>95</sup> SALAMA, Bruno. **Op. cit.**, p. 25.

<sup>96</sup> **Ibidem**, p. 26.

<sup>97</sup> **Ibidem**, p. 12.

<sup>98</sup> Ver item 1.2.1.

<sup>99</sup> Ver item 1.2.2.

por exemplo, um contrato de franquia, é porque ambos, franqueado e franqueador, vislumbram o interesse em obter lucro; se uma decisão judicial determina uma obrigação de não fazer ao litigante em um processo, é porque tal atitude deve ser evitada. Desse modo, a carência a ser suprida, indicada através da observação do meio, também é capaz de definir o elemento teleológico do objeto analisado.

Uma vez delimitada qual a finalidade perseguida pelo objeto jurídico, cabe descobrir se o meio escolhido para a sua promoção é realmente útil, o que representa saber se com ele é atingido o escopo declarado (efetividade) e se o faz da melhor forma possível (eficiência). Por exemplo, realizada a análise econômica positiva de uma lei cuja finalidade é combater a fome, deve-se responder se em decorrência da legislação pessoas antes em estado de miserabilidade conseguem obter alimentos (efetividade), bem como se esse objetivo é cumprido de maneira eficiente, o que é avaliado de acordo com critérios pré-estabelecidos, à exemplo de se verificar se os benefícios de uma escolha compensam os prejuízos causados (eficiência segundo Kaldor-Hicks).

Essa tarefa é um pouco mais complexa de ser realizada, porém pode ser devidamente cumprida com a utilização do arcabouço teórico da economia, especialmente no que tange à explicação de como o homem<sup>100</sup> se comporta em sociedade e perante o direito.

Valendo-se dos três componentes do pensamento econômico trazidos por Becker, a leitura dos efeitos que o direito causa no homem deve partir da premissa maior de que ele busca, invariavelmente, a maximização da própria satisfação. Em uma lógica utilitarista, o comportamento humano será pautado pela diminuição de dor e aumento de prazer que são trazidos por uma escolha. O direito terá como destinatário um ser racional que, de acordo com as suas preferências e com as informações que possui, realizará a melhor escolha para si.

A menção à racionalidade limitada serve para ressaltar a necessidade de se avaliar até que ponto o objeto jurídico confere informações suficientes ao esperado agir racional dos sujeitos. Para demonstrar a pertinência desse item, cita-se a hipótese de uma norma jurídica proibitiva de determinada conduta, mas que, por má redação de seu texto, possui dupla interpretação. Nessa situação muitas pessoas sujeitas à norma poderão infringir o comando, mas não por valorar essa escolha como mais vantajosa, e

---

<sup>100</sup> Apesar de a contextualização dar-se à figura do homem, como indivíduo, a mesma lógica econômica se aplica a outras figuras, como a família, as organizações e os governos.

sim porque não detinham informações suficientes sobre o que de fato era proibido. Situação semelhante é vista de maneira recorrente em normas jurídicas tributárias em que há ambiguidade na regra de hipótese de incidência. Em casos como esse é comum o contribuinte deixar de recolher o tributo por entender que não há ocorrência do fato gerador, sendo que, por vezes, a opinião não é compartilhada pelo Estado. Um dos resultados desta ausência de informações é, por exemplo, a litigiosidade.

O segundo elemento, que são as preferências do agente, depende de uma avaliação sobre o contexto temporal e espacial no qual o sujeito destinatário da lei, do contrato ou da decisão judicial está inserido. Conforme diferenças em tempo e espaço, as preferências dos homens alteram-se, daí porque ser importante ter essa compreensão para realizar uma correta análise de como será o comportamento humano perante o direito. Esta cautela é essencial uma vez que, conforme assinada Becker, a assunção de que existem preferências estáveis provê uma fundação estável para entender as predileções sobre as respostas de várias mudanças<sup>101</sup>.

Após o estabelecimento das preferências e compreensão da racionalidade dos agentes, cabe incorporar à análise a terceira peça do comportamento econômico: a reação a incentivos. Dentro da lógica racional, as pessoas se comportam perante o direito da mesma forma que reagem a preços<sup>102</sup>. Isso quer dizer que o estabelecimento de altos custos para a realização de determinada conduta é visto como um incentivo para que ela não seja praticada (incentivo negativo), da mesma maneira que, ao contrário, custos baixos encorajam a realização de ações pelos agentes (incentivo positivo). Com essa lógica, o direito, ao estabelecer a cominação de efeitos (sanções ou benefícios) à prática de condutas, estabelece incentivos para o comportamento humano.

Por exemplo, a regra jurídica que estabelece a responsabilidade civil objetiva ao fornecedor de serviços<sup>103</sup> é um incentivo para uma conduta mais cautelosa do agente econômico na realização da sua atividade, pois saberá que, se demandado judicialmente, a comprovação de sua culpa será irrelevante para a responsabilização em face da constatação de fato ou vício.

---

<sup>101</sup> BECKER, Gary. **Op. cit.**, p. 5.

<sup>102</sup> GICO JR., Ivo. **Op. cit.**, p. 22.

<sup>103</sup> Artigo 14 da Lei Federal 8.078 de 11 de setembro de 1990: "o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos".

Igualmente, em um contrato a existência de cláusula penal é um incentivo negativo ao descumprimento das obrigações assumidas perante outrem. O contratante, ao cotejar o possível benefício que poderia ter com o inadimplemento contratual, poderá frear o comportamento oportunista se, diante de uma análise racional, verificar que os possíveis ganhos seriam suplantados pelas salvaguardas estabelecidas contratualmente.

Um terceiro exemplo é o estabelecimento de medidas coercitivas para o cumprimento de decisões judiciais. Por vezes, o descumprimento de uma ordem emanada pelo Poder Judiciário é mais vantajoso do que a realização de uma obrigação de pagar, fazer ou não fazer, razão pela qual o próprio ordenamento jurídico prevê a possibilidade de o juiz estabelecer medidas que forcem o cumprimento de suas decisões<sup>104</sup>.

Todos esses casos demonstram a reação do homem ao direito da mesma forma que o agente econômico se comporta perante o preço, visto que há uma relação inversa entre os preços e a demanda. Esta tendência é bem explicada por Becker, para o qual os preços, sejam eles preços monetários do setor de mercado ou preços de sombra – relativos aos setores de não mercado – são mensurados pelo custo de oportunidade de utilizar recursos escassos, bem como com o pensamento econômico de preferências<sup>105</sup>. Dessa forma, o agente econômico visualizará o preço imposto pelo direito com base na sua segunda melhor escolha de conduta, mesmo que as opções disponíveis se resumam a um simples binômio sim/não ou um fazer/não fazer, optando pela que lhe traz mais satisfação.

Sob esse contexto, de pouco vale uma lei que prospecta fomentar a realização de negócios jurídicos entre indivíduos se, ao mesmo tempo, exige requisitos formais impraticáveis, como, por exemplo, a existência de uma regra de desoneração tributária para aumentar a produtividade do setor industrial, mas que impõe o atendimento a rígidos critérios para fruição de seus benefícios. Aqui os incentivos negativos serão maiores que os positivos, fazendo com que a efetividade da norma seja nula.

---

<sup>104</sup> Artigo 461, §5º, da Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973: “Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.

<sup>105</sup> BECKER, Gary. **Op. cit.**, p. 6.

Portanto, a constatação da efetividade dependerá de analisar se, com base na maximização das preferências e na racionalidade limitada, o direito, como instituição formal de direcionamento da conduta humana, possui incentivos suficientes para que determinada vontade normativa seja de fato materializada. Responde-se, assim, a primeira das perguntas.

No que diz respeito à eficiência do direito, a análise econômica positiva propõe um caminho diverso do que para a investigação da efetividade. Agora, a relação entre o objeto jurídico investigado e o agente econômico deve enxergada como se ocorresse dentro de um sistema de mercado<sup>106</sup>.

Segundo Posner, para saber se o direito é eficiente, é preciso indagar se a conduta<sup>107</sup> proposta por uma lei, um contrato ou uma decisão judicial seria realizada se os mesmos agentes fossem livres para tomar essa decisão em um ambiente de mercado, em que as escolhas são realizadas de maneira voluntária. Cabe perguntar se as pessoas, em uma lógica de buscar a maximização da satisfação de suas preferências, voluntariamente escolheriam seguir o mesmo caminho que é imposto pela normativa jurídica. Conforme o autor, quando uma transação é voluntária, pelo conceito econômico presume-se que as partes a fizeram porque era eficiente, ou seja, verificaram que aquela transação traria um proveito para ambas<sup>108</sup>.

Esse raciocínio, contudo, cria alguns problemas, pois, com exceção dos contratos, comumente realizados através de uma lógica de mercado, no direito em regra as transações são involuntárias, como, por exemplo, aquelas advindas de normas jurídicas que cominam sanções para quem comete delitos ou causa acidentes. Racionalmente as pessoas destinatárias destas normas não optariam por compensar danos sofridos por terceiros em razão de um delito ou um acidente, visto que isso exigiria um deslocamento de recursos deixando-os em pior situação que anteriormente. Nesse caso nitidamente não ocorreria uma transação voluntária num ambiente de mercado, mas nem por isso a norma poderia ser dita como ineficiente.

A fim de solucionar a esta celeuma, Posner propõe duas opções para a realização da análise da eficiência do direito: a primeira, já vista, é imaginar se determinada transação imposta pelo direito seria realizada caso os agentes pudessem

---

<sup>106</sup> POSNER. Richard. **El análisis...**, p. 44.

<sup>107</sup> Conduta esta que pode ser uma permissão, proibição ou obrigatoriedade.

<sup>108</sup> POSNER. Richard. **El análisis...**, p. 44.

escolher livremente em um sistema de mercado; em segundo, deve-se perguntar se a perda do agente econômico (se houve perda) é compensada pelo ganho dos demais envolvidos.

Muito embora Posner apresente expressa preferência pelo critério de eficiência de Kaldor-Hicks em detrimento do critério de Pareto<sup>109</sup>, nota-se que a primeira possibilidade vislumbrada para análise da eficiência (simulação de mercado) parte justamente desse último conceito. O próprio autor assume que nem sempre as transações de mercado são voluntárias<sup>110</sup>, mas, em uma situação de mercado abstrata e perfeita, somente haverá transação voluntária se pelo menos uma das partes obtiver um ganho sem que outro perca, o que corresponde exatamente à proposta paretiana.

A aplicação desse conceito de simulação de mercado pode ser exemplificada com base em uma regra prevista no Código de Trânsito Brasileiro que estabelece a obrigatoriedade do uso do cinto de segurança pelo condutor e pelos passageiros de veículos<sup>111</sup>. Sabe-se que há na legislação um incentivo à obediência do preceito, visto que a ausência do uso de cinto de segurança é considerada uma infração<sup>112</sup>. Outrossim, como resultado do dispositivo e do incentivo, é notória a efetividade alcançada pela norma jurídica, tanto que o uso do item de segurança atualmente é um hábito, tornando-se, assim, também uma instituição não formal. No entanto, para saber se a norma jurídica é eficiente, cabe indagar se o uso do cinto de segurança fosse colocado aos agentes econômicos em um sistema de mercado, eles escolheriam por utilizar ou não utilizar o item tornado obrigatório?

Mesmo sem considerar a sanção proposta pela legislação, descobrir se o cinto de segurança seria adotado parte do princípio de que colisões com veículos são relativamente comuns no Brasil<sup>113</sup> (noção de tempo e espaço) bem como que todos os condutores detêm informações suficientes quanto às vantagens de se utilizar o item de segurança (racionalidade). Igualmente, visualiza-se que o cinto de segurança é item de

---

<sup>109</sup> **Ibidem**, p. 40.

<sup>110</sup> **Ibidem**, p. 44.

<sup>111</sup> Artigo 65 da Lei Federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997: “É obrigatório o uso do cinto de segurança para condutor e passageiros em todas as vias do território nacional, salvo em situações regulamentadas pelo CONTRAN”.

<sup>112</sup> Artigo 167 da Lei Federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997: “Deixar o condutor ou passageiro de usar o cinto de segurança, conforme previsto no art. 65: Infração - grave; Penalidade - multa; Medida administrativa - retenção do veículo até colocação do cinto pelo infrator.

<sup>113</sup> Segundo dado disponibilizado pelo Ministério da Saúde, no Brasil houve 71.381 acidentes de transporte no ano de 2011. Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/deftohtm.exe?sim/cnv/ext10uf.def>>. Acesso em 29 dez 2013.

série na fabricação dos veículos, motivo pelo qual não haveria custo extra para sua instalação. Nesta toada, dada carência dos agentes em aumentar a sua segurança quando utilizam os veículos, há uma nítida maximização da preferência com o uso do cinto de segurança, mesmo que para algumas pessoas isso signifique algum desconforto. Com essa exegese, é possível validar a eficiência da regra trazida pelo Código de Trânsito Brasileiro no que diz respeito à obrigatoriedade do uso do cinto de segurança, visto que uma análise racional feita em um sistema de mercado, portanto voluntário, levaria ao mesmo resultado introduzido pela legislação.

A proposta alternativa, aplicada em grande margem ao direito, dada a dificuldade em se simular diversas situações como se fossem transações livres em um mercado, coaduna com o critério de eficiência segundo Kaldor-Hicks. Nesse caso, para que o direito seja eficiente nesse caso, é preciso primeiro observar se ele é efetivo, para, por conseguinte, ser possível responder se o custo de oportunidade (que no caso equivale à segunda melhor alocação dos recursos utilizados pelo direito, mas que foi preterida) não é melhor do que a escolha realizada.

Tal raciocínio é construído sob o argumento de que sempre que o direito for efetivo (cumpra o elemento finalístico), ele também será eficiente sob o critério de Kaldor-Hicks (a escolha compensa o seu custo de oportunidade). Voltando ao exemplo de uma legislação criada especificamente para combater a fome das pessoas mais necessitadas, sempre que a norma se materializar tal como foi projetada, necessariamente ela será avaliada como eficiente. Nesse caso, propiciar condições de subsistência a quem precisa já havia sido valorado como a melhor escolha para cumprimento da finalidade. Isso significa que quando a finalidade é atingida a eficiência é presumida, visto que a análise sobre o custo de oportunidade já foi realizada em um momento anterior, pelo Legislativo, de modo que a aprovação da lei representou o consenso de que, se a legislação contribuísse para combater a fome, ela compensaria todos os recursos destinados a esse fim.

A mesma presunção deixa de ser válida quando o direito aplicado não atinge ao seu elemento finalístico, porém não é hipótese que deve ser completamente afastada. Para esse caso, imagine-se que um produtor rural tenha contratado a venda de determinado número de sacas de soja a uma grande indústria para entrega no prazo de seis meses. Junto ao instrumento contratual resta ajustado que o preço a ser pago pelo

produto seria equivalente à cotação de mercado na data da entrega, o que, naquele momento, era a escolha racional esperada dos contratantes. Contudo, passado o termo previsto contratualmente, acontece um evento externo à vontade das partes que derruba bruscamente a cotação de mercado da soja, e isto em tamanha proporção que o preço da venda não chega a cobrir o custo de produção tido pelo agricultor. A partir desse exemplo, se houvesse uma análise do contrato ao momento em que ele foi firmado pelas partes, poderia se afirmar que o objeto era eficiente tanto sob o critério de Pareto, quanto sob a premissa de Kaldor-Hicks. Com base nas informações apresentadas, ambas as partes ver-se-iam em melhores condições que anteriormente, bem como o benefício esperado com o resultado do contrato seria superior que a segunda melhor alocação possível de recursos para a oportunidade. A pergunta que resta é a de que, após se verificar que o contrato não foi efetivo para o produtor rural, se ele pode ser dito como eficiente. Pela eficiência paretiana a resposta é claramente negativa, pois, apesar de a indústria ter obtido uma nítida vantagem, o produtor rural se viu prejudicado. Agora, sob o ponto de vista do critério de Kaldor-Hicks, a resposta é relativa, pois depende de algumas variáveis.

O critério de Kaldor-Hicks leva em consideração o nível do benefício social gerado, independente de como tenha sido a sua distribuição entre as partes envolvidas. Desta forma, ao se entender que os benefícios gerados compensem as perdas, basta que essa compensação seja possível, mesmo que de fato não ocorra<sup>114</sup>. No caso do contrato de soja, poderia ocorrer de a riqueza gerada à indústria por ter comprado as sacas a um preço baixo, e os desdobramentos dessa vantagem, superarem a riqueza que seria originada com pagamento do preço esperado pelo produtor rural. Contudo, com base no modelo apresentado, em que as informações foram propositalmente limitadas, conclui-se que a diminuição da cotação da soja não diminui o resultado final da eficiência esperada com o contrato, pois para cada centavo que deixou de ser ganho pelo produtor rural, o equivalente foi retido pela indústria. Portanto, como a riqueza social é a mesma, ao se utilizar do critério de Kaldor-Hicks a alocação final recursos nesse modelo é irrelevante.

---

<sup>114</sup> SALAMA, Bruno. **Op. cit.**, p. 26.

#### 1.4. ANÁLISE ECÔNOMICA NORMATIVA DO DIREITO

A segunda vertente da análise econômica, denominada como *normativa*, tem a pretensão de prognosticar se, e como, o direito deveria ser para que a realidade esteja em harmonia com os conceitos de maximização de bem-estar, maximização da riqueza e eficiência econômica<sup>115 e 116 e 117</sup>. Assim, apesar de ser uma tarefa complexa, a análise normativa existe para avaliar se determinada lei, contrato ou decisão judicial deveria existir segundo conceitos econômicos, bem como a forma que deveria possuir para melhor atender a sua finalidade.

Trata-se de uma dimensão distinta e independente da análise positiva, cuja metodologia foi apresentada no tópico precedente. Ambas as vertentes se distanciam na medida em que a análise positiva se ocupa das repercussões do direito sobre o mundo real dos fatos, enquanto a análise normativa estuda como o direito deveria ser para melhor atender aos anseios dos homens.

Conforme diferencia Gico, quando um juiz investiga se “A” matou “B”, ele está realizando uma análise positiva (investiga um fato); quando o legislador se pergunta se naquelas circunstâncias aquela conduta deveria ou não ser punida, ele está realizando uma análise normativa (investiga um valor), ainda que fatos sejam relevantes para a decisão<sup>118</sup>. Pode-se dizer que a visão normativa é extremamente válida para investigação de objetos que gerarão efeitos futuros, como projetos de lei e minutas de contrato.

Comum em ambas as pretensões é a utilização das premissas microeconômicas para explicar a forma com que o homem se comporta perante o mundo e o direito. Portanto, as ideias de maximização, preferências estáveis e equilíbrio de mercado também são elementos nucleares para se realizar a análise normativa.

O ponto de partida da proposta é, mais uma vez, entender o direito como uma instituição formal da humanidade, cujos efeitos sobre os custos de troca e produção

---

<sup>115</sup> SALAMA, Bruno. **Op. cit.**, p. 9.

<sup>116</sup> Os critérios econômicos que deveriam ser observados pelo direito variam conforme o autor estudado. Para Guido Calabresi, por exemplo, o direito deveria observar a eficiência econômica, a preferência em matéria distributiva e um conceito de justiça, este último sendo encontrado de maneira residual à combinação dos primeiros critérios (Neste sentido: GREMBI, Veronica. **Op. cit.**, p. 17).

<sup>117</sup> A adoção neste trabalho dos critérios apresentados por Salama se justifica por eles estarem mais alinhados aos pressupostos da microeconomia utilizados neste capítulo.

<sup>118</sup> GICO JR., Ivo. **Op. cit.**, p. 17.

afetam decisivamente a performance econômica em determinado ambiente<sup>119</sup>. Desta forma, como o direito é uma fonte de incentivos normativos ao agir das pessoas, o uso da análise econômica normativa auxilia a escolher o melhor arranjo institucional dado um valor (vetor normativo) previamente definido<sup>120 e 121</sup>.

Essa menção à predefinição de um valor (vetor normativo) significa que a primeira tarefa de uma análise normativa é observar a finalidade do objeto jurídico estudado, o que corresponde à apreciação do seu escopo normativo. Tal consideração é importante uma vez que a função da análise econômica normativa do direito é dúplice: (1) trata de avaliar se a finalidade do objeto estudado está em conformidade com critérios de bem-estar, maximização de riquezas e eficiência; (2) auxilia a dotar esse objeto jurídico de meios que garantam a sua materialização (efetividade) conforme o entendimento da economia sobre o comportamento humano. À título de exemplo, quando se faz a análise econômica normativa de um projeto de lei, a primeira tarefa é verificar se o objetivo desse projeto está de acordo com critérios econômicos de bem-estar, maximização de riquezas e eficiência; em um segundo momento, a disciplina auxilia a dotar o texto da possível lei com incentivos para que sua finalidade seja concretizada no mundo dos fatos.

A primeira das funções da análise normativa exige a submissão do vetor normativo do objeto jurídico ao crivo de três premissas particulares à economia: maximização do bem-estar; maximização de riquezas e eficiência. Essa tarefa se justifica na noção de escassez, também presente no direito e que traz uma série de implicações, dentre as quais uma diz respeito ao fato de que a proteção de direitos

---

<sup>119</sup> STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio. **Op. cit.**, p. 3.

<sup>120</sup> GICO JR., Ivo. **Op. cit.**, p. 20.

<sup>121</sup> A existência de um vetor normativo pré-definido significa que a tarefa de dizer o que o direito deve primar não pode ser incumbida à economia. O ideal de que o direito deveria buscar sempre a maximização das riquezas materiais da sociedade há bastante tempo foi abandonado, sendo que uma visão mais moderna da disciplina relega para o próprio direito o papel de dizer qual a sua finalidade, e somente a partir de então a economia passa a analisar se esse escopo atende a critérios econômicos. Deste modo, a finalidade de um projeto de lei em debate no Poder Legislativo pode ser fomentar a produção industrial nacional, diminuir a pobreza em determinada região, evitar acidentes de trânsito ou qualquer outro desiderato, porém, mesmo que o vetor normativo do projeto de lei hipotético não esteja em harmonia com o melhor dos conceitos econômicos, ainda assim não se pode afirmar que ele deve ser rejeitado. Esta advertência se justifica na limitação à competência do economista em uma discussão do sistema legal. Portanto, uma análise econômica normativa sobre a finalidade do direito pode contribuir para enriquecer as informações à disposição do sujeito cognoscente (p. ex. aos legisladores), porém não é pedra de toque para a escolha sobre a criação ou não do direito.

consome recursos<sup>122</sup>. Cada vez que o direito privilegia um vetor normativo, outro é preterido, pois os recursos movimentados por uma escolha jurídica (funcionários, dinheiro, tempo, limitações) são limitados.

A partir desta premissa, o primeiro dos embates, representado pela maximização do bem-estar, parte da lógica utilitarista de Bentham, segundo a qual o aumento do prazer e correlata diminuição de dor são as forças motrizes do comportamento humano. Nesta linha, um objeto jurídico que maximiza o bem-estar dos sujeitos é aquele que se alinha à pauta de preferências dos agentes econômicos envolvidos. Por exemplo, quando da análise de uma lei orçamentária anual de um estado pobre da Federação, destinar recursos para a construção de hospitais e contratação de profissionais médicos promove mais o bem-estar da população do que a construção de estádios de futebol à custa do erário público. Nesse caso, pode-se prognosticar que a população está mais carente de atendimento médico do que espetáculos futebolísticos. Portanto, cumpridas prioridades, o direito cumpre o critério de maximização do bem-estar<sup>123 e 124</sup>.

O segundo confronto a ser realizado pela análise econômica é entre o vetor normativo do objeto estudado (p.ex. decisão judicial) e o ideal de maximização de riquezas. Novamente sustentado no conceito de direito como arranjo institucional, o qual norteia os custos de produção e transação no mundo econômico, propõe-se que o direito seja um fomentador do aumento da riqueza social, o que significa que se devem evitar desperdícios com a má alocação de recursos.

Nesse sentido, afirma Posner que para um economista não importa como o direito irá, por exemplo, estabelecer uma regra de responsabilidade civil, mas sim como isso distribuirá os custos em uma sociedade. Trata-se, portanto, de uma análise da possível diminuição de custos sociais por meio do direito. Como no caso de uma decisão judicial, não importa quem dos envolvidos terá que suportar os seus efeitos. Esta é uma questão encerrada. Ao economista interessa a prevenção dos acidentes

---

<sup>122</sup> SALAMA, Bruno. **Op. cit.**, p. 16.

<sup>123</sup> Existe na doutrina opinião de que uma norma jurídica que mais promova o bem-estar das pessoas envolvidas é sempre melhor que outras. Neste sentido: SHAVELL, Steven. **Op. cit.**, 2004, p. 2.

<sup>124</sup> Podem existir circunstâncias de tempo e espaço que alteram a pauta de preferências dos agentes, o que faz com que esses elementos devam sempre ser considerados. No exemplo anterior, se a lei orçamentária fosse discutida em um local onde a prestação de serviço médico é adequada, talvez erguer estádios maximizasse o bem-estar dos envolvidos mais do que a construção de hospitais.

futuros que não se justifiquem pelos custos e, portanto, a redução da soma de todos os custos de acidente e sua prevenção<sup>125</sup>.

Se para as partes envolvidas não há nenhum outro interesse que não seja a compensação dos danos passados, o economista estará preocupado com a decisão judicial e como ela estabelecerá ou confirmará uma regra para a orientação dos indivíduos que realizam atividades perigosas<sup>126</sup>.

Essa lógica de se criar instituições que possuam a melhor eficiência alocativa vale para todos os objetos jurídicos, como leis e contratos, porém, como afirmado, é apenas uma informação à disposição do sujeito cognoscente, como um juiz. Nesta esteira, se a análise econômica levar à conclusão de que uma segunda opção aloca melhor os recursos em uma sociedade, talvez seja o caso de tomar outra decisão, economicamente mais adequada.

A terceira e última análise que a economia realiza sobre a finalidade do objeto jurídico é concentrada em sua eficiência. Nesse caso, como de costume, é preciso adotar um critério para se afirmar quando o direito virá ou não a atender a eficiência econômica, tarefa que pode ser realizada com a mesma metodologia construída para a análise positiva.

Como visto, a primeira proposta para análise de eficiência é indagar se, em uma situação hipotética, os agentes econômicos que virão a sofrer os efeitos jurídicos realizariam o mesmo movimento caso estivessem em um ambiente de mercado voluntário. Aqui, pressupondo que o direito contenha uma normativa permissiva, proibitiva ou obrigatória à conduta humana, cabe perguntar se em uma situação de livre cotejo o sujeito realizaria a mesma escolha<sup>127</sup>. Se a resposta for positiva, a finalidade perseguida será eficiente, visto que os homens sempre realizam para si as escolhas que maximizam o seu próprio bem-estar.

A alternativa para a simulação de um mercado voluntário é utilizar o critério de Kaldor-Hicks, no sentido de que será eficiente a situação em que o ganho obtido com

---

<sup>125</sup> POSNER, Richard. *El análisis...*, p. 59.

<sup>126</sup> Muita embora esta lógica sobre a decisão judicial tenha especial relevância para o sistema jurídico norte-americano e outros que adotam a common law, vê-se que para o sistema processual brasileiro, em que o precedente ganha cada vez mais importância, também é um raciocínio válido.

<sup>127</sup> Esta investigação é semelhante ao conceito de “empurrão para a escolha certa”, em que os homens muitas vezes não têm informações necessárias para tomar as melhores decisões sozinhos, motivo pelo qual o Estado toma para si a responsabilidade de realizar as escolhas e então regular a conduta humana em direção ao melhor caminho. Para mais detalhes: THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elseiver, 2009 [2008].

a normativa jurídica seja capaz de compensar as perdas, mesmo que não o faça. A dificuldade em se estabelecer uma medida única para a contabilização de ganhos e perdas em diferentes situações (p. ex. dinheiro, tempo, número de pessoas atingidas?) faz com que a eficiência seja em verdade uma combinação dos dois primeiros critérios: maximização de bem-estar e maximização de riquezas. Notadamente, quando, em um ambiente de recursos escassos, o direito observar a pauta de prioridades das pessoas (maximização bem-estar), bem como optar pela escolha que promove a diminuição dos custos sociais (maximização de riquezas), estar-se-á diante de uma situação em que os ganhos compensam os meios.

Com estas avaliações a análise normativa cumpre a primeira de suas funções, que é responder se a finalidade declarada do direito está de acordo com princípios econômicos. Consoante a ressalva já realizada, eventual inadequação aos conceitos econômicos não faz com que o vetor normativo do direito deva ser descartado de plano, pois para muitos casos são privilegiadas outras finalidades e que se sobrepõe, por exemplo, à maximização da riqueza social.

Dito isso, a segunda contribuição da análise econômica normativa para o direito é dotá-lo de mecanismos para que a sua finalidade seja de fato materializada. Essa aspiração tem por fundamento a premissa de que os homens reagem a preços, ao ponto que quanto maiores eles forem, menor será a demanda por alguma coisa. Assim, é possível que a economia faça *ex ante* uma análise do comportamento humano baseada no sistema de preços para dizer se, em um momento *ex post*, a efetividade buscada com, por exemplo, uma lei, será atingida<sup>128</sup>.

Um precioso exemplo dessa função da análise econômica normativa envolve a discussão da denominada Lei do Álcool<sup>129</sup> no Brasil, com a qual o Estado, no interesse de diminuir o número de acidentes de trânsito resultantes do consumo de álcool, se valeu da criação de restrições às pessoas com o uso do sistema de preços.

De início, é possível afirmar, mesmo em uma análise sumária, que o desiderato da Lei do Álcool atendia aos interesses da economia condensados na

---

<sup>128</sup> Todos os exemplos de incentivos ao comportamento humano utilizados quando da descrição da análise econômica positiva são válidos para agora, com a única diferença que quando da análise normativa a exegese é feita *ex ante*, propiciando incentivos positivos ou negativos para a prática de determinada conduta *ex post*.

<sup>129</sup> Lei Federal nº 11.705, de 19 de junho de 2008, alterando a Lei Federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro.

maximização de bem-estar, maximização da riqueza social e da eficiência. A tentativa de diminuir os danos decorrentes dos acidentes de trânsito vai ao encontro a uma prioridade de segurança das pessoas, maximizando o seu bem-estar e também diminuindo os custos do próprio Estado na reparação de danos materiais e cuidados com os feridos. Ademais, mesmo que a restrição importe na diminuição da venda de bebidas alcoólicas, o prejuízo causado a esse segmento econômico é compensado pelos ganhos já refletidos nos outros dois critérios, o que lhe dá a conotação de uma norma eficiente.

No que diz respeito aos incentivos negativos, a legislação passou a prever a direção sob a influência do álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência como uma infração de natureza gravíssima, punida com multa pecuniária, perda do direito de dirigir e retenção do veículo<sup>130</sup>. Outrossim, a Lei do Álcool alterou o Código de Trânsito Brasileiro para dispor que qualquer concentração de álcool por litro de sangue sujeitaria o condutor a penalidades. Com o intuito de aumentar a efetividade da norma o Conselho Nacional de Trânsito, no início de 2013, editou Resolução<sup>131</sup> com a diminuição da taxa margem de tolerância para praticamente zero, além de regulamentar outras formas de obtenção de provas além do exame de sangue. Estas modificações, em conjunto ao aumento da fiscalização, são uma tentativa de tornar a legislação mais rígida frente aos condutores, em uma medida que ficou conhecida como “tolerância zero”. O intuito desse aumento na restrição parte do pressuposto de que, quanto mais dura for a norma jurídica, mais os condutores irão se sentir compelidos a evitar o uso do álcool quando forem dirigir, diminuindo, por consequência, o número de acidentes nestas circunstâncias<sup>132</sup>.

Com esse exemplo demonstra-se que o direito, ao vislumbrar o interesse em que determinada comportamento seja evitado, esgueira-se em cominar uma sanção, da mesma forma que o sistema de preços funciona para o agente econômico. Claro que com essa hipótese o indivíduo que poderá sofrer a penalidade também cotejará a

---

<sup>130</sup> Artigo 165 da Lei Federal nº Lei no 9.503/1997, com redação dada pela Lei Federal nº 11.705, de 19 de junho de 2008: “Dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Infração - gravíssima; Penalidade - multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; Medida Administrativa - retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação”.

<sup>131</sup> Resolução nº 432, de 23 de janeiro de 2013 - Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados pelas autoridades de trânsito e seus agentes na fiscalização do consumo de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, para aplicação do disposto nos arts. 165, 276, 277 e 306 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.

<sup>132</sup> Ainda não há dados oficiais consolidados quanto ao resultado dos incentivos postos pela norma e a efetividade frente ao número de acidentes no trânsito no ano de 2013.

probabilidade de a sanção ser aplicada (tal como a fiscalização aos condutores e os elementos de prova na Lei do Álcool), porém, quanto maior for o preço e mais eficiente a cobrança, menos condutas indesejáveis serão praticadas.

Essa intrínseca relação entre preços, probabilidade e condutas pode ser analisada sob o ponto de vista de alguém que coteja ultrapassar o sinal vermelho de um semáforo. Nesse caso, uma pessoa que dirija o seu veículo pode visualizar na obediência da norma (parar no sinal vermelho) uma perda de alguns instantes de seu tempo. Por outro lado, não parar e infringir a norma pode, por exemplo, gerar um acidente de trânsito ou o recebimento de uma multa. Há, portanto, um benefício em infringir a norma (ganhar tempo) e alguns custos (acidente e multa).

Diante dos fundamentos aqui apresentados, o motorista do veículo irá ultrapassar o sinal vermelho quando o benefício de se ganhar tempo superar os custos e a possibilidade de eles existirem (custos multiplicados pela probabilidade). Deste modo, se há o interesse de que a norma seja cumprida, deve existir uma mescla de altos preços e de uma fiscalização eficiente para que ultrapassar o sinal seja sempre uma atitude irracional.

Para essa leitura, imagine-se que uma pessoa está bastante atrasada para uma importante entrevista de emprego. Dada essa circunstância, caso não visualize qualquer outro veículo para colidir com o seu, ou mesmo não aviste um agente de trânsito para multá-la, possivelmente a pessoa irá desobedecer a norma e ultrapassar o sinal vermelho, pois o benefício seria maior que o custo multiplicado pela probabilidade de ele ocorrer. No entanto, caso houvessem veículos na rua a ser cruzada, ou mesmo um radar eletrônico para flagrar condutas indevidas, possivelmente o comportamento do motorista seria diverso. Nessa segunda hipótese o preço pela quebra da norma é igual à primeira, porém a probabilidade de o custo existir é maior. Desta forma, além da existência da sanção, uma fiscalização eficiente é determinante para a produção do efeito esperado na conduta.

## CAPÍTULO 2 - ANÁLISE ECONÔMICA DOS CONTRATOS

O raciocínio promovido pelo uso do pensamento econômico no direito propicia que diferentes objetos sejam iluminados sob um ângulo não tradicional, no qual o homem é um agente racional que reage a incentivos, busca a maximização de suas preferências e vive em um ambiente dotado de recursos escassos. Assim, analisar economicamente o comportamento humano leva a conclusões antes inalcançáveis a uma unívoca visão jurídica, pois, sob este ponto de vista, o direito tem a característica de induzir comportamentos às pessoas e a importante capacidade de promover arranjos e rearranjos na produção e distribuição de riquezas na sociedade.

Como visto no capítulo precedente, a utilização deste ferramental permite ao jurista prever preteritamente (*ex ante*) qual será a conduta futura (*ex post*) do homem frente ao direito, bem como engendrar estruturas jurídicas que promovam a diminuição de custos e aumento de riqueza social. Tais características elevam a análise econômica à condição de potente método de investigação, podendo ser utilizado para examinar os mais diversos elementos jurídicos.

Com amparo nessa concepção, um significativo campo de estudo para a disciplina é o aprofundamento no instituto do contrato<sup>133</sup>, objeto reconhecidamente capaz de prover uma estrutura útil e altamente ajustável para praticamente todo tipo de organização de grupo e para todo tipo de relação passageira ou permanente entre indivíduos<sup>134</sup>.

A eleição deste instituto jurídico para verticalização da disciplina se justifica por ele ter especial relevância para juristas e economistas, visto ser a representação da juridicização<sup>135</sup> das operações econômicas. Notadamente, a realização de operações ditas econômicas, como trocas ou a prestação de dádivas entre as pessoas, é antiga, confundindo-se com a própria gênese da convivência do homem em comunidade. Por

---

<sup>133</sup> O termo “contrato” neste capítulo refere-se àquelas transações realizadas no campo do direito privado. Excluem-se os contratos de trabalho e os contratos administrativos, os quais, dadas as peculiaridades dos regimes jurídicos que lhes são incidentes, dependeriam de uma abordagem diferente à realizada.

<sup>134</sup> LLEWELLYN, Karl N.. **What price contract?** an essay in perspective. The Yale Law Journal, v. 40, n. 5, mar 1931, p. 736 – 737.

<sup>135</sup> Efeito de o direito passar a regulamentar atividade que antes era alheia a ele, isto é, conduta até então meramente social.

sua vez, o direito somente de forma tardia veio a normatizar essas relações<sup>136</sup>, isto como resultado de uma tendência expansionista da ciência jurídica em direção a muitas áreas da vida humana<sup>137</sup>. Segundo a doutrina especializada<sup>138</sup>, foi junto ao Código Civil francês de 1804 que o instituto passou a ser conceito nuclear para o pensamento jurídico, pois o contexto social da França pós Revolução de 1789 primava acima de tudo pela defesa da liberdade, exercida em especial através do direito de propriedade e cujo principal instrumento de manejo era o contrato<sup>139</sup>.

Com esta transformação, a juridicização do contrato encontrou respaldo na existência da propriedade privada e, mais ainda, na possibilidade de transferência deste direito entre as pessoas. Isto leva a dizer que o contrato não pode ser resumido a um fenômeno exclusivo do campo do direito, pois sempre remete – explícita ou implicitamente, direta ou mediadamente – para a ideia de operação econômica<sup>140</sup>.

Para Roppo, esta relação leva a uma nítida dicotomia do instituto em duas dimensões autônomas: *contrato-conceito jurídico* e *contrato-conceito operação econômica*, sendo que o primeiro é a instrumentalização pelo direito, portanto abstrata, do segundo, este sim materializado no mundo dos fatos<sup>141</sup>. Ademais, muito embora o contrato-conceito jurídico seja algo distinto do contrato-conceito operação econômica, é verdade que aquela formação jurídica nunca é construída como fim em si mesma, mas em função da operação econômica, da qual representa o invólucro ou a veste exterior, e prescindindo da qual resultaria vazia, abstrata e, conseqüentemente, incompreensível<sup>142</sup>.

Sob esta divisão entre conceito jurídico e conceito econômico do contrato é que se constrói a relação entre o instituto e a análise econômica do direito, convergência que pode ser denominada como análise econômica dos contratos.

---

<sup>136</sup> O primeiro registro de um instrumento autônomo e eficaz para garantir o cumprimento de promessas data apenas da época justiniana de Roma (527-556 d.C). Neste sentido: LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo código civil**. 2ª ed. São Paulo: Macedo, 2004, p. 32.

<sup>137</sup> Para tempo mais recente rememora-se a tendência verificada no século XIX da transformação de matérias tipicamente afetas à economia em fatos jurídicos. Ademais é possível citar a juridicização da família, do casamento, do nascimento, entre tantos outros.

<sup>138</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 8.

<sup>139</sup> A estreita ligação entre os conceitos é demonstrada pela estrutura do Código Civil francês de 1804, a qual insere o “contrato” dentro do título destinado à “propriedade”, diferente do que adotado pelo BGB alemão do final do século XIX e, mais recentemente, pelo atual Código Civil brasileiro.

<sup>140</sup> ROPPO, Enzo. **Op. cit.**, p. 8.

<sup>141</sup> **Ibidem**, p. 9.

<sup>142</sup> **Idem**.

As duas vertentes da análise econômica – positiva e normativa – investigam o modo com que o direito propõe incentivos às pessoas e como, na condição de instituição formal, ele exerce influência sobre os arranjos econômicos. Nesta linha, a compreensão de direito como incentivo é muito similar à leitura do contrato como conceito jurídico, cuja interpretação mais adequada é do contrato como regulamento ao agir dos contratantes. Como será visto neste capítulo, a análise econômica dos contratos como conceito jurídico vê o instituto como um incentivo proposto pela legislação, pela jurisprudência e, principalmente, pelos próprios instrumentos contratuais ao comportamento dos contratantes em uma negociação. Sob esta vertente, a análise econômica é válida para conformar a doutrina de incentivos econômicos com a busca de um instrumento jurídico considerado ótimo, o qual estipule as partes envolvidas a se pautarem pela confiança e cooperação, bem como a alcançarem resultados eficientes.

O conceito econômico do contrato, por sua vez, é mais próximo à visão dos efeitos institucionais do direito, pois aqui o instituto deixa de ser meramente abstrato para ter relevância concreta, desempenhando papel de essencial importância no mundo econômico. A segunda possibilidade da análise econômica dos contratos, modelada pela dimensão do conceito operação econômica, visualiza o instituto como meio institucional que possui implicação direta na coordenação econômica da sociedade. Aqui a disciplina avalia de que modo que os custos inerentes às transações exercem influência na vida econômica dos indivíduos, das famílias e das corporações.

Portanto, a análise econômica dos contratos confunde-se com essas duas dimensões, de modo que, conquanto sejam ligadas por um indissociável liame, para propiciar uma melhor compreensão elas serão abordadas de forma separada.

A apresentação do tema se inicia com uma breve contextualização sobre o tratamento do instituto do contrato no ordenamento jurídico brasileiro, buscando, assim, responder algumas questões pontuais e que são preliminares ao raciocínio. Em seguida, com a posse do primeiro conhecimento, passa-se à construção do raciocínio sobre as duas vertentes da análise econômica dos contratos, especialmente com a conformação do instituto aos preceitos microeconômicos.

## 2.1. O CONTRATO

Em sua obra sobre direito e economia, Robert Cooter e Thomas Ullen apresentam duas perguntas que seriam fundamentais para a compreensão do direito contratual: “quais promessas deveriam ser executadas?” e “qual deveria ser o remédio jurídico para a quebra de promessas executáveis”<sup>143</sup>. Com a resposta a essas duas indagações os autores esclarecem sumariamente o funcionamento do direito contratual norte-americano e como ele compensa as partes contratantes quando ocorre o rompimento de uma promessa.

Quanto às promessas executáveis, narram os autores que o sistema jurídico vigente nos Estados Unidos adota a chamada “teoria da barganha”, requisito objetivo a ser verificado nos casos concretos e pelo qual apenas se houver a figura da contraprestação (barganha) entre os contratantes é que um contrato possui força executiva<sup>144</sup>. Aquele sistema afasta, via de consequência, a possibilidade de se exigir judicialmente o cumprimento de obrigações unilaterais, em que apenas uma das partes envolvidas faz uma promessa, e restringe a proteção judicial aos acordos bilaterais.

No que tange ao remédio jurídico para quando houver o descumprimento das obrigações assumidas em contrato, os tribunais norte-americanos utilizam lógica em parte semelhante ao sistema brasileiro. Havendo a quebra de promessas, pode o promissário prejudicado se valer do instituto da responsabilidade civil para que o promitente indenize-o a fim de que ora fique em uma situação tão boa quanto se o contrato tivesse sido cumprido (*expectation damages*)<sup>145</sup>, ora seja reconduzido a situação igual à anterior ao da negociação frustrada (*reliance damages*)<sup>146</sup>.

Agora, e se essas mesmas perguntas fossem realizadas ao ordenamento jurídico brasileiro? Segundo o Código Civil, quais promessas devem ser executadas? Qual o remédio jurídico para quando as promessas são descumpridas? Como se verá, o direito contratual nacional, influenciado pelo direito continental europeu, diverge, pelo menos parcialmente, do tratamento dos contratos nos Estados Unidos<sup>147</sup>.

---

<sup>143</sup> COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Op. cit.**, p. 201.

<sup>144</sup> **Ibidem**, p. 202.

<sup>145</sup> **Ibidem**, p. 205.

<sup>146</sup> **Ibidem**, p. 220.

<sup>147</sup> Claramente grande parcela da diferença no tratamento jurídico dispensado aos contratos advém das peculiaridades dos sistemas jurídicos da *common law* e da *civil law*.

Inicialmente, a primeira das questões – quando uma promessa é executável – depende da compreensão de que a formação de um contrato refere-se a um processo, isto é, uma sequência de atos que, praticados pelas partes conforme a prescrição legal, permite dizer que um contrato se formou legalmente e que as obrigações assumidas pelas partes se tornaram juridicamente vinculantes<sup>148</sup>. Tal consideração é importante visto que, diferente da experiência norte-americana, constituída em especial na fórmula do precedente jurisdicional, para o direito brasileiro cabe à lei estabelecer objetivamente quando um contrato é formado, tornando-se, portanto, executável.

Para entender a criação de um contrato exigível no Brasil é preciso saber que o instituto é uma espécie da categoria *negócio jurídico*, assim como são o casamento, o testamento e o ato constitutivo de sociedades<sup>149</sup>, motivo pelo qual a sua formação demanda o consentimento mútuo, agentes capazes, um objeto lícito e a conformidade com forma prescrita ou não defesa em lei<sup>150</sup>.

De todos os requisitos especial atenção deve ser conferida ao fator do consentimento mútuo, fruto do elemento essencial para a formação dos contratos que é a *declaração de vontade*. Diferente do sistema norte-americano, em que mesmo que uma parte realize uma promessa não haverá formação do contrato a menos que exista uma contraprestação (barganha), o direito brasileiro segue a corrente de que a vontade do contratante em obrigar-se com outrem é suficiente para que a promessa seja executável, mesmo que ela se dê à título gratuito.

Note-se que o pressuposto da formação do negócio jurídico não é a vontade psicológica do agente que contrata, isto é, o desejo mental, mas sim a vontade declarada, aquela externalizada pela parte contratante. Segundo Roppo, em um sistema caracterizado pela produção, distribuição e consumo de massa, é imperativo garantir a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações, mas tais objetivos requerem que as transações sejam disciplinadas com objetividade<sup>151</sup>, o que não seria alcançado com a chamada “teoria da vontade”. Diante dessa realidade econômica, o direito afastou o contrato da teoria da vontade, em que o interesse mental era essencial à produção de efeitos jurídicos, e aproximou-o ao conceito da “teoria da declaração”, para

---

<sup>148</sup> ROPPO, Enzo. **Op. cit.**, p. 125.

<sup>149</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**: introdução ao direito civil constitucional. 3ª ed., ver. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 93.

<sup>150</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 7.

<sup>151</sup> ROPPO, Enzo. **Op. cit.**, p. 298.

a qual, inversamente, prevalece o comportamento exterior objetivo das partes e o significado impessoal que a esse seria atribuído pela generalidade dos homens<sup>152</sup>.

O Código Civil brasileiro adota esta linha contemporânea, tanto que, para objetivar as transações econômicas e resguardar os interesses dos destinatários da declaração, dispõe que a manifestação de vontade deve ser considerada mesmo que o promitente haja realizado a reserva mental de não querer o que manifestou<sup>153</sup>.

O consentimento mútuo é assim requisito essencial para a formação do contrato, porém, diferente de outros requisitos impostos pela legislação, sua ausência não implica de plano na nulidade do negócio jurídico, mas em sua anulabilidade. Por desejo da legislação<sup>154</sup>, a existência de má-formação sobre a vontade manifestada pelo contratante é motivo para que o negócio jurídico seja passível de anulação, isto é, torna possível que os interessados aleguem o *vício ao consentimento* para obter a declaração judicial de invalidação do contrato e, conseqüentemente, de seus efeitos. Diferente da nulidade plena que recai, por exemplo, à contratação com um agente absolutamente incapaz ou à inobservância de requisito legal, o direito à anulabilidade de negócios jurídicos decai pelo desuso no tempo e não pode ser pronunciado de ofício pelo juiz ou pelo Ministério Público.

Conclui-se que um contrato executável no Brasil é todo aquele acordo em que agentes capazes declaram uma convergência de vontades sobre um objeto lícito, possível e determinado ou determinável, desde que, quando preciso, siga forma prescrita em lei ou não utilizem de forma defesa. Segundo os conceitos apresentados, sempre que se fizer presente esta construção jurídica, um acordo de vontades pode se valer dos remédios postos pela legislação exigir o seu cumprimento.

Esta descoberta leva à segunda das questões antes levantadas, pois, em face do descumprimento ou do mau cumprimento dos contratos, qual é a solução conferida pela legislação brasileira para que promessas válidas sejam exigidas?

---

<sup>152</sup> **Ibidem**, p. 69.

<sup>153</sup> Artigo 110 do Código Civil brasileiro: “A manifestação de vontade subsiste ainda que o seu autor haja feito a reserva mental de não querer o que manifestou, salvo se dela o destinatário tinha conhecimento”.

<sup>154</sup> Artigo 171 do Código Civil brasileiro: “Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”.

Segundo a doutrina<sup>155</sup> o inadimplemento é a situação objetiva de não-realização de uma prestação que foi prevista em uma norma (seja ela legal, convencional, imposta pelos usos ou derivada de modelo jurisprudencial) e que causa insatisfação do interesse do credor. As consequências do inadimplemento contratual, ou mais especificamente, os remédios jurídicos existentes para quando houver o descumprimento de um contrato, estão em regras dispostas na legislação, podendo ser acompanhadas de outras cominações livremente arranjadas pelas partes contratantes através de cláusulas contratuais.

Em suma, o efeito principal – mas não o único – do descumprimento de relação fundada em um negócio jurídico é o dever de reparar o prejuízo causado, o que é feito através da responsabilidade civil contratual, e ainda da cláusula penal e das arras<sup>156</sup>. Diz-se que não é o único efeito uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro há preferência pela reparação *in natura*, também denominada como cumprimento da *obrigação específica*, no qual a tutela jurisdicional tem por primazia determinar providências para que o resultado prático que seria esperado com o contrato seja alcançado mesmo contra a vontade do inadimplente<sup>157</sup>. Desta forma, o incumprimento dos contratos somente será resolvido pela esfera da responsabilidade civil se o promissário assim requerer ou se a obrigação específica for impossível<sup>158</sup>.

Reside aqui uma das grandes diferenças entre o direito contratual norteamericano e o brasileiro, visto que naquele as lides oriundas da quebra de promessas são resolvidas através da responsabilidade civil, isto é, por meio de indenização pecuniária, sem que seja comum o uso da execução para cumprimento da obrigação específica, preferencial no ordenamento pátrio. No entanto, conquanto a restituição *in natura* goze da simpatia da legislação nacional, pode-se afirmar que a prática demonstra que atualmente é a indenização em dinheiro, e não a execução da obrigação específica, que

---

<sup>155</sup> MENEZES CORDEIRO, A. M.. **Direito das obrigações**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980, p. 436. Citado em: MARTINS COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: forense, 2003, p. 82-83.

<sup>156</sup> MARTINS COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: forense, 2003, p. 92.

<sup>157</sup> Artigo 461 do Código de Processo Civil: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

<sup>158</sup> Artigo 461, §1º, do Código de Processo Civil: “A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”.

ocupa o papel central na modalidade de reparação<sup>159</sup>, percepção esta que aproxima os dois diferentes sistemas.

Da legislação é extraída a informação de que a responsabilidade civil opera-se de pleno direito quando ocorrido o descumprimento contratual<sup>160</sup>, independentemente de o lesado optar ou não pela resolução do contrato. Nessa linha, ao tomar por premissa a responsabilidade contratual como remédio jurídico mais comum para o inadimplemento, Martins-Costa afirma que o dever de reparação será gerado conforme o momento que ocorre o dano no processo de contratação, podendo se falar em responsabilidade pré-contratual, responsabilidade contratual e responsabilidade pós-contratual<sup>161</sup>.

Ocorrida a quebra de promessa ou não verificada a conduta esperada em qualquer das três fases do contrato, será o promitente imputado às consequências da responsabilidade civil contratual, resumida, segundo à legislação, às perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado<sup>162</sup>.

Especificamente sobre as perdas e danos, afirma Wald que elas abrangem o que efetivamente foi perdido pela parte lesada e o que ela deixou de ganhar de acordo com o curso dos acontecimentos, atendo-se ao *dano emergente* e ao *lucro cessante*<sup>163</sup>. Segundo Venosa, o dano emergente consiste na efetiva diminuição do patrimônio, hipótese em que será acrescido de juros e correção monetária até a data do pagamento, já o lucro cessante consiste naquilo que o devedor deixou de lucrar, sendo devido ao juiz ponderar o valor do razoável em cada caso concreto<sup>164</sup>.

Uma peculiaridade a ser observada é a possibilidade de se indenizar o promissário lesado pelos danos extrapatrimoniais que eventualmente tenha sofrido. A controvérsia sobre esse tema já se inicia pelo fato de que a legislação civil não prevê

---

<sup>159</sup> MARTINS COSTA, Judith. **Op. cit.**, p. 96;

<sup>160</sup> Artigo 475 do Código Civil brasileiro: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

<sup>161</sup> MARTINS COSTA, Judith. **Op. cit.**, p. 108.

<sup>162</sup> Artigo 389 do Código Civil brasileiro: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

<sup>163</sup> WALD, Arnold. **Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 203, p. 176.

<sup>164</sup> VENOSA, Silvio. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 9ªed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 322-333.

essa modalidade de reparação em caso de inadimplemento, mas somente indenização por perdas e danos, cuja essencialidade volta-se à diminuição econômica no patrimônio do credor<sup>165</sup>, e não à sua esfera moral. Nesse tocante bem esclarece Fidalgo que à primeira vista a concepção de dano moral se mostra incompatível com a responsabilidade contratual, uma vez que o direito de crédito é um direito subjetivo, de natureza patrimonial, cujo abalo levaria tão somente à presença de danos patrimoniais<sup>166</sup>.

No entanto, a doutrina já tem vislumbrado o direito à reparação por danos morais em contratos constituídos por situações jurídicas subjetivas existenciais, em que pessoas visam sua própria subsistência<sup>167</sup>. Exemplo dessa natureza é o contrato de seguro de saúde, cujo inadimplemento contratual tem dado azo a sucessivas condenações em danos morais<sup>168</sup>.

## 2.2. ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO-CONCEITO JURÍDICO

Delimitado quais promessas devem ser cumpridas e quais os remédios jurídicos existentes contra a quebra de expectativas, adentra-se à primeira possibilidade de leitura do contrato por meio da análise econômica do direito, representada por quando o instituto é encarado como um regulamento, isto é, uma normativa que cria deveres e limita as possibilidades de ação dos sujeitos, sugerindo comportamentos desejáveis<sup>169</sup>.

Segundo Roppo, o contrato como regulamento é visto, por exemplo, quando diz-se que em razão do contrato a pessoa “A” é obrigada a pagar R\$ 1.000,00 a “Y”, hipótese em que há um conjunto de direitos e obrigações que as partes reciprocamente assumiram por meio de cláusulas articuladas e que consubstanciam a operação econômica pretendida<sup>170</sup>.

---

<sup>165</sup> VENOSA, Silvio. *Op. cit.*, p. 324.

<sup>166</sup> FIDALDO, Rosalice; SCHMIDT, Ayeza. **O direito à saúde e a essencialidade do bem contratado**: o dano moral por recusa à cobertura em contratos de assistência à saúde privada. *Pensar*, Fortaleza, v. 17, n. 2, p. 618-645, jul./dez. 2012, p. 624.

<sup>167</sup> FIDALDO, Rosalice; SCHMIDT, Ayeza. **Op. cit.**, p. 642.

<sup>168</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no AREsp 412.501/RJ**, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 26/11/2013, DJe publicado em 10/12/2013.

<sup>169</sup> AZEVEDO, Paulo F.; STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio. *Economia dos contratos*; in: STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio (org.). **Op. cit.**, p. 115.

<sup>170</sup> ROPPO, Enzo. **Op. cit.**, p. 126.

O conceito jurídico do contrato vai ao encontro da visão do direito como promotor de incentivos às pessoas, sendo que o instituto, ao usar a lógica econômica de preços, pressupõe que os contratantes se valem de escolhas racionais para decidir se irão cumprir ou não as obrigações assumidas perante outrem. Esta análise é de extrema importância em uma negociação, pois, a depender dos incentivos, pode ocorrer de ser mais benéfico a um contratante suportar o inadimplemento do que cumprir uma promessa. De tal modo, a existência de um regulamento adequado possibilita que as expectativas e a confiança depositadas pelos contratantes sejam correspondidas, ou, em segunda hipótese, devidamente compensadas como forma de mitigar o dano suportado por um inadimplemento.

Para a leitura econômica do contrato-conceito jurídico é preciso saber que ele possui diferentes fontes normativas ao agir dos contratantes, pois, segundo Roppo, as normas legais, as decisões jurisdicionais e os procedimentos das autoridades administrativas, juntamente com a vontade das partes, constituem as fontes do regulamento contratual, para cuja correta determinação podem, segundo as circunstâncias, em diferentes medidas concorrer<sup>171</sup>.

Nesse conjunto de fontes normativas do contrato a mais ampla certamente é a autonomia da vontade das próprias partes. Salvo as ressalvas existentes nas demais normativas, entende-se que a vontade dos contratantes é pautada por uma liberdade que lhes permite firmar obrigações em qualquer sentido que atenda às suas preferências. Segundo Venosa, a autonomia da vontade pode ser vista sob dois aspectos: pelo prisma da liberdade de contratar ou não, nesse caso com a possibilidade de se estabelecer o conteúdo que irá direcionar os contratantes, ou pelo prisma da escolha da modalidade do contrato<sup>172</sup>. Nesse último caso a liberdade de contratar permite que os sujeitos se valham dos modelos contratuais apresentados pelo ordenamento jurídico ou, valendo-se de alguns requisitos mínimos, criam modalidades contratuais atípicas e que atendam às suas necessidades. Dentro dessa liberdade os contratantes podem criar obrigações recíprocas de acordo com as suas preferências, em especial limitando as ações do parceiro contratante e impedindo que mudanças de comportamento resultem na ocorrência do inadimplemento.

---

<sup>171</sup> **Ibidem**, p. 140.

<sup>172</sup> VENOSA, Silvio. **Op. cit.**, p. 365.

A segunda fonte do direito contratual tem lugar no conjunto legal. Especialmente em países de *civil law* como o Brasil, a lei é fonte primária de orientação para o direito, sendo ela, no caso do contrato, quem delimita os contornos da liberdade contratual conferida aos sujeitos. Chega-se a dizer que, à procura de um equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna é a lei a verdadeira legitimadora da autonomia contratual, e não mais a liberdade das partes<sup>173</sup>. Independente desse debate mostra-se indiscutível que é a lei que expressa a sequência de atos que devem ser observados para que uma promessa torne-se executável, bem como é ela quem estabelece os remédios judiciais aos contratantes para que, se lesados, venham a exigir o cumprimento do contrato ou obter a sua compensação.

Esta fonte do direito contratual pode ser dividida em normas dispositivas e imperativas, cada qual correspondente à capacidade ou não de derrogação por parte dos contratantes. Conforme esclarece Roppo, as normas dispositivas são aquelas que têm uma posição meramente subsidiária à vontade omissa das partes, e podem, por isso, sofrer derrogação quando eles manifestem vontade em tal sentido<sup>174</sup>. Tal categoria pode ser entendida justamente como aquela composta pelas normas legais que as partes contratantes podem “dispor”, desde que para isso firmem convenção em sentido contrário àquilo que prevê a legislação. Os enunciados legais que podem ser afastados pelas partes caracterizam-se por conter as expressões “salvo convenção em contrário”, “na ausência de manifestação das partes” ou outra similar<sup>175</sup>. Exemplo desta possibilidade é a previsão no Código Civil de que o pagamento de obrigações assumidas em contrato será realizado no domicílio do devedor<sup>176</sup>, o que, se as partes não convencionarem diversamente, valerá como regra para o acordo. A importância da norma dispositiva ganha relevo quando as partes contratantes firmam contratos com lacunas, sem se atentar em regulamentar pontos importantes de uma negociação, sentido em que assinala a doutrina:

---

<sup>173</sup> MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, 175.

<sup>174</sup> ROPPO, Enzo. **Op. cit.**, p. 150.

<sup>175</sup> **Idem.**

<sup>176</sup> Artigo 327 do Código Civil brasileiro: “Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, salvo se as partes convencionarem diversamente, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias”.

Na verdade, são poucos os contratos nos quais as partes chegam a acordar tantas cláusulas quanto são os aspectos e as eventualidades da relação de tomada em consideração pelas normas dispositivas, e a formulá-las em sentido diverso daquilo que nelas é estabelecido. Em regra, as partes estabelecem os termos essenciais e só alguns aspectos acessórios da operação; sobre todos os outros pontos, em que as partes não tenham pensado ou sobre os quais não hajam acordado, o regulamento e os efeitos contratuais acabam, de fato, por ser determinados justamente pelo complexo de normas dispositivas<sup>177</sup>.

Claramente essa função supletiva vem a dar mais estabilidade às relações jurídicas, pois, mesmo na ausência de convenção contratual sobre determinados elementos, podem as partes se valer das previsões gerais trazidas na legislação. Além disso, quando a lei fornece normas supletivas e que sejam eficientes para os contratantes, podem eles deixar de gastar recursos com a elaboração de instrumentos contratuais mais elaborados, valendo-se da disposição legal e, assim, poupando custos<sup>178</sup>.

A segunda categoria de normas legais é composta pelas previsões da lei que não podem ser derogadas por vontade das partes, denominadas como imperativas. Com a norma imperativa o legislador procede, em regra, ele próprio, a uma tal individualização *ex ante* que possibilita às partes envolvidas tarefas puras e simples de aplicação mecânica do preceito legal<sup>179</sup>. Normas dessa natureza representam a tentativa de impor ao sistema um eixo valorativo que não pode ser afastado pela vontade das partes e que, acaso infringidas, geram diferentes efeitos ao contrato, como a declaração de nulidade ou a possibilidade de resolução desse. Exemplos de normas imperativas são a que proíbe o pacto sucessório<sup>180</sup> e a impossibilidade de que, em estipulação em favor de terceiro, o estipulante venha a desonerar o devedor se o terceiro não o fizer<sup>181</sup>.

A terceira fonte do regulamento de um contrato advém das decisões proferidas pelo Poder Judiciário quando do conhecimento de lides contratuais, passando a ser relevantes na medida em que formam precedentes para serem adotados em outros casos semelhantes. Na esteira do pensamento firmado por Posner sobre a análise

---

<sup>177</sup> ROPPO, Enzo. **Op. cit.**, p. 188.

<sup>178</sup> COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Op. cit.**, p. 225.

<sup>179</sup> ROPPO, Enzo. **Op. cit.**, p. 190.

<sup>180</sup> Artigo 426 do Código Civil brasileiro: “Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva”.

<sup>181</sup> Art. 437 do Código Civil brasileiro: “Se ao terceiro, em favor de quem se fez o contrato, se deixar o direito de reclamar-lhe a execução, não poderá o estipulante exonerar o devedor”.

econômica do direito, a lide interpartes em si é uma questão encerrada, sendo interessante para o economia a normativa que será extraída da formação da jurisprudência<sup>182</sup>. Em um país como o Brasil, em que o precedente conquista cada vez mais importância, as decisões judiciais ganham vulto e sobrepõe-se, por vezes, à liberdade contratual e à própria letra da lei. Exemplo nesse sentido é a desconsideração pelo Poder Judiciário da regra do Código Civil que afasta o direito a indenização por morte quando o segurado suicida-se no prazo de dois anos a contar da assinatura do contrato<sup>183</sup>. Segundo entendimento jurisprudencial dominante<sup>184</sup>, essa norma legal não afasta de imediato o dever de cumprimento da obrigação de pagar pela seguradora, devendo existir a comprovação de que o segurado agiu dolosamente com o intuito de firmar o contrato e depois cometer suicídio. Nesse caso, por mais que a vontade aparente do legislador tenha sido apresentar um requisito objetivo de exclusão da cobertura securitária, o regulamento posto pela jurisprudência limita o alcance da norma legal ao equipará-la ao vício por dolo do segurado, cuja ocorrência depende de constituição de prova subjetiva.

O quarto e último elemento de regulamentação dos contratos são os procedimentos das autoridades administrativas, isto é, normativas exaradas sem força de lei pelo Estado e que de alguma forma limitam a liberdade contratual das partes. A normatização em sede administrativa é autorizada por lei que permite a determinado órgão estatal a capacidade de estabelecer diretrizes que restringem a margem de escolhas das partes em um contrato. Um dos exemplos desta fonte de regulamentação é a delegação conferida pela Lei Federal nº 6.194/74 para que o Conselho Nacional de Seguros Privados expeça normativas para disciplinar o seguro obrigatório para veículos automotores de via terrestre<sup>185</sup>. Nesse caso, apesar de a lei obrigar a todos os proprietários de veículos a disporem de um seguro que venha a indenizar os danos pessoais sofridos por vítimas no trânsito, não é possível que os contratantes (no caso os proprietários) escolham livremente qual seguradora virá a cobrir o evento, pois esta

---

<sup>182</sup> POSNER. Richard. *El análisis...*, p. 59.

<sup>183</sup> Artigo 798 do Código Civil brasileiro: “O beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente”.

<sup>184</sup> Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no AREsp 225.671/RS**, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 06/06/2013, publicado no DJe de 13/06/2013.

<sup>185</sup> Artigo 12 da Lei Federal nº 6.194/1974: “O Conselho Nacional de Seguros Privados expedirá normas disciplinadoras e tarifas que atendam ao disposto nesta lei”.

tarefa é competência do órgão administrativo, ao qual cabe, além de escolher com quem será realizado o contrato, determinar quais as cláusulas serão vigentes.

Esta noção de regulamento de condutas – estabelecidas nas quatro fontes citadas – tem especial relevância para tratos de obrigações sucessivas ou diferidas, não sendo tão perceptível quando as obrigações possuem execução instantânea. Por exemplo, quando alguém entrega dinheiro para a aquisição de pães não guarda tanta preocupação ao cumprimento das obrigações assumidas pelo padeiro. Isto se justifica pelo baixo *risco* envolvido no negócio. Por outro lado, obrigações que deverão ser cumpridas com o decorrer do tempo dão margem para que a opinião dos contratantes frente aos benefícios das promessas realizadas se altere, ou que eventos externos aconteçam, dando margem a comportamentos oportunistas e à figura do inadimplemento. Nestes últimos casos, conforme afirmam Ribeiro e Galeski, a dilatação do tempo para o cumprimento do contrato pressupõe incerteza, entendida como o *risco* nas atividades contratuais, isto é, a possibilidade de se ganhar ou se perder<sup>186</sup>.

Esta última ideia de *incerteza* é elemento nuclear da análise econômica do contrato-conceito jurídico, pois a disciplina é precipuamente justificada na estreita relação que existe entre o risco nas atividades econômicas e o regulamento ao agir das partes contratantes. Ao ver o risco como uma “parametrização de preferências”<sup>187</sup>, cabe à disciplina estudar quando e como esse risco vai se materializar nas operações econômicas e criar medidas para que ele seja evitado.

### 2.2.1. RACIONALIDADE E ASSIMETRIA INFORMACIONAL

Com o conceito econômico de maximização da própria satisfação se entende que um contratante, quando realiza ou aceita uma promessa, tem a expectativa de que aquele acordo de vontades lhe virá a trazer algum benefício e ele será superior aos custos de cumprir as obrigações assumidas. Isto significa que alguém, quando desprovido de vícios do consentimento, realiza um contrato quando o benefício

---

<sup>186</sup> RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Op. cit.**, p. 130.

<sup>187</sup> ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 300.

esperado com a negociação for igual ou superior ao custo da promessa realizada<sup>188 e 189 e</sup>  
190

Ocorre que idêntica lógica é utilizada pelos contratantes para decidir se irão cumprir ou não as promessas firmadas. Se, para o momento da contratação, os agentes ponderam a relação entre os custos e os benefícios esperados com o negócio, quando do cumprimento das obrigações assumidas eles prospectam os custos de se inadimplir um contrato – e suportar os efeitos consequentes – e se eles não são menores do que os benefícios de não ter que cumprir as obrigações assumidas<sup>191</sup>. Portanto, a análise econômica dos contratos sugere que as promessas devem ser cumpridas apenas quando maximizarem o bem-estar dos sujeitos contratantes, caso contrário a conduta esperada de um sujeito dito racional é o inadimplemento.

Ao se partir desse pressuposto, um contratante, detentor de *todas as informações* relativas ao negócio<sup>192</sup> e sabedor de que o parceiro contratual é tendencioso a não cumprir a promessa a ser realizada, possui três possíveis escolhas: a) não realizar o contrato; b) criar salvaguardas *ex ante* para garantir a materialização de suas expectativas; c) não criar salvaguardas *ex ante*, mas confiar nos remédios judiciais para garantir *ex post* o cumprimento das suas expectativas<sup>193</sup>.

A primeira das escolhas é comum a contratantes que possuem aversão ao risco, pois, diante da quase certeza no inadimplemento, preferirão deixar de contratar a terem que arcar com as despesas de um cumprimento forçado da promessa não realizada<sup>194</sup>. Pelo contrário, se o contratante vislumbrar um benefício superior aos custos de contratar e ainda for suscetível a suportar os riscos da negociação, abrem-se as

---

<sup>188</sup> Esta relação pode ser expressa como: [contratar] = [benefício esperado] > [custos]

<sup>189</sup> A leitura parte do pressuposto de que os agentes são livres para contratar e estão em um ambiente de concorrência perfeita, em que não há obrigatoriedade normativa de firmar um compromisso e a pluralidade de agentes possibilita alternativas para ponderação de custo e benefício.

<sup>190</sup> Quando se fala em benefício, não necessariamente esta se tratando de bens materiais, como o dinheiro, podendo alguém realizar um contrato com a expectativa de ganhar mais tempo, ou então conquistar a confiança de um potencial parceiro comercial para somente mais tarde vir a lucrar com novas negociações, o que significa que o benefício esperado é dependente das preferências do sujeito. Outrossim, o mesmo raciocínio é utilizado os custos envolvidos em uma negociação, os quais não necessariamente serão monetários.

<sup>191</sup> Esta relação por ser expressa como: [inadimplir] = [custos do inadimplemento] < [custos do cumprimento]

<sup>192</sup> A menção às informações remete a diferentes hipóteses de prospecção de dados em um negócio, como, por exemplo, referências passadas sobre o parceiro contratual, dados sobre o nicho de mercado em que ele está querendo participar, ter um parecer sobre o ambiente jurídico institucional, entre outros.

<sup>193</sup> Não obstante a separação, as escolhas de se criar salvaguardar *ex ante* e confiar nos remédios processuais *ex post* podem ser combinadas em um contrato.

<sup>194</sup> ARAÚJO, Fernando. **Op. cit.**, p. 300.

duas outras possibilidades, uma voltada a criar mecanismos de prevenção ao inadimplemento no próprio instrumento contratual, e outra com a adoção posterior de medidas judiciais a fim de conseguir o cumprimento forçado do contrato<sup>195</sup>.

Tal como ressaltado, essas escolhas podem ser fáceis ao sujeito que possui uma *racionalidade absoluta*, isto é, alguém que detém todas as informações possíveis sobre a negociação e pode saber se o parceiro contratante é propenso a adimplir ou inadimplir o contrato. No entanto, a análise econômica dos contratos não assume um posicionamento tão extremo em relação à racionalidade, mas sim que, apesar de os agentes realizarem suas escolhas conforme a análise do custo-benefício, eles são limitados pela quantidade de informações que possuem. Diz-se, portanto, que a racionalidade dos contratantes é *limitada* pela incompletude de informações sobre o ambiente contratual.

A *racionalidade limitada* ocorre por dois fatores principais. O primeiro deles é o de que por vezes o custo de se colher mais informações supera o benefício que poderia ser alcançado com uma escolha mais racional. Esse apontamento remete ao fato de que o empenho em obter informações exige o dispêndio de gastos, porém que o sujeito, como ser racional, estará disposto a pagar os custos até o momento em que eles se igualarem ao benefício da negociação<sup>196</sup>.

Vale dizer que esse fator é reflexo de dois cânones da ciência econômica apresentados nesse trabalho. Um deles é conceito de *utilidade marginal*, para o qual cada unidade adicional de um bem útil tem uma relevância menor do que a anterior para o sujeito, razão pela qual ele realizará esse acréscimo até que a vantagem de uma próxima unidade seja ou zero, isto é, se iguale ao seu custo<sup>197</sup>. Outro conceito válido é o de limitação orçamentária, pois, a depender da quantidade de recursos disponíveis a uma pessoa, ela estará mais ou menos disposta a arcar com os custos de se obter informações em um contrato<sup>198</sup>.

O segundo fator que justifica a racionalidade limitada é a possível atitude deliberada de um dos contratantes de esconder informações do outro. Nessa perspectiva

---

<sup>195</sup> A pormenorização do uso de mecanismos *ex ante* e *ex post* para garantir o cumprimento das promessas realizadas será realizada adiante.

<sup>196</sup> Este ponto de equilíbrio pode ser chamado de um grau “ótimo” de racionalidade incompleta, ou mesmo de ignorância racional. Neste sentido: ARAÚJO, Fernando. Teoria. **Op. cit.**, p. 281.

<sup>197</sup> Ver item 1.2.3.

<sup>198</sup> Ver item 1.2.3.

um dos envolvidos vê no ocultamento de informações o caminho para maximizar o próprio bem-estar e, diante da ignorância alheia, firma posições oportunistas que permitem o aumento de seus benefícios ao custo da imposição de riscos ao parceiro contratual. Exemplo desta circunstância é a reserva mental do agente quanto ao interesse de não cumprir aquilo que declarou em contrato.

Como consequência da racionalidade limitada e das diferentes predisposições à obtenção das informações ocorre um fenômeno denominado *assimetria informacional*, em que um dos contratantes possui mais dados sobre a operação econômica e o regulamento contratual do que o outro. Como visto, o conhecimento das circunstâncias que envolvem a negociação é determinante para que os contratantes possam se valer da racionalidade para cotejar o custo-benefício de se contratar e, depois, de se inadimplir um contrato. Assim, ao existir assimetria informacional entre os sujeitos, por um lado é possível que um promissário deixe de realizar salvaguardas para garantir o cumprimento das obrigações prometidas e, por outro, abre-se margem ao *comportamento oportunista* do contratante que detém maior racionalidade.

Por oportunismo se entende a situação em que os sujeitos não irão autoexecutar promessas de forma confiável, mas vão desviar da letra e do espírito de um acordo quando se ajusta aos seus propósitos<sup>199</sup>. Para Williamson o termo se refere à revelação incompleta ou distorcida da informação, especialmente aos esforços calculados de “enganar, distorcer, disfarçar, ofuscar, ou de outra forma confundir”<sup>200</sup>. Esse autor ressalva que é um comportamento que prejudica tanto os contratantes quanto as terceiras partes (árbitros, tribunais, etc.) que, em consequência, encontram problemas muito mais difíceis de inferência *ex post*<sup>201</sup>.

Outrossim, pode o oportunismo se dividir em duas categorias distintas, conhecidas como *seleção adversa* e *risco moral*. O primeiro conceito é uma consequência da inabilidade dos contratantes em distinguir entre riscos e também na sua falha em se comportar de forma plenamente responsável e executar as ações mitigatórias do risco<sup>202</sup>. O risco moral, por sua vez, não tem, ao contrário de uma primeira impressão, qualquer conotação moral, em verdade o conceito “sugere que há

---

<sup>199</sup> WILLIAMSON, Oliver. **Op. cit.**, p. 354.

<sup>200</sup> **Ibidem**, p. 43.

<sup>201</sup> **Idem**.

<sup>202</sup> **Idem**

alguma ‘miopia’ na gestão do recurso comum que é a confiança recíproca das partes no cumprimento pontual das suas obrigações e no acatamento estrito das estipulações contratuais”<sup>203</sup>.

Para Williamson, a diferença entre as formas de oportunismo é a de que a seleção adversa ocorre *ex ante* em uma negociação, enquanto que o risco moral é sentido *ex post*<sup>204</sup>. Araújo, em outra opinião, entende que essa divisão não pode ser feita com base no momento em que ocorre o comportamento oportunista, mas sim que é preciso considerá-las como resultado de uma variável exógena ou endógena aos contratantes:

O conceito de “seleção adversa” é associado às assimetrias informativas que se reportam a uma variável exógena, não manipulável pela parte que beneficia da assimetria informativa, associando em contrapartida o “risco moral” às assimetrias informativas que respeitam a uma variável endógena, manipulável pela parte que se beneficia da assimetria<sup>205</sup>.

Ambos os conceitos têm origem na análise da relação contratual de seguro, porém com a análise econômica dos contratos se tornaram reconhecidos como um problema detectável nas mais diversas situações.

## 2.2.2. JOGO DO PRINCIPAL E DO AGENTE

Diante dos cânones apresentados é possível dizer que os contratantes utilizam da racionalidade na tentativa de prever os vários desfechos contratuais possíveis, bem como na deliberação de condutas simultaneamente adequadas aos objetivos contratuais e na dosimetria de recursos para que as promessas realizadas sejam cumpridas<sup>206</sup>. No entanto, em um contexto no qual a racionalidade é limitada e o oportunismo é uma ameaça presente, a questão a ser respondida para um promissário que confia no cumprimento do contrato é como, efetivamente, saber qual será o comportamento do segundo contratante frente às promessas realizadas?

---

<sup>203</sup> ARAÚJO, Fernando. **Op. cit.**, p. 287 – 288.

<sup>204</sup> WILLIAMSON, Oliver. **Op. cit.**, p. 43.

<sup>205</sup> ARAÚJO, Fernando. **Op. cit.**, p. 286-287.

<sup>206</sup> ARAÚJO, Fernando. **Op. cit.**, p. 305.

A conduta dos sujeitos envolvidos em um contrato pode ser exemplificado com uma situação hipotética bastante comum no mundo econômico: o “*jogo do principal e do agente*”, ideia que se utiliza de proposta semelhante ao que ocorre com o instituto da representação no direito brasileiro.

Nesse modelo<sup>207</sup>, um primeiro contratante, o “principal”, chamado de jogador “A”, pensa em entregar para um segundo contratante, o “agente”, jogador “B”, uma determinada quantia em dinheiro para que realize negócios em seu nome. Com a agência do jogador “B”, o jogador “A” retoma para si o investimento realizado e ambos os contratantes dividem o excedente lucrado com as operações.

Com esse contexto três cenários são possíveis: jogador “A” entrega o dinheiro ao jogador “B” e esse cumpre com a sua promessa; jogador “A” entrega o dinheiro ao jogador “B” e esse não cumpre com a sua promessa; jogador “A” não entrega o dinheiro para o jogador “B”, sendo que nesse caso nenhuma operação será realizada. Conforme assinala Araújo ao trabalhar o “*jogo do principal e do agente*”, esse modelo permite realizar duas observações: a possibilidade de o agente extravasar as funções que lhe são incumbidas e, em segundo, revela o grau de esforço que os incentivos contratuais são ou não são capazes de assegurar<sup>208</sup>.

A resposta sobre qual será o comportamento dos jogadores “A” e “B” pode à primeira vista parecer uma incógnita, pois a questão envolvida é saber *ex ante* qual será o comportamento *ex post* dos envolvidos. Contudo, apesar da aparente dificuldade, a economia é dotada de instrumentos úteis que podem elucidar qual será a conduta racional dos contratantes durante a execução do negócio.

Para dar início ao raciocínio, supõe-se que o investimento do jogador “A” seja de R\$ 100 mil e resultado lucrativo da cooperação entre os jogadores seja de R\$ 50 mil para cada um. Esta interação entre os agentes pode ser exemplificada pela seguinte matriz:

---

<sup>207</sup> Modelo baseado em: COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Op. cit.**, p. 209.

<sup>208</sup> ARAÚJO, Fernando. **Op. cit.**, p. 597.

**Figura 2.1**

		Jogador "B"	
		Cooperar	Apropriar-se
Jogador "A"	Investir	50 mil / 50 mil	100 mil / - 100 mil
	Não investir	0 / 0	0 / 0

A leitura da matriz deve ser feita com o jogador "A" tendo duas opções: investir o seu dinheiro ou não investir; já o jogador "B" também possui duas alternativas: sendo que a primeira é cooperar com o jogador "A" e realizar os negócios para o qual foi contratado (adimplemento), e a segunda é apropriar-se de todo o valor que foi confiado à sua responsabilidade (inadimplemento).

Se o jogador "A" não investir o valor de R\$ 100 mil para o uso de "B", nenhuma negociação será realizada e o lucro resultado da negociação será zero. Já se o investimento for realizado, poderá o jogador "B" adimplir o contrato e realizar as operações econômicas, hipótese em que cada um lucrará R\$ 50 mil, ou poderá apropriar-se do investimento realizado sem realizar negócio nenhum, ficando com R\$ 100 mil para ele e impondo o prejuízo em igual valor para o investidor.

Claramente o comportamento de cada um dos agentes perante a negociação depende de saber como será a conduta do outro. Para o jogador "A" somente compensa entregar o dinheiro ao jogador "B" se esse vier a cumprir a promessa de realizar os negócios e então dividir o resultado. Já as escolhas do jogador "B" somente serão relevantes se o primeiro realizar o investimento.

O cenário em que o comportamento dos agentes, sejam indivíduos ou organizações, depende de uma situação de interação estratégica em que há dependência mútua das suas decisões, é reconhecida pela economia como um jogo, podendo ser resolvido por uma ferramenta conhecida como *teoria dos jogos*<sup>209</sup>.

<sup>209</sup> FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**: com aplicações em economia, administração e ciências sociais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 2.

Segundo Posner, uma grande vantagem da teoria dos jogos é que ela não pressupõe que apenas um dos agentes econômicos agirá racionalmente, mas sim que todos os demais envolvidos também agirão racionalmente, apresentando de maneira bastante verossímil sobre qual será o comportamento das pessoas quando as suas decisões dependem do movimento de outrem<sup>210</sup>.

Para descobrir qual seria o comportamento esperado no “jogo do principal e do agente” é preliminar entender qual é a preferência dos sujeitos envolvidos, pois, conforme esclarece Fiani, serão as preferências dos jogadores que, através de uma escolha racional, dirá como eles se comportarão perante um jogo<sup>211</sup>.

No modelo proposto assume-se que a preferência dos sujeitos é obter maior lucro possível com a negociação e, imbuídos desse objetivo, os jogadores se comportarão de forma a maximizar o resultado que pode ser alcançado com o contrato.

Assim entendido, o jogador “A” tem a opção de investir e a de não investir. Para o caso de não investir o lucro obtido será zero; pelo contrário, se entregar o dinheiro para o agente, poderá ter um lucro de 50 mil se aquele cooperar, ou um prejuízo de R\$ 100 mil se houver o inadimplemento. Em um primeiro momento, para esse jogador, a escolha que maximiza a sua satisfação é investir, mas desde que o jogador “B” cumpra a sua parte na promessa, isto é, há uma ressalva que pode ressaltar a escolha de “A” de entregar o dinheiro.

Para o jogador “B” a pior de todas as hipóteses é se “A” não investir, pois nesse cenário ele não ganhará nada com a negociação. Havendo o investimento por parte do primeiro jogador, “B” pode cooperar e ganhar R\$ 50 mil ou inadimplir o contrato e apropriar-se da quantia que lhe foi entregue, ganhando, nesse caso, R\$ 100 mil. Sem considerar qualquer penalidade por conta do inadimplemento, mas simplesmente a escolha que maximiza o interesse em lucrar com o contrato, o jogador “B” certamente optará por inadimplir o contrato, visto que mesmo diante de todas as variáveis é a única possibilidade em que ele ganha R\$ 100 mil. Diz-se que inadimplir o contrato é a *estratégia dominante* do jogador “B”.

O jogador “A”, sabendo que o comportamento racional do jogador “B” é sempre inadimplir o contrato, também agirá racionalmente e, sabendo da estratégia

---

<sup>210</sup> POSNER, Richard. *El análisis...*, p. 50 – 51.

<sup>211</sup> FIANI, Ronaldo. *Op. cit.*, p. 23.

alheia, não realizará o investimento. Desta feita, uma análise do modelo proposto com base na metodologia da teoria dos jogos esclarece que esse contrato não será realizado.

No entanto, apesar de a solução corresponder – dadas as circunstâncias – ao comportamento racional esperado dos sujeitos, duas considerações relevantes devem ser feitas, uma relativa ao aumento da riqueza social, outra à eficiência no contrato.

A primeira reflexão traz que a não realização do contrato deixa de ser o cenário que viria a proporcionar o maior aumento da riqueza na sociedade, esse que é, como visto, um objetivo perseguido pela ciência econômica<sup>212</sup>. Nesse caso o resultado da soma dos ganhos dos contratantes é zero, visto que nenhum negócio será realizado e o aumento da riqueza gerada será igualmente nulo.

Por sua vez, o fato de o jogador “A” investir e o contrato ser inadimplido por “B” não traz uma situação mais favorável. Com a aplicação da teoria dos jogos concluiu-se que não investir é o comportamento racional do jogador “A” porque com o aporte de dinheiro ele virá a ter um prejuízo de R\$ 100 mil (apropriados por “B”). Entretanto, mesmo que o ganho do jogador “B” seja equivalente ao que ele subtraiu do investidor, ainda assim a riqueza social gerada por esse contrato será zero (R\$ 100 mil ganhos por “B” menos os R\$ 100 mil perdidos por “A”). Sob esse ponto de vista é indiferente se o contrato não vai ser firmado ou se “B” virá a inadimplir sua obrigação.

Em verdade, a única solução que propõe um aumento real da riqueza gerada com o contrato é se ambos os jogadores cooperarem. Nessa hipótese, em que “A” faz o investimento e “B” realiza os negócios, haverá um ganho de R\$ 100 mil (soma de R\$ 50 mil de lucro para “A” e de R\$ 50 mil para “B”) além dos R\$ 100 mil já investidos.

Dito isso, a segunda consideração remete ao fato de que a escolha de “A” de não investir porque o comportamento dominante de “B” é inadimplir mostra-se, em primeiro momento, *equilibrada*<sup>213 e 214</sup>; porém não pode ser vista como um resultado ótimo do ponto de vista da eficiência econômica<sup>215</sup>.

---

<sup>212</sup> Ver item 1.2.3.3.

<sup>213</sup> Afirmação que parte da aplicação da teoria do “equilíbrio de Nash” ao jogo do principal e do agente. Segundo o conceito formulado pelo economista John Nash, um cenário equilibrado é aquele em que “todas as estratégias adotadas por todos os jogadores sejam as melhores respostas às estratégias dos demais”. Um método para se chegar ao equilíbrio de Nash é visualizar a matriz do jogo e indagar a cada envolvido “qual seria a melhor escolha dada a estratégia adotada pelo outro jogador?”. Quando se repetir essa pergunta a todos os jogadores, haverá o equilíbrio quando se identificar uma combinação de estratégias em que cada uma delas fosse a melhor resposta à outra, e vice-versa. (FIANI, Ronaldo. **Op. cit.**, p. 94-95).

Conforme o critério de Pareto apresentado do primeiro capítulo, uma negociação será eficiente quando a situação de pelo menos um dos envolvidos melhore sem que as condições de outro piorem. Por sua vez, um cenário será Pareto Ótimo quando não puder ser realizada nenhuma outra transação que atenda ao conceito de eficiência. Um segundo critério para se medir a eficiência é o de Kaldor-Hicks, pelo qual os benefícios prospectados com o negócio devem ser suficientes para compensar as perdas, mesmo que isso não seja verificado na prática. Quanto maior a diferença entre os benefícios e as perdas, maior a eficiência. Sob esse primado econômico, vê-se que das três possíveis conclusões ao jogo do principal e do agente (não investe; investe/apropria; investe/coopera), apenas a última delas atende aos conceitos de eficiência apresentados.

A solução de não investir não trará modificações passíveis de serem analisadas sob o aspecto da eficiência, pois esta escolha não gerará benefícios ou custos a qualquer dos envolvidos, mantendo-se o *status quo*<sup>216</sup>. A segunda estratégia, na qual “A” investe e “B” se apropria, é ineficiente sob ambos os critérios. Apesar de “B” obter a maior vantagem possível (ganha R\$ 100 mil), isso somente será possível se o segundo contratante, “A”, ficar em situação pior do que estava anteriormente (perde R\$ 100 mil), condição que não atende o critério de Pareto. Na mesma linha não é possível verificar uma eficiência segundo Kaldor-Hicks, pois o fato de “B” ter se apropriado dos recursos de “A” demonstra uma simples redistribuição de renda entre os agentes, sem que haja no modelo qualquer informação de que o novo proprietário fará melhor uso do que o seu antecessor, isto é, que o benefício da redistribuição compensa o prejuízo sofrido por “A”. Em verdade, o único cenário no qual se verifica um ganho de eficiência é no que “A” investe e “B” coopera.

A existência da cooperação entre os agentes, em que ambos se esforçam em cumprir as obrigações assumidas perante o outro (aportar dinheiro e realizar os

---

<sup>214</sup> No jogo do principal e do agente, a melhor alternativa para “A”, se “B” [cooperar], é [investir], porém, se “B” [apropriar-se], é [não investir]. Com o mesmo raciocínio para o jogador “B”, se “A” [investir], a melhor estratégia é [apropriar-se], enquanto se “A” [não investir] o jogador “B” poderá [cooperar], pois com a opção do primeiro é não investir o resultado prático será sempre zero. Sob esta leitura, a estratégia convergente dos jogadores será [não investir] e [cooperar], consistindo na situação que apresenta um equilíbrio de Nash.

<sup>215</sup> A aplicação do conceito de equilíbrio de Nash e a ideia de que os jogadores estão tomando as melhores decisões de acordo com a estratégia dos demais não significa, necessariamente, que suas decisões, quando tomadas em conjunto, resultem na escolha mais eficiente possível. (FIANI, Ronaldo. **Op. cit.**, p. 103).

<sup>216</sup> Note-se que não é possível afirmar que [não investir] é em si uma situação Pareto Ótima porque ainda há uma possibilidade que aumenta a satisfação de ambos os contratantes.

negócios) é, além da situação que mais aumenta a riqueza social, também aquela que é eficiente segundo o ponto de vista da análise econômica. Notadamente, nesta possibilidade ambos os contratantes se encontram em condição superior ao estado anterior da negociação (Pareto), bem como é gerado um excedente que compensa a realização do acordo (Kaldor-Hicks).

Com tais apontamentos chega-se à conclusão de que a *cooperação* entre os agentes é a melhor opção para o “jogo do principal e do agente” e, como esse modelo é uma simplificação das mais diversas operações econômicas, também a escolha que deve ser primada em relações contratuais. Segundo Axelrod, o potencial da cooperação surge em casos em que cada um dos sujeitos pode ajudar o outro, mas somente se verá presente quando os ganhos do trabalho mútuo forem maiores do que uma atitude individual, motivo pelo qual para esse autor os problemas para promover a cooperação são essencialmente dois: muitas vezes é melhor para o segundo sujeito agir de maneira individual do que cooperar e; as pessoas são tentadas a querer o melhor resultado do segundo sujeito sem oferecer qualquer contrapartida<sup>217</sup>. Como a análise econômica dos contratos pode colaborar para incentivar a cooperação é a matéria que será resolvida tópico seguinte.

### 2.2.3. CONTRATO COMO NORMATIVA

A principal função da análise econômica dos contratos em seu conceito jurídico é incentivar a cooperação mútua para que resultados eficientes sejam alcançados. A partir desse objetivo, afirma Salama que “o direito contratual instrumentaliza a cooperação e combate o comportamento oportunista”<sup>218</sup>, da mesma forma que Cooter e Ullen dizem que “a primeira finalidade do direito contratual é possibilitar que as pessoas convertam jogos com soluções ineficientes em jogos com soluções eficientes”<sup>219</sup>.

Para cumprir essa função o jurista deve se perguntar: como garantir o cumprimento de uma promessa quando o comportamento maximizador é uma realidade e a racionalidade limitada dá margem ao oportunismo? A resposta, segundo raciocínio de Araújo, está em estabelecer elementos custosos que obstem a maximização do bem-

---

<sup>217</sup> AXELROD, Robert M. **The evolution of cooperation**. New York: Basic Books, 1984. p. 171.

<sup>218</sup> SALAMA, Bruno. **Op. cit.**, p. 30.

<sup>219</sup> COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Op. cit.**, p. 211.

estar do contratante oportunista, caso em que é perfeitamente racional e previsível que ele se retraia em direção à promoção dos interesses mútuos<sup>220</sup>. Qual seriam estes custos e como instrumentalizá-los são as primeiras questões a serem respondidas.

Conforme apresentado acima<sup>221</sup>, as quatro fontes do direito contratual são: a autonomia das partes, a lei, a jurisprudência e as decisões administrativas, cada qual com as suas peculiaridades, mas que podem interagir em maior ou menor grau em uma negociação. Para coibir o comportamento oportunista e fomentar a cooperação, a análise econômica dos contratos utiliza de tais normativas para desenhar mecanismos *ex ante* e *ex post* que impõem altos custos ao mau cumprimento das promessas realizadas, de modo que seja racional cumprir um contrato e irracional não fazê-lo.

Segundo Williamson, a lição mais importante da análise econômica é de que as transações que estão sujeitas ao oportunismo *ex post* se beneficiarão no caso de salvaguardas apropriadas puderem ser elaboradas *ex ante*<sup>222</sup>. Isto representa que quando um contratante estiver suscetível à hipótese de seleção adversa, ou mesmo quando o risco moral envolvido no negócio for muito alto, é profícuo engendrar soluções de precaução que desestimulem o comportamento oportunista do parceiro contratual. Com essa premissa, a esfera da autonomia da vontade é a fonte ideal para a proposição de medidas *ex ante* de proteção ao oportunismo. Essas medidas podem ser de natureza estimulante (incentivo positivo) ou coibitivo (incentivo negativo).

A ideia de estímulos corresponde a conferir benefícios ao parceiro para que o cumprimento do contrato se torne pelo menos tão vantajoso quanto o não cumprimento, motivo pelo qual se diz que tais incentivos têm natureza remuneratória<sup>223</sup>. Tomando por exemplo o jogo do principal e do agente, uma forma de estimular esse último a cooperar é vincular a sua remuneração ao trabalho realizado. Neste caso, o agente realizará mais negócios quanto maior for a recompensa. Uma segunda possibilidade para a cooperação é não incorrer no chamado *duplo risco moral*, o que é verificado quando o promissário age de maneira degradante, desviando-se da sua diligência esperada como credor para dificultar as ações do devedor<sup>224</sup>. Com estes incentivos o promissário cria um ambiente ótimo para que as obrigações assumidas

---

<sup>220</sup> ARAÚJO, Fernando. **Op. cit.**, p. 597-598.

<sup>221</sup> Ver item 2.2.

<sup>222</sup> WILLIAMSON, Oliver. **Op. cit.**, p. 44.

<sup>223</sup> ARAÚJO, Fernando. **Op. cit.**, p. 601.

<sup>224</sup> **Ibidem**, p. 290.

sejam cumpridas, pois, como afirma Axelrod, a cooperação não é uma via de mão única, mas sim que exige reciprocidade entre os contratantes<sup>225</sup>.

A segunda alternativa verificada no campo da autonomia da vontade é aquela de índole coibitiva, em que se desenham mecanismos no próprio contrato com o intuito de se aumentar de custos pelo inadimplemento, tornando-o tão caro a ponto de se tornar a escolha irracional. Dois exemplos típicos de incentivos negativos ao descumprimento são as arras e a cláusula penal, as quais, apesar de gozarem de amparo legal, são normas dispositivas e que dependem de previsão contratual para poderem ser exigidas.

As arras são especialmente válidas para a fase pré-contratual, em que alguém, com o intuito de incutir confiança ao parceiro, presta dinheiro ou outro bem móvel em adiantamento à obrigação principal, sendo o correspondente descontado quando existir a execução da promessa realizada. Ao mesmo tempo em que garante um maior grau de confiabilidade ao sujeito que as presta, também desestimula o comportamento oportunista por ambos os contratantes, pois a inexecução do contrato garante a perda do valor por quem entrega arras, bem como a devolução em dobro se o descumprimento for por quem as recebe.

A cláusula penal é uma multa convencional que se perfaz em um incentivo *ex ante*, podendo ser vinculado ao cumprimento integral do contrato, de alguma cláusula especial ou simplesmente para desestimular a ocorrência de mora. Tendo por limite o valor equivalente à obrigação principal a ser adimplida, este dispositivo pode possuir uma função compensatória, em que assume a importante utilidade de ser a fixação antecipada de perdas e danos, evitando custos que seriam despendidos com possível e futura apuração de danos patrimoniais<sup>226</sup>. Ademais, ainda que a cláusula penal tenha natureza compensatória, podem as partes estabelecer a possibilidade de que o contratante lesado pleiteie indenização suplementar, com a qual todas as perdas excedentes à penalidade prevista em contrato também podem ser liquidadas e ressarcidas. Nesse caso cria-se um ambiente desestimulante ao incumprimento do contrato, pois, por mais que haja o desinteresse em manter as promessas assumidas, a quebra torna-se uma alternativa mais custosa do que a escolha de cumprir o contrato.

---

<sup>225</sup> AXELROD, Robert M. **Op. cit.**, p. 171.

<sup>226</sup> VENOSA, Silvio. **Op. cit.**, p. 326.

Para exemplificar o uso de medidas coibitivas, um curioso caso remete à gravação de um famoso filme norte-americano do início da década de 1990. Nele, um conhecido ator – com o papel de protagonista da história – sentiu-se extremamente incomodado com o ambiente a que estava exposto nas filmagens, bem como não se sentia à vontade com os trajes coloridos e apertados que era obrigado a usar para interpretar o seu personagem. Sem querer continuar com o trabalho, chamou o produtor do filme indagou quanto custaria para quebrar o contrato. Ao ouvir que não haveria problema em desistir, mas que isso lhe custaria 40 milhões de dólares, resolveu continuar até o final<sup>227</sup>. Nesse exemplo o bem-estar resultante de não mais atuar no filme foi compreendido pelo ator como menor do que a cifra milionária.

A segunda fonte normativa dos contratos e que tem o papel de desestimular o comportamento oportunista é a lei, a qual estabelece os remédios processuais que estão à disposição dos contratantes para, se houver o inadimplemento, resguardar os seus interesses. No ordenamento jurídico brasileiro há duas soluções possíveis para o inadimplemento: a execução da obrigação específica e a compensação dos danos sofridos por meio da responsabilidade civil.

O primeiro caso garante ao promissário que mesmo que o promitente não queira cumprir o contrato o Poder Judiciário poderá substituir a vontade recalcitrante e determinar a materialização da promessa pendente. Hipótese comum de execução da obrigação específica ocorre em quebras de promessas em compromissos de compra e venda. Aqui, se o vendedor desistir da entrega do bem contratado, pode o comprador exigir a sua adjudicação compulsória. Em situações como estas, em que o contrato será cumprido mesmo quando os custos de cumprimento superarem os custos de inadimplemento, a margem de escolha do promitente será reduzida drasticamente, pois a lei não possibilita o uso do inadimplemento como uma escolha racional.

Por outro lado, se não for possível a prestação *in natura* ou se outra for a preferência do credor da obrigação, a quebra de um contrato pode ser resolvida por perdas e danos. Conforme assinalam Cooter e Ullen, “quando a responsabilidade civil é colocada num nível eficiente, o promitente cumprirá a promessa se o cumprimento é

---

<sup>227</sup> THE TIMES-PICAYUNE. **Brad Pitt says 'Interview with the Vampire' was a 'miserable' experience.** Disponível em: <[http://www.nola.com/movies/index.ssf/2011/09/brad\\_pitt\\_says\\_interview\\_with.html](http://www.nola.com/movies/index.ssf/2011/09/brad_pitt_says_interview_with.html)>. Acesso em: 18 jan 2014.

mais eficiente que a quebra, e quebrará a promessa se a quebra é mais eficiente do que o cumprimento”<sup>228</sup>. No entanto, cabe perguntar o que seria um nível eficiente de responsabilidade civil? Segundo os mesmos autores a melhor indenização não é aquela que compensa os gastos do promissário lesado, retornando-o ao *status quo*, e sim a indenização igual ao benefício perdido em razão da quebra da promessa<sup>229</sup>. A *expectation damages* é vista como a indenização perfeita pela quebra de expectativa, criando um ambiente em que o descumprimento de um contrato se torna pelo menos tão oneroso quanto o seu cumprimento.

A eficácia dos remédios normativos *ex post* previstos pela legislação depende da participação da terceira das fontes do direito contratual: as decisões judiciais. Notadamente, a função dos juízes frente ao cumprimento dos contratos pode-se dizer dúplice, visto que eles têm o poder de criar jurisprudência que servirá de balizamento para futuras lides e ao comportamento dos sujeitos em uma contratação e, em segundo, também são responsáveis por dar cumprimento às medidas de incentivo negativo ao oportunismo. Enquanto a função normativa da jurisprudência já foi anteriormente esclarecida, para o momento cabe analisar a influência das decisões dos tribunais na execução dos contratos, o que é intimamente ligado à assertiva realizada no primeiro capítulo de que o comportamento humano perante preços depende do nível de eficiência da fiscalização<sup>230</sup>. Com fulcro neste pensamento, as medidas de salvaguarda postas pelos próprios contratantes e pela legislação somente serão suficientemente operantes para coibir o comportamento oportunista se o Poder Judiciário fazer cumprir a vontade declarada quando da negociação. A certeza do cumprimento adequado dos remédios processuais é pressuposto essencial para o incentivo ao comportamento cooperativo dos sujeitos, pois, caso contrário, se os tribunais derem margem a sucessivas revisões de contrato ou à anulação de cláusulas contratuais destituídas de qualquer vício de vontade, cria-se um ambiente favorável ao oportunismo. Em um cenário no qual os tribunais sejam tendenciosos a não fazer cumprir os contratos, o ônus de um contratante oportunista quebrar uma promessa é igual ao custo do inadimplemento (medidas de salvaguarda *ex ante* e remédios processuais *ex post*) multiplicado pelo percentual de chances de que essas medidas sejam executadas junto

---

<sup>228</sup> COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Op. cit.**, p. 215.

<sup>229</sup> **Idem.**

<sup>230</sup> Ver item 1.4.

ao Estado<sup>231</sup>. Se o resultado da operação for menor que os custos do cumprimento do contrato, ainda assim inadimplir será a conduta racional do contratante. Tal constatação afirma que quanto menor a eficácia dos remédios oferecidos pela lei e pelo contrato para o caso de inadimplemento das obrigações assumidas, menor o interesse do indivíduo em realizar negócios<sup>232</sup>.

Uma proposta interessante para aumentar a eficiência na execução das promessas declaradas é convencionar que eventuais litígios oriundos do contrato serão resolvidos por meio da arbitragem, reconhecido método privado de solução de controvérsias que pode ser mais célere e seguro do ponto de vista de suas decisões quando comparado à jurisdição estatal. Nessa alternativa os contratantes ganham com o sigilo do procedimento arbitral, propiciando uma atmosfera mais favorável à conciliação<sup>233</sup>, bem como há uma maior flexibilidade às partes para fixar parâmetros materiais e processuais para a solução de litígios<sup>234</sup>. Como com a convenção de arbitragem<sup>235</sup> as partes podem estabelecer os critérios valorativos que serão utilizados pelos árbitros na solução dos futuros litígios (p. ex. a leitura semântica do texto legislativo, uso da *lex mercatoria*, etc.), estabelece-se uma limitação às possíveis interpretações do contrato e confere-se mais certeza ao fiel cumprimento das promessas realizadas pelos contratantes. O uso da via arbitral é assim uma alternativa válida no intuito de se aumentar o percentual de chance de cumprimento *ex post* das obrigações assumidas em contrato.

A quarta fonte do direito contratual e que completa o ambiente jurídico-institucional de incentivo ao comportamento cooperativo são os atos administrativos. Mesmo que em menor escala que as demais, essas normativas administrativas também têm o poder de aumentar os custos para o mau cumprimento de contratos, propiciando situações mais favoráveis para a realização de contratos. Nesta linha veja-se o papel das

---

<sup>231</sup> Esta relação pode ser expressa como: [inadimplir] = [custo do inadimplemento] x [eficiência do Poder Judiciário] < [custos do cumprimento]

<sup>232</sup> SALAMA, Bruno M. Análise econômica da arbitragem; in: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 383.

<sup>233</sup> SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais de arbitragem**. Florianópolis: Boiteux, 2004, p. 39.

<sup>234</sup> REISDORFER, Guilherme. A estrutura e flexibilidade do procedimento arbitral; in: PEREIRA, Guimarães; Talamini, Eduardo (Org.) **Arbitragem e poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 301.

<sup>235</sup> A convenção de arbitragem corresponde ao somatório da cláusula compromissória com o compromisso arbitral. Cláusula compromissória é a convenção estabelecida no instrumento contratual pelas partes e compromisso arbitral a reafirmação desta vontade quando do início do procedimento. Neste sentido: GAIO JUNIOR, Antonio Pereira. **Teoria da arbitragem**. São Paulo: Rideel, 2012. P. 36.

agências reguladoras federais ao estabelecer percentuais desejáveis de resoluções de litígios entre concessionárias de serviços públicos e os usuários (p.ex. a influência exercida sobre as operadoras de telefonia móvel para que resolvam os litígios contratuais instaurados pelos consumidores). Nesta espécie, a pressão exercida pela administração pública sobre as concessionárias garante que os contratos realizados entre estas e os particulares tenham um custo pelo inadimplemento muito maior do que é possível visualizar apenas interpartes, visto que o não atendimento das reclamações redundará em sanções administrativas aplicadas pelo Estado.

Apresentada a maneira com que as fontes normativas do direito contratual contribuem para incentivar a cooperação contratual, rememora-se que a aplicação destas medidas no mundo dos fatos depende do grau de racionalidade do agente contratante, o qual é medido, sobretudo, pela quantidade de informações disponíveis ao sujeito. Nesta linha, pode ocorrer de que o sujeito possua tão poucas informações sobre a negociação que deixará de se valer de qualquer mecanismo *ex ante* ou *ex post* de proteção ao contrato, dando margem ao oportunismo.

Com esta preocupação, Cooter e Ullen definem que a segunda finalidade do direito contratual é incentivar a revelação eficiente de informações dentro da relação contratual<sup>236</sup>. Na mesma linha afirma Araújo que é ideal ter um quadro de incentivos que, no caso de risco moral, conduzam à adoção de uma conduta compatível com os interesses dos contratantes e, no caso de seleção adversa, force a partilha de informações<sup>237</sup>.

Dito isso, relembra-se que a escassez de informações ocorre quando o custo em obtê-las é muito alto ou quando há o interesse de uma das partes em omitir dados para maximizar os seus próprios interesses. Em conformidade com essas justificativas, o direito contratual tem que estar preocupado, no primeiro caso, em diminuir os custos de coleta de informações e, no segundo, em criar mecanismos de revelação de informações.

Os custos de obtenção de informações são considerados como *custos de transação*, matéria que será tratada quando da discussão sobre a análise econômica do contrato-conceito econômico. Com a preocupação de não adiantar o tema, cabe por ora firmar que o papel das fontes normativas do direito contratual é fundamental não só para

---

<sup>236</sup> COOTER, Robert; ULLEN, **Op. cit.**, p. 213.

<sup>237</sup> ARAÚJO, Fernando. **Op. cit.**, p. 597-599.

diminuir os custos de coleta informacional, mas também para possibilitar que os contratantes não precisem incorrer nesses custos. Para melhor explicar esse ponto, relembra-se que um grau ótimo de racionalidade é aquele em que o custo de informações adicionais não compensa a vantagem com ela advinda (conceito de utilidade marginal), porém a ausência de informações neste nível ótimo deve ser compensada pelas vantagens *ex post* conferidas pela lei e pelo Poder Judiciário, sem as quais a racionalidade limitada torna-se um problema. Entende-se que se houver um alto grau de confiabilidade nos mecanismos *ex post* o contratante pode poupar custos na obtenção de informações *ex ante*, o que, segundo Araújo, corresponde ao duplo sentido de se confiar no apoio do quadro jurídico e do judiciário<sup>238</sup>.

Essa percepção confere autorização para afirmar que a existência de instituições jurídicas e políticas sólidas contribui para a existência do comportamento cooperativo nos contratos. A partir do momento em que a legislação não se preocupa em criar mecanismos de incentivo à cooperação, ou então o Poder Judiciário deixa de executar as cláusulas contratuais conforme preconiza o direito e passa a realizar um mero trabalho de redistribuição de riqueza, cria-se um ambiente pouco propício à realização de contratos e, por consequência, à produção de riquezas.

No que diz respeito à segunda causa de limitação da racionalidade – em que a omissão informacional decorre de ato dos próprios contratantes – o papel do direito contratual é o de criar mecanismos eficazes de revelação de informações, o que pode ser atingido por diferentes métodos.

Do ponto de vista da autonomia da vontade, podem os contratantes dar abertura à prestação informações relevantes sobre o negócio, isso sob pena de aplicação de cláusula penal ou mesmo de resolução contratual. À exemplo de contratos de seguro, a obrigação de o contratante discorrer sobre a condição pretérita do bem segurado é de suma importância para evitar que a parte seguradora assuma a obrigação de indenizar eventos inevitáveis ou mesmo já ocorridos. A assimetria de informações neste caso daria margem à seleção adversa quando da contratação, o que pode ser impedido se houver medidas de coibição à não revelação de informações.

A lei também é importante fonte de incentivos ao compartilhamento de informações entre os contratantes. Um primeiro exemplo desta linha é a previsão de que

---

<sup>238</sup> **Ibidem**, p. 43-44.

os contratantes são obrigados a guardar o princípio da boa-fé durante todas as fases do processo contratual<sup>239</sup>. Conforme Wald, a boa-fé objetiva – contemplada pelo Código Civil pátrio – representa a corretiva proteção da expectativa que nasce com uma promessa, dela surgindo deveres acessórios de informação e lealdade, mesmo que contra a vontade das partes<sup>240</sup>. Outro exemplo de normativa legal em direção à revelação de informações é encontrado nos institutos do vício redibitório<sup>241</sup> e da evicção<sup>242</sup>. Ambos os casos presumem que negócios não seriam realizados, ou o teriam sido de outra forma, se os adquirentes soubessem da existência do risco de evicção ou do vício oculto, sendo que, pela lealdade contratual, é dever do transmitente que tais possibilidades sejam alertadas<sup>243</sup>. Em ambos os casos o contratante que omite informações é penalizado pela legislação, quase sempre tornando o comportamento oportunista mais custoso do que se escolha diversa fosse realizada.

### 2.3. ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO-CONCEITO OPERAÇÃO ECONÔMICA

A segunda e particular dimensão da análise econômica dos contratos é voltada a estudar o impacto do instituto nos arranjos econômicos da sociedade. Sabe-se que o contrato, mais do que ter grande relevância à doutrina jurídica, também possui a particular função de ser uma importante ferramenta de propulsão econômica. É através dele que o direito de propriedade é movimentado entre diferentes sujeitos que vislumbram nestas trocas um benefício, uma maximização do próprio bem-estar. A importância do instituto é tamanha que Roppo afirma que “dentro de um sistema capitalista avançado, parece ser o contrato, e já não a propriedade, o instrumento fundamental da gestão de recursos e de propulsão da economia”<sup>244</sup>.

---

<sup>239</sup> Artigo 422 do Código Civil brasileiro: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

<sup>240</sup> WALD, Arnold. **Op. cit.**, p. 235-236.

<sup>241</sup> Artigo 441 do Código Civil brasileiro: “A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor”.

<sup>242</sup> Artigo 447 do Código Civil brasileiro: “Nos contratos onerosos, o alienante responde pela evicção. Subsiste esta garantia ainda que a aquisição se tenha realizado em hasta pública”.

<sup>243</sup> VENOSA, Silvio. **Op. cit.**, p. 523.

<sup>244</sup> ROPPO, Enzo. **Op. cit.**, p. 66.

Importante verificar que a utilidade econômica dos contratos não é apenas mensurada em um nível micro, como quando uma pessoa pretende vender um carro para o seu vizinho, mas também em uma esfera macro, em que toda a organização dos agentes de produção se sustenta sobre relações contratuais. Nessa linha entende-se que as empresas – ou firmas – deixaram de ser uma mera relação mecânica entre insumos e produtos para ser uma relação orgânica entre agentes realizada através de contratos<sup>245</sup>.

Com amparo na visão precursora de Coase em *The Nature of the Firm*, diz-se que as empresas comumente escolhem como realizar esses contratos com base no mecanismo de preços, isto é, os preços movimentam diretamente a produção e a forma com que o empreendedor aloca os recursos que estão sob sua coordenação<sup>246</sup>. No entanto, para a realização de contratos, sejam eles em ambientes micros ou macros, existem outros custos além daquele representado pelo preço do objeto negociado, pois, como afirma Coase, o próprio fato de organizar a produção através do mecanismo de preços exige descobrir quais preços são relevantes, tarefa que obviamente tem os seus próprios custos<sup>247</sup>. Esta constatação remete aos chamados *custos de transação*, talvez o conceito mais importante para estudo da análise econômica dos contratos. A relevância do tema é justificada uma vez que todas as operações voltadas à realização de um contrato são em geral extremamente custosas, e que muitas vezes esses custos podem ser altos o suficiente para evitar a ocorrência de transações que existiram se eles fossem zero<sup>248</sup>. Ademais, a existência de custos de transação no sistema de mercado cria incentivos para os agentes econômicos estabeleçam novas formas de organização da atividade econômica – que não o mercado – capazes de evitar estes custos<sup>249</sup>. Em suma, não há como afastar as operações econômicas da figura dos contratos e, mais estritamente, dos custos de transação.

---

<sup>245</sup> MARTINS FILHO, Giovani Magalhães. **Provável confronto entre Alberto Asquini e Ronald Coase**. Uma análise dos perfis da empresa a partir da teoria da firma. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3353.pdf>> Acesso em: 21 fev 2014, p. 383.

<sup>246</sup> COASE, R. H. **Op. cit.**, p. 388.

<sup>247</sup> **Ibidem**, p. 390.

<sup>248</sup> COASE, Ronald H.. **The problem of social cost**. The Journal of Law and Economics. v. III, oct. 1960, p. 15.

<sup>249</sup> CAVALLI, Cassio Machado. **Empresa, direito e economia**: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico. 2012. 304 f. (Tese – doutorado em direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2012, p. 164.

### 2.3.1. CUSTOS DE TRANSAÇÃO

No capítulo inaugural a tendência dos bens de irem de quem lhes dá menos valor para quem os valoriza mais foi ilustrada com o “contrato do diamante”<sup>250</sup>, cujo exemplo pode ser novamente utilizado para explicar o conceito de custos de transação. Naquele caso uma pessoa, chamada “A”, é proprietária um diamante ao qual se confere o valor – aqui hipotético – de R\$ 1.000,00. Um segundo homem, denominado como “B”, gostaria de presentear a esposa com a mesma joia preciosa e a satisfação desta preferência teria o valor intrínseco de R\$ 1.200,00. Ao se valer de muitos dos princípios econômicos já explanados, como a maximização, preferências, racionalidade e, mais recentemente, do raciocínio sobre contrato, é possível concluir pela tendência de que, se “B” ofertar qualquer valor entre R\$ 1.000,01 e R\$ 1.200,00 pelo diamante, “A” aceitará transmitir a propriedade do bem. Mais do que isso, tal negociação será eficiente.

Agora, para aprimorar o exemplo em direção aos custos de transação, imagine-se que “A” gostaria mesmo de vender o diamante por qualquer valor acima de R\$ 1.000,00 e que para isso contratou um avaliador para analisar o nível de pureza do objeto e mensurar o seu preço no mercado internacional de pedras preciosas. Diga-se também que, após a avaliação, o proprietário “A” resolve mandar a peça para que um joalheiro lapide alguns pequenos defeitos que foram encontrados e assim possa melhorar a sua aparência e elevar preço de venda. Como é difícil encontrar alguém com orçamento suficiente para pagar pelo diamante, “A” também resolve oferecê-lo em uma casa de leilões da cidade em que mora, local onde se reunirão potenciais compradores. O futuro proprietário “B”, desejando presentear a sua esposa, não fica atrás e igualmente começa a praticar atos de busca de um diamante que esteja de acordo com as suas preferências. Sugere-se que “B” sai a diferentes joalherias para pesquisar onde conseguir o objeto de desejo e, principalmente, que atenda ao seu “preço de reserva”, isto é, o valor que confere ao bem e até que medida está disposto a pagar para tê-lo. Nestas incursões “B” descobre que em outra cidade, onde mora “A”, será realizado um leilão de pedras valiosas e que na oportunidade poderá encontrar o que precisa. Com este intuito “B” viaja para a cidade onde ocorre o leilão e acaba por arrematar o diamante de “A” pelo valor de R\$ 1.100,00, um preço ainda abaixo do seu “preço de

---

<sup>250</sup> Ver item 1.2.3.

reserva”, que era R\$ 1.200,00. Após a conclusão do ato, “A” e “B” se encontram e, amparados por um advogado, firmam um instrumento contratual com algumas cláusulas em que descrevem as características do bem que está sendo alienado e o preço ajustado. Após “A” receber o valor no modo e tempo contratados, “B” recebe o diamante e pode presentear a sua esposa como desejado.

Apresentada esta situação, note-se em primeiro lugar que a contratação é, à primeira vista, a atitude racional esperada dos sujeitos. Considerado o valor de uso conferido por “A” e “B” para o diamante e o valor de troca alcançado com o leilão, cujo resultado agradou a ambos, entende-se que a realização da operação econômica – revestida pela figura do contrato – foi a solução que maximizou o bem-estar dos sujeitos. Vê-se que “A” ganhou R\$ 100,00 e “B” agora possui um bem por ele avaliado em R\$ 1.200,00, o que representa R\$ 100,00 a mais que o preço pago no contrato. A negociação trouxe um aumento à riqueza social em R\$ 200,00 e foi eficiente sob o ponto de vista econômico, pois os dois contratantes lograram uma posição superior sem que ninguém tivesse prejuízo.

No entanto, percebe-se que a realização do contrato não se deu à título gratuito, pois até a tradição do diamante de “A” para “B” os sujeitos tiveram diversos *custos*. A busca de informações, a oferta do produto, o deslocamento, a contratação de um advogado e a formalização do instrumento contratual foram os *custos de transação*, sem os quais a operação econômica não teria ocorrido.

Para Coase tais custos existem porque a realização de um contrato depende de se descobrir quem é a outra parte negociante, informar sobre a disposição de negociar, bem como sobre as condições sob as quais deseja fazê-lo, conduzir as negociações com o ajuste das contraprestações, formular o contrato, empreender meios de monitoramento para se assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante<sup>251</sup>. Já nas palavras de Martins Filho, custos de transação são “os custos que os agentes econômicos assumem para adquirir informação ou para negociar com outros agentes, além dos custos inerentes à concretização e ao cumprimento da negociação pactuada”<sup>252</sup>. Conforme ensina Williamson, esses custos são distintos dos custos de produção, sendo equivalentes ao fenômeno do atrito ocorrido nos sistemas

---

<sup>251</sup> COASE, Ronald H.. **The problem...**, p. 15.

<sup>252</sup> MARTINS FILHO, Giovanni Magalhães. **Op. cit.**, p. 383.

físicos<sup>253</sup>. O autor faz essa comparação uma vez que é inevitável que ocorram “fricções” em relações contratuais e que o seu resultado sejam custos, bem como, analogamente ao estudo da física, são eles (custos de transação e atrito) geralmente desconsiderados em modelos abstratos, mas não por isso deixam de existir no mundo real.

No modelo acima os custos de transação são percebidos em uma sequência de atos que culminaram na realização do contrato entre “A” e “B”. O proprietário “A” precisou obter informações sobre o preço de mercado, tomou providências com o intuito de aumentar o valor de venda e depois contratou um leiloeiro para ofertar o objeto. O comprador “B”, ao seu turno, arcou com custos de transação ao buscar informações sobre onde conseguiria um diamante e ao se deslocar à cidade de “A” para arrematar o bem leiloado. Outro custo verificado foram os honorários do advogado para redigir as cláusulas do contrato de compra e venda do diamante.

A importância de estudar a teoria dos custos de transação se justifica na medida em que eles podem ser tão altos a ponto impedir a realização de contratos<sup>254</sup>. Para demonstrar essa situação, imagine-se que “A” e “B” arcaram cada um com os seus custos de contratar e que os honorários do advogado foram divididos entre ambos. Como após a tradição do diamante cada sujeito teve um ganho de R\$ 100,00, a negociação não teria sido realizada se os custos de transação para qualquer um dos contratantes fosse superior a R\$ 100,00, visto neste caso o resultado da negociação seria negativo.

Note-se que o “preço de reserva” de “B” para comprar o diamante era R\$ 1.200,00, de modo que a negociação não seria realizada se a soma dos custos de transação e do preço pago pelo objeto (R\$ 1.100,00) superasse aquela previsão. Da mesma forma, “A” não venderia a pedra preciosa para “B” se, descontados os seus custos de transação, o seu resultado final fosse inferior aos R\$ 1.000,00 que possuía com a propriedade do objeto. Qualquer negociação nessas condições traria um prejuízo para os contratantes e assim seria irracional.

Esta percepção leva a dizer que quanto menores forem os custos de transação, mais eficiente será um contrato, pois o resultado positivo aos contratantes será maior. Desta feita, uma das principais preocupações da análise econômica dos

---

<sup>253</sup> WILLIAMSON, Oliver. **Op. cit.**, p. 16.

<sup>254</sup> COASE, Ronald H.. **The problem...**, p. 15.

contratos é desenhar mecanismos que diminuam e que melhor distribuam os custos de transação entre os contratantes.

Para que a análise econômica dos contratos possa enfrentar essas tarefas é preciso compreender em que momento os custos de transação são encontrados nos contratos, pois assim será possível empreender medidas em cada etapa para, ao final e no todo, se verificar uma redução.

Ao trabalhar o tema, Cooter e Ulen associam os custos de transação a três passos de uma transação comercial: (1) custos de busca e realização de um negócio, (2) custos de negociação e (3) custos do cumprimento do que foi negociado<sup>255</sup>. Nesta linha, complementam ao expor quais as condutas são verificadas em cada uma dessas etapas:

Primeiramente, é preciso localizar um parceiro comercial. Isto implica em achar alguém que queira comprar o que você está vendendo ou vender o que você está comprando. Em segundo lugar, a uma negociação tem que ser fechada entre parceiros comerciais. Uma negociação é alcançada por uma negociação bem-sucedida, que pode incluir a redação de um acordo. Em terceiro lugar, depois de ter alcançado uma negociação, é preciso fazer com que ela seja cumprida<sup>256</sup>.

Para Castelar e Saddi os custos seriam devidos em cinco atividades que tendem a ser necessárias para viabilizar a concretização de uma transação, pois haveria (1) os custos pela busca pela informação, (2) custos da atividade de negociação, (3) custos da realização e formalização dos contratos, (4) custos de monitoramento para cumprimento do contratado e, finalmente, (5) custos para a correta aplicação do contrato<sup>257</sup>.

De forma complementar, Williamson afirma a existência de duas grandes categorias de custos de transação: custos *ex ante* e *ex post*<sup>258</sup>. Os primeiros seriam aqueles para negociar e fixar as contrapartidas e salvaguardas do contrato; exigem o estudo do mercado, da legislação e da jurisprudência para a adequação do negócio jurídico às expectativas dos contratantes. Já os custos *ex post* se materializam após a

---

<sup>255</sup> COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Op. cit.**, p. 120.

<sup>256</sup> **Ibidem**, p. 105.

<sup>257</sup> SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Campus, 2005, p. 62.

<sup>258</sup> WILLIAMSON, Oliver E.. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: The Free Press, p. 20-21.

formalização do contrato, podendo existir com a ocorrência de eventos não previstos originalmente ou com os custos de se gerenciar eventuais disputas no decorrer das transações. Mais especificamente, o autor exemplifica o que pode ser esperado nos dois momentos de uma transação:

Os custos *ex ante* são aqueles incorridos na elaboração e na negociação de acordos. Eles variam com o desenho do bem ou serviço a ser produzido. Os custos *ex post* incluem os custos de configuração e de funcionamento da estrutura de governança à qual o monitoramento é designado, e para a qual se referem e se resolvem as disputas; os custos de falta de adaptação que são incorridos pela falha em restaurar posições na curva de contratos que se desloca; os custos de regatear que aparecem nos ajustes (ou na falta deles); e os custos de vinculação de efetuar comprometimentos seguros. Embora as condições de incerteza às quais as transações estão sujeitas, e o contexto da negociação (usos, costumes, hábitos, instituições legais) nas quais as transações são situadas, influenciem tanto os custos de contratação *ex ante* quanto *ex post*.<sup>259</sup>

No presente trabalho se adota a categorização realizada por Castelar e Saddi com os cinco momentos contratuais nos quais incidem custos de transação e, de forma concomitante, a divisão apresentada por Williamson entre custos *ex ante* e *ex post*. Apesar de repetir os mesmos três elementos da leitura de Cooter e Ullen sobre o tema, a predileção ao primeiro se justifica por subdividir os custos de “busca e realização de um negócio” como etapas distintas, bem como os “custos de cumprimento” em custos de “monitoramento” e “execução” das obrigações realizadas, o que é uma visão mais próxima às negociações reais<sup>260</sup>. Outrossim, nada impede que cada uma das cinco etapas seja também classificada em custos *ex ante* e *ex post*, o que, além de enriquecer o raciocínio, mostra-se bastante útil à análise econômica dos contratos.

Note-se que ao fracionar o contrato é possível se falar em um *processo contratual*, isto é, uma sucessão de diferentes atos ordenados em direção à concretização de uma operação econômica. Um processo contratual inicia-se com a coleta de informações, passa pelas negociações e pela instrumentalização, chega à fase de monitoramento e, eventualmente, de execução de promessas quebradas. Como todas

---

<sup>259</sup> WILLIAMSON, Oliver. **As instituições...**, p. 353.

<sup>260</sup> Pode ocorrer, por exemplo, de um contratante incorrer em custos de execução de um contrato sem ter despendido custos de monitoramento.

essas fases geram “fricções” que devem ser custeadas pelas partes contratantes, mostra-se importante pormenorizar cada uma delas.

A primeira etapa do contrato é a da coleta de informações. Trata-se de um momento em que os custos de transação incorridos são classificados como *ex ante* e, como visto anteriormente, é ocasião determinante para a composição da racionalidade dos agentes, pois ela terá maior ou menor nível a depender da quantidade de informações disponíveis ao contratante. O início do processo contratual remete ao nascimento da carência para o sujeito e a preferência pela obtenção de um bem útil, em razão da qual passa a coletar informações sobre a operação econômica que poderá vir a ser realizada. O agente, que por enquanto é um contratante em potencial, usa deste tempo para avaliar os preços de mercado, quem são os principais jogadores, a reputação dos possíveis contratantes, os níveis de qualidade de produtos, enfim, todas as variáveis para que ele esteja devidamente municiado de dados para contratar com segurança.

A segunda etapa de um contrato, também de natureza *ex ante*, é quando se dá início à prática de atos de oferta e procura, isto é, condutas de negociação. Alguém que queira vender alguma coisa pode realizar anúncios em jornais de grande circulação, se utilizar de serviços de publicidade na internet, ou mesmo, como no caso do “contrato do diamante”, contratar uma casa de leilões para promover a alienação do objeto. Ingressam neste ponto os custos de aproximação dos possíveis contratantes, especialmente com a utilização de barganhas com o intuito de demonstrar confiabilidade necessária para que se possa concretizar a operação econômica. Os custos com reuniões, cartões de visita, portfólios, entre outros, são enquadrados nesta etapa do processo.

Quando as partes decidem por realizar o negócio tem início a terceira fase: o momento de realização e formalização dos contratos. Estes custos, de natureza *ex ante*, são especialmente devidos em face do ajustamento das regras que virão a regular a negociação e, sequencialmente, da redação dos instrumentos jurídicos que virão a formalizar as cláusulas pactuadas. O ajustamento de preços, condições, termos, encargos e demais obrigações acarreta desgastes que podem ser traduzidos em custos de transação. A segunda exigência verificada nesta fase diz respeito à elaboração da redação dos contratos, cuja relevância lhe faz merecer destacada atenção, pois, especialmente em razão dos argumentos apresentados no tópico precedente sobre a

tarefa normativa do contrato<sup>261</sup>, vê-se que é neste momento do processo contratual que os contratantes podem estabelecer as salvaguardas contra o comportamento oportunista. O preenchimento de lacunas no contrato, além de carecer de um elevado nível de racionalidade (o que exige alto grau de informações obtidas nas etapas anteriores – e também custos), também depende de acompanhamento especializado de outros profissionais, como a contratação de um advogado a fim de realizar uma análise jurídica da negociação. Bons advogados são caros e os custos de se redigir contratos mais completos depende de suportar essas expensas.

Não obstante, por mais que os contratantes invistam no preenchimento das lacunas existentes nos instrumentos contratuais, prevendo diversas variáveis e contingências que potencialmente poderão ocorrer durante o cumprimento do contrato, ainda assim eles serão instrumentos jurídicos incompletos e sujeitos a falhas<sup>262</sup>. Essa afirmação é verdadeira uma vez que a racionalidade dos sujeitos nunca é absoluta, mas limitada e sujeita a deixar de possíveis riscos sem correspondente contratual.

Sabidamente, quanto mais lacunas existirem no contrato, mais chances ao comportamento oportunista de um dos contratantes, porém, não obstante, existe um possível alento à incompletude dos contratos. Como visto com a análise econômica do contrato-conceito jurídico, a existência de um ordenamento jurídico completo e de uma jurisprudência que preze pelo cumprimento dos contratos permite que os sujeitos se retraiam na elaboração de instrumentos contratuais muito robustos, diminuindo os custos de transação correspondentes, e confiem da solução *ex post* de eventuais divergências. Esta possibilidade, no entanto, deixa de ser recomendada quando existe razoável probabilidade de as regras do direito contratual serem interpretadas *ex post* diferente do que foram previstas *ex ante*, o que faz com que a economia de custos de transação nesta etapa do contrato seja sentida com a majoração em outras posteriores.

Dito isso, ressalva-se que as três primeiras fases do processo contratual – informações, negociação e instrumentalização – resultam marcadamente em custos de transação *ex ante*, o que é precioso para compreender que são fatores levados em consideração para que o sujeito escolha entre realizar ou não realizar um contrato com base na maximização da sua satisfação.

---

<sup>261</sup> Ver item 2.2.3.

<sup>262</sup> SHAVELL, Steven. **Op. cit.**, p. 298.

Todas essas atividades *ex ante* demandam o dispêndio de custos, sejam eles monetários ou não, como o dinheiro necessário para pagar viagens, revistas especializadas, a contratação de advogados, ou mesmo o tempo gasto com cada tarefa. Vale dizer que cada custo de transação também não deixa de ter o seu *trade off*, de modo que o potencial contratante somente irá arcar com esses custos até o momento em que se igualarem aos benefícios esperados com o contrato. No momento em que os custos de transação adicionais pela obtenção de novas informações deixam de ser compensados pelos benefícios esperados com a operação econômica diz-se que há um “grau ótimo de informação incompleta”,<sup>263 e 264</sup>, o que representa que o sujeito tem tantas informações quanto possíveis para a negociação e que mais esforços não virão a maximizar o seu bem-estar.

Um exemplo dessa lógica é visto quando um empreendedor quer adquirir uma máquina para melhorar o sistema de ventilação de sua empresa, mas, para coletar informações sobre o melhor produto disponível no mercado, inicia uma viagem ao redor do mundo com a toda sua equipe de diretores para conhecer pessoalmente os fabricantes do objeto de desejo. Escolhido o melhor fornecedor, domiciliado em outro país, o empreendedor custeia o deslocamento dos técnicos daquele até o Brasil e, depois de realizadas as avaliações, resolve formalizar o negócio. Após ajustar o preço e as obrigações de cada contratante, resolve-se que o instrumento contratual terá que ser no idioma do fornecedor, razão pela qual escolhe-se um escritório de advocacia no exterior para acompanhar a redação do contrato e o seu registro. A partir desta simples narrativa, entende-se que quando os custos de transação destas etapas superarem o benefício esperado com a ventilação da empresa<sup>265</sup>, o contrato não será realizado ou, se realizado, não será uma atitude racional.

Comumente os contratantes, limitados pela sua racionalidade, levam em consideração apenas os custos de transação *ex ante* para escolher entre realizar ou não um contrato. Neste caso, além do preço, se os custos de busca de informações, negociação e formalização do contrato forem menores que o benefício esperado com o

---

<sup>263</sup> ARAÚJO, Fernando. **Op. cit.**, p. 281.

<sup>264</sup> A utilização de do termo “informação” não significa que estão sendo considerados apenas os custos de transação da primeira etapa do processo contratual, e sim todos os dados coletados *ex ante*.

<sup>265</sup> Esta relação pode ser expressa como: [benefício] = [utilidade] – [custos]

contrato, a negociação será realizada<sup>266</sup>. Pode ocorrer também de os contratantes, com a expectativa de aumentar a margem de diferença entre os custos e os benefícios, maximizando, à primeira vista, o seu bem-estar, agirem volitivamente no sentido de deixar de incorrer em determinados custos, como os necessários à realização de um contrato escrito. Diante desta possibilidade, os contratantes reduzem ao máximo dos custos de transação *ex ante*, porém, ao mesmo tempo, abrem a oportunidade para que se aumentem os custos de transação *ex post*, verificados especialmente nas duas últimas fases do processo contratual.

Para iniciar o raciocínio sobre os custos de transação *ex post* cabe retornar ao exemplo do “contrato do diamante” há pouco utilizado. Se até o momento foram apresentados os custos de transação *ex ante*, os quais, avaliados pelos contratantes “A” e “B”, justificaram a negociação, sugere-se que alguns problemas surgiram após a esposa deste último ter sido presenteada. Imagine-se que certo dia a pedra, já em posse de “B”, é derrubada ao chão e sofre uma pequena fissura, o que certamente não era esperado pelo comprador. Surpreso com o acontecimento, “B” leva o objeto até um joalheiro que afirma que aquele diamante não detém a mesma qualidade que foi informada pelo vendedor “A”, pois não era natural, mas sintético, e que o excesso de impurezas foi determinante para ocorrência do dano. Inconformado, “B” procura “A” para obter a devolução do preço pago na aquisição do bem, porém este, recalcitrante, afirma que as informações na fase pré-contratual foram claras e o instrumento contratual firmado entre ambos não possui qualquer descrição sobre as características do objeto ou menção à possibilidade de arrependimento posterior. Em face da pretensão resistida, “B” contrata um advogado para que ajuíze uma demanda judicial na defesa de seus interesses.

Diante deste modelo o primeiro custo que exsurge é o de monitoramento, arcado durante o cumprimento do contrato e sendo, por este motivo, categorizado como *ex post*. Os custos de transação desta natureza são aqueles exigidos para a fiscalização do cumprimento das obrigações assumidas e têm especial relevância para os contratos que contêm obrigações de prestação continuada. Nesta linha, um contrato de empreitada necessita que o contratante verifique periodicamente o estágio das obras realizadas pelo empreiteiro, o que necessariamente exige o pagamento de custos, monetários ou não. Os

---

<sup>266</sup> Esta relação pode ser expressa como: [Contratar] = [benefício esperado] > [preço + custos de transação]

custos de monitoramento podem ser previsíveis ou imprevisíveis, isto é, podem ser prospectados de antemão à formalização do contrato ou serem acidentais. No primeiro caso, como no contrato de empreitada, os custos de monitoramento poderão ser provisionados *ex ante*, mesmo que o seu pagamento somente venha a existir *ex post*. Nesta hipótese os custos de monitoramento podem ser incluídos ao cômputo dos custos de transação para que o contratante possa escolher entre realizar ou não realizar o contrato. A segunda possibilidade remete à imprevisibilidade de que existam custos de monitoramento, à exemplo dos citados problemas no “contrato do diamante”. O contratante “B” quando da realização do contrato não esperava que viesse a ocorrer a fissura com a queda da pedra e que, por isso, precisasse levá-la a um profissional para “monitorar” se as promessas realizadas por “A” – notadamente vender um diamante de qualidade – haviam sido cumpridas.

A derradeira etapa do processo contratual é o da fase do cumprimento forçado das promessas não cumpridas pelos contratantes. Os custos de transação decorrentes de se litigar perante um órgão judicial ou arbitral têm nítida característica *ex post*, pois são percebidos apenas na eventualidade de se ocorrer a figura do inadimplemento obrigacional, algo que, quando da formalização do vínculo contratual, não é esperado pelo promissário<sup>267</sup>. Para Cooter e Ulen os custos de transação nesta fase têm grande impacto dos custos administrativos inerentes à existência de um litígio, pois há a necessidade de se contratar um advogado para promover a demanda e a necessidade de se arcar com as despesas processuais<sup>268</sup>.

Com este raciocínio percebe-se que economizar em custos de transação *ex ante* gera a tendência ao aumento de custos *ex post*, especialmente quando a necessidade de monitorar do contrato é acidental ou ocorre inadimplemento das obrigações firmadas. Tal como é preconizado pela análise econômica do contrato-conceito jurídico, a ausência de incentivos *ex ante* confere margem ao comportamento oportunista do parceiro contratual, podendo tanto ocorrer o caso de seleção adversa ou de risco moral, hipóteses em que os custos de transação *ex post* podem tornar-se tão altos a ponto de

---

<sup>267</sup> Não se desconsidera que o litígio pode existir antes mesmo da formalização do contrato, como quando uma pessoa exige a execução forçada de uma oferta realizada por outra, porém, para fins da teoria dos custos de transação e da categorização entre custos *ex ante* e *ex post*, é situação tratada como exceção.

<sup>268</sup> COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Op. cit.**, p. 405.

transformar um contrato inicialmente benéfico e em um contrato prejudicial ao contratante.

Desta feita, um contrato eficiente não é aquele em que os benefícios esperados são superiores aos custos de transação *ex ante*, mas sim quando o benefício final atingido com a negociação for superior à soma dos custos de transação *ex ante* e *ex post*, além, é claro, do preço<sup>269</sup>. Quanto maior a diferença positiva em favor do benefício final, maior a eficiência do contrato.

Portanto, a grande questão a ser respondida é como balancear os custos de transação nas diversas etapas contratuais em uma medida que maximize o benefício dos contratantes, aumentando a eficiência contratual, e ao mesmo tempo previna o comportamento oportunista, impedindo que um contrato inicialmente vantajoso se transforme em uma negociação prejudicial.

A primeira consideração a ser feita em direção a uma resposta é a de que essa engenharia dos custos de transação parte da análise do ambiente jurídico institucional a que os contratantes estão sujeitos. Como já frisado no presente trabalho, quanto mais estruturadas forem as medidas legislativas e judiciais *ex post*, menos os contratantes precisarão gastar com custos de transação nas etapas *ex ante*. Isto pode ser visto com a presença de normas legais dispositivas e de tipificações contratuais, as quais diminuem o trabalho e os custos das partes de elaborar extensas listas de regras para o contrato. Na mesma linha, um Poder Judiciário eficiente permite que as partes não gastem tantos recursos com a coleta de informações, visto que eventuais litígios serão indistintamente solucionados de maneira satisfatória. Em sentido inverso, se as normas legais não privilegiarem o cumprimento das obrigações e se o Poder Judiciário não responder adequadamente às necessidades dos contratantes, há uma tendência a se gastar mais com medidas *ex ante* para se evitar custos futuros.

Um segundo raciocínio é o de que os custos de transação são completamente dependentes da racionalidade limitada, do comportamento oportunista e da especificidade de ativos<sup>270</sup>, sem os quais perderia seu propósito.

Em relação à racionalidade, entende-se que quanto menos informações um sujeito contratante possuir no início de uma negociação, mais ele precisará investir para

---

<sup>269</sup> Esta relação pode ser expressa como: [eficiência] = [benefício final] > [custos *ex ante* + custos *ex post* + preço]

<sup>270</sup> WILLIAMSON, Oliver. **As instituições...**, p. 51.

coletar dados para ter condições de realizar as escolhas mais eficientes. Outrossim, como nunca é possível chegar a um grau de racionalidade absoluta – pois há informações que sempre serão inacessíveis – sempre haverá a possibilidade de ocorrência de custos de transação *ex post*, sejam eles de monitoramento ou de execução.

No que tange ao comportamento oportunista, Williamson chega a afirmar que este é um elemento de importância especial para o entendimento das questões da economia dos custos de transação<sup>271</sup>, pois é a incerteza comportamental que faz com as precauções tenham que ser tomadas pelos contratantes. A ideia de que a qualquer momento o contratante poderá mudar o seu comportamento se vislumbrar uma maximização de seu próprio bem-estar faz com que o *risco* nos contratos seja sempre uma constante. Uma forma útil de se prognosticar a presença do comportamento oportunista entre os contratante é se valer da ferramenta da “teoria dos jogos” e, a partir dos resultados, traçar o melhor desenho para o contrato.

A especificidade de ativos, por sua vez, é a característica de um ativo de ser dependente da continuidade da transação da qual ele é específico<sup>272</sup>, isto é, corresponde às transações que se forem ceifadas repentinamente farão com que os recursos alocados pelo sujeito neste negócio sejam perdidos. Isto leva a dizer que quanto maior a especificidade, maiores serão os riscos e, portanto, maiores os custos de transação<sup>273</sup>. Ativos com pouca especificidade tendem a ter baixos custos de transação, pois, diante dos diminutos riscos, não envolvem complexidade e incerteza, o que faz com que a negociação e a redação dos contratos não pressionem a racionalidade limitada dos agentes<sup>274</sup>.

O terceiro ponto do raciocínio diz respeito a como realizar escolhas contratuais com base nos custos de transação se eles geralmente são difíceis de se quantificar<sup>275</sup>. Essa dificuldade é vista na quase impossibilidade de diminuir, por exemplo, os custos da locação de um bem de capital por uma empresa, em que existem tarefas indispensáveis como a busca de parceiros contratuais, a negociação e a redação de instrumento contratual, mesmo que este tenha níveis mínimo de cláusulas. Neste

---

<sup>271</sup> **Idem.**

<sup>272</sup> MARTINS, Eliseu; e. al. Impacto da especificidade de ativos nos custos de transação, na estrutura de capital e no valor da empresa. **Revista Contabilidade & Finanças - USP**, São Paulo, Edição Especial, jun 2004, p. 27.

<sup>273</sup> **Idem.**

<sup>274</sup> **Ibidem**, p. 28.

<sup>275</sup> WILLIAMSON, Oliver. **As instituições...**, p. 18.

caso, como diminuir os custos de transação se a empresa tem a carência daquele bem e precisa tê-lo em sua linha de produção?

Conforme Williamson, a dificuldade em se quantificar custos de transação é mitigada pelo fato de que eles sempre devem ser avaliados de uma forma “institucional comparativa”, em que uma forma contratual é comparada com outra <sup>276</sup>. Conseqüentemente, o que importa é a diferença entre os custos de transação, em vez da sua magnitude absoluta. Para se escolher um contrato que apresente os menores custos de transação, um sujeito deve comparar uma possibilidade contratual a outra – como opor o contrato de locação a um contrato de arrendamento mercantil – e então analisar quais os custos incidentes sobre cada uma das etapas contratuais, optando por aquela que apresenta o resultado de maior eficiência.

Uma quarta e última consideração acerca os custos de transação remete a sua distribuição entre os contratantes. Como visto no exemplo do “contrato do diamante”, cada um dos envolvidos arcou com os seus custos de informação e de negociação, porém ambos dividiram os honorários do advogado para redigir o contrato de compra e venda. Poderia ocorrer, no entanto, de uma parte transmitir a outra o custeio destas etapas contratuais, isto em uma tarefa de redistribuição dos custos de transação. Esta possibilidade se refere a transmitir os custos de transação a quem tem mais condições de suportá-lo, e pode ser justificado em duas situações: (1) quando a distribuição de determinadas tarefas a quem tem mais condições de suportá-las resulta em uma redução dos custos de transação absolutos de uma negociação; (2) quando a manutenção de pesados custos de transação a um determinado contratante pode impedir que ele queira realizar o contrato.

A primeira hipótese de redistribuição diz respeito ao custeio das etapas contratuais pelo contratante que consegue fazê-lo aos menores custos de transação. A existência de assimetria informacional entre os sujeitos, ou mesmo a assimetria econômica entre eles, faz como que existam situações em que mesmo que o custo de transação caiba em um primeiro momento a um determinado contratante, a racionalidade ou o potencial econômico do outro faz com que ele deva suportar esse custo. Exemplo útil é o de um contrato de prestação de serviços entre um produtor rural e uma grande indústria, mas que aquele, para cumprir com a promessa que lhe cabe,

---

<sup>276</sup> **Idem.**

deve realizar periódicos exames de salubridade nas instalações de um celeiro que utiliza para o seu ofício. Dada a natureza do serviço, pode ocorrer de a indústria ter a capacidade de realizar este serviço de “monitoramento” a um custo muito menor do que o produtor rural. O interesse em aumentar a eficiência do contrato pode sugerir que estes custos de transação sejam deslocados para a indústria.

A segunda possibilidade de redistribuição existe quando um contrato não seria realizado se os custos de transação permanecessem com o contratante que originalmente teria que realizar determinada etapa do processo contratual. Tal consideração relembra que os custos de transação em um contrato podem ser tão altos a ponto de impedir negócios que seriam realizados se eles não existissem. Ao momento em que um contratante visualiza que a soma dos custos *ex ante* com a previsão dos custos *ex post* supera o benefício de uma operação econômica, a atitude racional esperada é a de que esse contrato não seja realizado. Contudo, novamente a assimetria informacional e econômica entre dois contratantes pode ser tão grande que permita a um deles suportar a maioria dos custos de transação sem deixar de obter benefícios com a operação econômica e, ao mesmo tempo, possibilite a realização do contrato pelo segundo. Ao usar do exemplo do último parágrafo, seria a hipótese de os custos de transação pelo monitoramento serem tão altos que impediriam ao produtor rural de firmar o contrato de prestação de serviços. Neste caso, a indústria, mais do que ter mais capacidade de realizar esta tarefa com menores custos, assumiria essa obrigação como forma de reduzir os custos do produtor e garantir que o contrato seja realizado.

A maneira com que os custos de transação são distribuídos entre os contratantes pode ser definida em qualquer das fontes normativas do direito contratual. Tanto o contrato, a lei, a jurisprudência consolidada e os atos administrativos podem conter diretrizes sobre como os custos de transação devem ser distribuídos, o que ocorre, na maioria das vezes, como forma de atender aos dois pressupostos acima apresentados. À título de exemplo, o Código Civil traz disposição específica sobre a distribuição dos custos de registro e de tradição em contratos de compra e venda<sup>277</sup>, norma que tem característica dispositiva/supletiva e que pode ser modificada conforme a vontade das partes.

---

<sup>277</sup> Artigo 490 do Código Civil brasileiro: “Salvo cláusula em contrário, ficarão as despesas de escritura e registro a cargo do comprador, e a cargo do vendedor as da tradição”.

### 2.3.2. CONTRATOS E ESTRUTURAS DE GOVERNANÇA

A partir do artigo *The Nature of Firm*, de Coase, tornou-se corrente o pensamento de que as empresas são erigidas em contratos, visto que a sua essência é composta por relações contratuais, não só com os funcionários, mas com fornecedores, clientes, credores, e assim por diante<sup>278</sup>. Dentro desse pensamento o empreendedor conduz a empresa por meio de operações jurídico-econômicas realizadas em um ambiente de mercado, alocando recursos conforme o sistema de preços e no interesse da obtenção de lucro.

Este local em que a empresa realiza suas transações, o mercado, é conceituado como um “grupo de compradores e vendedores que, por meio de suas interações efetivas ou potenciais, determinam o preço de um produto ou um conjunto de produtos”<sup>279</sup>, sendo comumente classificado quanto aos seus limites geográficos (p.ex. mercado brasileiro) e em relação aos produtos oferecidos (p. ex. mercado de ouro)<sup>280</sup>. Nessa economia de mercado, as empresas são concebidas como as unidades básicas de produção<sup>281</sup>, mas que não subsistem isoladamente, pois dependem, direta ou indiretamente, do fornecimento de produtos e serviços de outras empresas, fazendo com que as operações produtivas sejam realizadas através de fluxos permanentes de entradas e saídas<sup>282</sup>.

Ocorre que com supedâneo no conteúdo tratado no último tópico, as relações contratuais não podem ser avaliadas apenas com base no sistema de preços de troca, pois devem igualmente relevar os custos de transação. Nessa linha, maiores ou menores custos de transação podem ser a pedra de toque para a eficiência/ineficiência contratual, ou mesmo para a realização/não realização de operações econômicas, cujas opções impactam diretamente a vida empresarial.

Ao visualizar esse cenário, a análise econômica dos contratos afirma que uma empresa, para aumentar a sua eficiência, pode se valer de outro arranjo organizacional que não o mercado para fazer as suas operações econômicas. Considerando que a diminuição de custos é um objetivo das empresas, e que por vezes

---

<sup>278</sup> MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm**: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure. *Journal of Financial Economics*, v. 3, n. 4, 1976, p. 8.

<sup>279</sup> PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Op. cit.**, p. 7.

<sup>280</sup> **Ibidem**, p. 8.

<sup>281</sup> ROSSETI, José Paschoal. **Op. cit.**, p. 163.

<sup>282</sup> **Ibidem**, p. 166.

os custos de transação podem ser tão altos a ponto de impedir a realização de contratos, uma alternativa para custos proibitivos seria a *internalização* de operações econômicas que seriam realizadas em um sistema de mercado, em um fenômeno denominado *integração vertical*<sup>283</sup>. Conforme esclarece Coase, no interior da empresa as negociações individuais entre os vários envolvidos na atividade econômica são eliminadas e substituí-se uma transação no mercado por uma decisão administrativa<sup>284</sup>.

Os mais diversos exemplos de integração vertical podem ser nominados, como o caso de uma empresa de construção que deixa de comprar cimento no mercado para produzir o seu próprio, uma indústria que inicia a produção energia elétrica em seu estabelecimento ao invés de comprar de terceira empresa, ou também um produtor rural que deixa de comprar sementes e passa ele próprio produzi-las. Em todos esses casos, imaginando-se que os custos de transação eram muito altos, internalizar essas operações pode redundar em um aumento dos lucros percebidos pelas empresas.

A grande diferença entre o sistema de mercado e o de integração vertical reside no fato de que fora das empresas as escolhas de produção são pautadas pelo sistema de preços, mas dentro delas o sistema de preços é substituído pela coordenação do empreendedor, que é quem dirige a produção<sup>285</sup>. Isso leva a dizer que mercados e empresas são mecanismos alternativos de organização da atividade econômica, sendo que, enquanto o sistema de preços é conduzido pela mão invisível do mercado, a empresa é conduzida pela mão visível do empreendedor<sup>286</sup>.

Frente à possibilidade de integração vertical, Williamson afirma que a escolha de um agente econômico por uma das estruturas de governança depende dos custos de transação envolvidos em cada uma delas<sup>287</sup>, ao ponto que apenas mediante a comparação destes custos no caso concreto é que se poderá verificar qual a melhor alternativa<sup>288</sup>.

Altos custos de transação existem porque utilizar do sistema de preços demanda que muitos contratos sejam realizados, o que nem sempre é possível, daí a vantagem de substituir todos esses contratos por um só, realizado no âmbito da própria

---

<sup>283</sup> COASE, R. H. *The nature...*, p. 388.

<sup>284</sup> COASE, Ronald H.. *The problem...*, p. 16.

<sup>285</sup> COASE, R. H. *The nature...*, p. 388.

<sup>286</sup> CAVALLI, Cassio Machado. *Op. cit.*, p. 167.

<sup>287</sup> WILLIAMSON, Oliver. Why law, economics, and organization? *Annual Review of Law and Social Science*, v. 1, pp. 369-396, 2005.

<sup>288</sup> CAVALLI, Cassio Machado. *Op. cit.*, p. 170.

empresa<sup>289</sup>. Coase explica que a opção de substituir as relações de mercado pelas decisões administrativas não deriva, necessariamente, em tornar os custos administrativos menores que os custos de transação<sup>290</sup>. Por esse motivo a reorganização dos contratos da empresa através da integração vertical somente será interessante quando: (1) os custos administrativos de se internalizar a atividade produtiva forem menores que os custos das transações no mercado aos quais substituem; (2) os ganhos que resultam da reorganização das atividades são maiores do que os custos da própria firma em reorganizá-las<sup>291</sup>.

O primeiro dos apontamentos remete à visualização das cinco etapas do contrato em que são verificados os custos de transação. Para alterar a sua estrutura de governança – tanto de um extremo quanto para o outro – a empresa precisa verificar em que momento se encontram os maiores gastos com o contrato (se na fase de informação, negociação, instrumentalização, monitoramento ou execução) e indagar se incorporar esta operação econômica, substituindo as etapas contratuais por decisões administrativas, trará um resultado mais eficiente quando comparado ao mercado.

Em caso de uma resposta positiva, o empreendedor passa a avaliar se os custos administrativos de se internalizar uma operação econômica são compensados pela economia realizada nos custos de transação. É o caso de uma indústria que instala painéis fotovoltaicos em seu estabelecimento com o intuito de gerar energia elétrica e deixar de contratar com uma empresa especializada nessa atividade. Claramente internalizar essa atividade sob a tutela do empreendedor exige um grande aporte de dinheiro, mas somente compensará incorrer neste investimento se, além da economia no preço da energia elétrica, os custos de administração deste sistema não foram maiores que os custos de transação existentes no antigo contrato. Com amparo nessa mesma ideia, Coase arremata que com a integração vertical uma empresa poderá se expandir da mesma forma que faria no mercado, mas essa expansão ocorrerá até que os custos de organizar uma transação adicional dentro da empresa tornem-se iguais aos custos de realizar a mesma transação no mercado<sup>292</sup>.

---

<sup>289</sup> COASE, R. H. **The nature...**, p. 391.

<sup>290</sup> COASE, Ronald H.. **The problem...**, p. 16.

<sup>291</sup> **Ibidem**, p. 17.

<sup>292</sup> COASE, R. H. **The nature...**, p. 395.

### CAPÍTULO 3 – ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO DE INTEGRAÇÃO AVÍCOLA

O arcabouço teórico da análise econômica do direito tem o anseio de atender a um vasto espectro de possibilidades de estudo e faz isso ao aplicar a microeconomia a, por exemplo, leis penais, tributárias e trabalhistas, decisões judiciais e contratos em seus diferentes tipos. Esta amplitude de atuação justifica a adoção de conceitos gerais para explicar a leitura do direito por meio da economia, pois, caso fosse de modo diverso, uma maior especificação poderia restringir a área de abrangência dos conceitos apresentados. No entanto, apesar dessa amplitude, a análise econômica encontra grande parte de sua importância não na generalidade, mas quando consegue ultrapassar o debate abstrato para desenhar mecanismos de real modificação do mundo dos fatos. Em alguns exemplos, Ronald Coase ganhou notabilidade ao usar da leitura econômica do contrato para justificar a estruturação das firmas, Guido Calabresi ao aplicar a microeconomia à responsabilidade civil e Gary Becker ao estudar a segregação racial e o casamento a partir da racionalidade na economia. Assim, a análise econômica do direito é um método de estudo bastante arraigado na realidade, pois é o campo em que propicia os seus maiores resultados.

Forte nessa premissa, o raciocínio iniciado com os elementos do pensamento econômico segundo Becker e adensado com o estudo dos contratos é agora aprofundado em direção a um objeto de especial influência na realidade econômica: o contrato de integração, mormente em sua utilização na indústria avícola brasileira.

A pertinência da análise econômica do contrato de integração está na peculiaridade desta espécie de negócio jurídico, a qual não é típica ou nominada na legislação, além de ser uma alternativa híbrida entre as formas de governança de mercado e de integração vertical, isto é, não se localiza em nenhum dos extremos mencionados no capítulo anterior. Por esses motivos é um interessante desafio para validação dos conceitos sobre a confluência entre direito e economia e a sua aplicação ao direito contratual.

Por sua vez, a especificação ao mercado avícola é explicada pela ampla utilização do contrato de integração na regulamentação das operações econômicas havidas entre os produtores rurais que criam as aves e as empresas que as industrializam. Diferente da negociação de um contrato de compra e venda em um

ambiente de mercado, ou mesmo a internalização da produção por meio da integração vertical, a evolução social criou este mecanismo que congrega diferentes tipos contratuais dentro de si e que cria obrigações únicas. Ademais, o setor de aves representa um importante nicho da produção agroindustrial nacional, visto que, segundo dados da União Brasileira de Avicultura – UBABEF, no ano de 2012 o Brasil exportou quase quatro milhões de toneladas de carne de frango para o exterior<sup>293</sup>, o que lhe confere a vanguarda mundial neste segmento e gera bilhões de dólares de receita. Dado o vasto uso do contrato de integração para regulamentar esta relevante operação econômica, há de pressupor que ao menos parte desta fulgência econômica seja justificada pelas vantagens advindas do modelo contratual que lhe instrumentaliza.

A análise econômica do contrato de integração avícola, assim adjetivado em razão do mercado explorado, é realizada sob os dois vértices já apresentados: contrato como regulamento e contrato como operação econômica.

Em relação ao primeiro deles a disciplina deve ser capaz de engendrar um instrumento contratual considerado ótimo, isto é, que promova a eficiência produtiva e alocativa entre os contratantes e desestime o comportamento oportunista. Essa tarefa é realizada com a promoção de incentivos aos contratantes para que operem de maneira cooperativa, com o compartilhamento de informações e a melhor distribuição do risco.

A segunda leitura, realizada sob o ponto de vista do conceito operação econômica, estuda os custos de transação inerentes às etapas do processo contratual da integração avícola. Com a avaliação desses custos é possível comparar o modelo do contrato de integração a outros tipos contratuais e verificar qual possui as maiores vantagens, podendo, se for o caso, realizar ajustes com o intuito de maximizar o bem-estar percebido pelos contratantes com a negociação. Essa espécie de avaliação é importante uma vez que, como dito, o contrato de integração encontra-se em um meio termo entre o ambiente de mercado e a integração vertical, ao ponto que o equilíbrio entre um e outro extremo é fundamental para atingir os menores custos, sejam administrativos ou de transação.

Dito isso, a estruturação do raciocínio será iniciada com a conceituação do contrato de integração e a compreensão da sua alocação no ordenamento jurídico

---

<sup>293</sup> UNIÃO BRASILEIRA DE AVICULTURA. **Estatísticas**. Disponível em: <[http://www.ubabef.com.br/estatisticas/frango/exportacao\\_mundial\\_carne-frango\\_2012](http://www.ubabef.com.br/estatisticas/frango/exportacao_mundial_carne-frango_2012)>. Acesso em: 28 jan 2014.

nacional, pois, apesar da flagrante relevância, o modelo tem sido objeto de parco estudo pela doutrina jurídica e, por vezes, de confusão por parte da jurisprudência. O fato de se tratar de uma figura atípica e que é aplicada aos mais diversos segmentos de produção faz com que seja preciso esmiuçar os seus principais contornos e construir uma base sólida para, somente então, aplicar a análise econômica do direito.

Após a delimitação conceitual, o modelo será acoplado à experiência de uma cadeia de produção frangos, especialmente com a discriminação das obrigações atreladas a cada um dos contratantes e observações acerca as vantagens e as desvantagens do contrato.

Com esse conteúdo os preceitos da análise econômica dos contratos serão aplicados ao contrato de integração avícola para se estabelecer um modelo normativo contratual ótimo, que prime pela cooperação e pela eficiência, bem como que possua os menores custos de transação.

Finalmente, diante da expectativa de tipificação legal dessa espécie contratual, a metodologia da análise econômica normativa do direito é utilizada para investigar se as propostas legislativas hoje mais relevantes se alinham a conceitos econômicos de maximização de bem-estar, maximização de riquezas e eficiência, bem como se contribuem para o comportamento cooperativo e à diminuição dos custos de transação.

### 3.1. CONTRATO DE INTEGRAÇÃO

O entendimento sobre o que é o contrato de integração parte de se imaginar uma cadeia de produção de um objeto qualquer, que aqui pode ser denominado como “X”, e que é produzido pela indústria “A”. O objeto “X”, que é transformado dentro do estabelecimento industrial de “A” e depois comercializado no mercado, tem uma matéria-prima que é extraída da natureza por um pequeno grupo de pessoas, sendo que cada indivíduo deste grupo pode ser chamado de “B”. Nesse caso a indústria tem, à primeira vista, duas opções para obter a matéria-prima para produzir “X”: realizar contratos de compra e venda com os indivíduos “B”; ou internalizar essa etapa preliminar do processo de produção e passar ela própria a realizar a extração na natureza.

Ocorre que essa análise sobre a produção do objeto “X” deixa de considerar uma terceira via para obtenção de matéria-prima pela indústria, cujo caminho não é nem totalmente em um ambiente de mercado (compra e venda), nem uma completa internalização da cadeia de produção (integração vertical). Essa alternativa é a realização de um contrato de integração entre “A” e os extratores “B”.

O contrato de integração é um negócio jurídico pelo qual um dos contratantes (integrador) estabelece uma relação de cooperação com outra pessoa (chamado de integrado) para que esta, mediante o recebimento de insumos e sob sua coordenação técnica, exerça uma etapa preliminar de um processo de produção, com a garantia de compra de ao menos uma parcela do resultado dessa atividade. Trata-se de uma espécie jurídica complexa que congrega em um mesmo negócio diversas obrigações peculiares a outros tipos contratuais, como compra e venda, prestação de serviços, gestão e parceria.

No exemplo da produção do objeto “X”, a indústria “A” seria o integrador e os extratores da matéria-prima seriam os integrados. Os produtores “B” receberiam insumos (p.ex. ferramentas) e sofreriam a coordenação técnica (p.ex. seguir um procedimento que potencializa a extração) da indústria “A”, e como contrapartida teriam a obrigação contratual de entregar ao menos parte do resultado do seu trabalho o integrador.

Nesse contrato a indústria tem essencialmente três obrigações: fornecer insumos para que o contratante “B” possa realizar a extração; coordenar o trabalho de “B” para alcance de padrões esperados de qualidade; adquirir ao menos parcela pré-determinada do resultado da extração. O integrado “B” teria as obrigações comutativas às do integrador, cabendo-lhe: utilizar dos insumos fornecidos por “A”; observar os padrões de qualidade estabelecidos para a realização de sua atividade; alienar ao menos parcela do resultado de seu trabalho para “A”.

Com essa operação jurídico-econômica a indústria integradora não se submete aos riscos da atuação no mercado e ao mesmo tempo não precisa custear os altos investimentos envolvidos para internalização da etapa produtiva. Já o integrado também se afasta da aleatoriedade da venda do resultado de seu trabalho e se vê beneficiado por conseguir acesso a novas tecnologias de produção, o que por vezes não seria possível sem a expertise do integrador. Ao estudar o contrato de integração, Paiva

elencas as três principais diferenças da espécie frente a outros tipos contratuais previstos na legislação:

A primeira diz respeito à repartição dos riscos e até mesmo à redução ou anulação de alguns destes, seja para o produtor, quanto à colocação de seus produtos no mercado, seja para a indústria quando ao fornecimento regular de matéria-prima de qualidade. A segunda característica é concernente à multiplicidade e à particularidade das formas de remuneração acordadas pelas partes. A terceira característica desses contratos é representada pela renúncia por parte do produtor agrícola (via de regra recai à indústria a maior parte do poder de decisão) de parcela dos seus poderes de autodeterminação em favor do integrador, através da assunção de obrigações, dentre as quais a mais comum é a de submeter-se às regras técnicas, ao controle, à produção exclusiva de determinados bens determinada pela indústria.<sup>294</sup>

Tais condições tornam o contrato de integração uma alternativa híbrida aos extremos do mercado e da integração vertical, pois se aproveita de características de ambos, especialmente a liberdade do primeiro e a coordenação produtiva que é ínsita ao segundo. Importante esclarecer que, apesar da derivação terminológica, o contrato de integração não se confunde com o conceito de integração vertical. No âmbito da integração vertical existe a *integração vertical total*, caracterizada pela unidade de gestão (ou completa internalização da atividade econômica), e a *integração vertical parcial*, também denominada de integração contratual e na qual a coordenação econômica realiza-se por meio de contratos<sup>295</sup>. É justamente nesta última categoria que se enquadra o contrato de integração, no que Williamson chama de uma transação de *quase mercado*<sup>296</sup> e *não específica*<sup>297</sup>.

No contrato de integração também chama atenção o fato de a espécie não ser prevista em nenhuma lei vigente no Brasil, tornando-se uma figura atípica e que, por isso, não possui forma prescrita para contratação, cláusulas especiais ou qualquer outro

---

<sup>294</sup> PAIVA, Nunziata Stefania Valenza. **Contratos agroindustriais de integração econômica vertical**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 45.

<sup>295</sup> **Ibidem**, p. 24.

<sup>296</sup> WILLIAMSON, Oliver E. Markets and hierarchies: some elementary considerations. **American Economic Review**, v. 63, n. 2, 1973, p. 316.

<sup>297</sup> WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. **Journal of Law and Economics**, v. 22, n. 2, oct. 1979, p. 234.

elemento imperativo ou dispositivo trazido em norma legal. Em verdade, o contrato de integração pode ser visto como um *tipo social* de contrato, o que, segundo Roppo, ocorre quando, em razão das transformações socioeconômicas, se desenham novos tipos contratuais que não correspondem a “tipos legais” previstos pela legislação, mas que faticamente são reconhecidos e corretamente empregados no contexto jurídico<sup>298</sup>. Nesse caso a atipicidade faz com que inexistam normativas legislativas específicas à operação econômica, o que faz com que o principal regramento legal sobre a espécie seja as cláusulas gerais previstas no Código Civil. Para os casos em que se precisar recorrer ao Poder Judiciário e as lacunas do contrato dificultarem o conhecimento do negócio jurídico litigioso, poderá o juiz, porém, recorrer ao uso da analogia para aplicar ao contrato de integração as regras concernentes a tipos legais específicos. Como se trata de um processo contratual complexo, composto por obrigações que também são verificadas em outros contratos, poderá o juiz se valer de normas legais previstas para tipos específicos, como a prestação de serviço ou a compra e venda, para realizar uma interpretação do caso concreto através do que seria mais próximo à vontade da lei.

Outra implicação da atipicidade é a margem conferida aos integrados para pleitear o reconhecimento judicial da existência de relação de emprego junto aos integradores, visto que, na ausência de norma legal que regule o negócio, alega-se a presença de todos os requisitos previstos pela legislação trabalhista (onerosidade, subordinação, não eventualidade e pessoalidade) para reconhecimento do vínculo. Sobre o tema, sabe-se que é comum no âmbito rural que o nível de independência dos produtores seja tão pequeno que às vezes se tenta mascarar uma relação de emprego através de um negócio jurídico privado, porém, o verdadeiro contrato de integração vertical não pode jamais ser confundido com os contratos trabalhistas. Segundo afirma Paiva, a diferença reside no fato de “no primeiro há uma cooperação interempresarial e as partes devem manter a independência jurídica, ao ponto que na segunda, simplesmente, a força de trabalho é alienada à empresa e há subordinação do trabalhador ao empregador”<sup>299</sup>.

A afirmação de que não existe um *tipo legal* desfaz uma confusão que muitas vezes é realizada: a de que o contrato de integração seria o mesmo que o *contrato de parceria*, este previsto na Lei Federal nº 4.504/64 (Estatuto da Terra). A

---

<sup>298</sup> ROPPO, Enzo. **Op. cit.**, p. 134.

<sup>299</sup> PAIVA, Nunziata Stefania Valenza. **Op. cit.**, p. 45.

história do contrato de parceria remonta à França do século XVIII, onde nove décimos da população viviam da agricultura e algumas pessoas eram chamadas *métayers* (parceiros), pois lavravam as terras confiadas pelos proprietários na base da participação do produto. Esses parceiros, apesar de participar do resultado da produção, também compartilhavam do pagamento dos enormes impostos da época<sup>300</sup>. Essa antiga sistemática perdurou até a modernidade e o contrato de parceria se tornou um contrato típico no Brasil, previsto na Lei Federal nº 4.504/64 (Estatuto da Terra) e que possui regulamentação pelo Decreto-Lei nº 59.566<sup>301</sup>. No entanto, os contratos de parceria distinguem-se do contrato de integração porque nestes, além de poderem ser aplicados a outras áreas não acobertadas pelo Estatuto da Terra, há a transferência de *know how* do integrador para o integrado que visa justamente garantir a adequação daquela etapa de produção às necessidades do mercado, o que não ocorre no primeiro caso. Dessa forma é possível afirmar que toda integração tem em sua essência uma parceria entre integrado e integrador, porém nem toda parceria será uma integração.

### 3.1.1. ELEMENTOS ESSENCIAIS DO CONTRATO DE INTEGRAÇÃO

O contrato de integração pode se amoldar a diversas atividades econômicas em que haja um processo de produção, se mostrando como resultado de um processo complexo e composto de diversos elementos que somados perfazem a operação econômica. A existência destes componentes básicos é o que determina a existência de um contrato de integração, pois, acaso a relação negocial esteja carente de qualquer de seus elementos essenciais, se estará diante de outra figura contratual, seja uma simples prestação de serviços, gestão empresarial, parceria, compra e venda ou outra espécie nominada ou inominada. Sabendo disso passa-se a discorrer sobre os elementos essenciais do contrato de integração, os quais somados dão a face a esse especial negócio jurídico.

---

<sup>300</sup> BELL, John Fred. **Op. cit.**, p. 120.

<sup>301</sup> Segundo a legislação, o contrato de parceria se constrói sob três formas distintas: na primeira, conhecida como parceria rural, uma pessoa se obriga a ceder a outra o uso de imóvel para o exercício de atividade de exploração do ramo agrícola, pecuário, agroindustrial ou extrativo; com a segunda possibilidade, denominada parceria pecuária, há apenas a cessão de animais para cria, recria, invernagem ou engorda; e quando há mescla das duas modalidades, diz-se que há parceria mista.

O primeiro elemento é a bilateralidade, visto que o núcleo do contrato de integração estabelece contraprestações equivalentes a todos os envolvidos. Enquanto o integrador deve fornecer insumos, estabelecer métodos de produção e, ao final, adquirir o produto resultante do trabalho do integrado, cabe a esse último seguir as instruções técnicas da atividade produtiva e entregar o produto contratado no termo e condições previamente estabelecidos. Portanto, além da existência de obrigações recíprocas, elas devem ser estabelecidas conforme o livre convencimento das partes.

A segunda característica recai sobre especificidades que a atividade dos contratantes e o objeto contratado devem guardar. Primeiramente, o contrato de integração serve para regular um processo de produção do qual o integrador faça parte e que o integrado exerça uma atividade preliminar. Portanto, há necessidade que se esteja diante de uma conjuntura fática que poderia acontecer através da integração vertical, isto é, a completa internalização do processo por um dos contratantes. Caso os sujeitos envolvidos sejam responsáveis pela mesma etapa da cadeia de produção (p. ex. duas indústrias que produzem o objeto “X”), a relação contratual entre elas é uma integração horizontal, impossível de ser instrumentalizada pelo contrato de integração. Segundo Paiva, ocorre a integração horizontal quando a coordenação das atividades de duas ou mais empresas ocorre dentro do mesmo setor do processo produtivo<sup>302</sup>, de modo que qualquer tentativa de operação conjunta entre elas poderia ser feita, por exemplo, em uma *joint venture*, mas essa tentativa em nenhum momento possui relação com a integração contratual. O segundo apontamento diz respeito ao objeto do contrato, que sempre deve ser a criação e/ou transformação de determinados bens, nunca uma prestação de serviço isolada. Nesse caso a ausência de um bem material desnaturaria o contrato, visto que a relação com um processo de produção é inerente à integração. Se o bem fosse dispensável, a relação entre os contratantes poderia ser tipificada como um simples contrato de prestação de serviço.

O terceiro ponto essencial à relação de integração é a produção pelo integrado de bens que serão utilizados para uma atividade do integrador. Deve-se imaginar uma cadeia de produção, em que na primeira ponta está o extrator da matéria-prima e na outra o consumidor final. Nos extremos ou no meio do caminho encontram-se ambos os personagens da relação de integração, porém é o integrador que necessita

---

<sup>302</sup> PAIVA, Nunziata Stefania Valenza. **Op. cit.**, p. 24.

dos insumos entregues pelo integrado para produzir algo que será colocado à disposição do consumidor final. Se assim não fosse, a coordenação técnica e o fornecimento de insumos ao integrado seriam injustificados.

O quarto elemento que caracteriza a integração é a coordenação técnica exercida pelo integrador e que deve nortear a atividade do integrado. É verdade que uma característica do contrato de integração é o destaque de uma etapa da cadeia produtiva e sua entrega ao integrado, mas, para que não se configure uma mera compra e venda de bens, o integrador mantém uma coordenação sobre a forma com que a atividade deve ser realizada. Essa preocupação se justifica para promover a manutenção de um padrão de qualidade do produto que posteriormente será utilizado pelo integrador. Por este motivo é estabelecida em contrato a adoção de padrões técnicos uniformes que deverão ser seguidos pelo integrado, justamente para garantir que a produção se dê em qualidade e quantidade que se adéquem às necessidades do integrador.

Outro elemento que delinea o modelo contratual é a necessidade de que o integrador forneça ao integrado ao menos parte dos insumos utilizados em sua atividade. Essa exigência se justifica por dois argumentos: primeiro, porque a prática do contrato de integração pressupõe que há o compartilhamento dos custos de produção entre integrado e integrador, essencialmente, no caso desse último, através do fornecimento de insumos à atividade realizada pelo integrado; e, segundo, se não houver o fornecimento de insumos, mas tão somente a coordenação técnica do integrador quanto ao modelo de produção, estaremos diante de um contrato de gestão, e não de integração.

Por último, é essencial ao contrato de integração a previsão de que o produto do trabalho do integrado será adquirido pelo outro contratante. A existência da relação de integração já pressupõe que o objeto de contrato é necessário para o integrador, o que lhe faz garantir a qualidade na produção e compartilhar os custos com o fornecimento de insumos. Basta um simples raciocínio para concluir que se não houvesse a garantia de compra pelo integrador, não teria porque o integrado submeter-se à coordenação daquele, pois o contrato ficaria reduzido a uma parceria.

A cláusula que garante a compra do produto pelo integrador pode ser mitigada com a ausência de exclusividade no contrato, ao ponto que parcela dos bens produzidos (à exemplo de um excedente) poderá ser comercializada com outros que não

o integrador. A não exclusividade diminui a dependência do integrado, porém não afasta a necessidade de que pelo menos uma parcela da produção seja comercializada com aquele.

### 3.2. CONTRATO DE INTEGRAÇÃO – O PROCESSO DE PRODUÇÃO DE FRANGOS

A agropecuária é o segmento econômico em que o contrato de integração é mais comum. Exemplos são verificados não somente na avicultura, mas também na produção de suínos, frutas, celulose, fumo e em outras atividades nas quais uma etapa do processo de produção pode ser repassada a um integrado para que, mediante o recebimento de insumos e obediência técnica, crie ou transforme bens que posteriormente serão utilizados como matéria-prima pelo integrador. No entanto, conquanto seja uma espécie contratual aplicada às mais diversas áreas, é na indústria avícola, mais especificamente na indústria de corte de frangos, que o uso da integração é mais recorrente. Muitas das indústrias (integradores) que atuam neste campo necessitam diariamente de centenas de milhares de aves em condições de abate, e repassar essa atividade a terceiros de forma pulverizada é uma garantia da existência contínua da matéria-prima. O produtor rural (integrado), por sua vez, terá a garantia de venda dos produtos resultantes de seu trabalho e ainda contará com a expertise da técnica industrial para aumentar a sua produtividade.

Um dos motivos para a disseminação do contrato de integração nesta área é fragmentação bem definida das etapas do processo de produção, o que facilita a divisão das atividades entre o integrador e os integrados. Normalmente, um frango enviado para o consumidor final passa por um processo de aproximadamente quarenta e cinco dias, o que corresponde ao tempo decorrido entre o nascimento do pintainho e o abate da ave já madura. Esta cadeia pode ser desenhada em três momentos distintos: geração dos filhotes; criação das aves; e corte na indústria.

A primeira etapa do processo corresponde à geração dos pintainhos, o que é tarefa de extrema relevância uma vez que, para abastecer as indústrias, milhares de filhotes devem nascer diariamente. No caso de existir uma falha neste primeiro passo, o resultado será a diminuição da quantidade de matéria-prima que chegará para o corte e a

ociosidade da mão de obra e dos bens de capital que são utilizados ao final da cadeia. Geralmente alocadas em uma estrutura diferenciada e isolada (para evitar contaminação exterior), as aves que botam os ovos são chamadas de matrizes, pois sua única responsabilidade é originar novos pintainhos. As aves matrizes possuem um tipo genético específico para produzir ovos em grande quantidade e para que os filhotes sempre nasçam com um tamanho pré-determinado. Assim que há o nascimento, as aves são separadas entre machos e fêmeas em um procedimento chamado de sexagem, sendo que a distinção é realizada manualmente – em especial com a observação de diferenças que existem nas asas das aves quando nascem – ou, em um procedimento mais moderno, por exames de DNA. Essa clivagem é importante uma vez que o peso adquirido pelos machos após o período de engorda é maior do que das fêmeas, de modo que um grupo de pintainhos composto em sua maioria por fêmeas tenderá a trazer um resultado financeiro menor ao produtor – visto que o preço das aves é calculado com base no seu peso final.

Após a sexagem os pintainhos são divididos em lotes, momento a partir do qual começa a segunda etapa do processo: a criação das aves a partir do seu primeiro dia de vida até estarem aptos ao corte. Esta atividade ocorre em um local separado de onde ficam alojadas as aves matrizes e nascem os pintainhos. Ainda com um dia de vida eles são levados para galpões especialmente preparados para a criação de frangos, pois uma produtividade em escala industrial exige o controle do nível de luminosidade do ambiente, isolamento acústico e regulagem da temperatura, isso sem falar na atenção a especificações sanitárias, como medidas de controle de zoonoses. Nesta etapa existem os gastos com grande parte dos insumos, pois as aves precisam do fornecimento quase ininterrupto de ração, água e medicamentos, e como todos são dispensados através de sistemas eletrônicos, o custo da energia elétrica também deve ser acrescido à conta.

Esse momento da criação dura em torno de quarenta e cinco dias, o que é tempo suficiente para que as aves – que têm o ganho de peso contado em horas – cheguem ao ponto de estarem aptas ao corte. Essa sistemática permite que durante o período de um ano os galpões avícolas sejam ocupados por até seis diferentes lotes, pois, depois de quarenta e cinco dias, há necessidade do chamado “vazio sanitário”, prazo equivalente a quinze dias de desuso das instalações.

Quando os exemplares do lote chegam ao peso ideal, os frangos são recolhidos dos galpões e levados para a indústria, onde no primeiro momento são pesados e analisados para verificar se há alguma imperfeição (como calosidades nas patas ou na crista). Após este passo as aves entram na linha de produção e o corte é realizado.

Como resultado desta etapa as aves estarão prontas para o consumo, entre eles frangos inteiros, pedaços específicos, miúdos ou outros com maior valor agregado, como peças temperadas ou empanados industrializados. Os bens são devidamente acondicionados e enviados para distribuidoras ou locais de venda em atacado ou varejo.

### 3.3. CONTRATO DE INTEGRAÇÃO AVÍCOLA

A indústria que realiza o corte e precisa de milhares – por vezes milhões – de aves a cada dia teria as seguintes opções para adquirir a sua matéria-prima mais importante: (1) realizar contratos de compra e venda com produtores; (2) internalizar o processo e assumir toda a cadeia de produção; (3) realizar contratos de integração em que a etapa de criação é entregue a outras pessoas enquanto mantém a responsabilidade pela geração dos pintainhos e pelo corte<sup>303</sup>.

Ao se escolher pela terceira alternativa, a empresa que detém os mecanismos de corte (integrador) contrata diversos produtores rurais (integrados) para que promovam os cuidados com as aves até estarem prontas para o abate, com a garantia de aquisição do resultado da produção. O integrador é quem comanda a primeira etapa da produção, gerencia as aves matrizes e cede os pintainhos de um dia ao integrado, fornecendo-lhe a ração e medicamentos que serão utilizados na criação. Além disso, é indicado o procedimento a ser adotado pelo produtor rural, especialmente com técnicas para aumentar a produtividade e atender aos padrões sanitários. Ao integrado cumpre disponibilizar a infraestrutura necessária para o aviário, bem como subsidiar

---

<sup>303</sup> O contrato de parceria não é indicado como uma alternativa válida porque o Estatuto da Terra, já cômico do uso recorrente da integração no setor, dispõe expressamente em seu artigo 96, §5º, que o regramento legal tipificado sobre a parceria não se aplica aos contratos agroindustriais de aves e suínos, de modo que eles deverão ser normatizados por lei especial. Como até o presente momento não foi criada qualquer lei específica neste sentido, ainda perdura um vácuo legislativo sobre a matéria.

outros insumos, como água e energia elétrica para o funcionamento de equipamentos<sup>304</sup>. Após as aves estarem aptas ao corte, o integrador as recolhe<sup>305</sup> e paga o integrado conforme o preço ajustado. Nessa última etapa, o custo do integrador para o fornecimento dos pintainhos e dos insumos à criação das aves (ração e medicamentos) é descontado da remuneração devida ao integrado. Nesta senda, com o contrato de integração a indústria não assume o ônus de custear as aves e os insumos, mas faz uma prestação *ex ante* que será paga com o trabalho *ex post* do produtor rural.

Nesse sistema, o produtor rural é literalmente “integrado” à produção industrial, pois ele exerce uma atividade intermediária que em o processo é inaugurado e finalizado pelo integrador. Ademais, ao se consubstanciar em um sistema no qual existe a pulverização de muitos produtores (integrados) fornecedores de matéria-prima para uma única indústria (integrador), o contrato de integração se constrói sobre uma forma de governança obtida mediante um conjunto de contratos não relacionados diretamente entre si, formando uma rede contratual. Segundo Leonardo, esta ideia de rede contratual decorre da interligação sistemática, funcional e econômica entre contratos estruturalmente diferenciados e tem por objetivo potencializar benefícios e diminuir riscos em um dado mercado cuja característica é a especialidade dos seus integrantes<sup>306</sup>. Nesta linha, a relação coordenada e sistêmica do contrato de integração permite, por exemplo, que a falta de frangos em razão do rompimento do vínculo contratual entre o integrador e um dos integrados seja compensada pela prestação da obrigação pelos outros integrados, garantindo a não repercussão deste fato isolado sobre os demais elos da cadeia produtiva.

Paiva afirma que outro motivo para que o contrato de integração esteja disseminado nesse ramo é que hoje a produção é condicionada, quando não totalmente determinada, pelo mercado, de modo que não se produz para vender de forma eventual, mas se produz somente aquilo que certamente será vendido<sup>307</sup>. Essa leitura, que é reflexo do movimento da lei de oferta e procura já estudada no primeiro capítulo<sup>308</sup>,

---

<sup>304</sup> FRANCO, Cleiton; et. al. Análise dos contratos na avicultura de corte em Mato Grosso sob a ótica da nova economia institucional (NEI). **Revista de Economia e Agronegócio**, v. 9, n. 2, mai/ago 2011.

<sup>305</sup> Os custos de deslocamento entre o local em que nascem os pintainhos e os aviários, e entre os aviários e a indústria, depende de estipulação contratual, podendo ficar à cargo do integrador ou do integrado.

<sup>306</sup> LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 128-136.

<sup>307</sup> PAIVA, Nunziata Stefania Valenza. **Op. cit.**, p. 41.

<sup>308</sup> Ver item 1.2.3.

possibilita que a indústria controle a produção de pintainhos pelas aves matrizes e evite excedentes que possivelmente não serão vendidos, seja pela mudança de preferências dos consumidores ou pela variação do preço do produto final.

### 3.3.1. COOPERAÇÃO ÓTIMA NO CONTRATO DE INTEGRAÇÃO AVÍCOLA

A análise econômica do direito defende que o comportamento cooperativo é determinante para o aumento da riqueza produzida por um contrato e ao alcance da eficiência. Desta forma, as normativas contratuais devem estar todas direcionadas à promoção de um ambiente que afaste o oportunismo e que prime pelo compartilhamento de informações, principalmente no quesito de impor preços que desestimulem o inadimplemento. Portanto, um cenário contratual ideal é aquele que assegura que a cooperação entre os contratantes seja sempre uma atitude racional.

O uso de incentivos normativos para o atingimento da cooperação ótima também se aplica ao contrato de integração, porém com uma pequena ressalva. Diferente de outros tipos de contrato, a relação de integração possui a característica de ter a própria cooperação, e não o oportunismo, como conduta que, em regra, maximiza o bem-estar dos contratantes. Se no jogo do principal e do agente<sup>309</sup> a tendência é agir de forma oportunista em um ambiente no qual o custo de inadimplemento é zero, nas mesmas circunstâncias o benefício de cooperar no contrato de integração é maior para os envolvidos do que o de agir de forma isolada. Nessa espécie de negócio quanto mais o integrado produzir, maior será o lucro obtido e mais matéria-prima será colocada à disposição do integrador. Da mesma forma, quanto melhores as condições de trabalho que o integrador fornece, com bons materiais e uma boa assistência técnica, mais qualidade terá a produção do integrado, beneficiando ambos.

Já o comportamento oportunista não traria tantos frutos quanto a cooperação. Se o integrado não cumprir com as suas obrigações contratuais, deixará de obter os insumos, conhecer novas tecnologias e de lucrar com a venda das aves à indústria. Se o integrador descumprir as suas promessas, seja por não fornecer os insumos ou a coordenação técnica de maneira adequada, deixará de ter a matéria-prima em quantidade e qualidades necessárias ao corte. Como a relação de integração é

---

<sup>309</sup> Ver item 2.2.2.

cíclica, repetindo-se a cada novo lote que é entregue pelo integrador ao integrado, o descumprimento contratual impediria a continuidade desta relação e traria um ônus natural ao contratante, motivo pelo qual a cooperação torna-se a regra nesse tipo de contrato.

Apesar de ser exceção, o comportamento oportunista poderá existir em situações não regulares, como no caso de aliciamento de um integrado para vender a produção para outro empresário, ou quando por eventos exógenos um integrador não quiser mais comprar as aves prometidas a um produtor rural. Para estas hipóteses as fontes normativas do contrato funcionam na integração avícola da mesma forma que em outros casos: criam mecanismos que desencorajam o inadimplemento.

Como há hipóteses em que a cooperação não seria a regra de conduta, a pergunta que surge é como seria um contrato de integração no qual comportamento oportunista é sempre irracional? Um arranjo desta natureza não é impossível, mas depende da atuação conjunta das principais fontes normativas do contrato – liberdade contratual, legislação e jurisprudência.

A primeira providência, erigida no campo da liberdade contratual, é a adoção de incentivos estimulantes para promover a cooperação no contrato de integração. Nessa linha, atrelar a remuneração do integrado à qualidade e à quantidade das aves é uma forma de estimulá-lo a imprimir mais esforço em seu trabalho. O texto do contrato pode prever faixas de remuneração de acordo com a ausência de defeitos no produto, em que lotes recolhidos com 100% das aves ilesas (p. ex. com ausência de calosidades) premiam o integrado com um valor por quilo superior ao devido por uma faixa menor, de, por exemplo, 97% a 99%. Uma avaliação desta natureza cria um ambiente de incentivo ao produtor rural, pois quanto melhor cuidar do lote, maior será o resultado obtido com o contrato.

Uma segunda alternativa para estimular a cooperação é aumentar o preço do inadimplemento a ponto que ele se torne mais caro que o cumprimento do contrato. Uma medida desta natureza é atrelar a continuidade da relação contratual à obediência do integrado à coordenação técnica do integrador. Notadamente, o suporte técnico na relação de integração não é feito somente com a previsão de diretrizes contratuais, mas principalmente através do monitoramento contínuo realizado por técnicos do integrador às instalações do integrado. Essas avaliações, cujos relatórios podem conter dados sobre

o trato com os animais e a estrutura dos aviários, podem representar um mecanismo de desfazimento do contrato para quando sucessivos resultados negativos forem observados. Nesta hipótese, como é mais proveitoso ao integrado continuar a relação contratual do que desfazê-la, ele necessariamente seguirá os padrões técnicos contratados com a indústria e garantirá a qualidade do produto final.

Vale dizer que é importante que não apenas o produtor rural, mas também o integrador possua incentivos negativos ao mau cumprimento do contrato. Na relação de integração as obrigações da indústria são inclusive mais numerosas que as do integrado, pois, enquanto este é responsável por apenas uma etapa de produção, aquele responde por duas. Uma forma de incentivar a indústria a agir de forma cooperativa é condicionar a possibilidade de reclamar da qualidade das aves recolhidas do integrado se as suas obrigações não tiverem sido até então cumpridas integralmente. Nesta hipótese, havendo a falha no cumprimento das obrigações pelo integrador, o integrado receberia o preço correspondente à faixa de remuneração mais alta prevista em contrato, independentemente da avaliação do produto final. Tal medida incentiva o comportamento cooperativo e contribui para que se evite a figura do duplo risco moral no contrato de integração.

Outra forma de incentivo negativo ao inadimplemento contratual é o estabelecimento de arras. Apesar de pouco usual no tipo, o direito contratual não impede que a prestação dos pintainhos e dos insumos pelo integrador ao integrado seja encarada como adiantamento da prestação devida pelo negócio. Como essa figura é estabelecida por ocasião da conclusão do contrato<sup>310</sup>, é possível que o instrumento jurídico determine que os pintainhos e os insumos entregues serão perdidos pelo integrador no caso de inadimplemento, ou que o integrado terá que devolver o equivalente em dobro caso haja uma falha total em suas obrigações. Para permitir este arranjo jurídico o instrumento contratual pode prever que as obrigações assumidas encerram-se com o pagamento da remuneração ao integrado, mas que elas poderão ser renovadas automaticamente a cada novo lote ajustado entre as partes. Nesse caso, a cada renovação a prestação inicial do integrador passa a ter natureza de arras, o que confere maior grau de confiança e de segurança aos contratantes.

---

<sup>310</sup> Artigo 417 do Código Civil brasileiro: “Se, por ocasião da conclusão do contrato, uma parte der à outra, a Título de arras, dinheiro ou outro bem móvel, deverão as arras, em caso de execução, ser restituídas ou computadas na prestação devida, se do mesmo gênero da principal”.

Uma terceira possibilidade para encarecer o inadimplemento é estabelecer cláusula penal indenizatória caso não haja a entrega das aves pelo integrado (como no caso de ele preferir vender para outro comprador) ou, no caso do integrador, a desistência do fornecimento dos pintainhos ou do pagamento das aves após recolhimento dos lotes. Para esses casos é interessante que a penalidade financeira tenha valor correspondente ao da obrigação inadimplida, o que equivaleria a colocar o prejudicado na mesma situação que estaria com o contrato cumprido, adiantando-se a eventual ação judicial para liquidação de perdas e danos. Neste tocante, rememora-se que a análise econômica dos contratos entende que esse tipo de penalidade, por equiparar o preço do inadimplemento a, no mínimo, os custos do cumprimento, é considerada como o incentivo ótimo para prevenir o comportamento oportunista.

Após a liberdade contratual a segunda fonte normativa dos contratos é reconhecidamente a lei, a qual tem a incumbência de traçar os elementos de cumprimento forçado das obrigações inadimplidas, além de propor previsões dispositivas e imperativas aos diversos tipos de operações jurídico-econômicas. Em se tratando do contrato de integração, a lei não exerce tamanha importância como em outros tipos contratuais, visto não existir regramento especial que o regule. Apesar de as normas gerais do Código Civil se aplicarem à espécie, a ausência de disposições específicas aumenta a responsabilidade da liberdade contratual em estabelecer as principais medidas de salvaguarda e de compartilhamento de informações. Não obstante, em caso de inadimplemento, se aplicam os mesmos remédios processuais previstos para todos os contratos.

Especialmente quanto ao cumprimento forçado das promessas, a preferência da legislação pela execução da obrigação *in natura* permite ao integrado exigir que o integrador, em caso de mau cumprimento do contrato, seja forçado a, por exemplo, continuar a fornecer pintainhos e insumos na quantidade e qualidades contratadas, mesmo contra a vontade deste. Caso o descumprimento seja do integrado que, por exemplo, deseja vender os lotes já aptos ao corte para outra indústria que não o integrador, pode este último postular pelo recolhimento forçado das aves. Em ambos os casos a lei permite que o cumprimento da obrigação específica seja acompanhado ou totalmente substituído por indenização pelas perdas e danos sofridos. Novamente, um nível ótimo de responsabilidade civil é aquele que coloca o promissário em situação tão

boa quanto se o contrato tivesse sido cumprido pelo promitente, pois nesta hipótese o custo do inadimplemento será pelo menos tão alto quanto do adimplemento. Havendo a opção pela responsabilidade civil, a indenização pelos lucros cessantes, além compensar o contratante que confiou no parceiro, torna irracional o comportamento oportunista.

O terceiro componente normativo do contrato de integração advém das decisões judiciais, pois, assim como afirmado no capítulo precedente<sup>311</sup>, a existência dos remédios processuais contra a quebra de promessas somente será eficaz se o Poder Judiciário tiver o hábito de ordenar o cumprimento das obrigações assumidas em contrato. Caso contrário, os contratantes, como sujeitos racionais, multiplicarão o custo do inadimplemento pelo percentual de eficiência dos tribunais para decidir qual caminho maximiza o seu bem-estar.

Os tribunais, além de se pautarem pela criação em um ambiente de segurança nas operações jurídico-econômicas, devem tomar algumas precauções no contrato de integração. A primeira delas é compreender a natureza jurídica da espécie e não confundi-la com outros contratos tipificados, em especial com o contrato de parceria. O julgador certamente não terá a correta compreensão do contrato caso não se atente às particularidades da integração e reduza o cenário imaginado pelos contratantes à moldura de outra espécie prevista na legislação. Certamente a melhor forma de encarar o contrato de integração é vê-lo como uma escolha atípica e que tem em sua principal fonte de obrigações a própria vontade das partes, a qual, por sua vez, somente poderá ser limitada pelas normas gerais previstas no Código Civil e pelas diretrizes à interpretação contratual, como a boa-fé objetiva e a função social.

A segunda atenção que os tribunais devem ter é não reconhecer a relação advinda do contrato de integração como um falseamento de uma relação de emprego. Essa pretensão não é cabível uma vez que a operação travada entre o integrador e o integrado mantém a autonomia jurídica e econômica de ambos, própria da integração vertical parcial, razão pela qual não há porque se confundir o contrato como um trabalho subordinado<sup>312</sup>. Ademais, contribuem para essa afirmativa a possibilidade de não haver exclusividade do integrado junto a um único integrador – por mais que essa

---

<sup>311</sup> Ver item 2.2.2.

<sup>312</sup> PAIVA, Nunziata Stefania Valenza. O problema da qualificação jurídica dos contratos de integração vertical agroindustriais no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFG**, v. 33, n. 2, p. 184-198, jul. / dez. 2009, p. 192.

não exclusividade seja para a criação de outras culturas que não a avicultura – e o compartilhamento dos riscos da atividade entre os contratantes – que no contrato de trabalho recairiam integralmente ao empregador. O não reconhecimento do vínculo pelos tribunais mantém hígida a utilização do contrato de integração no setor avícola, pois, caso contrário, haveria um desestimulo para que essa operação jurídico-econômica, tão favorável ao setor, existisse.

Por fim, um cenário de cooperação ótima no contrato de integração depende, além dos incentivos normativos, do compartilhamento de informações entre o integrador e o integrado. Conforme a teoria apresentada no capítulo precedente<sup>313</sup>, a racionalidade dos contratantes para reagir a incentivos é intimamente ligada à quantidade de informações que possuem sobre o negócio jurídico entabulado, razão pela qual a obtenção e distribuição destas informações deve ser facilitada.

Especialmente no que diz respeito ao contrato de integração, no qual a lei exerce papel de menor significância, a distribuição de informações entre os contratantes pode ser alcançada pela própria vontade das partes, isto é, com a redação de um instrumento jurídico formal que detalhe as obrigações relativas a todas as fases que perfazem a operação econômica. Quando se fala da relação de integração avícola, cada uma das etapas de produção (geração de pintainhos, criação das aves e corte) carece de cláusulas específicas que servem justamente para municiar os contratantes de informações sobre o contrato.

Para a primeira etapa é importante que se pactue a qualidade das aves matrizes, composição dos lotes dos pintainhos após a sexagem, periodicidade de entrega ao integrado e responsabilidade pelo transporte até o aviário. Para a etapa de criação o instrumento deve conter a informação da qualidade e quantidade dos insumos que serão disponibilizados pelo integrador, obrigações do integrado em arcar com as despesas de infraestrutura e de manutenção do aviário, técnicas de produção que devem ser adotadas, prazo para entrega das aves, responsabilidade pelo recolhimento dos animais e pelo seu transporte à indústria. Quanto aos atos da terceira etapa (posteriores ao recolhimento das aves), deve ser discriminada a forma de pesagem e da análise da qualidade dos animais antes do abate, preço e termo do pagamento.

---

<sup>313</sup> Ver item 2.2.1.

Além dessas cláusulas específicas, outras disposições gerais como o prazo contratual, necessidade de notificação em caso de rescisão e termo de carência após a notícia de desfazimento do negócio também são importantes para que não haja margem ao comportamento oportunista.

Com essas atitudes, firmadas especialmente nos incentivos normativos e no compartilhamento de informações, o contrato de integração, que já tem uma proposta cooperativa em sua essência, ganha contornos que sempre tonam o inadimplemento como a escolha mais custosa para um contratante, o que resulta em um arranjo contratual ótimo para a cooperação.

### 3.3.2. CUSTOS DE TRANSAÇÃO NO CONTRATO DE INTEGRAÇÃO AVÍCOLA

A melhor forma de analisar os custos de transação em um contrato é compará-lo a outros modelos contratuais que poderiam ser utilizados para a realização da mesma operação econômica. Com esta exegese é possível verificar, etapa por etapa, quais escolhas diminuem os custos de uma contratação e, por consequência, produzem um resultado mais positivo aos sujeitos envolvidos.

Especificamente no que diz respeito ao contrato de integração avícola, a indústria, para ter à disposição aves em número suficiente para produção, poderia utilizar de duas outras alternativas: valer-se de contratos de compra e venda para adquirir as aves vivas de produtores autônomos (sistema de mercado); ou possuir toda a cadeia de produção, desde as aves matrizes que geram os ovos, passando pela criação dos animais e sua maturação até estarem aptas ao abate e corte (sistema de integração vertical). Ambas as hipóteses são plenamente factíveis, porém trazem consigo custos e riscos relevantes.

No caso da compra e venda, terá a indústria que se lançar ao mercado em busca de produtores rurais que possam fornecer aves em quantidade e qualidade necessárias para atender as exigências da produção. Os contratos que serão realizados dependerão do dispêndio de diversos custos de transação *ex ante*, como os necessários para investigação do mercado e de busca por parceiros contratuais, negociação de valores e de periodicidade de entrega (que poderão variar conforme o produtor

contratado) e de redação de instrumentos contratuais. Os custos de monitoramento nesta espécie serão eventuais e de natureza acidental, portanto *ex post*, visto que a indústria certamente não espera que após a tradição das aves alguma avaliação de natureza qualitativa ou quantitativa deva ser feita. Não obstante, para o caso de alguma obrigação contratual não ter sido cumprida pelo produtor rural que vendeu as aves, a indústria inevitavelmente terá que arcar com mais custos, desta vez de execução.

Os principais riscos de se utilizar do contrato de compra e venda estão na probabilidade de não se encontrar aves em quantidade suficiente para garantir a plena utilização dos bens de produção da indústria, bem como a incerteza quanto ao fornecimento de matéria-prima em padrões de qualidade exigidos pelos órgãos públicos fiscalizadores e pelos consumidores.

Uma alternativa ao sistema de mercado para a produção avícola seria a integração vertical, a qual afasta a necessidade de se realizar transações entre diferentes pessoas e, por isso, diminui os custos despendidos pela indústria para negociar com produtores autônomos. Nessa linha, uma vez que os contratos deixam de existir e as etapas são cumpridas por atos administrativos, quatro dos cinco momentos em que são verificados os custos de transação são internalizados (busca, negociação, instrumentalização e monitoramento) e um deles desaparece (execução).

Esta leitura pura das etapas do processo contratual poderia levar a afirmar que sempre a integração vertical é uma alternativa melhor para a indústria do que firmar contratos de compra e venda, porém deve ser ressaltado que internalizar significa transformar em custo de produção o que antes era custo de transação. Enquanto a indústria usar de contratos de compra e venda para adquirir aves dos produtores rurais não precisará se preocupar com os custos da geração e criação dos pintainhos, porém, para o caso de a indústria se aventurar nestas esferas, estará internalizando os custos de produção da matéria-prima, tanto no que diz respeito aos insumos necessários para a atividade, quanto à mão de obra necessária para criar os animais. Tais custos serão incorporados ao valor final da ave industrializada, podendo, a depender do investimento realizado, inviabilizar a competitividade no mercado.

Notadamente, ao invés de se valer dos modelos citados, a indústria poderia realizar contratos de integração com os produtores rurais, porém a opção somente será vantajosa se (1) os custos de transação não forem tão altos quanto os de um contrato de

compra e venda, e se (2) os custos de produção e os riscos do negócio forem menores que os da integração vertical total. Essas duas comparações servem para entender se – e em que medida – o contrato de integração maximiza o bem-estar dos sujeitos envolvidos em uma operação econômica de produção e corte de aves.

Em relação ao primeiro dos enfrentamentos, o contrato de integração, quando comparado ao contrato de compra e venda, apresenta menores custos de transação em pelo menos quatro das cinco etapas em que eles são exigidos. Para tanto se parte da ideia de que o contrato de integração tem a característica de ser uma relação negocial cíclica, em que o integrador e o integrado firmam um instrumento jurídico uma única vez, mas que servirá de baldrame para diversas repetições das mesmas obrigações. No caso do contrato utilizado na indústria avícola, os termos ajustados no início da negociação poderão ser repetidos por todos os lotes de pintainhos que serão indefinidamente entregues pela indústria ao produtor rural. Como o integrador possui a necessidade constante de ter matéria-prima em sua linha de produção e o integrado consegue obter mais retorno quanto maior a taxa de ocupação do seu aviário, há uma tendência à manutenção dos mesmos parceiros contratuais, sem que se precise recorrer ao mercado constantemente. Essa leitura faz como que os custos de transação *ex ante* (informação, negociação e instrumentalização) sejam menores com o uso do contrato de integração do que se a indústria se valesse de contratos de compra e venda. Como a entrega dos lotes e criação das aves são repetidas indefinidas vezes, os custos de se investigar o mercado, buscar um produtor rural que queira contratar, negociar cláusulas e firmar um instrumento contratual são diluídos entre todas as operações econômicas que acontecem entre os contratantes e minorados a perto de zero.

O ponto a favor da compra e venda está nos custos de monitoramento do contrato, os quais, pela própria natureza da operação jurídico-econômica, são menores que na integração. Enquanto na aquisição de aves pelo primeiro modelo a indústria investe mais em custos *ex ante* para garantir a quantidade e qualidade das aves que são utilizadas para o corte, no contrato de integração esse custo é transferido para esse momento *ex post* (monitoramento), pois as mesmas garantias do produto final dependem do fornecimento de coordenação técnica ao integrado. Como visto, a principal medida de controle da qualidade do produto são as visitas técnicas ao aviário,

as quais dependem de mão de obra (p. ex. contratação de veterinários) e de equipamentos, sendo que ambos exigem investimentos pelo integrador.

A última etapa do processo contratual (execução das promessas quebradas) também possui a tendência de ter menores custos de transação na integração do que na compra e venda. Essa afirmação significa que provavelmente se inadimplirão menos contratos de integração do que contratos de compra e venda, e o motivo disso é novamente a repetição indefinida das mesmas operações entre o integrador e o integrado. O inadimplemento é uma ocorrência intimamente ligada à assimetria de informações e ao risco nas operações contratuais, de modo que quanto mais díspare for o conhecimento que os sujeitos possuem sobre os contratos, ou mesmo quanto mais chances houver de uma mudança no desejo de se cumprir as obrigações assumidas, mais altos serão os potenciais custos de transação de execução. No contrato de integração a assimetria informacional é gradativamente corrigida com cada novo lote que é entregue pelo integrador ao integrado, pois, com a repetição, os contratantes passam a conhecer mais do negócio pactuado e do comportamento pretérito do parceiro. Uma indústria que mantém há diversos anos um contrato com o mesmo produtor rural conhece do trabalho deste e sabe dizer como é a infraestrutura do aviário, se os prazos são cumpridos, se as aves são tratadas com qualidade, etc. Como as partes têm mais informações, mais racionalmente elas agem e o risco do inadimplemento diminui.

A diminuição dos custos de execução também se deve à característica natural do contrato de integração de ter na cooperação, e não no oportunismo, a conduta que maximiza o bem-estar dos agentes envolvidos. Diferente do que seria em um contrato de compra e venda, no qual, por exemplo, seria melhor comprar as aves e não ter que pagar por elas, a lógica entre o integrador e o integrado pressupõe que o adimplemento das obrigações e a continuidade da relação a longo prazo traz um resultado maior que o oportunismo. Esse tipo de comportamento, por privilegiar o cumprimento das obrigações assumidas, diminui o número de litígios instaurados *ex post*.

A terceira justificativa para diminuição da litigiosidade é a de que, como o integrador acompanha todo o processo de produção das aves, eventuais falhas na cadeia poderão ser solucionadas de maneira *ex ante*, sem que se mostre preciso recorrer ao Poder Judiciário para que se compensem danos que não puderam ser evitados. Esse é

um raciocínio interessante que demonstra que o aumento dos custos de transação na fase monitoramento diminui os gastos futuros com uma possível execução.

Posto isso, verificadas todas as cinco etapas do processo contratual em que se contabilizam custos de transação, o contrato de integração é nitidamente mais vantajoso nos momentos *ex ante* e em relação às despesas de execução, enquanto a compra e venda apresenta menores custos de monitoramento.

Agora, considerados os custos de transação, qual a melhor escolha para a produção avícola? Privilegiar a ausência de gastos com monitoramento ou os baixos custos *ex ante* da integração? A escolha entre utilizar um ou outro modelo contratual depende essencialmente de duas avaliações sequenciais: (1) comparar os custos de monitoramento na integração com a soma dos custos *ex ante* e dos custos de execução no contrato de compra e venda<sup>314 e 315</sup>; depois (2) comparar o primeiro resultado com o risco de, pelo uso contrato de compra e venda, não se ter matéria-prima em quantidade e qualidades suficientes na indústria<sup>316</sup>. Ao se sugerir que é possível quantificar com o mesmo critério o resultado da primeira avaliação e o risco pela ausência da matéria-prima adequada, será melhor a indústria utilizar do contrato de integração quando o resultado desse raciocínio for negativo<sup>317</sup>.

Para exemplificar o método, imagine-se que os custos de monitoramento de determinado contrato de integração sejam R\$0,05 por ave, enquanto a soma dos custos de transação *ex ante* e dos custos de execução em um contrato de compra e venda sejam R\$ 0,04 por ave. Nitidamente o resultado da primeira avaliação será R\$ 0,01, indicando, de início, que é mais custoso realizar o contrato de integração do que um contrato de compra e venda. Passo seguinte, para a segunda avaliação, sugere-se que o preço de uma ave industrializada no mercado seja R\$ 3,00, e que o percentual de matéria-prima comprada pela indústria que não pode ser aproveitada (risco) é de 1%. Dessa forma, o potencial prejuízo que a empresa terá por adquirir a matéria-prima de produtores autônomos é de R\$ 0,03 por ave. Neste caso específico, ao se comparar a avaliação dos

---

<sup>314</sup> Em relação ao contrato de integração são considerados apenas os custos de monitoramento porque os demais são, via de regra, tão baixos a ponto de serem irrelevantes.

<sup>315</sup> Esta relação pode ser expressa como: [1ª avaliação] = [custos de monitoramento na integração] – [custos *ex ante* da compra e venda + custos de execução da compra e venda].

<sup>316</sup> Esta relação pode ser expressa como: [2ª avaliação] = [1ª avaliação] – [risco x custo de não ter matéria-prima adequada].

<sup>317</sup> Esta relação pode ser expressa como: [Contrato de integração] = [2ª avaliação] < 0

custos de transação com o risco de se obter aves de má qualidade<sup>318</sup>, o resultado (- R\$ 0,02) indica que é melhor realizar contratos de integração do que contratos de compra e venda<sup>319</sup>.

O segundo confronto a ser realizado é entre o contrato de integração e a opção pela internalização (integração vertical) de toda a cadeia de produção avícola. Nesse caso não há como serem comparados os custos de transação, visto que a internalização justamente substitui as transações por decisões administrativas, razão pela qual um debate desta natureza somente pode ser realizado no campo dos custos de produção e dos riscos envolvidos em cada uma das escolhas.

O apontamento sobre qual das modalidades possui os menores custos de produção não exige maiores dificuldades, pois nitidamente a integração total da produção, ao levar para dentro da indústria a geração, criação e corte de aves, supera o contrato de integração neste quesito. Portanto, quando comparados os custos de produção, a opção contratual é mais vantajosa porque a indústria é desobrigada de criar infraestrutura para produção da matéria-prima que é utilizada em sua atividade, pois não existe a necessidade de custear a mão de obra e de montar centenas de aviários para a criação dos animais que são abatidos todos os dias. Ademais, os próprios insumos que são repassados ao integrado para a criação das aves são depois descontados do preço pago pela produção.

Por sua vez, além de os custos de produção serem menores, os riscos da atividade também são minorados quando se opta pela modalidade contratual. Assim como acontece na completa internalização, com o contrato de integração é possível que a indústria coordene toda a atividade produtiva através da cooperação com vários produtores. É o integrador que uniformiza os métodos de produção, os insumos que devem ser utilizados e a qualidade das aves criadas, fatores que contribuem para o estabelecimento de um padrão de qualidade previamente prospectado. De tal modo, como na internalização, com o contrato de integração é possível que se realize um planejamento à longo prazo para garantir o fornecimento ininterrupto de aves com padrões de qualidade uniformes.

---

<sup>318</sup> Esta relação pode ser expressa como: [2ª avaliação] = [0,01] – [0,03]

<sup>319</sup> Afirmação que considera apenas o debate sobre os custos de transação. Obviamente que cada caso concreto pode apresentar um resultado diversos ou, quando considerados os investimentos de se internalizar parcialmente a produção (como ocorre no contrato de integração), aconteça de o contrato de compra e venda se tornar uma alternativa mais eficiente.

Uma diferença em prol da relação contratual é o risco de que a criação de aves por um único produtor (no caso a própria indústria) aumente a possibilidade de não se atingir a quantidade de matéria-prima necessária para o abate, visto que os animais, como são muito suscetíveis à variação do clima e zoonoses, podem perecer facilmente. Nesse caso a concentração da produção em um único ou poucos lugares, com grandes quantidades de animais expostos às mesmas condições, pode eventualmente acarretar um grande prejuízo à indústria pela ausência de aves disponíveis para corte. Com o uso do contrato de integração este problema desaparece, especialmente pela construção de uma rede contratual entre o integrador e os integrados. Uma vez que a produção é dispersada entre diversos integrados, os possíveis efeitos que acontecem sobre um deles são imediatamente compensados pelo trabalho de outro.

Por estes motivos a opção pelo contrato de integração avícola se transforma em a atitude racional para a indústria quando contraposta à internalização de toda a cadeia produtiva. Ao escolher pela via contratual, o integrador terá todas as vantagens de controle de quantidade e qualidade de matéria-prima, menores riscos na atividade produtiva e, principalmente, baixos custos de transação.

#### 3.4. ANÁLISE ECONÔMICA NORMATIVA DAS PROPOSTAS LEGISLATIVAS DE TIPIFICAÇÃO DO CONTRATO DE INTEGRAÇÃO

O vácuo legislativo que existe em torno do contrato de integração deverá ser muito em breve preenchido por alguma das propostas legislativas que hoje objetivam tipificar essa operação jurídico-econômica. A promulgação dos projetos ou anteprojetos de lei permitirá não apenas a criação de uma fonte jurídica primária para a compreensão do contrato de integração, como também será importante para, através de normas dispositivas e imperativas, estimular o compartilhamento de informações entre os contratantes e diminuir custos de transação.

Duas propostas que merecem destaque são o projeto de lei 330/2011, o qual hoje tramita na Comissão de Agricultura do Senado Federal, e o anteprojeto do Código Comercial, elaborado por um grupo juristas também à pedido do Senado Federal e que aguarda início do processo legislativo. O primeiro deles é um corpo legal destinado exclusivamente à regulamentação do contrato de integração utilizado em atividades

agrossilvipastoris e já está estágio bastante avançado de deliberação, às portas de ser submetido ao plenário. Trata-se de um projeto robusto que visa tanto definir o tipo contratual como criar órgãos de envergadura local e nacional para o debate desta importante operação jurídico-econômica. O anteprojeto, por sua vez, é a tentativa de criação de um novo Código Comercial em substituição ao vigente, datado de 1850. Dada a importância do agronegócio para a economia nacional, foi incorporado ao texto final um título destinado exclusivamente a este setor, e como não poderia deixar de ser, há espaço específico para a regulamentação da relação de integração. Há de se ressaltar que a proposta de criação de um novo Código Comercial, inclusive com a tipificação do contrato de integração, encontra semelhança em outro projeto de lei em trâmite na Câmara dos Deputados. No entanto, como os textos legislativos guardam razoável identidade, optou-se pelo mais recente deles, até porque tem sido objeto de amplo debate no ambiente jurídico.

Com fulcro nestas duas propostas legislativas, a pretensão deste segmento do trabalho é dúplice: primeiramente debater os principais dispositivos do projeto de lei 330/2011 e do anteprojeto do Código Comercial sob o ponto de vista teórico e, quando for o caso, tecer as devidas ressalvas; bem como, por segundo, realizar a leitura de cada uma das propostas sob o ponto de vista da análise econômica normativa do direito.

O primeiro objetivo mostra-se de extrema relevância uma vez que, por mais que o intuito dos legisladores seja louvável, ainda há deficiências técnicas nos textos normativos que podem levar à confusão de alguns conceitos não só por parte dos contratantes, mas também pelos futuros intérpretes da lei. Como ambas as investidas ainda estão em fase de discussão, uma análise com este escopo crítico poderá auxiliar na construção de um texto legal-normativo mais adequado à realidade da operação jurídico-econômica que é o contrato de integração.

A segunda aspiração é a leitura do projeto e do anteprojeto pelo espectro normativo da análise econômica do direito. De acordo com o referencial teórico já apresentado neste trabalho<sup>320</sup>, esta vertente da disciplina destina especial atenção a raciocínios normativos, aqueles que têm a pretensão de moldar a realidade, assim como são as propostas legislativas. Com esse objetivo em mente, a análise econômica normativa do direito se propõe a (1) avaliar se a finalidade do projeto e anteprojeto está

---

<sup>320</sup> Ver item 1.4.

em conformidade com critérios de bem-estar, maximização de riquezas e eficiência, e (2) auxiliar a dotar essas futuras leis de mecanismos que garantam a materialização de suas finalidades (efetividade).

Quando se fala especificamente da primeira função – conformidade entre finalidade e critérios econômicos – frisa-se que o vetor normativo de ambas as tentativas de tipificação do contrato de integração é justamente regulamentar essa operação jurídico-econômica, dar-lhe contornos legais, estabelecer requisitos obrigatórios e evitar as divergências que surgem pela ausência de um regramento específico sobre a matéria. Por se ter em mente esse escopo imediato, não há que se olvidar que os três critérios econômicos (maximização de bem-estar, maximização de riquezas e eficiência) são atendidos. Em relação ao bem-estar, tipificar o contrato de integração significa preencher uma lacuna informacional que existe no uso dessa operação jurídico-econômica. Como a ausência de normas específicas é capaz de afetar negativamente a relação contratual, normatizar essa relação certamente encontra-se na pauta de preferências dos sujeitos. O critério de maximização de riquezas é atendido uma vez que a regulamentação normativa promove a diminuição de custos sociais, pois auxilia a diminuir os custos de transação (p. ex. quando se evita redigir contratos muito longos por já existir regras legais sobre determinados pontos) e coíbe o oportunismo. Finalmente, a eficiência é verificada com a combinação dos dois primeiros conceitos, pois, como o ato de tipificar o contrato de integração é uma escolha que maximiza bem-estar e riquezas, igualmente será eficiente.

Como se tratam de projetos de lei é possível que, concomitantemente à análise econômica do vetor normativo, se realize uma análise específica de cada norma – regra ou princípio – que esteja contida no texto legislativo. Isto representa avaliar se os dispositivos legais estão em consonância aos critérios de bem-estar, maximização de riquezas e eficiência, ou, caso não estejam, se uma solução alternativa (seu custo de oportunidade) apresentaria melhores resultados. Ao cumprir este escopo, a expectativa é que se tenha em mãos sugestões de modificações legislativas que atentem à maximização do bem-estar dos sujeitos contratantes e da coletividade indiretamente ligada à relação de integração.

Posto isso, passa-se a discorrer sobre o projeto de lei 330/2011, com as considerações acerca dos seus principais dispositivos e, em seguida, com o uso da

análise econômica do direito para apreciação do conteúdo normativo da proposta. Sequencialmente a mesma metodologia será aplicada ao anteprojeto do Código Comercial.

#### 3.4.1. PROJETO DE LEI 330/2011

O preâmbulo do projeto de lei 330/2011<sup>321</sup> afirma que ele objetiva estabelecer condições, obrigações e responsabilidades nas relações contratuais entre produtores integrados e integradores. Para tanto, o texto conta com doze artigos que têm a função de normatizar a operação econômica revestida pelo contrato de integração, bem como – de acordo suas próprias intenções declaradas – instituir mecanismos de transparência na relação contratual e criar órgãos de discussão para aprimoramento da relação de integração na agroindústria.

O contrato de integração normatizado pelo projeto de lei é aquele utilizado nas atividades agrossilvipastoris (agricultura, pecuária, silvicultura, aquicultura, pesca e extrativismo vegetal), o que revela a tendência legislativa de regular a sua aplicação no campo econômico em que é mais utilizado. Tal medida não deixa de ser questionável uma vez que o modelo de integração contratual pode claramente ser utilizado em diversas outras atividades que não a agroindústria. Apesar de ser pouco comum, nada impede que uma montadora de automóveis contrate diversas outras pequenas empresas, lhes transfira tecnologia e insumos, e depois adquira o resultado do trabalho do integrado para utilizar como matéria-prima na linha de produção. Apesar de não o fazer, caso a proposta se enveredasse neste caminho e regulasse o contrato de integração de forma indistinta, tomaria uma interessante iniciativa de estimular o uso deste modelo em outros segmentos econômicos.

Apesar de se propor a regular o contrato de integração em todas as atividades agrossilvipastoris, há uma importante ressalva em relação a cooperativas e seus cooperativados, pois, segundo o texto do projeto de lei, o regramento estabelecido não é aplicável a estas relações, as quais devem ser reguladas por legislação específica. Desse modo, por mais que seja comum a realização de contratos de integração entre cooperativas e cooperativados, eles ficarão à margem do novo regramento. Muito

---

<sup>321</sup> BRASIL. **Projeto de lei de iniciativa do Senado Federal nº 330/2011**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/137324.pdf>> Acesso em 21 fev 2014.

embora esta recalcitrância procure evitar o ingresso em um campo tão específico para o ordenamento jurídico como são as relações cooperativas, trata-se de um destaque que deveria ser evitado. A realidade agroindustrial nacional – e aqui com ênfase ao segmento avícola – demonstra que grande parte da produção é oriunda de grandes cooperativas, as quais realizam contratos de integração com os cooperativados da mesma forma que indústrias fazem com produtores rurais. Inclusive, a disparidade informacional e econômica que existe entre a cooperativa e os cooperativados é, via de regra, igual à verificada entre contratantes sem qualquer vínculo especial. Por esse motivo seria preciso um regramento legal que regule o contrato de integração de maneira indistinta, visto que praticamente todas as incertezas geradas pela atipicidade legal se aplicam às relações cooperativas.

No que tange aos conceitos, o projeto, apesar da boa intenção em descrever o que seria integração e contrato de integração, peca pela falta de uso de melhor técnica. Em suma, a diferença que a legislação propõe para o contrato de integração em relação a outros tipos legais é a de que ele é firmado por um integrador e um integrado. Por sua vez, integrado e integrador seriam aqueles que figuram como partes em um contrato de integração. A partir do momento no qual os conceitos reciprocamente se sustentam, nota-se, em verdade, que não há conceito.

Ao contrário do melhor entendimento sobre o significado de integração vertical, o qual é, acima de tudo, um conceito econômico que equivale a internalização produtiva (que no viés contratual seria parcial), para o projeto de lei o termo integração possui uma conotação diferente. Integração seria uma relação contratual, firmada entre integrador e integrado, e que equivale a planejar e realizar uma atividade de produção alinhada com uma industrialização, ou uma atividade de produção alinhada com uma comercialização. O objeto dessa produção seguida de uma industrialização ou comercialização pode ser uma matéria-prima, bens intermediários ou bens de consumo final<sup>322</sup>.

Para analisar esse conceito de integração – e demonstrar a sua incongruência – volta-se ao exemplo da produção do bem “X”, usado para ilustrar o funcionamento do

---

<sup>322</sup> Art. 2º Para os efeitos desta Lei, entende-se por: I – integração vertical ou integração: relação contratual entre produtores integrados e integradores que visa a planejar e a realizar a produção e a industrialização ou comercialização de matéria-prima, bens intermediários ou bens de consumo final, com responsabilidades e obrigações recíprocas estabelecidas em contratos de integração;

contrato de integração no início deste capítulo. Segundo o texto do projeto de lei, uma simples relação contratual que planeja e executa a produção e posterior venda do objeto “X”, em que o integrado seria responsável pela produção e o integrador pela comercialização do bem a terceiros, corresponderia a uma relação de integração. Da mesma forma, um contrato em que os contratantes pactuam a produção do objeto “X” para posterior industrialização, também seria um contrato de integração.

A primeira crítica deste modelo é a de que, na pior das hipóteses, o conceito de integração seria na verdade a descrição de um contrato de integração. Note-se que não se define o significado da integração vertical, mas sim as atividades de uma relação jurídica que poderiam consubstanciar um contrato de integração. Nesta senda, é possível entender que para o projeto de lei um negócio jurídico desta espécie é composto por obrigações de planejamento e realização de uma produção sucedida de uma industrialização, ou de uma produção sucedida de uma alienação. Este seria o contrato, e não a descrição de integração vertical. Tal leitura torna-se crível uma vez que quando o projeto de lei procura conceituar o contrato de integração propriamente dito, não o faz, mas sim apresenta as disposições que um instrumento contratual desta natureza deve conter<sup>323</sup>.

A segunda crítica é a de que essa mesma relação dita como integração poderia perfeitamente ser descrita através de vários outros tipos contratuais, seja uma parceria, uma compra e venda ou uma prestação de serviços. Desta forma, o projeto de lei é pouco específico ao delimitar o conteúdo do tipo contratual e, principalmente, diferenciá-lo de outras operações jurídico-econômicas já previstas no ordenamento jurídico. Caso não existam modificações durante o tramite do projeto, o principal diferencial do tipo frente a outras espécies de contrato será a denominação conferida aos contratantes.

Apesar dessa falha ao conceituar a relação de integração e o contrato propriamente dito, a proposta é mais adequada – mas não perfeita – quando se propõe a definir o produtor integrado e o integrador. Acertadamente o texto trata o integrado como aquele que “se vincula ao integrador por meio de contrato de integração vertical,

---

<sup>323</sup> Art. 2º - Para os efeitos desta Lei, entende-se por: IV – contrato de integração vertical ou contrato de integração: contrato, firmado entre o produtor integrado e o integrador, que estabelece a sua finalidade, as respectivas atribuições no processo produtivo, os compromissos financeiros, os deveres sociais, os requisitos sanitários, as responsabilidades ambientais, entre outros que regulem o relacionamento entre os sujeitos do contrato;

recebendo bens ou serviços para a produção e para o fornecimento de matéria-prima, bens intermediários ou bens de consumo final”. Por outro lado, o integrador “se vincula ao produtor integrado por meio de contrato de integração vertical, fornecendo bens, insumos e serviços e recebendo matéria-prima, bens intermediários ou bens de consumo final utilizados no processo industrial ou comercial”. Se por um lado os conceitos acertam ao prever a comutatividade entre a prestação e recebimento de insumos e bens, por outro pecam ao não prever a coordenação técnica e ao possibilitar a produção de bens que não serão utilizados como matéria-prima pelo integrador. Tal como afirmado junto aos elementos caracterizadores do tipo<sup>324</sup>, uma operação econômica que não prevê a coordenação técnica de um contratante a outro, e que não objetiva a produção de um bem que será matéria-prima do integrador, pode ser outra espécie contratual, mas não é um contrato de integração.

Esta liberdade conceitual provavelmente se deve à existência de um dispositivo que equipara comerciantes e exportadores à figura do integrador<sup>325</sup>. Trata-se de uma pretensão no mínimo estranha, visto que não se vislumbra como um comerciante e um exportador poderão firmar contratos de integração com produtores rurais e, mesmo assim, não serem considerados como integradores, necessitando de equiparação. Mesmo com a análise do texto atual do projeto, caso o “integrador equiparado” não forneça insumos ao produtor e depois receba a produção, não se estará diante de uma relação de integração, e assim os efeitos da legislação não se aplicarão a ele.

Afora as questões conceituais, o projeto de lei 330/2011 apresenta importantes normas para regulamentar o contrato de integração e dar fim a algumas divergências que resultam da atual atipicidade. A primeira delas diz respeito à expressa ausência de relação de emprego entre o integrador e o integrado, seus prepostos e empregados, algo que é necessário ante as lides que eventualmente surgem neste sentido. Outra inovação diz respeito à propriedade dos bens que são repassados do integrador para o produtor rural (p. ex. insumos, animais). Salvo se existir convenção em contrário (trata-se de uma norma dispositiva)<sup>326</sup>, a propriedade de todos os bens

---

<sup>324</sup> Ver item 3.1.1.

<sup>325</sup> Artigo 2º, § 1º - Para os efeitos desta Lei, equiparam-se ao integrador os comerciantes e exportadores que, para obterem matéria-prima, bens intermediários ou bens de consumo final, celebram contratos de integração com produtores agrossilvipastoris.

<sup>326</sup> Ver item 2.2.

repassados ao produtor rural continuará em titularidade do integrador, de modo que aquele terá apenas a posse direta.

No que tange aos requisitos formais do contrato de integração, a proposta legislativa elenca diversos itens que, sob pena de nulidade, devem ser pactuados entre as partes. Necessariamente o contrato de integração deve conter a descrição das obrigações de cada um dos contratantes, os parâmetros técnicos e qualitativos dos insumos utilizados pelo integrado e de seu trabalho, a forma de distribuição dos resultados, entre outras disposições. Essa preocupação em delimitar tantos itens essenciais é válida pois, quanto mais dados o instrumento contratual contiver, mais informações os contratantes terão sobre a negociação e mais racionalmente poderão agir, diminuindo as chances do comportamento oportunista.

Ainda com o intuito de evitar o oportunismo, o projeto prevê dois documentos que necessariamente devem ser elaborados pelo integrador e que auxiliam a compartilhar informações entre os contratantes. O primeiro deles é o Relatório de Informações da Produção Integrada (RIPI), o qual deve ter periodicidade trimestral e serve para registrar os indicadores técnicos da produção, as quantidades produzidas, os índices de produtividade, os preços, entre outros dados que espelham de forma estatística o funcionamento da relação de integração. O segundo é denominado como Documento de Informação Pré-Contratual (DIPC), cujo conteúdo é especialmente voltado para aqueles que estejam interessados em aderir ao sistema de integração capitaneado pelo integrador. Esse último deve conter diversos dados que descrevem o funcionamento de uma futura relação contratual, municiando de maneira *ex ante* um pretenso integrado sobre os custos *ex post* de se ingressar na rede contratual.

Provavelmente o grande diferencial do projeto legislativo é a criação de dois órgãos que visam estimular o debate e o aperfeiçoamento da relação de integração, tanto em âmbito local, quanto em âmbito nacional. O primeiro deles é denominado como Fórum Nacional de Integração e deve ser composto por entidades representativas dos integrados e integradores das diferentes secções da indústria agrossilvipastoril. Apesar de ter a função de debater o funcionamento da relação de interação no Brasil, o funcionamento deste Fórum não está bem definido na legislação, a qual relega a futuro regulamento o poder de dispor sobre o assunto. O segundo órgão, de âmbito local e composto por representantes do integrador e dos integrados, é denominado Comissão

para Acompanhamento, Desenvolvimento e Conciliação da Integração (CADEC). O papel dessa Comissão é ser um ente imparcial frente aos contratantes e que funciona como um auditor do cumprimento das obrigações devidas pelos contratantes. Dentre as funções descritas no projeto, talvez a mais relevante é a de “servir de espaço institucional para dirimir questões entre os produtores integrados e o integrador e evitar a judicialização de conflitos”, o que nada mais representa do que um órgão de mediação aos contratantes. Um órgão dessa natureza se mostra útil como alternativa para diminuição dos custos de transação devidos pela execução de promessas não cumpridas.

Posto isso, a segunda tarefa a se realizar frente ao projeto de lei 330/2011 é avaliá-lo segundo os conceitos da análise econômica normativa do direito. No que tange a uma visão macro, isto é, verificar a conformidade entre o vetor normativo e critérios econômicos, já restou firmado que tanto esse projeto de lei quanto o anteprojeto do Código Comercial possuem finalidades que se alinham com a maximização de bem-estar, maximização de riquezas e eficiência. Resta discorrer sobre a análise normativa em nível micro, o que corresponde a avaliar a conformidade dos mecanismos trazidos pela proposta legislativa com os mesmos critérios econômicos.

Para avaliar a maximização do bem-estar de um projeto de lei que tipifica um contrato é preciso saber se os seus dispositivos auxiliam a aumentar aquilo que é importante para os contratantes. No caso do contrato de integração, como em diferentes outros tipos do mesmo instituto, o bem-estar que deve ser potencializado é o resultado atingido com a operação jurídico-econômica. Uma lei que aumenta o bem-estar é aquela que aumenta o lucro dos contratantes. Dessa forma, como não é possível regular qual o preço de troca que será praticado entre o integrador e o integrado (não é um objetivo desejável)<sup>327</sup>, o foco da legislação deve ser diminuir os custos de transação, pois, quanto menores eles forem, maior será o resultado percebido pelos contratantes.

Em relação ao projeto de lei 330/2011, nota-se que há alguns importantes dispositivos que contribuem para a diminuição dos custos de transação. Neste sentido, a existência do Documento de Informação Pré-Contratual (DIPC) exemplifica a tentativa de diminuir os custos de busca de informação do integrado. Quando o produtor rural quiser ingressar da rede contratual não precisará despender de muitos recursos para obter informações relativas ao investimento necessário para montar estrutura, qual a

---

<sup>327</sup> Ver item 1.2.3.

margem de retorno do negócio, a qualidade dos insumos, entre outros. A concentração de dados em um único lugar, de fácil acesso do integrador, nitidamente diminui os custos de transação pela etapa de informações. Um segundo exemplo de mecanismo de diminuição de custos é a Comissão para Acompanhamento, Desenvolvimento e Conciliação da Integração (CADEC), a qual funciona como um órgão de mediação para a solução de possíveis controvérsias surgidas entre os contratantes. Uma comissão dessa natureza e com essa incumbência evita custos de transação na etapa de execução, pois, se a lide puder ser solucionada antes do ajuizamento de uma demanda judicial, os custos inerentes a essa ação poderão ser evitados.

Em relação à maximização da riqueza produzida em um contrato, rememora-se que ela é decorrência natural da cooperação<sup>328</sup>, ao ponto que uma lei que vise regular o contrato de integração deve necessariamente incutir esse comportamento nos sujeitos contratantes. O projeto de lei atende parcialmente este requisito ao tomar providências de compartilhamento de informações entre o integrador e o integrado. Ao prever o Relatório de Informações da Produção Integrada (RIPI), o texto normativo cria um mecanismo pelo qual o produtor rural, o qual via de regra possui menos informações sobre a relação de integração do que o integrador, tenha acesso a dados que lhe darão a condição de agir mais racionalmente. Notadamente, o agir racional é um dos pressupostos que auxiliam a diminuição do comportamento oportunista do parceiro contratual. No entanto, apesar dessa providência, não se verificam no projeto regras contundentes no sentido de criar medidas indutivas (estímulos) ou coibitivas (preços) ao oportunismo.

Finalmente, a eficiência do texto normativo pode ser lida como a combinação dos dois outros critérios. A partir do momento em que uma lei que busca tipificar um contrato, possibilita a diminuição dos custos de transação e promove a criação de um ambiente cooperativo entre os contratantes, torna-se uma proposta eficiente. Nesse caso, por mais que a regulamentação venha a criar obrigações que não existiriam no âmbito da autonomia da vontade, os benefícios extraídos do todo compensam os potenciais prejuízos trazidos com a tipificação.

---

<sup>328</sup> Ver item 2.2.2.

### 3.4.2. ANTEPROJETO DO CÓDIGO COMERCIAL

O anteprojeto do Código Comercial de iniciativa Senado Federal<sup>329</sup> possui um Livro destinado exclusivamente ao agronegócio, entendido como toda “rede de negócios” que integra as atividades econômicas voltadas ao ramo agrícola, pecuário, de reflorestamento e pesca. Nesta proposta legislativa incluem-se todas as espécies de produtores rurais, grandes ou pequenos<sup>330</sup>, registrados como empresários ou não.

Um diferencial frente ao projeto de lei 330/2011 reside na especial preocupação de conceituar os contratos do agronegócio como pertencentes a uma “rede” (à exemplo do que ocorre especificamente com o contrato de integração) em que diversas operações jurídico-econômicas estão interligadas de uma forma sistêmica. Esta leitura torna-se pertinente quando visto como é comum a figura de um único grande empresário que reproduz a mesma operação jurídico-econômica com dezenas, por vezes centenas, de pequenos produtores rurais. Encarar as operações singulares como parte de um sistema leva o debate de um único contrato a um cenário amplo, em que a continuidade das atividades produtivas depende necessariamente da “saúde” da rede de contratos que se forma.

Como é peculiar ao anteprojeto do Código Comercial, em todos os negócios jurídicos voltados ao agronegócio subentende-se uma equivalência entre os sujeitos contratantes e deixa-se ao alvedrio das partes a deliberação acerca a distribuição de riscos da atividade, podendo haver a deliberação de serem suportados em maior ou menor grau por um ou outro. Esta liberdade é própria das relações empresariais em que se presume a paridade econômica e informacional de todos os sujeitos envolvidos, algo que, não obstante, não pode ser tomada como regra indelével no agronegócio. É notório que o poderio da indústria frente ao produtor rural – especialmente o pequeno produtor – pode por vezes reduzir a capacidade de negociação deste último no que tange a divisão das obrigações contratuais. Se é livre às partes pactuarem os riscos da atividade, nada impede que a indústria imponha ao pequeno produtor a responsabilidade integral por danos ambientais oriundos do incorreto manuseio de insumos, ou mesmo, no caso

---

<sup>329</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Relatório final do anteprojeto de código comercial no âmbito do senado federal**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2013/11/art20131119-03.pdf>> Acesso em: 21 fev 2014.

<sup>330</sup> O anteprojeto do Código Comercial traz uma ressalva aos pequenos produtores rurais que vivem exclusivamente em regime de economia familiar, não lhes sendo aplicadas as disposições apresentadas na proposta.

do contrato de integração avícola, o prejuízo integral em caso da perda de lotes de pintainhos. A proposta obviamente peca ao se omitir sobre essa disparidade e deveria, mesmo que em contrassenso à lógica das apregoadas relações empresariais, realizar uma distribuição inicial de obrigações entre os contratantes do agronegócio, dentre os quais o integrador e o integrado.

A partir do título II do livro do agronegócio o anteprojeto do Código Comercial volta-se completamente para o denominado “contrato de integração agroindustrial”. Em sete artigos são apresentados os conceitos do tipo legal, os requisitos para a formação do contrato e algumas outras disposições específicas à relação de integração.

No que tange aos conceitos, o anteprojeto entende o contrato de integração como a operação em que “empresários do agronegócio” agem cooperativamente “por meio de um sistema congruente de integração” visando a realização de alguma das atividades especificadas no título<sup>331</sup>. A opção pela denominação de empresários obviamente se dá para justificar a presença deste contrato dentro de um Código Comercial, mesmo que por vezes o produtor rural integrado não se amolde ao conceito de pessoa que exerce atividade empresarial. Ponto favorável ao texto é a previsão expressa de que um dos contratantes necessariamente deve exercer uma atividade de produção, pois este é um dos elementares da espécie<sup>332</sup>. No entanto, mesmo que a ressalva ao processo de produção seja realizada, a proposta ainda é muito precária na tentativa de conceituar o contrato de integração. Ao não dispor o que é um “sistema congruente de integração”, diversos outros tipos contratuais, como a mera prestação de serviço de um produtor rural a uma indústria, ou o contrato de parceria previsto no Estatuto da Terra, poderiam facilmente ser operações econômicas que preencheriam o conceito previsto no anteprojeto. Esta leniência no tratamento da matéria é mais uma vez observada quando o integrador é apresentado como “o produtor” e o integrador como “o outro empresário e os demais empresários contratantes”<sup>333</sup>, conceitos estes que

---

<sup>331</sup> Art. 675. Pelo contrato de integração, empresários do agronegócio, sendo pelo menos um deles produtor, obrigam-se a conjugar recursos e esforços na exploração de atividade econômica agroindustrial, por meio de um sistema congruente de integração, visando à produção de bens agrícolas, pecuários, de reflorestamento e pesca, bem como seus subprodutos e resíduos de valor econômico.

<sup>332</sup> Ver item 3.1.1.

<sup>333</sup> Art. 676. O produtor é o contratante integrado e o outro empresário ou os demais empresários contratantes são os integradores.

não refletem a complexidade da operação, até porque o integrador também pode ser um produtor.

No que tange aos requisitos mínimos que devem ser observados no contrato de integração, o anteprojeto do Código Comercial apresenta sete itens que, sob pena de nulidade, imperativamente devem estar no instrumento que formaliza a operação. Na esteira dos dispositivos mínimos para promoção do compartilhamento das informações<sup>334</sup>, o texto da proposta prevê que devem ser descritos os padrões de qualidade dos insumos e dos produtos do integrado, assim como os métodos de sua aferição, as formas de pagamento, encargos moratórios e a definição de aviso prévio para a interrupção do contrato. Outros elementos particulares são a necessária previsão de um procedimento de descarte de resíduos dos insumos da atividade (cabendo ao integrador propiciar destinação adequada) e a necessidade de redigir as cláusulas com uso do vernáculo de forma clara e precisa. Dentre todos os requisitos mínimos o único que carece de ressalva é aquele estabelece a necessidade de existir “a descrição do sistema de integração, com a definição das responsabilidades e obrigações de cada parte”, pois, uma vez que o conceito de integração não está claro ao anteprojeto, ainda mais dificuldade se terá para entender um “sistema de integração”. Para solucionar qualquer controvérsia, entende-se que, especificamente neste ponto, quando o anteprojeto se refere “sistema de integração”, certamente gostaria de referir-se a “sistema de produção”, ou mesmo “cadeia produtiva”, para então ser capaz de exigir “a definição das responsabilidades de cada uma das partes”.

Essa interpretação quanto ao alcance de “sistema de integração” é real uma vez que o anteprojeto usa da mesma terminologia para denominar o terceiro e último capítulo destinado à matéria, o qual se propõe não a falar sobre a cadeia produtiva, mas sim do conjunto de regras gerais sobre o contrato de integração. Inobstante essa discussão terminológica, no rol de artigos que compõem esse capítulo merece destaque a regra que esclarece que todos os insumos fornecidos pelo integrador permanecem sob sua titularidade, mesmo que em posse direta do integrado<sup>335</sup>. Esta importante previsão

---

<sup>334</sup> Ver item 3.3.1.

<sup>335</sup> Art. 680. Na implantação do sistema de integração, todos os bens fornecidos ou disponibilizados ao produtor integrado presumem-se da titularidade do contratante integrador que os forneceu ou disponibilizou, incluindo animais, sementes e produtos agrícolas ou de reflorestamento, ainda que em curso o processo de produção.

dá fim ao debate sobre a transmissão ou não da propriedade nos insumos (incluindo os animais) do integrador para o integrado e, depois da produção, do integrado para o integrador, ao ponto que durante toda a cadeia eles permanecerão com este último.

Posto isso, ao se adentrar à análise econômica normativa do anteprojeto do Código Comercial, especificamente no que tange ao contrato de integração, cabe usar da mesma metodologia utilizada para o projeto de lei 330/2011, isto é, verificar se texto normativo apresenta mecanismos de maximização do bem-estar e de riquezas, bem como pode ser considerado eficiente. Repisa-se que a finalidade do Código Comercial de tipificar o contrato de integração atende a esses elementos, restando tão somente a mesma análise no que diz respeito ao seu conteúdo.

Em relação ao aumento de bem-estar, verifica-se que o regramento possui normas dispositivas e imperativas que poupam o exercício intelectual dos contratantes em redigir muitas das cláusulas contratuais e, por isso, poupam custos de transação. No entanto, diferente do projeto de lei 330/2011 que traz outros mecanismos para a diminuição dos custos em diferentes etapas do contrato, o anteprojeto do Código Comercial é carente de disposições que tenham o mesmo intuito.

Por sua vez, a maximização de riquezas, construído através do incentivo à cooperação, é vista em alguns dispositivos da proposta legislativa. Nessa linha, há norma expressa no sentido de que a responsabilidade pelo controle de pragas e doenças, monitoramento da saúde animal e vegetal e pelo cuidado com surtos epidemiológicos são de competência de ambos os contratantes. Da mesma forma, a garantia ao cumprimento das obrigações do integrado é vista com o direito do integrador de ter acesso ao estabelecimento do produtor rural para examinar o desenvolvimento do processo de produção. Com estas medidas se criam mecanismos de acompanhamento conjunto das obrigações contratadas, o que permite, com a proximidade entre os contratantes, a criação de um ambiente ótimo à cooperação.

Finalmente, ao se considerar a presença de normas direcionadas à maximização de bem-estar e à maximização de riquezas – por mais que em pequena medida – a proposta de tipificação do contrato de integração pelo anteprojeto do Código Comercial pode ser dita como eficiente.

A resposta sobre qual seria a proposta legislativa mais eficiente, isto é, qual propicia o maior nível de bem-estar e geração de riquezas às partes envolvidas no

contrato de integração, depende da realização de uma análise comparativa. Neste caso, cada lei em potencial representa o custo de oportunidade da outra, ao ponto que, uma vez que é desejável que apenas um corpo legislativo regule o contrato de integração, deverá ser promulgada aquela que mais potencializa o bem-estar e aumenta as riquezas frente a todas as outras.

## CONCLUSÃO

O pensamento econômico se baseia na ideia de que os homens, em todas as atividades de suas vidas, são suscetíveis a incentivos e agem de acordo a um critério de maximização de suas preferências. Com fulcro nessa lógica, a análise econômica do direito propõe que leis, decisões judiciais e contratos são incentivos ao modo de agir das pessoas. Elas reagem aos estímulos postos pelo direito da mesma forma que ocorre na lei de oferta e demanda: mediante uma relação inversamente proporcional entre preços e condutas. Em um dos muitos casos utilizados neste trabalho, a teoria explica, por exemplo, a razão pela qual a imposição de penalidades em uma decisão judicial torna não interessante o descumprimento de uma ordem, principalmente em um ambiente em que o Poder Judiciário seja eficiente no cumprimento de suas determinações. Essa leitura sobre as escolhas humanas frente a incentivos normativos é o que pode ser denominada de dimensão interna da análise econômica do direito.

Para além dessa concepção se apresentou um segundo escopo da disciplina, que visa compreender os reflexos do direito no mundo dos fatos. Trata-se da dimensão externa da teoria, a qual entende que o direito é uma instituição normativa que atua em um mundo em que os recursos são escassos, razão pela qual teria a obrigação de gerenciá-los de maneira eficiente. Muito embora não tenha sido o principal foco da pesquisa, essa proposta foi vista, por exemplo, junto à primeira das funções da análise econômica normativa, em que se confronta o vetor normativo de um objeto jurídico com critérios de bem-estar, maximização de riquezas e eficiência.

Ambas as possibilidades apresentam ferramentais poderosos ao estudo do direito, porém, especialmente essa vertente consequencial, traz consigo diversas críticas. Embate nesse sentido é realizado pelo autor americano Michael Sandel, o qual repreende a expansão indiscriminada da lógica de mercado para todos os campos da vida humana. Para tanto, argumenta que, por mais que a economia preze por uma amoralidade, ela não pode escapar de um crivo moral, principalmente por invadir searas que tradicionalmente eram governadas por outras normas, sendo que aqui é possível citar o próprio direito.

Os dois principais argumentos trazidos por Sandel para refutar a expansão desenfreada da economia na vida humana são contundentes. O primeiro é o que ele chama de objeção à equanimidade, visto que nem sempre quem precisa mais é quem

pode pagar mais, de modo que a lógica de mercado poderia promover desigualdades entre as pessoas; a segunda é representada pela ideia de corrupção, pois misturar o pensamento econômico com esferas estranhas a ele pode corromper valores que deveriam ser guardados<sup>336</sup>.

A primeira objeção, relacionada à equanimidade, é bastante enfática em relação à análise econômica do direito. À título de exemplo, se rememora que para a ciência econômica há um movimento claro de que os bens devem ir de quem lhes dá menos valor para quem os valoriza mais, porém, “dar mais valor” significa, naquele campo, poder pagar mais, raciocínio que claramente não se amolda ao direito.

Não há que se olvidar que é extremamente saudável que a economia realize um cotejo sobre como o direito, como instituição social que reverbera em custos de produção e de transação, virá alocar recursos na sociedade. Esse empenho foi visto em alguns pontos desse trabalho, como quando do estudo do viés normativo da análise econômica, ou quando do conceito-operação econômica dos contratos, sendo que em ambos os casos a teoria se mostrou bastante útil para a formação de opinião do homem frente ao direito. Inclusive, com essa premissa Ivo Gico apresenta uma resposta interessante para justificar a relação entre eficiência econômica e justiça: ele reconhece que a teoria não pode dizer o que é justo, mas afirma, inteligentemente, que em um mundo em que os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício<sup>337</sup>.

O impacto que o direito terá na distribuição de recursos é claramente uma informação relevante para que o sujeito (p. ex. um legislador, um juiz, um contratante) tome uma decisão no campo jurídico de maneira mais fundamentada, mas não quer dizer que esse dado seja pedra de toque para que determinada lei seja criada ou que uma decisão judicial seja revertida, pois existem valores outros no direito que não são materialmente mensuráveis. Por essa razão é que se afirmou não caber à economia dar a palavra final sobre a pertinência ou não de um vetor normativo do direito, mas tão somente analisá-lo e então municiar o jurista com mais subsídios para que realize suas escolhas com uma maior clareza. Dessa forma, a sobrevivência da teoria frente à objeção da equanimidade depende de um exercício de ponderação entre o eficiente para a economia e o justo para o direito.

---

<sup>336</sup> SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra?** Rio de Janeiro: Civilização, 2012, p.109.

<sup>337</sup> GICO JR., Ivo. **Op. cit.**, p. 32.

O segundo enfrentamento oposto por Sandel habita no que ele chama de corrupção de valores. Segundo o autor, a sociedade confere a certos campos uma ideia moral que não pode ser subtraída pela economia, ao ponto que haveria um efeito degradante na valoração de certas práticas como trocas de mercado<sup>338</sup>.

Certamente fundamentar se e por qual motivo o direito seria diminuído em seu aspecto moral por ser lido por conceitos econômicos demandaria uma extensa reflexão teórica, o que, apesar da tentação, não se teve a pretensão de se fazer por completo neste trabalho. Não obstante, o que se propôs foram dois argumentos que poderiam ser fruto de uma conclusão sobre essa discussão, sustentando, diferente do que se poderia pensar, a pertinência (ou a não imoralidade) da utilização de critérios econômicos para analisar objetos jurídicos.

O primeiro amparo à disciplina reside no fato de que a análise econômica não tem a pretensão de ser um critério soberano. Apesar de apresentar resultados úteis, uma avaliação com base em conceitos econômicos não tem a ambição de ser a última opinião para a aplicação, interpretação ou criação do direito. Trata-se de um importante ferramental em apoio ao jurista, mas que não impõe a escolha indelével da melhor opção econômica em detrimento daquelas que privilegiam outros valores.

A segunda linha de defesa parte do pressuposto de que a maximização arraigada no pensamento econômico não necessariamente se confunde com dinheiro ou bens materiais, mas sim pelo aumento da satisfação do indivíduo, a qual, por sua vez, varia conforme suas preferências. É possível, por exemplo, que o objeto a ser maximizado com uma lei seja o acesso a saúde das pessoas, ou mesmo o combate à corrupção de agentes públicos. Portanto, assim como defendido nesse trabalho, nada impede que, a fim de manter a essência da justiça ao campo jurídico, a moral utilitarista, própria da economia, esteja em confluência com a moral finalística, mais afeta ao direito.

A discussão sobre o embate entre economia, direito e moral é sempre contundente quando se fala, por exemplo, da criação de uma lei ou de uma decisão judicial, pois a conformidade de vetores normativos em um e outro caso com conceitos econômicos é sempre polêmica. No entanto, essa mesma discussão é significativamente arrefecida quando se passa a analisar estritamente a figura do contrato, e isso porque o

---

<sup>338</sup> SANDEL, Michael. **O que...**, p. 111.

instituto é talvez o maior exemplo de confluência entre aquelas diferentes linhas do pensamento humano, havendo mais pontos de contato do que de divergência.

O segundo capítulo desse trabalho apresentou o contrato como possuidor de uma dupla conotação: é tanto operação jurídica, quanto é operação econômica. No primeiro caso a análise econômica do direito, em sua dimensão interna, é útil para criar mecanismos de garantia ao atingimento do fim natural dos contratos, que é o adimplemento das obrigações assumidas; no segundo, com o uso da dimensão externa da teoria, é possível compreender a relevância dos custos de transação para a realização de negócios e para o arranjo estrutural de empresas. Com essas funções, a análise econômica dos contratos é, nitidamente, uma importante ferramenta para promoção do bem-estar entre os contratantes e para o aumento da riqueza social.

Especialmente no que tange ao contrato de integração utilizado na indústria avícola, a disciplina se presta ao desenho de instrumentos contratuais ótimos, os quais desincentivam o comportamento oportunista e, com a redução de custos de transação, maximam o resultado obtido pelos contratantes com a operação econômica. Nesse caso, o integrador, que prima pela obtenção de aves a baixo custo e em quantidade e qualidade suficientes para utilização da indústria, terá em um contrato desta espécie a certeza de que suas expectativas serão atendidas e que sua competitividade no mercado será beneficiada. O integrado, visto como o produtor rural que recebe insumos e sofre a coordenação técnica do integrador, terá a certeza de não mais se sujeitar à aleatoriedade do mercado, ter acesso a tecnologias de produção e da continuidade da relação contratual. Como a relação de integração é cíclica, o passar do tempo faz com que todos os benefícios obtidos com a operação jurídico-econômica se tornem perenes, o que garante a ela um implícito sentido de fomentadora do desenvolvimento socioeconômico e, conseqüentemente, corrobora a utilidade da economia para o estudo do direito.

## REFERÊNCIAS

ANDREUCCETTI G; et. al. Reducing the legal blood alcohol concentration limit for driving in developing countries: a time for change? Results and implications derived from a time-series analysis (2001-10) conducted in Brazil. **Addiction**, v. 106, 2011, p. 2124–2131. Disponível em: <<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3184361/pdf/nihms302029.pdf>>. Acesso em: 15 fev 2014.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria económica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. **Revista de Direito Público**, v. 23, n. 93, p.233-238, 1990.

AXELROD, Robert M. **The evolution of cooperation**. New York: Basic Books, 1984.

BECKER, Gary. **The economic approach to human behavior**. Chicago: Chicago University Press, 1990 [1976].

BELL, John Fred. **História do pensamento econômico**. 3 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

BRASIL. **Lei Federal 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)> Acesso em: 21 fev 2014

BRASIL. **Lei Federal nº 9.503, de 23 de setembro de 1997**. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9503.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503.htm)> Acesso em: 21 fev 2014

BRASIL. **Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm)> Acesso em: 21 fev 2014

BRASIL. **Lei Federal nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974**. Dispõe sobre seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/l6194.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l6194.htm)> Acesso em: 21 fev 2014

BRASIL. **Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)> Acesso em: 21 fev 2014

BRASIL. **Datasus** – Ministério da Saúde. Disponível em: <<http://tabnet.datasus.gov.br/cgi/defthtm.exe?sim/cnv/ext10uf.def>>. Acesso em 29 dez 2013.

BRASIL. **Projeto de lei de iniciativa do Senado Federal nº 330/2011**. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/137324.pdf>> Acesso em 21 fev 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AREsp 412.501/RJ**, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 26/11/2013, DJe publicado em 10/12/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no AREsp 225.671/RS**, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 06/06/2013, publicado no DJe de 13/06/2013.

CABABRESI, Guido. **Some thoughts on risk distributions and the law of torts**. The Yale Law Journal, v. 70, n. 4, 1961. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3035&context=fss_papers)>. Acesso em: 21 fev 2014.

CAVALLI, Cassio Machado. **Empresa, direito e economia**: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico. 2012. 304 f. (Tese – doutorado em direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito. Porto Alegre, 2012.

COASE, R. H. **The nature of firm**. *Economica*, New Series, vol. 4, n. 16, nov.1937. Disponível em: <http://www.colorado.edu/ibs/eb/alston/econ4504/readings/The%20Nature%20of%20the%20Firm%20by%20Coase.pdf>. Acesso em: 24 fev 2014

COASE, Ronald H.. **The problem of social cost**. *The Journal of Law and Economics*. v. III, oct. 1960. Disponível em: <<http://www2.econ.iastate.edu/classes/tsc220/hallam/Coase.pdf>> Acesso em: 24 fev 2014.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Relatório final do anteprojeto de código comercial no âmbito do senado federal**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2013/11/art20131119-03.pdf>> Acesso em: 21 fev 2014.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana**: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EZCURRA RIVERO, Huáscar. **Privaticemos la insolvência. Latin american and caribbean Law and economics association (ALACDE) Annual Papers**, Berkeley Program in Law and Economic, UC Berkeley, 2010.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos**: com aplicações em economia, administração e ciências sociais. 3ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

FIDALDO, Rosalice; SCHMIDT, Ayeza. **O direito à saúde e a essencialidade do bem contratado**: o dano moral por recusa à cobertura em contratos de assistência à saúde privada. *Pensar*, Fortaleza, v. 17, n. 2, p. 618-645, jul./dez. 2012.

FRANCO, Cleiton; et. al. Análise dos contratos na avicultura de corte em Mato Grosso sob a ótica da nova economia institucional (NEI). **Revista de Economia e Agronegócio**, v. 9, n.2, Mai/Ago 2011.

GAIO JUNIOR, Antonio Pereira. **Teoria da arbitragem**. São Paulo: Rideel, 2012.

GICO JR., Ivo. **Metodologia e Epistemologia da análise econômica do direito**. Disponível em: < [http://abde.com.br/portal/pt/eventos/iii-abde/palestras-e-papers/doc\\_details/54-metodologia-e-epistemologia-da-analise-economica-do-direito](http://abde.com.br/portal/pt/eventos/iii-abde/palestras-e-papers/doc_details/54-metodologia-e-epistemologia-da-analise-economica-do-direito) > Acesso em: 21 fev 2014.

GREMBI, Veronica. **Guido Calabresi e l'analisi economica del diritto**. Disponível em: <[http://www3.unisi.it/lawandeconomics/simple/041\\_Grembi.pdf](http://www3.unisi.it/lawandeconomics/simple/041_Grembi.pdf)> Acesso em: 21 fev 2014.

THE TIMES-PICAYUNE. **Brad Pitt says 'Interview with the Vampire' was a 'miserable' experience**. Disponível em: [http://www.nola.com/movies/index.ssf/2011/09/brad\\_pitt\\_says\\_interview\\_with.html](http://www.nola.com/movies/index.ssf/2011/09/brad_pitt_says_interview_with.html). Acesso em: 18 jan 2014.

UNIÃO BRASILEIRA DE AVICULTURA. **Estatísticas**. Disponível em: <[http://www.ubabef.com.br/estatisticas/frango/exportacao\\_mundial\\_carne-frango\\_2012](http://www.ubabef.com.br/estatisticas/frango/exportacao_mundial_carne-frango_2012)>. Acesso em: 28 jan 2014.

LLEWELLYN, Karl N.. **What price contract?** an essay in perspective. *The Yale Law Journal*, v. 40, n. 5, mar 1931. Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/790659>> Acessado em: 21 fev 2014.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no novo código civil**. 2ª ed. São Paulo: Macedo, 2004.

MACKAAY, E. **Law and economics for civil law system**. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

MACKAAY, Ejan. **History of law and economics**. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>>. Acesso em: 21 fev 2014.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil, volume V, tomo II**: do inadimplemento das obrigações. Rio de Janeiro: forense, 2003.

MARTINS FILHO, Giovani Magalhães. **Provável confronto entre Alberto Asquini e Ronald Coase**. Uma análise dos perfis da empresa a partir da teoria da firma. Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. Disponível em: < <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3353.pdf>> Acesso em: 21 fev 2014.

MARTINS, Eliseu; e. al. Impacto da especificidade de ativos nos custos de transação, na estrutura de capital e no valor da empresa. **Revista Contabilidade & Finanças - USP**, São Paulo, Edição Especial, p. 24 - 40, jun 2004. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rcf/article/view/34123> Acesso em: 21 fev 2014.

MECKLING, William H.; JENSEN, Michael C. **Theory of the firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure**. Journal of Financial Economics, v. 3, n. 4, 1976. Disponível em: < <http://www.sfu.ca/~wainwrig/Econ400/jensen-meckling.pdf>> Acesso em: 21 fev 2014.

MENEZES CORDEIRO, A. M. **Direito das obrigações**. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1980.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. 3ª ed, Coimbra: Centelho, 1978.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3ª ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PAIVA, Nunziata Stefania Valenza. **Contratos agroindustriais de integração econômica vertical**. Curitiba: Juruá, 2010.

PAIVA, Nunziata Stefania Valenza. O problema da qualificação jurídica dos contratos de integração vertical agroindustriais no direito brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito UFG**, v. 33, n.2, p. 184-198, jul. / dez. 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 3ª ed., ver. e ampl. – Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. São Paulo: Pearson, 2010.

POSNER, Richard A.. **A economia da justiça**. São Paulo, WMF Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard A.. **El análisis económico del derecho**. 2ª ed. Tradução de Eduardo L. Suarez. México: FCE, 2007.

PEREIRA, Guimarães; Talamini, Eduardo (Org.) **Arbitragem e poder público**. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSSETI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 20ª ed. – 3. reimpr. – São Paulo: Atlas, 2006.

SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

SALAMA, Bruno M.. Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North; in: DIMOULIS, Dimitri (Org.). **Estado de direito e o desafio do desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SALAMA, Bruno. O que é pesquisa em direito e economia. **Cadernos de direito GV**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, mar 2008. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10438/2811>> Acessado em: 21 fev 2014.

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 6ªed. Rio de Janeiro: Civilização, 2012.

SANDEL, Michael. **O que o dinheiro não compra?** Rio de Janeiro: Civilização, 2012.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais de arbitragem**. Florianópolis: Boiteux, 2004.

SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas**. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio (org.). **Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

THALER, Richard H.; SUSTEIN, Cass. **Nudge: o empurrão para a escolha certa**. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009 [2008].

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2011.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia: conceitos básicos**. Tradução Maria José Cylar Monteiro e Ricardo Doninelli. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

VENOSA, Silvio. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 9ªed. São Paulo: Atlas, 2009.

WALD, Arnold. **Direito civil**: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Saraiva, 2003.

WILLIAMSON, Oliver E. Markets and hierarchies: some elementary considerations. **American Economic Review**, n. 63, v. 2, 1973, p. 316.

WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. **Journal of Law and Economics**, v. 22, n. 2, oct. 1979.

WILLIAMSON, Oliver E.. **The Economic Institutions of Capitalism**. New York: The Free Press, p. 15-41, 1985.

WILLIAMSON, Oliver. **As instituições econômicas do capitalismo**: firmas, mercados relações contratuais. São Paulo: Pisco, 2012.

WILLIAMSON, Oliver. Why law, economics, and organization? **Annual Review of Law and Social Science**, v. 1, pp. 369-396, 2005.