

Aula 5 A Teoria económica dos contratos I

3. Teoria Económica dos Contratos I

- 3.1 Contrato: elementos fundamentais e função
- 3.2 Remédios para quebras de promessas contratuais
- 3.3 As expectativas e a confiança nos contratos
- 3.4 Contratos completos e incompletos
- 3.5 Contratos e fracassos de mercado

1

Bibliografia

☞ Obrigatória:

- ☞ Cooter e Ulen 6ª ed. (2014) cap. 7 p.268-291
- ☞ Cooter e Ulen 4ª ed. pgs (2004) cap. 6 p 188 a 225

Complementar:

- ☞ Rodrigues, V (2007) cap. 4
- ☞ Shavell (2004)
- ☞ Código Civil: artigos seleccionados no sítio da disciplina

2

3.1 Contrato: elementos fundamentais e função

Uma formulação simples:

Contratos são *promessas mútuas* que as partes *ex ante* querem ver *implementadas* e às quais estão associadas sanções em caso de incumprimento de pelo menos uma das partes. Estas promessas mútuas devem ser realizadas com *autonomia, liberdade e ponderação* entre partes habilitadas para o fazer.

As questões fundamentais a ser respondidas são estas:

- 1- Quais os elementos constitutivos de um contrato?
- 2 – Quais os contratos (ou normas) que devem ser protegidos pela lei e quais os que não devem ser protegidos ou devem ser considerados nulos ou anulados?
- 3 – Quais os remédios para uma quebra de promessas?
- 4 - Quais os remédios óptimos tendo em conta a o cumprimento óptimo” “o investimento de confiança (*reliance*)” e a “informação relevante óptima”?
- 5 – Como considerar “normas ausentes” nos contratos?
- 6 – Que normas devem estar “omissas” nos contratos e quais devem constar?

3

3.1 Contrato: elementos fundamentais e função

Elementos fundamentais dos **negócios jurídicos** e relações contratuais assumindo a forma escrita:

- 1- A **autonomia** das partes
- 2- As **vontades** das partes (caracter subjectivo)
- 3 - A **declaração** (carácter objectivo) – que é a expressão material ou exteriorizada, fidedigna ou não, das vontades das partes.
- 4 – **Acções** – comportamentos previstos na declaração atribuíveis às partes.
- 5 – **Tempos** – tempos previstos ou na declaração escrita ou em outra relevante legislação para implementar as acções referidas no contrato.
- 6 - **Consequências das acções** – *benefícios* (se positivas) ou *danos* (se negativas) nas partes ou em terceiros.
- 7 – **Terceiros** – não sendo partes do negócio, estão imediatamente ou mediatamente interessados nos efeitos do negócio.

4

3.1 Contrato: elementos fundamentais e função

Para simplificar considerar-se-á como caso genérico que os contratos envolvem apenas duas partes designadas por **credor (ou 1º jogador) e devedor (ou 2º jogador)**. Ex. Paga-se hoje (1º jog.) para receber mercadoria em dois meses

Sem contrato ou sem confiança mútua, não seria possível alcançar resultados desejáveis e eficientes,

		Devedor (2º j.)	
		Coopera	Apropria-se
1º Jog.	Investe)	0,5 ; 0,5	-1 ; 1
	Não investe	0 ; 0	0 ; 0

Qual o equilíbrio deste jogo? É Pareto eficiente?

Nota: A melhor forma de ilustrar um jogo sequencial é em forma de árvore (ver 6ª ed. Cooter e Ulen), mas mantém-se aqui a apresentação de Cooter e Ulen (4ª ed.).

5

3.1 Contrato: elementos fundamentais e algumas funções

Caso haja contrato e a **regra de compensação** em caso de **incumprimento** for colocar o **credor** na situação que teria caso tivesse havido cumprimento do contrato ("compensation damages"), a compensação seria 1,5.

		Devedor (2º j.)	
		Cumpre	Quebra
1º Jog. (credor)	Investe	0,5 ; 0,5	0,5 ; -0,5
	Não investe	0 ; 0	0 ; 0

Qual o equilíbrio deste jogo? É Pareto eficiente?

O primeiro objectivo da Lei contratual é permitir às pessoas cooperarem convertendo jogos com soluções não cooperativas (ineficientes) em jogos com soluções cooperativas (eficientes).

6

3.1 Contrato: elementos fundamentais e função

Ex. (de Rodrigues, V. (2007, p.133 e segs) *corrigido e adaptado*)

António sabe (com custo de obtenção de informação de 5) que terreno agrícola é bom para vinho e valoriza-o por 50. Bernardo desconhece e considera que o terreno só é bom para cereais e valoriza-o em 10. Faz-se pois uma transacção por 15, com excedente de 30 para António e 5 para Bernardo*. A desigualdade na repartição do excedente resulta da informação assimétrica.

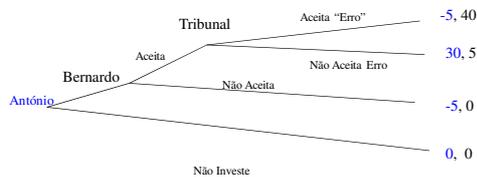
		Bernardo (2º j.)	
		Aceita	Não aceita
1º Jog. António	Investe	30 ; 5	-5 ; 0
	Não investe	0 ; 0	0 ; 0

Que propriedades para o jogo? Qual o excedente conjunto do jogo?

7

3.1 Contrato: elementos fundamentais e função

Após o contrato consumado Bernardo toma conhecimento e pede anulação do contrato baseado em "erro" por falta de informação. Caso os tribunais aceitassem, quais as consequências futuras deste tipo de decisão judicial?



8

3.1 Contrato: elementos fundamentais e função

Uma importante função dos contratos é incentivar os agentes a procurar a melhor informação possível até à celebração dos contratos. O desconhecimento de uma das partes ("erro") de informação do melhor uso económico de um recurso não é fonte de nulidade de contratos (excepto condições excepcionais.) pois nesse caso não se fariam contratos e não haveria incentivos para as partes procurarem informação..

Uma segunda função económica dos contratos é encorajar a procura eficiente de informação no seio da relação contratual.

(adaptação de Cooter e Ulen)

* A ser analisadas quando se considerar o Código Civil

9

3.2 Remédios para quebra de promessas contratuais

O “remédio” em caso de incumprimento é aproximadamente (ignorando o custo de litigância) igual ao “preço” a pagar pela parte incumpridora (devedor). O custo social do incumprimento iguala o “custo” imposto no credor mais o custo em terceiros.

Análise positiva, considerando dois agentes racionais, egoístas e míópicos numa relação esporádica (*one shot game*). Ex: credor paga (1º) e devedor entrega (2º) mercadoria em 2 meses.

- 1 - Se custo do cumprimento do devedor > responsab. por quebra de cont. → incumprimento
- 2 - Se custo do cumprimento do devedor < responsab. por quebra de cont. → cumprimento

Análise normativa.

- 3 - Se o custo do cumprimento devedor > benefício para credor → É eficiente?
- 4 - Se o custo do cumprimento devedor < benefício para credor → É eficiente?

(1)=(3) e (2)=(4) se a responsabilidade por quebra (*liability for breaching*) igualar o benefício esperado para o credor do cumprimento do contrato.

10

3.2 Remédios para quebra de promessas contratuais

O “remédio” em caso de incumprimento é aproximadamente (ignorando o custo de litigância) igual ao “preço” a pagar pela parte incumpridora (devedor). O custo social do incumprimento iguala o “custo” imposto no credor mais o custo em terceiros.

Análise positiva, considerando dois agentes racionais, egoístas e míópicos numa relação esporádica (*one shot game*). Ex: credor paga (1º) e devedor entrega (2º) mercadoria em 2 meses.

- 1 - Se custo do cumprimento do devedor > responsab. por quebra de cont. → incumprimento
- 2 - Se custo do cumprimento do devedor < responsab. por quebra de cont. → cumprimento

Análise normativa.

- 3 - Se o custo do cumprimento devedor > benefício para credor → É eficiente **incumprimento**
- 4 - Se o custo do cumprimento devedor < benefício para credor → É eficiente **cumprimento**

(1)=(3) e (2)=(4) se a responsabilidade por quebra (*liability for breaching*) igualar o benefício esperado para o credor do cumprimento do contrato.

11

3.2 Remédios para quebra de promessas contratuais

Um remédio eficiente para a potencial quebra de contratos é pois a **reparação do interesse contratual positivo** através da **compensação perfeita por danos* esperados** (*perfect expectation damages*). O objectivo é o de colocar o “credor” na situação em que ficaria se o contrato tivesse sido cumprido.

A **responsabilidade por compensação perfeita por danos** (*perfect expectation damages*), quando o contrato afecta apenas as partes envolvidas, cria incentivos óptimos para o cumprimento do contrato (quando deve ser cumprido) e para o não cumprimento quando é mais eficiente não cumprir. O “devedor”, nesta situação internaliza os custos do não cumprimento pelo que só irá **não** cumprir se o custo de cumprimento for superior ao benefício esperado pelo “credor”.

Uma terceira função económica dos contratos é encorajar um empenho no cumprimento óptimo dos contratos (“optimal commitment to performing”).

Nota *: A palavra “damages”, traduzida por **danos** significa um **não benefício** resultante do incumprimento do contrato.

12

3.2 Remédios para quebra de promessas contratuais

Há vários remédios para a quebra de promessas contratuais:

1 – **Compensação perfeita por danos** (*perfect expectation damages*) que repara o interesse contratual positivo.

2 – **Cláusulas contratuais** que prevejam penalização/compensação em caso de incumprimento de acções geradoras de benefícios (*liquidated damages*).

3* – **Compensação por danos de confiança** (*reliance damages*) visa a reparação do interesse contratual **negativo**. O objectivo é colocar o lesado ("credor") na situação em que estaria se não tivesse depositado **confiança** (*reliance*) na celebração do contrato.

4 – A **execução específica** - sentença judicial que produz os efeitos da declaração negocial do faltoso ("devedor"). (Ex: contrato promessa de compra e venda de prédio não registado em nome de promitente vendedor. Réus (prom. Vend.) recusaram a celebração de escritura)

* Não considerar este conceito. Cooter e Ulen alteraram substancialmente (de 5 pg. para 2 pags) o tratamento da confiança (*reliance*) da edição de 2004 para 2014. Este conceito desapareceu. Curiosamente *perfect expectation damages* sai do índice remissivo.

13

3.2 Remédios para quebra de promessas contratuais

- Os remédios 1), 3) e 4) são remédios extra-contratuais enquanto que 2) é um remédio inserido no contrato.

-A introduzir uma **cláusula contratual** (2) que preveja o incumprimento das acções relevantes do negócio, ambas as partes *ex ante* preferirão a **compensação perfeita por danos esperados** pois induz comportamento eficiente das partes.

-- Há, contudo, vantagens e inconvenientes de introduzir essa (e outras) cláusulas contratuais em **contratos** que são necessariamente **incompletos** (ver ponto 3.5 adiante).

- A **execução específica** a maior parte das vezes não é viável, mas quando é tem propriedades interessantes.

(Nota: em Cooter e Ulen (2004) a **compensação por danos de confiança** (*reliance damages*) toma como situação de referência o momento anterior à expectativa de negócio (ver 3.3 a seguir), enquanto a **compensação perfeita por danos** toma como referência a situação que adviria do cumprimento do negócio).

14

3.3 As expectativas e confiança nos contratos

-A expectativa de realização de um contrato leva a comportamentos de antecipação quer do ponto de vista de **precaução** da parte do "devedor"/*promisee*, quer do ponto de vista da **confiança** (*reliance*) depositada no contrato pelo "credor"/*promisor*.

"A **confiança** é a alteração na posição do credor derivada da promessa"

-Quando o contrato afecta apenas as partes envolvidas a **responsabilidade por compensação perfeita por danos dá ao credor** (*promissee*) **incentivos eficientes** para adoptar **precaução** contra o incumprimento.

-Quando o contrato afecta apenas as partes envolvidas a **responsabilidade por compensação perfeita por danos dá ao devedor** (*promissee*) **incentivos ineficientes** para adoptar **confiança** contra o incumprimento.

- Se o credor souber que está protegido pelo incumprimento do devedor através da regra legal de **responsabilidade por compensação perfeita por danos** irá confiar **em excesso** no cumprimento do contrato em relação à **confiança óptima**.

Nota: A análise de Cooter e Ulen (2014) foi alterada em relação à edição de 2004.

15

3.4 Contratos completos e incompletos

Um contrato que fosse feito após apreciação de todas as possíveis contingências futuras e que para elas estabelecesse a partilha de risco entre as partes, que contivesse toda a informação relevante e cujas cláusulas ponderassem todos os possíveis ganhos com o negócio jurídico entre as partes bem como a respectiva repartição seria um **contrato completo**.

Não há contratos completos, pois todos os contratos são incompletos, ou imperfeitos:

- É impossível prever todas as contingências futuras,
- É impossível e muito custoso obter informação,....
- Em resumo contratos completos só se fariam com **custos de transacção nulos** o que não se verifica.
- **contratos incompletos** derivam pois de **custos de transacção positivos** e podem derivar também de irracionalidade de alguma (ou ambas) as partes.

16

3.4 Contratos completos e incompletos

Os contratos **incompletos** afectam e contemplam alguns riscos, mas são **omissos** relativamente a outros riscos. Caso *ex ante* os riscos não sejam previstos e se verificarem as respectivas contingências então haverá lugar *ex post* a **perdas** de uma ou ambas as partes.

As omissões podem ser:

- não intencionais por desconhecimento de ambas as partes
- **deliberadas por mútuo acordo** entre as partes,
- **deliberadas por uma parte** com desconhecimento da **outra parte**.

Duas questões essenciais relativamente aos contratos incompletos são as seguintes:

- Quando é que vale a pena introduzir cláusulas para contemplar riscos e quando é melhor não o fazer?
- Como devem os legisladores e os tribunais actuar em relação às lacunas ("gaps") nos contratos?

17

3.4 Contratos completos e incompletos

Se

Custo de afectar o risco no contrato > (custo de afectar a perda) *(prob. da perda) ?

Se

Custo de afectar o risco no contrato < (custo de afectar a perda) *(prob. da perda) ?

As "lacunas" nos contratos são por vezes preenchidas *por defeito* por outra legislação relevante. Nesse caso não se trata de verdadeiras lacunas pois aquilo que não está estipulado no contrato está numa "lei geral".

Se as normas contidas na **lei** (ex. Código) são **imperativas (mandatory)** relativamente à consideração e partilha do risco que se está a considerar, então elas sobrepõem-se necessariamente a qualquer norma que possa estar no contrato e funcionam como **mandatory rules** ou regras imperativas.

Se as normas contidas na **lei** são **indicativas**, são **default rules**, e podem ser contrariadas por normas estabelecidas nos contratos (com um custo de negociação), prevalecem as normas dos contratos.

18

3.4 Contratos completos e incompletos

Se a lei estabelece normas aplicáveis por defeito **eficientes**, então há poupança de custos de negociação pois não é necessário introduzir essas cláusulas.

Se a lei estabelece normas aplicáveis por defeito **ineficientes**, então há necessidade de redigir essas cláusulas e haverá custos de negociação dessas cláusulas.

O quinto objectivo da "lei contratual" (e.g. Normas do Código Civil relevantes para contratos) é minimizar os custos de transacção associados com a elaboração de contratos.

19

3.5 Contratos e fracassos de mercado

Quando é que os tribunais **não devem implementar** normas escritas nos contratos?

Em teoria podem-se distinguir quatro situações importantes:

- Contratos que são considerados **nulos** (por objecto impossível ou contrário à lei)
- Contratos considerados **anuláveis** (derivam de que alguma das partes poder não estar habilitada para o realizar, ou estar em situação que gravemente afecte a sua autonomia, liberdade ou capacidade de deliberação).
- Contratos em que os tribunais consideram que a **vontade** de uma das partes não coincide com a **letra** expressa no contrato e que há fundamentos para aquela prevalecer sobre esta.

(Nota: Se a vontade de ambas as partes for no mesmo sentido e contrária ao que está escrito no contrato, ele será voluntariamente alterado sem recurso aos tribunais)

- Contratos em que embora as partes não ponham em causa o contrato, os **efeitos negativos sobre terceiros** (externalidades) são de tal ordem que estes alegam que os danos são grandes e pedem a anulação ou alteração do contrato.

20

3.5 Contratos e fracassos de mercado

Artº 280 do Código Civil

"1. É **nulo** o negócio jurídico cujo objecto seja física ou legalmente impossível, contrário à lei ou indeterminável.

2. É **nulo** o negócio jurídico contrário à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes"

*Artigo 282º Código Civil
(Negócios usurários)*

"1. É **anulável**, por usura, o negócio jurídico, quando alguém, explorando a situação de necessidade, inexperiência, ligeireza, dependência, estado mental ou fraqueza de carácter de outrem, obtiver deste, para si ou para terceiro, a promessa ou a concessão de benefícios excessivos ou injustificados....."

21

3.5 Contratos e fracassos de mercado

Estas são questões complexas que envolvem problemas como:

1- Foi a informação fornecida por uma das partes menor do que a que deveria ter sido, de modo a que o contrato possa ser considerado anulado (*culpa in contrahendo*)?

2 – Foi a informação fornecida por uma das partes deliberadamente enganosa? Se sim que consequências?

3 – Foi a informação fornecida por uma das partes não intencionalmente enganosa? Se sim que consequências.

4- Ambas as partes partiram de uma informação errada em relação aos pressupostos do negócio. Que consequências?

5 – O poder negocial de uma das partes, por ter posição monopolista, é muitíssimo superior ao da outra. Que consequências?

É difícil responder a estas questões. *Um princípio geral é que quanto mais o negócio jurídico se afasta de condições de perfeita racionalidade e de custos de transacção nulos, maior o âmbito para os juízes clarificarem e eventualmente alterarem as cláusulas contratuais.* 22
