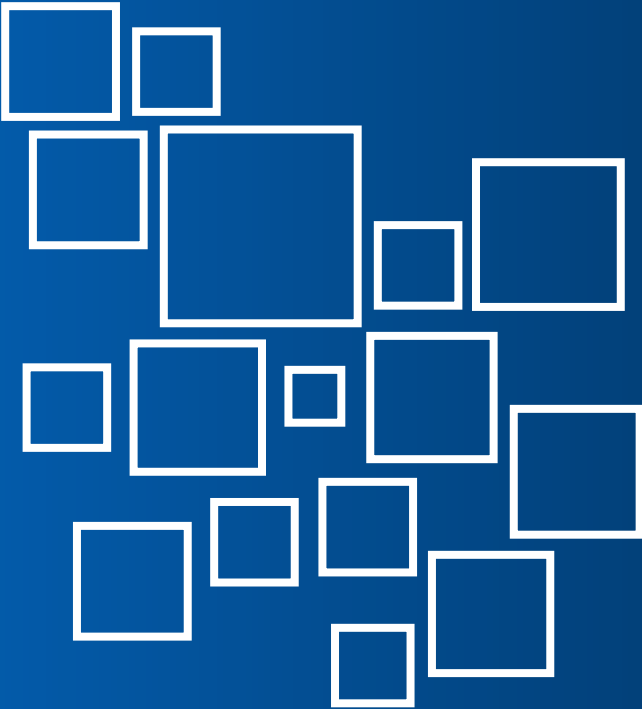


ISSN 1022-4057

Português

English

Español



ECONOMIC ANALYSIS OF LAW REVIEW

abde
Associação Brasileira
de Direito e Economia

 Universidade
Católica de Brasília


EDITORA
universa

www.ealr.com.br

Economic Analysis of Law Review

Quebra Eficiente de Contratos Bilaterais e a Teoria dos Incentivos

Juliana Tiemi Mizumoto Akaishi
Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a busca pela eficiência em situações em que a um dos contratantes tem estímulo para romper um contrato bilateral anteriormente celebrado. Para tanto, comparam-se a quebra eficiente do contrato e a Teoria dos Incentivos, levando-se em conta as diversas críticas feitas a ambas e busca-se verificar qual a solução mais vantajosa para se obter a maior eficiência.

Palavras-chave: Quebra Eficiente, Contrato Bilateral, Teoria dos Incentivos.

JEL: K12.

ABSTRACT

This paper proposes efficiency enhancing strategies in bargaining contexts where one of the parties has an incentive to breach a bilateral contract previously established. The efficient breach doctrine is critically compared with the Incentives Theory in search of a socially desirable outcome, that is, efficiency enhancing.

Key words: Efficient Breach, Bilateral Contract, Incentives Theory.

R: 16/6/10 **A:** 22/6/10 **P:** 26/2/11

1. Introdução

A manutenção de contratos ineficientes impede a alocação dos recursos em outras atividades que poderiam trazer maior benefício. Nesse sentido, o não cumprimento desses contratos é medida que cria valor e, por tal motivo, deve ser incentivada.

Entretanto, a obtenção de eficiência de Pareto por meio da quebra de contrato pode ser mais difícil do que aponta a teoria clássica.

A análise parece indicar que, na maioria dos casos, ou bem se resolve o contrato e se divide o excedente de utilidade – que, de acordo com a teoria da quebra eficiente ficaria integralmente com a parte inadimplente –, garantindo o movimento de Pareto superior e aumentando o bem-estar social, ou a parte não inadimplente pode sofrer uma perda de utilidade. Essa perda decorre essencialmente da dificuldade de se determinar *ex ante* qual o melhor mecanismo de compensação e de se calcular *ex post* o real valor que o cumprimento da obrigação tinha para a parte.

A teoria e as críticas foram exaustivamente debatidas. Contudo, poucos trabalhos abordam-na em relação a contratos bilaterais, nos quais se estabelece uma intrincada rede de obrigações e direitos de parte a parte, que geram problemas recíprocos de performance e de confiança.

Nesses, a dificuldade para se alcançar a quebra eficiente parece ainda maior. A possibilidade de adimplementos parciais e a dificuldade de se isolar cada uma das obrigações assumidas aumentam os obstáculos tanto para se escolher a melhor forma de compensação quanto para o cálculo da indenização devida.

Se o rompimento não se mostra tão vantajoso *ex ante*, para que as partes obtenham o bem-estar almejado, parece fazer mais sentido investir no eficiente cumprimento do contrato, sempre que possível. Assim, a utilização de incentivos que visam a performance do contrato de forma eficiente ganha maior importância que nos demais contratos.

O presente estudo parte da revisão de literatura, abordando a teoria da quebra eficiente aplicada ao modelo da teoria de agência e as críticas que foram construídas ao longo de sua existência. Analisa-se, em seguida, a aplicação da teoria e das críticas aos contratos bilaterais, focando-se principalmente nas dificuldades referentes à integral compensação da parte lesada.

Na segunda parte do trabalho, analisa-se a teoria dos incentivos, partindo-se do modelo principal-agente, para aplicá-la aos contratos bilaterais.

Por fim, conclui-se com a comparação entre as duas formas de se majorar a utilidade das partes.

2. Quebra eficiente dos contratos

A teoria da quebra eficiente dos contratos tem origem num artigo de Robert Birmingham (1970), no qual o autor defende a visão puramente econômica do contrato, sustentando que o cumprimento somente tem sentido se for eficiente. Para Birmingham, em qualquer situação em que uma das partes obtiver maior utilidade (lucro ou bem-estar) por meio do rompimento da relação contratual – assumindo-se que a outra parte será compensada de forma que obterá com o rompimento a mesma utilidade que teria caso o contrato fosse cumprido – este deverá ser incentivado, pois isso seria um movimento na direção do ponto ótimo de Pareto, aumentando o nível de bem-estar social.

Embora tenha delineado a estrutura básica da teoria – que sofreria aprimoramentos durante os anos, sem, contudo, perder a essência –, a nomenclatura hoje consolidada, teoria da quebra eficiente dos contratos, foi dada anos depois, por Goetz, C. & Scott, R. (1977).

A teoria da quebra eficiente dos contratos fundamenta-se em alguns pressupostos:

- (i) O cumprimento do contrato não seria um fim em si mesmo, mas apenas uma forma de privilegiar os interesses econômicos das partes, de molde a maximizar seus ganhos e reduzir suas perdas (Barbosa, 2003), ou seja, o objetivo último das partes seria alcançar a eficiência e não o cumprimento do contrato;
- (ii) Os agentes seriam absolutamente racionais, na medida em que, para a parte que sofreu o inadimplemento contratual, seria indiferente receber a prestação contratada ou a compensação;
- (iii) Cada agente saberia, dentro do prazo contratual, com certeza o valor que o adimplemento do contrato tem para ele e para a outra parte; e
- (iv) Os custos de transação para a renegociação ou distrato do contrato seriam altos, de forma que o simples rompimento unilateral seria a medida mais eficiente (até porque permitiria que o inadimplente retivesse integralmente os ganhos excedentes).

Os adeptos dessa teoria apontam três exemplos alegóricos. Tendo X e Y celebrado contrato por meio do qual X se comprometia a fornecer determinado bem a Y, o rompimento contratual seria eficiente, nas seguintes hipóteses (Miceli, 2004):

- a) **Oferta mais alta:** antes de X entregar o bem, Z oferece preço maior pelo mesmo bem. A solução mais eficiente, pois permite maior ganho líquido às partes, será X romper o contrato com Y, compensá-lo, e entregar o bem a Z;
- b) **Incerteza quanto aos custos de produção:** quando da celebração do contrato, X estimou o preço do bem, pois não tinha certeza do custo para sua produção. Pouco antes do início da produção, X percebe que o custo de produção será superior que o preço estipulado no contrato. A medida mais eficiente seria, portanto, o rompimento do contrato, já que seu cumprimento resultaria perda em função da diferença entre o valor do custo e o preço do bem; e
- c) **Incerteza quanto ao valor do adimplemento para o agente:** o adimplemento contratual somente trará benefício a Y se ocorrerem determinados fatores, estranhos à atuação das partes e imprevisíveis *ex ante* (i.e. a encomenda de uma máquina que elevará a produção da fábrica e que será absolutamente desnecessária se houver queda na demanda). Se essa situação não se concretizar, o pagamento do preço sem benefício futuro seria medida ineficiente, sendo preferível a quebra contratual.

Em qualquer dos casos, para que o rompimento seja uma condição de Pareto superior ao cumprimento, deverá ser garantido à parte que não deu causa ao rompimento o recebimento de compensação capaz de colocá-la na mesma posição econômica que estaria caso o contrato fosse cumprido.

Tradicionalmente existem dois tipos de compensação: execução específica – *specific performance* – e pagamento de perdas e danos. Pela primeira, a parte infratora é obrigada a executar a

obrigação contratada e, pela segunda, a parte infratora paga uma quantia à outra parte que lhe cobriria as perdas e os danos, recompondo seu patrimônio.

Embora ambas as formas de compensação, em tese, sejam capazes de compensar a parte que sofreu o inadimplemento, os defensores da teoria da quebra eficiente arguem que o mecanismo mais eficiente seria o pagamento de perdas e danos. Isso porque entendem que, na maioria dos casos, a execução específica pode impossibilitar a busca por eficiência econômica, na medida em que impediria que a parte inadimplente redirecionasse seus recursos (que são escassos) para a outra tarefa, a qual lhe traria maior bem-estar.

O Código de Processo Civil determina, nos artigos 461 e 461-A, que, nas ações que tenham por objeto o cumprimento de obrigação, o juiz concederá tutela específica, privilegiando-se esta em detrimento das perdas e danos. Caso não tenha interesse em impor o cumprimento, o Código Civil, no art. 389, faculta ao credor a opção pela resolução do contrato e a indenização por perdas e danos.

O direito brasileiro expressamente contempla, portanto, ambas as formas tradicionais de compensação. A opção por um ou outro fica a critério da parte lesada, dependendo de seu objetivo: indenizar-se ou obter o cumprimento da obrigação. E, não raras as vezes (especialmente quando se trata de obrigação de dar), opta-se pela execução específica da obrigação.

Alguns doutrinadores, a exemplo de Eisenberg (2005), entendem que a execução específica ao conferir à parte que não deu causa à extinção contratual exatamente o que ele almejava, atenderia melhor ao princípio da indiferença. Além disso, ao compelir-se o cumprimento da obrigação, promove-se a força vinculante dos contratos.

A opção por uma ou outra forma de compensação gera discussão até os tempos atuais. No entanto, percebe-se hoje a tendência de os países que adotam o direito consuetudinário privilegiarem o pagamento de perdas e danos, enquanto os países que aplicam o direito de origem romano-germânico, em geral, preferem a execução específica.

2.1. Críticas à teoria

Nos mais de quarenta anos de existência, a teoria acumulou críticas clássicas referentes à ausência de verossimilhança das premissas adotadas, à incorreta consideração dos custos de transação, à eficiência do pagamento de perdas e danos, a melhor forma de calculá-las, aos efeitos de se incentivar o inadimplemento unilateral, entre outras.

No que se refere às premissas, em linhas gerais, apontam que a experiência demonstra que o ideal de absoluta racionalidade das partes não se verifica na realidade e que, ao celebrar contratos, o verdadeiro interesse das partes é o de obter seu cumprimento (Eisenberg, 2005). Corrobora essa noção a idéia de que o principal objetivo do contrato é o de promover a cooperação entre os agentes, de forma a se obter o resultado mais eficiente possível (Cooter & Ulen, 2008). E ainda, no direito brasileiro, é preciso ter em conta o princípio da função social do contrato, previsto no art. 421, do Código Civil.

Quanto à absoluta racionalidade dos agentes, a crítica não é direcionada especificamente à quebra eficiente do contrato, mas sim à idealização dos agentes e da economia, típica da visão neoclássica, que não corresponderia com a realidade. No mundo real, os seres humanos – e, por consequência, também as empresas por eles geridas –, na maioria dos casos, embora desejem maximizar sua utilidade, contentam-se com situações consideradas suficientemente boas, ainda que não ideais (Williamson, 2005).

Ademais, nem sempre seria possível determinar com precisão o valor que o adimplemento contratual tem para as partes – inclusive pela existência de assimetria informacional. Como a

comparação entre a eficiência de uma e da outra solução depende diretamente da certeza de quais serão os ganhos decorrentes do cumprimento e da quebra contratual, havendo imprecisão, não seria possível comparar o nível de utilidade que cada uma das opções traria. Dessa forma, não seria possível determinar qual seria a mais eficiente.

Em relação aos custos de transação, Macneil, I. (1982) aponta que, embora a teoria leve em conta os custos referentes à renegociação ou ao distrato do contrato inicial, ignora-se completamente os custos relacionados com: (i) a negociação do primeiro contrato; (ii) o inadimplemento do contrato; e (iii) a negociação do segundo contrato, no caso de rompimento do contrato anterior para se atender a oferta mais alta.

Além disso, ao contrário do que aponta a teoria, os custos de transação para compelir a parte inadimplente a realizar a compensação não são desprezíveis e, em muitos casos, irre recuperáveis. Cumpre frisar, neste ponto, que a mera existência de custos irre recuperáveis já seria suficiente para alterar toda a análise de eficiência.

Quanto à eficiência da compensação através do pagamento de perdas e danos, no modelo atualmente adotado – cálculo pela medida de expectativa¹, com base em preço de mercado – ignoraria os valores subjetivos que o objeto do contrato (*rectius*: o adimplemento das obrigações previstas no contrato) têm para as partes. Outra dificuldade para se calcular o correto valor da indenização seria o de avaliar e quantificar as oportunidades perdidas pela parte que não descumpriu o contrato, em razão do rompimento contratual. Em qualquer das hipóteses, ainda que fosse possível determinar um valor para a indenização, esta seria incapaz de integralmente compensar a parte.

Além disso, ainda que os parâmetros tenham sido corretamente estabelecidos e se consiga identificar e quantificar todos os danos, em muitos casos, o simples cálculo do valor da indenização pode ser muito complexo, deixando margem para erro relevante.

Diante dessas fragilidades, a compensação pelo pagamento de indenização seria uma opção menos interessante que o cumprimento do contrato e, portanto, não atenderia ao princípio da indiferença e tenderia a não permitir se atingir maior eficiência. Com base nisso, parte dos doutrinadores entende que o emprego da execução específica compensaria de forma mais eficiente que o pagamento de indenização.

¹ O cálculo da indenização por perdas e danos pode ser calculado com base em três diferentes parâmetros (Shavell, 1980, p. 471):

a) **Medida de expectativa ou lucros cessantes:** a parte inadimplente paga determinada quantia à outra parte de modo a colocá-la na mesma posição que estaria se o contrato tivesse sido executado. Se perfeitamente calculado, deveria deixar a parte que não inadimpliu indiferente entre o adimplemento pela outra parte e o recebimento da indenização;

b) **Medida de confiança:** a parte faltosa devolve à outra os valores que já tenha recebido e a compensa pelos gastos de confiança. Nesse caso, excetuando-se a perda de oportunidade, a vítima da quebra é colocada na mesma posição que estaria se não tivesse celebrado o contrato, de forma que, idealmente, ela seria indiferente entre o contrato e seu rompimento; e

c) **Medida de restituição:** a parte descumpridora somente restitui os valores recebidos pela outra parte. É ainda facultado às partes pré-fixar o valor dessas perdas e danos em contrato. Nesse caso, a jurisprudência, baseada na idéia de que a função dessa compensação é de apenas tornar indene a outra parte (ou seja, retirar-lhe o prejuízo), tem se posicionado no sentido de reduzir aqueles que exorbitam os valores razoáveis, por caracterizar enriquecimento sem causa, vedado pelo ordenamento jurídico.

Historicamente, a medida de expectativa consagrou-se como a forma mais comum de se calcular a compensação. Isso se deve, inclusive, ao fato de doutrinadores entenderem que, de um lado, a medida da restituição não seria suficiente para compensar e, de outro, que a adoção da medida de confiança estimularia o promitente a realizá-los acima da medida de eficiência (confiança excessiva), porque teria a certeza de ser recompensado por todos esses gastos em eventual situação de inadimplemento (Shavell, 1980, p. 472).

No que tange aos efeitos de se incentivar o rompimento unilateral do contrato, Eisenberg, M. (2005) assinala que, ao contrário do que indica a teoria da quebra eficiente, o sistema contratual se apoiaria num tripé: (i) efeitos da reputação dos contratantes²; (ii) internalização das normas sociais – em especial o significado moral da manutenção de um acordo – e (iii) formas de compensação.

Dessa forma, o incentivo ao rompimento unilateral, ao desconsiderar os dois primeiros dois pilares, abala a previsibilidade das condutas dos contratantes que, por sua vez, servem de base para se estabelecer expectativas em relação ao contrato. Com isso, põe-se em risco a estabilidade do contrato, retirando-lhe parte de sua função social (Matias & Rocha, 2008) e, assim, enfraquecendo todo o sistema contratual.

Como consequência, os custos de transação para celebração do contrato (*custo ex ante*) tendem a ser substancialmente majorados, na medida em que os contratantes, inseguros quanto ao cumprimento do contrato, gastariam maior tempo e esforço para tornar o contrato o mais completo possível. Este maior esforço para contornar a insegurança do sistema contratual, contudo, tende a gerar desperdícios de recursos.

Não se questiona, contudo, que o não cumprimento de contratos manifestamente ineficientes pode criar valor e que, se analisado somente pela ótica da eficiência, deveria ser incentivado. O ponto central da discussão é se a teoria, nos moldes propostos, atende aos padrões de moralidade, se é possível sua aplicação e se é capaz de promover a eficiência.

2.2. Aplicação da teoria aos contratos bilaterais

Os contratos bilaterais são espécie em que ambos contratantes possuem obrigações e direitos recíprocos e equivalentes, de forma que “ocupam, simultaneamente, a dupla posição de credor e devedor” (Gomes, 2008).

Diante da igualdade de poder de barganha, as partes podem discutir amplamente as condições desse tipo de contrato – diferentemente do que ocorre no modelo tradicional da relação agente-principal, em que o principal estipula todas as condições e o agente simplesmente opta por aderir a ele ou não.

Ademais, em decorrência da relação complexa entre as partes, cada uma exerce reciprocamente o papel de agente e de principal. Vale dizer que, sob a ótica econômica, há problemas de performance e de confiança para ambas as partes.

Esses problemas são mais complexos que a simples somatória daqueles encontrados em contratos que envolvem a relação agente-principal pura e simples, porque os pontos ótimos de esforço e de confiança são interdependentes. Sinal disso é o fato de que, nos contratos bilaterais, ao invés do tradicional binômio adimplemento-inadimplemento, há quatro possíveis cenários de performance: “ambas partes cumprem suas obrigações contratuais, uma parte executa e a outra inadimple [inadimplemento unilateral], e ambas partes inadimplem [inadimplemento bilateral]”³ (Parisi, Luppi & Fon, 2007).

² As ações passadas possuem importante papel na determinação das ações futuras, de forma que o deliberado rompimento contratual por uma parte poderá ter efeitos sobre sua reputação, especialmente se a outra não for plenamente compensada. Nesse sentido, Ulen, T (1984) afirma que independentemente das consequências legais que o rompimento do contrato pode ter, a perda de negócios futuros em decorrência de má reputação pode motivar que o agente não o rompa.

³ Tradução livre.

Além disso, a existência de direitos e obrigações intrincadas determina que o aumento no nível de esforço de uma das partes aumente a probabilidade de se alcançar o objetivo comum. Há, portanto, uma externalidade positiva, inexistente em contratos unilaterais, que aumenta o ganho marginal decorrente do esforço esperado.

Outra particularidade desse tipo de contrato é a aplicação do princípio *exceptio non adimpleti contractus*, que determina que uma das partes não poderá, antes de cumprir sua obrigação, exigir que a outra o faça. Usada como forma de defesa contra um inadimplemento da outra parte, ele permite que a outra parte se escuse do cumprimento de suas obrigações remanescentes.

O outro lado da moeda da utilização desse princípio como defesa é vedar que a parte infratora exija compensação da outra parte. Essa regra prevalece ainda que, em decorrência de seu inadimplemento, a parte que não descumpriu o contrato tenha se beneficiado (por exemplo, por ter sido dispensada de realizar determinadas tarefas, economizando recursos). Essa aplicação do princípio *exceptio non adimpleti contractus* traz conseqüências específicas no que tange aos incentivos, que serão posteriormente analisadas.

A teoria da quebra eficiente dos contratos, em seu modelo clássico, ignora os contratos bilaterais e sua maior complexidade em relação aos contratos que adotam o modelo principal-agente. No entanto, não é difícil imaginar que, se para os contratos em que as partes assumem posições estanques de devedor e de credor a aplicação da teoria não é simples, nos contratos bilaterais a tarefa é ainda menos trivial.

Em linhas gerais, as mesmas críticas tecidas em relação às premissas da teoria são aplicáveis no caso dos contratos bilaterais. A assunção de que as partes saberiam *ex ante* o valor que o cumprimento do contrato tem para elas, no entanto, merece destaque.

A interdependência das obrigações e direitos torna difícil (se não impossível) isolar as obrigações e quantificar o valor de cada uma delas – até porque, em alguns casos, uma determinada obrigação pode não possuir valor (ou tê-lo muito reduzido) se retirado do contexto, ou destacada das que a complementam. Essa situação é ainda mais agravada com a possibilidade de a parte que não deu causa ao rompimento invocar a exceção de não execução, pois, ao se eximir do cumprimento de suas obrigações, torna impossível que a outra parte cumpra as obrigações que daquelas dependeriam.

Disso decorre (i) a dificuldade em se comparar a eficiência entre duas situações (qualquer seja o modelo alegórico aplicado) e (ii) a dificuldade em se estabelecer o correto valor da indenização, que atenderia ao princípio da indiferença e compensaria integralmente a parte lesada.

As demais críticas em relação aos custos de transação, ao cálculo do valor da indenização, ao atendimento ao princípio da indiferença e às suas conseqüências ao sistema contratual também são idênticas.

Em linhas gerais, as críticas à quebra eficiente do contrato bilateral não apresentam diferenças essenciais quando comparadas ao modelo da agência. Contudo, a maior complexidade das relações entre as partes e a interdependência de suas obrigações tornam sua aplicação e eficiência ainda mais complicada.

2.3.Primeiras considerações

Diante do exposto, embora a quebra eficiente do contrato parece permitir, em tese, privilegiar o aumento do bem-estar social, na prática, suas diversas falhas e fragilidades colocam à prova a viabilidade da teoria para a promoção da eficiência.

Ao se analisar especificamente os contratos bilaterais, o conhecimento prévio pelas partes do valor que o cumprimento das obrigações parece uma hipótese ainda mais remota. Embora não seja difícil imaginar que partes profissionais conseguiriam arbitrar o valor do cumprimento integral do contrato, na hipótese de parte das obrigações terem sido adimplidas antes do rompimento, a avaliação se torna muito mais complicada.

Nesse quadro, parece ainda mais irreal o alcance dos objetivos centrais da quebra eficiente do contrato, quais sejam: (i) aumento da utilidade para a parte que rompeu o contrato; que depende diretamente de se saber, antes do inadimplemento, o valor que o cumprimento das obrigações tem para ela; e (ii) o correto cálculo da indenização que compensaria a outra parte, que depende da possibilidade de se isolar as obrigações da parte inadimplente, interdependentes das suas, e de se estabelecer um valor para elas.

Não se ignora que, caso a parte inadimplente não compense espontaneamente a parte lesada, para a obtenção de qualquer compensação – seja a execução específica ou o recebimento de indenização – bem como para a utilização da exceção do contrato não cumprido como matéria de defesa, as partes deverão se submeter ao poder judiciário (ou aos meios alternativos de resolução de conflitos que o contrato preveja). Esses procedimentos, invariavelmente, demandam tempo e recursos financeiros e não excluem o risco de a decisão não atender às expectativas das partes.

Ademais, no direito brasileiro, se permite requerer a execução específica da obrigação assumida pela parte inadimplente, o que, como já discutido, impede que os recursos prometidos à parte lesada sejam redirecionados para a tarefa que aumentaria a utilidade da parte inadimplente.

A obtenção das vantagens professadas pela quebra eficiente do contrato é, portanto, muito mais difícil na prática.

Assim, se solução *ex post* pode não permitir se alcançar os resultados esperados (eficiência fora do contrato), a forma mais eficaz de se alcançar a eficácia pode ser a aplicação de incentivos econômicos como instrumentos para o alcance da eficiência contratual, merecendo análise mais aprofundada.

3. Teoria dos incentivos

Conforme apontado por Jensen. M. C. (1994), agentes racionais – embora os agentes não sejam sempre racionais – sempre escolhem determinada ação em detrimento de outra porque imaginam que aquela lhe trará melhores resultados. A percepção de que uma é melhor que outra e o exercício da escolha estão intimamente ligados aos incentivos, mais especificamente à resposta dos agentes a esses incentivos.

Elaborada sobre o modelo da agência (relação principal-agente), a teoria está intimamente ligada à delegação de tarefas. Esta geralmente é feita nos casos em que uma pessoa – denominada principal – tem necessidade de que determinada tarefa seja realizada, mas, por escassez de *know how* ou de tempo, prefere delegar sua execução a terceiro.

Seus pressupostos podem ser sintetizados da seguinte forma:

- a) Principal e agente possuem diferentes funções utilidade;
- b) Principal e agente são racionais e buscam aumentar seu bem-estar;
- c) O agente é avesso ao esforço (Prendergast, 1999), de forma que, sempre que possível, ele empregará a quantidade mínima do recurso para realização da tarefa;
- d) O agente é avesso ao risco;

- e) O objetivo do agente é obter compensação econômica, que será posteriormente revertida em maior bem-estar;
- f) O objetivo do principal é maximizar seu resultado;
- g) O principal é incapaz de monitorar todas as atividades do agente;
- h) É possível alguma medição da performance do agente;
- i) A performance do agente é intimamente afetada pela forma como ele se comporta e pela quantidade de esforço aplicado na realização da tarefa, embora essa interferência não possa ser precisamente medida (Sappington, 1991).

Nessa relação, diante a impossibilidade de monitoramento de todas as atividades do agente pelo principal, surge o problema da assimetria de informações. Esta assume duas formas, ambas capazes de afetar a eficiência do contrato:

- (i) **Seleção adversa:** gerada pelo acesso do agente a informações referentes às atividades que não estão disponíveis para o principal (*hidden information*) (Laffont & Martimort, 2002); e
- (ii) **Risco moral:** gerado em função de o agente não se comportar da exata forma desejada pelo principal (*hidden action*).

Diante dessa situação, defende-se que a melhor forma de se buscar a eficiência do contrato é por meio do correto oferecimento de incentivos, aptos a criar a circunstância capaz de “induzir agentes a se comportarem da exata mesma forma que o principal o faria, se tivesse os mesmos conhecimentos e habilidades”⁴ (Sappington, 1991), mitigando-se o problema do risco moral.

A idéia básica por trás dessa teoria é a de que o agente estaria disposto a trocar parte da sua aversão ao esforço em troca de uma maior compensação econômica. Essa troca, por sua vez, melhoraria os resultados das obrigações assumidas, aumentando a utilidade do principal e, assim, levando à eficiência do contrato.

No entanto, por ser racional e avesso ao esforço, o agente somente aceitará a troca caso tenha indícios de que receberá sua contrapartida. A primeira função dos incentivos é, portanto, fornecê-los de modo confiável. Para tanto, eles devem ser moldados conforme o caso concreto, satisfazendo as necessidades do agente, garantindo que o incremento no esforço seja insignificante em relação aos benefícios que o principal receberá e, ao mesmo tempo, evitando que o “preço” total pago pelo principal supere o valor que ele confere à melhoria na performance⁵ (Sappington, 1991).

Também as consequências da seleção adversa podem ser diminuídas com a aplicação de incentivos. Laffont & Martimort (2002) sustentam que a eficiência contratual depende de se extrair a informação privada do agente e, para isso, sugerem o pagamento de “aluguel informacional”, que nada mais é do que o oferecimento de incentivo monetário positivo em troca da informação.

Os incentivos econômicos podem ser positivos (por exemplo, um aumento de compensação econômica) ou negativos (pela ameaça na redução da utilidade do agente). Podem também ser monetários, não monetários, objetivos, subjetivos (a exemplo da persuasão), específicos ou genéricos.

⁴ Tradução livre.

⁵ Se o incentivo oferecido ao agente superar o valor que o principal atribui à realização da tarefa, o bem-estar obtido pelo principal com a delegação da tarefa provavelmente será menor do que o bem-estar obtido com a não realização da tarefa ou sua execução por ele mesmo. Em ambos os casos, o principal não teria interesse em delegá-la, não havendo qualquer sentido em se falar em utilização de incentivos.

E, conforme aponta Barnard (1938), a aplicação exclusiva de incentivos materiais é frágil, de forma que a aplicação cumulada de mais de um tipo de incentivo permite-se alcançar resultado mais satisfatório.

Em suma, a função dos incentivos é melhorar os *pay-offs* das ações dos agentes, de modo a assegurar que eles ajam de acordo com o que espera o principal. Assim, minimizam-se os efeitos da assimetria informacional, melhorando a eficiência do contrato e, consequentemente, maximiza-se a utilidade do principal. Essa situação, por ser um Pareto superior, aumenta o bem-estar social.

3.1. Incentivos nos contratos bilaterais

Nos contratos bilaterais, como já analisados, os direitos e obrigações intrincados e recíprocos colocam as partes simultaneamente nas posições de agente e de principal, o que dificulta a obtenção de ganho de eficiência através da quebra eficiente do contrato.

Entretanto, a similitude das posições das partes não garante a convergência de seus interesses e objetivos, tampouco significa que partilham da mesma visão de qual é a forma ideal de cumprimento das obrigações assumidas e certamente não impede a existência de assimetria informacional entre elas.

Diante desse quadro, a aplicação de incentivos econômicos a fim de garantir o cumprimento eficiente do contrato, embora muito mais complexa do que nos contratos de agência, ganha ainda maior relevo.

Se, por um lado, a igualdade de poder de barganha permite que as partes discutam amplamente os incentivos a serem adotados, de outro, para que seja possível escolher e prever os mais adequados para cada uma das diversas obrigações que o contrato prescreve, deve-se identificar as obrigações e analisar o papel exercido pelas partes em cada uma das situações.

Em tese, todos os incentivos aplicáveis aos contratos de agência também podem ser utilizados no contrato bilateral. Evidentemente a gama de incentivos aplicáveis e sua eficácia variarão de acordo com as peculiaridades do caso.

Cabe destaque para dois tipos de incentivos: os mecanismos de compensação e o *exceptio non adimpleti contractus*.

3.1.1. Mecanismos de compensação

A previsão contratual de mecanismos de compensação também é tipo de incentivo ao cumprimento eficiente do contrato. Ela representa uma espécie de “preço” do inadimplemento – que não é necessariamente financeiro, devendo, por exemplo, incluir o valor da perda da reputação – que será levado em conta pelas partes quando da análise de eficiência do contrato. Em outras palavras, “incentivos privados são afetados pela medida de responsabilidade imposta em caso de inadimplemento unilateral ou bilateral”⁶ (Parisi, Luppi & Fon, 2007).

Como já exposto, a exata mensuração do valor atribuído ao adimplemento das obrigações assumidas é muito difícil, motivo pelo qual atingir o “preço” que extrairia esforço em quantidade ideal é tarefa tão árdua quanto analisar em quais casos a quebra contratual seria eficiente. Por esse motivo, o oferecimento de incentivo não tem como objetivo impedir que o contrato seja rompido, mas apenas diferenciar duas situações, permitindo que o agente escolha aquela que entender mais benéfica.

⁶ Tradução livre.

Cada um dos tradicionais mecanismos de compensação, conforme já analisado, traz riscos e benefícios próprios, além de envolver custos de transação diferentes (Filho, 2003). Dessa forma, “diferentes mecanismos de compensação criam incentivos diferentes às partes” (Cooter & Ulen, 2008).

Desse modo, a escolha do mecanismo mais adequado deverá ser feito de acordo com o caso concreto, analisando-se, sobretudo, qual melhor se amolda a situação de fato. Para tanto, deverá também ser levado em consideração a aversão ao risco de cada parte, permitindo-se que seja feita a alocação mais condizente com as respectivas características do agente, aumentando-se, com isso, a eficiência do contrato.

3.1.2. Exceptio non adimpleti contractus

No capítulo anterior, verificou-se que o princípio do *exceptio non adimpleti contractus* pode ser aplicado como matéria de defesa nos contratos bilaterais. Outra função que lhe pode ser atribuída é servir de incentivo ao eficiente cumprimento do contrato.

Com efeito, a própria utilização do princípio pode ser considerada um incentivo para que as partes apliquem maior quantidade de esforços no cumprimento do contrato.

A parte não infratora, ao ser liberada de suas obrigações remanescentes, diminuirá seus prejuízos. Esses recursos poupados, limitados apenas pelo grau de diferenciação, poderão ser aplicados em outras tarefas, que trarão benefícios à parte não infratora. Essa situação, que parece apenas trazer benefício à parte não infratora, pode ser revertida, dependendo da análise do magistrado.

Isso porque, no arbitramento da compensação devida, o magistrado levará em consideração os recursos poupados e a possibilidade de redirecionamento de recursos. Contudo, a parte não tem como antecipar – antes de exercer a defesa – o valor que será atribuído a esses “não-danos”, tampouco se conseguirá antecipar se será possível redirecionar os recursos e se o benefício obtido será equivalente ao arbitrado pelo juiz.

A incerteza quanto aos critérios aplicados pelo magistrado e quanto à efetiva obtenção de benefício através de relações com terceiros pode, pois, servir como incentivo ao cumprimento do contrato.

No que se refere à parte que deu causa ao rompimento do contrato, a análise é diferente. A consequência da aplicação do princípio para este é a perda do direito de pleitear compensação pelos prejuízos sofridos, de forma que o investimento realizado em caso de adimplemento parcial – salvo em caso de compensação e limitado pela vedação ao enriquecimento sem causa – pode ser perdido.

Assim, a *exceptio non adimpleti contractus*, para o infrator, pode se assemelhar à imposição de multa – clássico incentivo negativo financeiro –, motivando-o a, em determinadas circunstâncias, empregar maior esforço para cumprir o contrato.

Verifica-se, portanto, que, embora as consequências da aplicação do princípio sejam diferentes para a parte infratora e a lesada, para ambas traz a possibilidade de perdas maiores futuras. Nesse sentido, pode servir de incentivo ao emprego de maior esforço para cumprimento do contrato, possibilitando o aumento de utilidade para ambas as partes.

4. Conclusões

O estudo aponta que a obtenção de aumento de eficiência em rompimento unilateral do contrato é mais difícil do que sugere a teoria clássica. As diversas variáveis e a dificuldade em se obter a integral compensação estimulam a prudência antes da adoção da medida.

De outro lado, os estudiosos indicam que, por não serem absolutamente racionais, os indivíduos, em muitas ocasiões, avaliando o *status quo* como situação boa o suficiente, não têm estímulo para perseguir uma nova situação, ainda que possa maximizar sua utilidade. É razoável imaginar que essa tendência seja potencializada caso a satisfação com a nova situação não seja garantida, tal como ocorre na quebra eficiente do contrato.

A eficiência contratual, por sua vez, depende diretamente da mitigação dos riscos relacionados com a assimetria informacional e do estabelecimento de *pay-offs* que sejam compreendidos pelas partes como melhor que os existentes e, assim, sintam-se dispostas a empregar maior esforço. Isso, por fim, pode ser obtido através do correto oferecimento de incentivos, conferindo maior conforto e segurança às partes, bem como se permitindo majorar o bem-estar social.

Diante disso, tendo-se, de um lado, as inseguranças referentes à obtenção de eficiência em quebra contratual unilateral e à obtenção de compensação e, de outro, os menores custos da busca por maior bem-estar através da eficiência no cumprimento do contrato, a solução mais vantajosa parece ser a segunda, ainda que os ganhos líquidos possam ser menores.

5. Referências

- ADLER, B.(2009). *Efficient Breach Theory Through the Looking Glass*. New York University Law Review, vol. 83, No 6, pp. 1679-1725.
- BARNARD, C. (1938). *The Functions of the Executive*. Cambridge: Harvard University Press.
- BARTON, J. H. (1972). *The Economic Basis of Damages for Breach of Contract*. The Journal of Legal Studies, Vol. 1, No. 2, pp. 277-304.
- BIRMINGHAM, R. L. (1970). *Breach of Contract, damage measures, and economic efficiency*. Rutgers Law Review, vol. 24, pp. 273-292
- BISHOP, W. (1985). *The Choice of Remedy for Breach of Contract*. The Journal of Legal Studies, Vol. 14, No. 2, pp. 299-320
- COOTER, R. & EISENBERG, M. A. (1985). *Damages for Breach of Contract*. California Law Review, Vol. 73, No. 5, pp. 1432-1481
- COOTER, R. & ULEN, T. (2008). *Law & Economics*. The Addison-Wesley series in economics. 5ª edição.
- EISENBERG, M. A. (2005). *Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*. California Law Review, Vol. 93, No.45, pp. 975-1050.
- GOETZ, C. J. & SCOTT, R. E.(1977). *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach*. Columbia Law Review, Vol. 77, No. 4, pp. 554-594
- GOMES, O. (2008). *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 26ª edição.

- JENSEN, M. C. (1994). *Self-interest, Altruism, Incentives, & Agency Theory*, Journal of Applied Corporate Finance, Vol. VII, no. 2. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5566, acesso em 10 de março de 2010.
- KREPS, D. M. (2003). *Microeconomics for Managers*. WW Norton.
- LAFFONT, J. & MARTIMORT, D. (2002). *The Theory of Incentives : The principal-agent model*. Princeton University Press.
- LINZER, P. (1981). *On the Amoralism of Contract Remedies--Efficiency, Equity, and the Second "Restatement"*, Columbia Law Review, Vol. 81, No. 1, pp. 111-139.
- MACNEIL, I. R. (1982). *Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky*, Virginia Law Review, Vol. 68, No. 5 (May, 1982), pp. 947-969.
- MATIAS, J. L. N. & ROCHA, A. de P. P. (2008). "A função social do contrato, a quebra eficiente e o terceiro ofensor". Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI – Salvador, realizado em 19, 20 e 21 de junho de 2008, pp. 4492-4511. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_de_paula_pinheiro_rocha-1.pdf, acesso em 10 de março de 2010.
- MICELI, T. J. (2004). *The economic approach to law*. Stanford: Stanford University Press.
- PARISI, F., Luppi, B. & FON, V. (2007). "Optimal Remedies for Bilateral Contracts". Minnesota Legal Studies Research Paper No. 07-45. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1020669>, acesso em 10 de março de 2010.
- POLINSKY, A. M. (1983). *Risk Sharing through Breach of Contract Remedies*. The Journal of Legal Studies, vol. 12, No. 2, pp. 427-444.
- FILHO, J. I. F. de A. P. (2007). "A teoria do inadimplemento eficiente (efficient breach theory) e os custos de transação". UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. Disponível em: <http://escholarship.org/uc/item/5tx002n8>, acesso em 10 de março de 2010.
- Prendergast, C. (1999). *The Provision of Incentives in Firms*. Journal of Economic Literature, vol. 37, no. 1, pp. 7-63.
- SANTANA, E. A. (2002). *Contrato satisfatório multidimensional e a teoria do incentivo*. Rev. Bras. Econ., vol. 56, n.4, pp. 661-694.
- SAPPINGTON, D.E.M. (1991). *Incentives in Principal-Agent Relationships*. Journal of Economic Perspectives, Spring, pp. 45-66.
- SHAVELL, S. (1980). *Measures for breach of contract*. The Bell Journal of Economics, vol. 11, no. 2, pp. 466-490.
- _____ (1984). *The design of contracts and remedies for breach*. The Quarterly Journal of Economics, Vol. 99, No. 1 (Feb., 1984), pp. 121-148.
- _____ (2004). *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press.
- _____ (2005). *Specific Performance versus Damages for Breach of Contract*. The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series, discussion paper No 532.
- SMITH, A. (1776). *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*. Pennsylvania State University.
- WILLIAMSON, O. (2005). *Why Law, economics, and organization?*. Annual Review of Law and Social Science **Vol. 1**, pp. 369-396.
- ULEN, T. (1984). *The efficiency of specific performance: Towards a unified theory of contract remedies*. Michigan Law Review, vol. 83, n. 2, pp. 341-403.