

TERMOS DE CONTRATOS: INCENTIVOS OU AMEAÇAS?

Elio Ferrato¹

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Um *framework* probabilístico de “hold-up” nas relações da estrutura de governança híbrida; 3. Os custos das especificações contratuais; 4. Os termos do contrato definem as categorias de *self-enforcing*; 5. Breve análise dos comentários de William H. Meckling e John Moore ao trabalho de Klein; 6. Conclusão; Referências.

RESUMO: Ronald Coase (Coase, 1960) sensibilizou a sociedade da ciência do Direito ao admitir a relação direta e dependente entre o Direito e a Economia por intermédio de seu trabalho “The Problem of Social Cost”. Posner, figura distinguida da Escola Positivista do Direito de Chicago, apesar de atritos intelectuais com estudantes de Coase, acreditou na combinação otimizada da análise econômica do direito e, portanto, é entusiasta da relação aproximada entre aquelas duas ciências. Este trabalho assume um extrato das duas ciências, lançando a indagação se os termos de um contrato são incentivos para novos negócios ou uma ameaça de morte para a organização, usando o modelo teórico do pensamento de Benjamim Klein a respeito da quebra contratual, tendo como exemplo o debate sobre o clássico caso da General Motors e a Fisher Body.

PALAVRAS-CHAVE: Economia e Direito; Quebra de contrato; Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT: Ronald Coase (Coase, 1960) led the Legal Science society to admit the narrow, dependent relationship between Law and Economics, through his work “The Problem of Social Cost”. Posner, a distinguished personality of the Positivist Law School of Chicago, despite his intellectual clashes of opinion with students of Coase, believed in the optimized combination of the economic analysis of Law, and is therefore a proponent of the close relationship between these two sciences. This work is based on these two sciences, raising the question of whether the terms of a contract act as incentives for new businesses, or as a threat of death for organizations. It takes, as its theoretical model, Benjamin Klein’s thought on contractual hold-up and uses as an example the debate of the classic case of General Motors and the Fisher Body.

KEY WORDS: Law and Economics; Contractual Hold-Up; Economic Analysis of Law.

1 Introdução

Douglass North, em entrevista a Monica Weinberg, da Revista *Veja*, editada em novembro de 2003, na seção Entrevista, sob o título "Para um país enriquecer", faz declarações importantes iniciando por uma máxima que diz: "só vão progredir os países que desenvolvem instituições sólidas". Nessa entrevista, North conta que nos tempos do faroeste, os Estados Unidos já tinham leis claras para assegurar o direito de propriedade e o cumprimento dos contratos. Indagado porque em 1800 a renda *per capita* dos Estados Unidos e a do Brasil eram idênticas e, um século mais tarde, os americanos haviam deixado os brasileiros para trás, sendo hoje a diferença de renda da ordem de quinze vezes, North diz que, apesar de haver várias explicações para o fenômeno do distanciamento da renda entre esses países, ele gosta de concentrar em uma delas: as chamadas instituições. Quando ele usa a palavra instituição se refere a uma legislação clara que garanta os direitos de propriedade e impeça que contratos virem pó da noite para o dia. Ainda se refere a um sistema judiciário eficaz, com agências regulatórias firmes e atuantes, e completa: "só assim, com instituições firmes, um país pode estar preparado para dar o salto qualitativo de patamar".

Vale agregar a essa rica fala de North a sua observação sobre a história americana do século XIX quando, embora estivessem nos tempos do faroeste, os americanos já possuíam leis sofisticadas que asseguravam a liberdade religiosa, o direito ao *habeas-corpus*, o direito à propriedade privada e a certeza coletiva de que, se assinassem um contrato, ele seria cumprido. Assim, os proprietários de terra e os donos de firmas se sentiam estimulados a investir em novas tecnologias e em mão-de-obra.

Embora não seja a quebra de contrato, que é o cerne do ensaio em questão, o principal motivo que leva as empresas brasileiras a recorrerem ou a responderem à Justiça, ele está em quarto lugar conforme Demarest & Almeida; Leite, Tosto e Barros Advogados; Veirano Advogados, depois de reclamações trabalhistas em primeiro lugar, ações tributárias em segundo e reclamações de consumidores em terceiro lugar, de acordo com publicação da revista Exame de 12 de maio de 2004, cujo artigo trata do tema Concorrência.

A quebra de contrato ou "hold-up" é objeto de análise de alguns autores proeminentes na área de conhecimento da Nova Economia Institucional, que teve estudos iniciados por Ronald Coase, cujo artigo sob o título "The Problem of Social Cost" (COASE, 1960) representou a evolução do pensamento econômico sobre o direito. Esses estudos receberam contribuições importantes de Oliver E. Williamson, Benjamin Klein, Crawford e Alchian, Oliver Hart, Zylbersztajn, entre outros. É importante fazer constar que outros autores como Demsetz, Barzel, Werin e Wijkander, Masten, Macneil, Joskow, Schwartz, Lafontaine e Shaw, Shepard, Hylton, Cooter e Ulen, Parisi, Azevedo, entre outros, também contribuíram com temas teóricos e empíricos valiosos como direito de propriedade, duração de contratos, contratos de franquias, formas contratuais no varejo, contratos incompletos, só para mencionar alguns deles. Ressalta-se que o trabalho de Zylbersztajn e Sztajn (2005), como organizadores de uma nova área de conhecimento no Brasil, que introduz o conceito de contratos, dentro do tema principal da Economia dos Contratos, sob a forma de publicação de um livro com o título de **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**, representa uma contribuição importante para a sociedade brasileira, que passa por uma fase de transição na revisão de seus valores morais, ético-legais, econômicos e, portanto, é bem-vindo este novo tesouro literário coordenado por eles e que conta com artigos de apoio de Armando Castelar Pinheiro, Basília Aguirre, Benito Arruñada, Bernardo Mueller, Érica Gorga, Mailson da Nobrega, Oliver Williamson, Paulo Furquim de Azevedo, Pérsio Arida e Veneta Andonova.

Subjacentemente a várias teorias de contrato, este trabalho objetiva dar uma contribuição à análise do *hold-up*, que aqui se refere à quebra contratual, podendo ser esta intencional ou não, de forma real ou de blefe, como uma possível saída para uma falha na estratégia de negócios, tendo como vetor o contrato que formaliza as relações na estrutura de governança híbrida, em um primeiro momento, e, posteriormente, na estrutura de governança da integração vertical, tendo por análise o clássico exemplo entre General Motors e Fisher Body, usando, na primeira seção do ensaio, como referencial teórico, um *framework* probabilístico de *hold-up* desenvolvido por Benjamin Klein. Na segunda seção, discutem-se os custos das especificações contratuais, com a inclusão

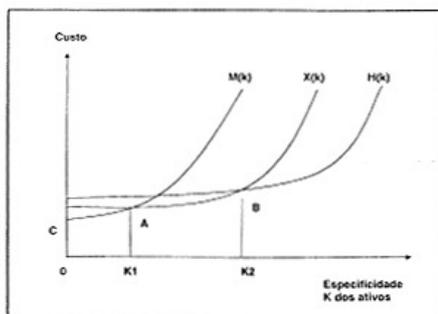
de algumas idéias de Oliver Hart a respeito; na terceira seção pensa-se sobre os termos do contrato definindo as categorias de *self-enforcing*, aqui vistas como o âmbito de fazer-se valer ou fazer-se cumprir os termos do contrato. Na quarta e última seção, conclui-se o ensaio apresentando uma avaliação do tema questionando a validação do título deste trabalho, sem levar em conta sua concreta exequibilidade, seja na *Common Law* ou na *Civil Law*, que pode tornar-se objeto de uma pesquisa particular e específica a respeito no futuro. Pretende-se, com este trabalho, portanto, explorar a problematização envolvida na confecção de um contrato, destacando a pergunta crucial se ele representaria uma real oportunidade de negócio ou, então, poderia tratar-se de uma ameaça, um risco mortal para a organização.

2 Um *framework* probabilístico de “hold-up” nas relações da estrutura de governança híbrida

Estrutura de governança, neste trabalho, é entendida como um conjunto de formas organizacionais que administra ou governa uma determinada transação econômica. Uma das três estruturas de governança que aqui são discutidas, na ótica da teoria da Economia dos Custos de Transação - (ECT), por exemplo, a integração vertical, deve ser vista como um conjunto de transações sob a mesma propriedade e sujeito a controles administrativos geridos por uma estrutura em que há ordem e graduação de autoridade. O conceito pode assumir tanto o significado de integração vertical como de hierarquia, definido como o processo pelo qual etapas tecnologicamente distintas e sequenciais reúnem-se em uma hierarquia. É bastante comum ser encontrada a integração vertical nos grandes complexos industriais, principalmente, e isso pode ser exemplificado pelo caso no Brasil da General Motors e a Delphi, em que por muitos anos a GM estabeleceu uma relação de coordenação sobre a Delphi e acabou vendendo a empresa a outro grupo independente, na metade da década de 1990, como forma de redução de custos transacionais em suas operações, passando, a partir daí, a vivenciar uma outra estrutura de governança, a híbrida, ou seja, uma relação de contratos de longo prazo, fato contrário ao caso da General Motors e Fisher Body nos Estados Unidos da América que se discorre a seguir.

Oliver E. Williamson (1988) demonstra, através da teoria da ECT que, em função da alta especificidade dos ativos, os custos de transação são mais elevados no modelo de estrutura de governança da integração vertical (H), que, comparativamente com o modelo híbrido(X), o qual pode ser entendido aqui por relação contratual de longo prazo por duas ou mais empresas independentes administrativa e juridicamente, e, por último, com o modelo de estrutura de mercado (M), em que a especificidade dos ativos é baixa, as partes têm liberdade de transacionar, sem dependência um do outro, sendo que o preço é o principal elo de ligação na relação, como pode ser visto na Figura 1 a seguir. Antes, porém, vale explicar que a Teoria da ECT tem sido um referencial teórico importante para a compreensão das razões que levam as organizações a passarem a trabalhar sob múltiplas estruturas empresariais, implicando um feixe de contratos.

Figura 1 – Estruturas de governança: M: mercado; X: híbrida e H: hierarquia



Fonte: Adaptado de Williamson (1988)

Especificidade de ativos refere-se ao grau em que um ativo pode ser reempregado em usos alternativos e por usuários alternativos, sem sacrifício do seu valor produtivo, conforme Williamson (1996).

Para discutir o "hold-up", sugere-se a análise do *framework* do "oportunismo" apresentado nos trabalhos de Williamson e no de Klein e Alchian, que representam uma contribuição importante para a compreensão do papel dos contratos (WILLIAMSON, 1975, 1979, 1985; Klein et al., 1978), embora Posner, da escola positivista do direito de Chicago, não encare exatamente da mesma maneira. No final deste ensaio, algumas palavras revelam o parecer de Richard Posner a respeito da combinação da nova economia institucional e o direito e economia, que é o arcabouço deste ensaio representado pelo estudo da quebra de contratos. O novo papel dos contratos forçou os economistas a reconhecerem que os contratos de longo prazo não são utilizados fundamentalmente para alocar riscos de toda sorte entre as partes que transacionam, de acordo com suas preferências relativas pelo risco e suas habilidades relativas para assegurar-se contra o risco. Em vez disso, entende-se agora que os contratos podem, freqüentemente, ser explicados, mais satisfatoriamente, como instrumentos desenhados para permitir que as partes se engajem de modo confiável no que é essencialmente um esforço de produção conjunto para reduzir os riscos comportamentais de "hold-up", presentes nas relações de negócios de longo prazo, principalmente. O risco de "hold-up" se refere à possibilidade que as partes que transacionam possam violar o objeto de seu acordo contratual por meio da expropriação da quase-renda sobre investimentos que tenham sido feitos pelas partes envolvidas.

O que Klein acredita ser preocupante no *framework* estudado é o porquê o "hold-up" sempre ocorre, isto é, porque uma das partes na transação coloca-se numa posição onde a quase-renda de seu investimento específico pode ser expropriado pela outra parte no negócio. A resposta que ele já deu anteriormente a esta questão está baseada na assimetria informacional ou ignorância de uma das partes relativamente ao potencial "hold-up" e salvaguardas contratuais necessárias. De modo similar, a análise de oportunismo de Williamson está baseada na assimetria informacional à qual ele se refere como atitude de astúcia ou de trapaça.

Basear-se em tais assimetrias informacionais não é o modo satisfatório de explicar a ocorrência de "hold-ups" conforme observados no mundo real. Para ilustrar a dificuldade dessa abordagem, Klein utiliza-se, resumidamente, de fatos baseados no contrato, do ano de 1919, entre a General Motors e a Fisher Body, ambas americanas de origem, para o fornecimento de chassis (estrutura) de automóveis e o resultante "hold-up" ocorrido. Uma vez que a Fisher Body teve de fazer um elevado investimento específico para atender a General Motors adquirindo máquinas e matrizes de estamperia necessárias a produzir as carrocerias dos automóveis encomendados pela General Motors, foi, já aí, criado um "hold-up" potencial e significativo. Isto quer dizer que, após o fato da Fisher Body ter feito os investimentos específicos, a General Motors poderia tê-la ameaçado a reduzir sua demanda por chassis produzidos ou até mesmo aniquilar a Fisher completamente, se os preços dos chassis da Fisher não fossem ajustados para baixo. Para prevenir esta tentativa da General Motors de se apropriar da quase-renda do investimento da Fisher, uma cláusula de negociação exclusiva foi usada no contrato. Esta cláusula exigia que a General Motors comprasse, por um período de dez anos, todas carrocerias metálicas fechadas da Fisher Body. Este termo contratual, em limitando a possibilidade da General Motors de ameaçar a Fisher Body oportunisticamente, permitiu que a Fisher Body fizesse o investimento específico para a General Motors.

Embora aquele termo contratual de negócio exclusivo por dez anos protegesse a Fisher Body contra um "hold-up" pela General Motors, ao mesmo tempo criou um potencial "hold-up" da Fisher Body contra a General Motors. A Fisher Body poderia ter levado vantagem da exigência que a General Motors não poderia comprar de outro fornecedor através do aumento de preço ou redução da qualidade das carrocerias que ela teria de entregar a General Motors. O contrato tentou proteger a General Motors contra um potencial "hold-up" reverso, de modo que o preço não poderia ser maior do que aquele cobrado pela Fisher Body de outros fabricantes de automóveis com carrocerias "similares". Tal cláusula de proteção de preço evita um "hold-up" porque um aumento ou redução de preço a qualquer comprador é garantido a todos os demais compradores. Portanto, compradores que estão "bloqueados" por um investimento específico ou por um compromisso contratual estão protegidos pelo desejo do vendedor de fazer novas vendas lucrativas. Além disso, os termos do contrato tentaram minimizar o potencial "hold-up" da Fisher contra a General Motors, por meio

de uma fórmula na qual o preço seria estabelecido por período de tempo de dez anos a um nível competitivo. O preço formulado e acordado equivalia ao custo variável da Fisher Body, mais 17,6 por cento. O percentual adicional de 17,6 era, presumivelmente, para cobrir custos de capital antecipados da Fisher.

Como ficou comprovado, aqueles termos de contratos eram insuficientes para proteger a General Motors contra um "hold-up" pela Fisher. De fato, a Fisher usou como trunfo a negociação exclusiva, um contrato de maior custo para efetuar "hold-up" contra a General Motors, levando vantagem dos 17,6 por cento de lucro adicionais aos seus custos de mão-de-obra e de transporte, adotando uma tecnologia ineficiente e de mão-de-obra intensiva e se recusando a estabelecer suas plantas de produção de chassis próximas a linhas de montagem da General Motors. Apesar de a Fisher ter se aproveitado dos termos contratuais contra a General Motors, é pouco provável que se possa explicar "hold-up" pela ingenuidade ou estupidez da General Motors ou pela esperteza da Fisher.

Pode-se, assim, em vez de se estabelecer pressupostos a respeito da falta de concessão de informações por parte da Fisher à General Motors, faz mais sentido acreditar que ambas as partes sabiam que estavam assinando um contrato incompleto *ex ante*, mas assim mesmo o fizeram porque o contrato foi desenhado otimamente para evitar qualquer probabilidade da ocorrência de "hold-up". Após 1919, a demanda por carrocerias de metal fechadas cresceu de forma tão rápida que por volta de 1924 elas representavam mais de 65 por cento da produção de automóveis da General Motors. Esta mudança repentina da demanda aumentou a confiança da General Motors sobre a Fisher e isto facilitou financeiramente para a Fisher aplicar o golpe de "hold-up" sobre a General Motors.

Neste caso da Fisher – General Motors, relata-se que os custos tomaram a forma de produção ineficiente de carrocerias de automóveis devido à localização imprópria das fábricas e baixa intensidade de capital. Isso durou até que a General Motors concordasse em comprar a firma Fisher, momento em que o modelo de estrutura de governança mudou de híbrida para a integração vertical, ou hierárquica, como descrita anteriormente.

3 Os custos das especificações contratuais

Através do exemplo visto anteriormente, observa-se que custos de transação, associados ao comportamento de "hold-up", implicam que as partes negociadoras têm presente a necessidade de evitar a ocorrência de um "hold-up" potencial quando investimentos específicos são realizados para atender a relações contratuais. Não obstante, observa Klein, que isto leva a uma outra questão óbvia: se as partes que transacionam estão conscientes *ex ante* da existência de um "hold-up" potencial, porque então elas não resolvem o "hold-up" contratualmente?

A resposta óbvia àquela questão é que "atentar para o ajuste de contratos" através da redação de todos elementos do pretendido desempenho sob todas as contingências é muito caro. Hart (1995, p. 24) observa que contratos incompletos são revisados e/ou renegociados na medida em que novos fatos surjam no futuro e esse processo implica custos diversificados. Portanto, a maioria dos contratos reais, em oposição aos contratos descritos pela teoria econômica, são imperfeitos no sentido de que eles são intencionalmente estruturados para deixar muitos elementos do desempenho almejado sem especificações ou sem força de lei. Um tipo de custo associado à especificação contratual é o custo de transação restrito de efetivamente redigir contratos, embora sejam triviais e não possam explicar a incompletude da maioria dos contratos. Mais importante que este restrito âmbito de custos de transação são os custos de pesquisas e negociações associados com contratos de especificações mais completas em um ambiente incerto. Uma outra categoria significativa de custos associados com as especificações contratuais são os custos de medição ou de medidas. Tendo em vista que todas as *proxies* especificadas contratualmente relativas a desempenho são necessariamente imperfeitas, as especificações do contrato levam consigo um perigo inerente que as partes negociantes podem usar na corte, de maneira que somente satisfaçam literalmente os

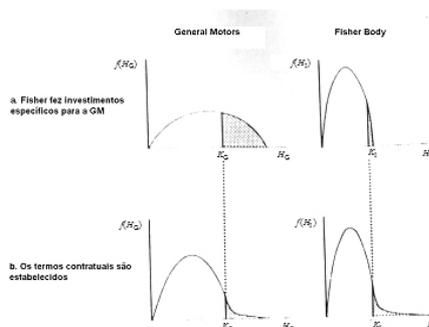
termos imperfeitos do contrato, com resultado melhor que as intenções *ex ante* determinadas pelas partes negociantes. Assim, o exemplo da Fisher- General Motors ilustra de maneira brilhante as desvantagens dos contratos escritos, explícitos, associadas às desvantagens dos contratos não escritos, implícitos. Embora os termos de contratos escritos possam reduzir a possibilidade de ocorrência de “hold-up”, os mesmos termos contratuais podem criar a possibilidade de um potencial “hold-up” ainda maior.

4 Os termos do contrato definem as categorias de *self-enforcing*

Self-enforcing neste estudo tem o sentido próprio para explicar que os termos do contrato já têm força de lei em si mesmos. Este modelo probabilístico de relacionamentos de *self-enforcing* é uma base útil que serve para analisar as formas de contratos. Quanto mais padronizada for a visão econômica dos termos do contrato, onde as partes negociantes os usam para definir desempenho ou algum aspecto ou *proxy* de desempenho para que a Justiça faça-os valer, muito fica subentendido da recente literatura que desenha os mecanismos das partes “agente principal”. O termo “principal”, aqui, tem significado da personagem jurídica que possui o comando dos negócios nas mãos, podendo esta ser o proprietário ou um delegado seu e o “agente” pode ser caracterizado como um representante legal, funcionário ou um terceiro que age em nome do “principal”.

Assume-se que as partes negociantes desenham contratos de modo que proporcionem uma estrutura de recompensas para formas alternativas de comportamento do tipo que a Justiça possa forçar a cumprir. Dentro deste *framework*, a imposição da Justiça para os termos explícitos de contrato complementa a imposição particular através de um definição ótima do que Klein chama de categorias de *self-enforcing* nos arranjos contratuais. Isto é ilustrado na Figura 2, que representa a distribuição de probabilidade de “hold-up” potencial para dois negociantes, sejam eles, General Motors (HG) e Fisher Body (H1) e o mecanismo particular de imposição (*private enforcement capital*) que cada negociante tem disponível, K_G e K_1 .

Figura 2 - Reduções contratuais em probabilidades de “hold-up”



Fonte: Adaptado de Benjamim Klein

O “hold-up” potencial é representado pela área da distribuição de probabilidade de “hold-up” dos negociadores que é maior que seu mecanismo particular de imposição. Como se pode ver na figura 2, depois que a Fisher Body fez seus investimentos específicos, foi criado um “hold-up” potencial da General Motors sobre a Fisher Body. Os negociadores tentarão minimizar o valor da probabilidade do “hold-up”, ou a soma das áreas na cauda das duas distribuições de “hold-up”, onde o potencial de cada negociante de quebrar o contrato é maior que seu mecanismo particular de imposição, ou seja, os negociantes vão tentar reduzi-lo:

$$[1 - F_G(K_G)] + [1 - F_1(K_1)]$$

Os termos do contrato podem concluir isto em duas formas fundamentais. (1) Primeiramente, contratos podem funcionar diretamente como redutor da probabilidade de "hold-up". Por definir contratualmente o desempenho com termos de contrato sujeitos à imposição da Justiça, ou seja, designando a quantidade, a qualidade e o preço de um produto a ser entregue, os negociadores reduzem a probabilidade de "hold-up" retendo suas mãos com relação às variáveis que podem ser manipuladas para expropriar rendas de uma das partes na negociação. No caso da Fisher-General Motors aquelas restrições tomaram a forma de uma fórmula específica de preço e negociação exclusiva e cláusulas de alto favorecimento. Depois que essas restrições são colocadas no relacionamento, vide figura 2.b, a probabilidade de "hold-up" da General Motors é reduzida, enquanto o "hold-up" potencial da Fisher é aumentado. Entretanto, o potencial de quebra de contatos dos dois negociadores combinados, ou o total da área sombreada, $[1 - FG(KG)] + [1 - F1(K1)]$, deve reduzir substancialmente.

A Figura 2 também ilustra porque as especificações contratuais são menos prováveis de ser empregadas quando um forte mecanismo particular de imposição estiver presente, i. e., ela mostra o custo associado às especificações contratuais. Este custo de usar especificações contratuais é difícil de ser representado por uma simples medida de escala, porém, ficou demonstrado na Figura 2, onde se mostra que as especificações contratuais aumentam nas áreas no finalzinho da distribuição de probabilidade de "hold-up". Apesar dos termos explícitos de contrato diminuíam a probabilidade de estar fora da faixa de *self-enforcing*, eles podem aumentar a cauda da distribuição de "hold-up" e, desse modo, os custos para os agentes negociadores.

Nas situações em que, por exemplo, os mecanismos particulares de imposição forem menores, contratos escritos serão mais densos, com negociantes tentando especificar mais elementos de desempenho e propondo mais contingências; onde os mecanismos particulares de imposição forem maiores, os contratos serão menos densos, com negociantes discriminando apenas os elementos essenciais do acordo, ou talvez até mesmo indo ao extremo da prática do entendimento verbal e um aperto de mão.

O segundo modo fundamental (2), no qual os termos de contrato podem reduzir a probabilidade esperada de "hold-up", é através da troca de mecanismos particulares de imposição entre os negociadores, essencialmente através da mudança do custo futuro de engajar-se em um "hold-up" de modo que este coincida com potenciais quebras de contratos já existentes e prováveis eventos futuros. Isto significa que as partes negociantes podem usar os termos contratuais para mudar a localização na faixa do *self-enforcing* onde um "hold-up" não ocorrerá. Por estarem os mecanismos particulares efetivos de imposição mais próximos das prováveis exigências, eles abrirão mais condições de mercado *ex post* do que se estivessem enquadrados na faixa onde o desempenho permanece assegurado.

Se assumirmos que essas mudanças nos mecanismos particulares de imposição de um negociante a outro são baseadas em valor monetário, então os negociadores tentam minimizar o valor esperado das probabilidades combinadas de "hold-up" dos dois negociantes e que vão usar o arranjo contratual para mudar a magnitude dos mecanismos particulares de imposição x , de tal modo que a soma dos valores esperados de "hold-up", que estão associados às caudas das duas distribuições de probabilidades, é minimizada. (as duas áreas efetivas de "hold-up").

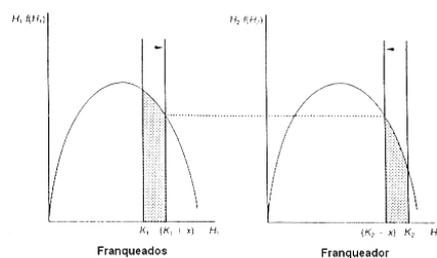
$$\min H_1 [1 - F_1(K_1 + x)] + H_2 [1 - F_2(K_2 - x)]$$

$$\text{Isso implica que } H_1 \cdot f_1(K_1 + x) - H_2 \cdot f_2(K_2 - x) = 0,$$

$$\text{ou que } H_1 \cdot f_1(K_1 + x) = H_2 \cdot f_2(K_2 - x)$$

Isto quer dizer que o equilíbrio ótimo contratual vai ocorrer quando as alturas das distribuições do "hold-up" esperado forem as mesmas para os dois negociadores, como pode ser visto na figura a seguir.

Figura 3 - Mudanças contratuais dos mecanismos particulares de imposição



Fonte: Adaptado de Klein (1992)

Este *framework* analítico pode permitir que se explique a forma dos contratos, incluindo os termos do contrato que parecem ser tendenciosos ou injustos. Por exemplo, se a General Motors possuísse mecanismos particulares de imposição suficientes (em termos de sua reputação no mercado, etc.) não seria necessário nada por escrito. Apesar do fato de que o contrato explícito possa parecer injusto em determinadas situações, fica difícil interpretar arranjos contratuais sem reconhecer que há contratos implícitos também cobrindo partes de um relacionamento.

5 Breve análise dos comentários de William H. Meckling e John Moore ao trabalho de Klein

Tanto Meckling quanto Moore concordam a respeito da relevância deste *framework* de estudo que proporciona contribuições importantes para a compreensão e relevância dos termos de contratos e que muitos dos termos em que as partes concordam para fazer parte de um contrato são "instrumentos para ajudar na prevenção de "hold-ups". Interessante é que ambos os críticos tecem seus comentários a respeito do caso da Fisher e General Motors, caso clássico da década de 1920, e que perdura até os dias de hoje, como objeto de estudos econômicos e jurídicos. Meckling destaca a preocupação de Klein ao utilizar a palavra "hold-up" em um contexto em que o leitor não deve anexar significado moral ao termo e acrescenta que é difícil entender o porquê o Professor Klein resiste à imposição de sanções morais sobre as partes que violam a "intenção" do contrato. Ainda diz que a violação da intenção é negar uma promessa, um ato que, minimamente, clama por sanções morais e, portanto, Meckling vê um problema na noção de "hold-up", especificamente na determinação de quando este ocorre efetivamente. Vale lembrar que o "hold-up" é uma violação à intenção, diz ele.

A intenção é normalmente entendida pela corte como um ato racional que leva a decisões, que, infelizmente, não converte intenção em um conceito científico respeitável ou uma base satisfatória para a imposição de sanções morais. Meckling interpreta que a dificuldade de determinar a intenção no caso da Fisher – General Motors é evidente pois (1) a General Motors tem sabedoria suficiente para concluir que a Fisher não concordaria com um contrato de curto prazo porque a General Motors teria uma oportunidade (*ex post*) de expropriar os investimentos da Fisher em ativos especializados, portanto, a GM concordou em fazer contrato de longo prazo e exclusivo; (2) a General Motors também tem sabedoria suficiente para concluir a respeito da elaboração de um contrato de custo agregado com a Fisher. Ela sabia que a Fisher inflacionaria seus custos principais. Isso foi levado em conta por ela no contrato "com a intenção" de recompensar a Fisher permitindo que inflacionasse seus custos; (3), a General Motors subestimou sua demanda potencial de carrocerias metálicas e (4) quando a inesperada grande demanda se revelou, Sloan (presidente da General Motors na ocasião) decide compartilhar a boa sorte forçando a Fisher a vender-se a um preço inferior do que ela de outra forma faria. Sloan aplica "hold-up" a Fisher levando o caso à Justiça. Na corte ele alega que a inflação de custos da Fisher era uma violação à "intenção" do contrato, mesmo que esta, inicialmente, "tivesse a intenção" de fazer exatamente aquilo.

Os comentários de John Moore a respeito deste trabalho de Klein sugerem que este se refere a uma grande quantidade de idéias que merece pesquisas adicionais com a aplicação de modelagem formal. Este é um cumprimento com dois viéses. Moore diz que, no passado, muitos trabalhos teóricos econômicos trataram de contratos incompletos, "hold-ups" e imposição informal de contratos implícitos através de cooperação tácita ou reputacional nas relações de longo prazo, entretanto, parece surpreender que quase nada daqueles trabalhos se referem ao estudo apresentado por Klein. Moore destaca a complexidade da negociação *ex ante* utilizando-se de um exemplo onde supõe que um vendedor e um comprador pensem ser impossível especificar, antecipadamente, a descrição exata dos bens que eles querem comercializar, de modo que não há porquê descrevê-los no contrato. Os termos da negociação vão, portanto, ter de ser acordados *ex post*, uma vez que a natureza dos bens pode ser determinada. A distorção possível nos incentivos da parte vendedora é o que se torna conhecido como problema de "hold-up": o comprador de fato aplica "hold-up" sobre o vendedor *ex post*, apropriando-se de uma parte eventual do ganho adicional na operação. Moore ainda diz que o grande *insight* do Professor Klein e outros foi que os contratos de longo prazo podem reduzir o problema de "hold-up" quando as partes fazem investimentos específicos.

Moore avalia que, se o foco do estudo estiver sobre os investimentos específicos e a necessidade de fornecer às partes contratantes incentivos particulares apropriados, então ele não vê diferença conceitual entre os diferentes tipos de "hold-up" abordados pelo Professor Klein. Ou seja, um contrato no qual a Fisher Body e a General Motors concordam em negociar nada a preço zero é, digamos, qualitativamente, o mesmo como um contrato de negócio exclusivo no qual eles concordam em comercializar algo a um preço 17 por cento sobre os custos da Fisher. Da mesma forma como a Fisher Body teria as consequências de um "hold-up" aplicado pela General Motors sob um contrato nulo, assim a General Motors poderia ser implicada em um "hold-up" aplicado pela Fisher Body sob os termos do contrato de custo adicional. Ambos os contratos precisariam ser renegociados *ex post*, admitidamente em diferentes direções. Ele ainda sustenta que a essência do "hold-up" é o impacto das renegociações sobre o investimento. Moore ainda discute a ideia de imposição de contratos implícitos, que ele acredita ser uma área difícil e uma que recebia considerável atenção no passado. Ele é de opinião que o contrato implícito não pode ser imposto e questiona: porque o mecanismo de imposição do contrato implícito não somente induz às partes para estabelecer sobre os termos corretos da negociação *ex post* mas também induzi-los a fazer investimentos socialmente eficazes?

6 Conclusão

Antes de passar à breve conclusão, vale mencionar o reconhecimento que o Juiz Federal americano Richard Posner faz a respeito do tema do direito e da economia dizendo que, na década de 1960, os *papers* de Coase, Becker e Guido Calabresi fizeram a introdução da nova área de conhecimento do direito e economia, os quais deram ênfase à aplicação da economia às instituições centrais do sistema legal, incluindo propriedade, contratos, responsabilidade civil, direito criminal, direito da família, procedimentos civis e criminais, danos e outros remédios, regulamentação da *common law*, entre outros. Posner (1993, p. 82) diz que o movimento do direito e economia difere do da nova economia institucional pois não tem ou, se tem, são muito poucas, as aspirações para mudar a teoria econômica ou a metodologia empírica dos economistas, parcialmente pela natureza de seus temas diferentes e também parcialmente porque muitos dos seus praticantes têm pouco treinamento formal em economia ou estatística. Não obstante, o conteúdo de matérias do direito e da economia sobrepassa àqueles da nova economia institucional em número de pontos. Integração vertical, governança corporativa e contratos de longo termo são focos do direito e da economia, assim como elas são focos da nova economia institucional. Pesquisadores daquelas práticas, a quem Oliver Williamson tem como amigo do peito como Benjamim Klein, Victor Goldberg e Paul Joskow, são também igualmente e justamente considerados praticantes do direito e da economia. Historicamente orientados, novos institucionalistas como Douglass North e Thráinn Eggertsson mostram o mesmo interesse profundo pelo ensinamento tanto do direito de propriedade quanto pelo direito e economia.

Klein é de opinião que se quisermos elaborar um trabalho empírico que seja necessário para compreender o papel dos termos particulares de contrato, para assegurar o desempenho, necessitamos ter um framework analítico para nos indicar o que procurar. Esta breve análise superficial do trabalho de Klein é uma excelente ferramenta de alerta àqueles que querem dedicar-se ou se dedicam a participar da elaboração da redação de contratos, especialmente nos casos que se adequem aos modelos de estrutura de governança híbrida. Obviamente não se trata de poção mágica para resolver a questão de elaboração de contratos, mas serve para instigar um farejar prudente ainda mesmo quando da mera coleta de dados da outra parte com a qual se pretende negociar ou até mesmo estabelecer um trato intencional ou carta de intenção; desnecessário dizer também das premissas jurídicas que permeiam o tipo de transação é a do bem ou serviço a ser transacionado. Alguns dos termos contratuais como negócio exclusivo ou término por decisão unilateral podem parecer incomuns ou mesmo injustos, porém eles podem ser facilmente compreendidos como acordo contratual voluntário adotado em um mundo onde os que negociam possam desejar fazer investimentos específicos em relacionamentos interorganizacionais e que ainda possuem habilidade limitada para medir desempenho de um modo imposto pela Justiça, onde há mecanismos privados de imposição limitados e freqüentemente desiguais e onde há incerteza significativa sobre o futuro.

Diante do exposto neste trabalho, é temerário afirmar peremptoriamente que os termos do contrato são garantias efetivas do cumprimento das promessas por ambas as partes que firmam um contrato. Por outro lado, em uma situação *ex post*, os termos do contrato passam a representar uma eventual ameaça à segurança não só dos investimentos efetuados ou ainda em vias de efetuar, para atender a outra parte no negócio, podendo, em caso extremado, significar até mesmo instabilidade da sobrevivência da organização no mercado. Sob a ótica otimista da questão, partindo da premissa que ambas as partes que negociam gozam de princípios éticos como aqueles levantados estatisticamente nos países escandinavos, de acordo com estudos de LaPorta, Lopez-de-Silanes, Shleifer e Vishny, descritos e analisados por John C. Coffe, Jr (2001), é possível interpretar os termos do contrato como incentivos para o crescimento econômico, financeiro e social, de fato, e não como eventuais ameaças.

Referências

- AZEVEDO, P. F. Contratos – Uma perspectiva econômica. In:_____; ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Campus, 2005. p. 112
- BECKER, G. Irrational Behavior and Economic Theory. In:_____. **The Economic Approach to Human Behavior**, 151-158, 1976.
- CALABRESI, G. **A common law for the age of statutes**. Harvard University Press, 1985
- COASE, R. H. The Problem of Social Cost, 3 **Journal of Law and Economics**, 1-44, 1960
- COFFEE, J. C. Jr. **Do Norms Matter?: A Cross-Country Examination of the Private Benefits of Control**. Working Paper nº 183. Columbia Law School. The Center for Law and Economic Studies, New York, NY, 2001.
- COOTER, R.; ULEN, T. **Law and Economics**. HaperCollinsPublishers: USA, 1988
- DEMSETZ, H. Toward a Theory of Property Rights. **American Economic Review** 57, 1967 (May)
- EGGERSTSSON, T. Economic Behavior and Institutions. **Cambridge Surveys of Economic Literature**. Cambridge University Press, 1990.
- GOLDBERG, V. P. Economic reasoning and the framing of contract law: sale of an asset of uncertain value. In:___ BROUSSEAU, E e GLANCHANT, J.M. **The Economics of Contracts: theories and applications**.
- HART, Oliver. **Firms, Contracts, and Financial Structure**. Oxford University Press, 1995, 240 p.
- HYLTON, K. N. Calabresi and the Intellectual History of Law & Economics. **Working Paper Series, Law and Economics**. Boston University School of Law, 2004. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=547082> . Acesso em: 20/set/05.
- JOSKOW, P. L. Contract Duration and Relationship Specific Investments: Empirical Evidence from Coal Markets. **The American Economic Review**. Vol 77, n. 1, 1987
- KLEIN, B. Contracts and Incentives: The Role of Contract Terms in Assuring Performance. In:_____;

- WERIN, L.; WIJKANDER, H. **Contract Economics**. Oxford, UK: Blackwell Publishers, 1992, p.149-172, 351 p.
- KLEIN, B.; CRAWFORD, R. G.; ALCHIAN, A. A. Vertical Integration, Appropriable Rents, and the Competitive Contracting Process. **Journal of Law and Economics**, 21, 1978
- LAFONTAINE, F.; SHAW, K. L. The Dynamics of Franchise Contracting: Evidence from Panel Data. *Journal of Political Economy*, 107 (5), October, 1999. In:_____; JOSKOW, P. L.; WATERSON, M. **Empirical Industrial Organization**. Volume II. The International Library of Critical Writings in Economics 172, Edward Elgar Publishing, Inc. USA.
- LAPORTA, R; LOPEZ-DE-SILANES, F.; SHLEIFER, A.; VISHNY, R. Legal determinants of external finance. **The Journal of Finance**, vol. 52, nº 3, p. 1.131, julho de 1997.
- MACNEIL, I. R. Contracts: Adjustment of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical, and Relational Contract Law. **Northwestern University Law Review**, nº 72, p. 854-906, 1978.
- MECKLING, W. H. Comments on Benjamin Klein's paper "Contracts and Incentives: the Role of Contract Terms in Assuring Performance". In:_____; WERIN, L.; WIJKANDER, H. **Contract Economics**. Blackwell Publishers, Oxford, UK, 1992.
- MOORE, J. Comments on Benjamin Klein's paper "Contracts and Incentives: The Role of Contract Terms in Assuring Performance". In:_____; WERIN, L.; WIJKANDER, H. **Contract Economics**. Blackwell Publishers, Oxford, UK, 1992.
- NORTH, D. C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge University Press, 1990.
- PARISI, F. Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics. **Law and Economics Working Paper Series**: ssrn.com/abstract_id=548403
- POSNER, R. A. The New Institutional Economics meets Law and Economics. **Journal of Institutional and Theoretical Economics** (JITE) 149/1 (1993) 73 87.
- SCHWARTZ, A. Legal Contract Theories and Incomplete Contracts. In:_____; WERIN, L.; WIJKANDER, H. **Contract Economics**, p. 76-108, Blackwell Publishers, Oxford, UK, 1992.
- SHEPARD, A. Contractual Form, Retail Price, and Asset Characteristics in Gasoline Ratings, *RAND Journal of Economics*, 24 (1), Spring, 1993. In:_____; JOSKOW, P. L.; WATERSON, M. **Empirical Industrial Organization** Volume II. The International Library of Critical Writings in Economics. Edward Elgar Publishing, Inc. USA.
- WEINBERG, M. Para um país enriquecer. **Veja**. São Paulo, edição 1830, n. 47, p. 11, 26 nov. 2003.
- WILLIAMSON, O. E. **Market and hierarchies**. New York: The New York Free Press, 1975.
- _____. The economics of organizations: the transaction cost approach. **American Journal of Sociology**, 1981.
- _____. **The economic institution of capitalism**. New York: The New York Free Press, 1985.
- _____. Transaction Cost Economics. In:_____. **The Mechanism of Governance**. New York: Oxford University Press, 1996.
- ZYLBERSZTAJN, D.; SZTAJN, R. **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

Nota

1 Mestre em Administração. Doutorando do Programa de Engenharia de Produção da Universidade Metodista de Piracicaba. **E-MAIL**: kandra@uol.com.br

Recebido em: 04/06

Avaliado em: 05/06

Aprovado para publicação em: 09/06

