

Hold Up – Lesão Contratual por Preemente Necessidade

Hold Up - Injury Contract by Preemente Need

Autores: Silvia Mechelany Veloso e Luiz Guilherme de Melo Borges

Resumo: Situações de preemente necessidade, não raramente aliadas à alta assimetria de informações no mercado, ensejam a ocorrência de condutas oportunistas, por meio das quais os jogadores optam por adotar estratégias não cooperativas. Um destes fenômenos é o chamado *hold up*, em tradução literal “tomar como refém”, que ocorre justamente em contextos nos quais o poder de barganha está concentrado em um dos agentes, devido ao risco iminente ou à assimetria de informação entre as partes. Os efeitos desta prática oportunista são o aumento nos custos de transação, disputas judiciais, quebras de contrato, entre outros. Em estudo interdisciplinar, este trabalho busca entender esta prática e as ferramentas que a ciência econômica agrega ao direito para fomentar o jogo cooperativo e a consequente redução nos custos de transação na formação de contratos.

Palavras-chave: *Hold up*- Contratos - Oportunismo - Teoria dos Custos - Cooperação

Abstract: Situations of need not infrequently combined with high information asymmetry in the market, cause occurrence of opportunistic behaviors, through which players choose to adopt non-cooperative strategies. One of these phenomena is called the hold up in literal translation "take hostage", which occurs precisely in contexts where the bargaining power is concentrated in one of the agents, due to the imminent risk or information asymmetry between the parties. The effects of this practice are opportunistic increase in transaction costs, litigation, breaches of contract, among others. Interdisciplinary study, this paper seeks to understand this practice and ferramentar that economics adds the right to fostering cooperative play and a consequent reduction in transaction costs in contracts.

Keywords: Hold up – Contracts – Oportunism – Cost Theory – Cooperation

1. Introdução: O *Hold Up*

“Tomar como refém”, seria esta a tradução literal do termo *hold up* que define com precisão o contexto no qual um dos contratantes possui alto poder de barganha em face de outro, o que possibilita praticamente qualquer alteração contratual em seu favor, pois seu

inadimplemento (ameaça) gera custos irrecuperáveis para a outra parte (vítima).

A título de exemplo, cita-se o famoso caso da série *The Sopranos*, na qual o ator James Gandolfini ameaçou interromper as gravações e abandonar seu papel na série caso seu contrato, que previa o pagamento de quatrocentos mil dólares americanos por episódio não fosse revisto pelo canal contratante. Sem possibilidade de negociação, e sob o risco iminente de ver um de seus principais programas fracassar, a HBO aumentou o valor em questão para oitocentos mil dólares americanos por episódio¹.

A situação propícia para a ocorrência do *hold up* é justamente aquela em que o poder de barganha do contratado é superlativo em relação a necessidade do contratante e a urgência do serviço, ou até mesmo, como na questão apresentada na série *The Sopranos*, o contexto coopera para que uma das partes detenha todo o poder de negociação e imposição de condições sob risco de fracasso do empreendimento, como o que ocorreu na série citada, ante à dificuldade de substituição de um dos seus astros principais. Uma das questões que podem ser apresentadas é porque a HBO se submeteu a simplesmente acatar o *hold up* apresentado pelo ator ao invés de simplesmente o processar e receber indenização por quebra de contrato.

SHAVELL, sobre esta questão, tece que uma das explicações possíveis é o desequilíbrio financeiro entre o detentor do poder de barganha e a vítima do *hold up*, isto porque, ainda que condenado judicialmente à indenização por inadimplemento contratual, o ato dificilmente obteria recursos passíveis de responder ao vultoso prejuízo que decorreria do fracasso da popular série citada. Este desequilíbrio colabora para que o *hold up* seja ainda mais vantajoso para o contratado.

É de se destacar que o *hold up* contratual difere do chamado *efficient breach* que ocorre quando, por meio de uma proposta superveniente o contratado decide pelo inadimplemento e aceita a proposta mais vantajosa, restando ao terceiro ofensor a responsabilidade pela indenização quantos aos danos suportados pelo contratante original, como o ocorrido no Brasil na campanha publicitária da cervejaria Skin que utilizou como garoto propaganda o artista Zeca Pagodinho².

Outra questão relevante é que o *hold up* pode preceder à celebração do contrato,

1

□ Veiculação do *hold up* realizado pelo ator James Gandolfini na imprensa americana, disponível em <http://edition.cnn.com/2003/SHOWBIZ/TV/03/18/television.sopranos.reut/>

2 “Quem já não viveu/Um amor de verão?/Até tentou e descobriu/Que era ilusão/Coisa de momento/Que balança o coração/Mas meu amor/Não tem comparação.../Fui provar outro sabor/Eu sei!/Mas não largo o meu amor/Voltei!...(2x)/Sem ela não tem papo/O pagode não dá liga/Sem ela não há festa/Ela refresca a minha vida/Cair em tentação/Pode ocorrer com qualquer um/Mas grande amor/Só existe um.../Fui provar outro sabor/Eu sei!/Mas não largo o meu amor/Voltei!...(3x)/-“Brahma, a cerveja/Que o Brasil ama/Aprecie com Moderação” Disponível em <http://letras.terra.com.br/zeca-pagodinho/49408/> Acesso em 15/03/2012

porém, após a incidência de custos de transação na fase pré-contratual. A questão é abordada no trabalho *Contractual Holdup and Legal Intervention*, de Steven Shavell, que apresenta a questão com o exemplo do caso do eletricitista que, no último dia do ano, impõe preço extremamente elevado para realizar o serviço sem o qual o jantar de ano-novo do principal restaurante da cidade. Vê-se aqui o mesmo desequilíbrio econômico que impossibilitaria qualquer indenização substancial ou suficiente para responder pelos prejuízos materiais e morais sofridos pelo restaurante. Nestes exemplos, resta à vítima ceder ao detentor do alto poder de barganha.

Assim, considerando a teoria dos contratos incompletos, bem como a tutela externa do crédito, é possível afirmar que, apesar que o *hold up* ser uma prática social indesejável, até mesmo porque sua possibilidade representa um acréscimo nos custos de transação, o que em última análise implica alocação ineficiente de riscos, é praticamente impossível vislumbrar uma forma de impedi-lo, sendo porém possível elaborar formas de minimizar prejuízos, consoante a proposta deste trabalho.

2. Incompletude Contratual e Oportunismo

Consoante preceitua a Análise Econômica do Direito, os contratos são estabelecidos em certo nível de assimetria de informação entre os *players*, o que é fortemente acentuado em mercados imobiliários, automotivos, entre outros. A questão é que, ao mesmo tempo em que a assimetria contratual eleva custos de transação, a formulação de um pacto que seja completamente contingente, completo, seria altamente complexo e custoso, provavelmente inviabilizando qualquer negociação.

Ainda assim, supondo que a elaboração de contratos completos seja uma realidade alcançável, seria possível conceitua-los como pactos elaborados de forma a, em tese, prever todos os dados de uma transação, estabelecendo todas as possibilidades de eventos futuros envolvidos ao objeto da contratação, eliminando qualquer renegociação, adicionais e revisões. Entretanto, não há mercado que ofereça condições informativas tão simétricas. Mesmo que consideremos o respaldo legislativo para as alterações contratuais, subsistem as condições de incertezas que permeiam os mercados nos quais são firmados os referidos pactos incompletos.

Logo, tal fato implica afirmar que a incompletude contratual é a regra, e não a exceção em contratos duradouros, ou de certa complexidade, visto que antecipar todas as contingências futuras é um objetivo inatingível.

Ademais, considerando as alterações de mercado durante a vigência do termo

contratual, quais sejam, os elementos do mercado, a evolução tecnológica, as alterações monetárias e os reflexos na moeda corrente, nas importações e exportações, o contexto político e tarifário vigente quando da celebração do mesmo, além dos impactos ao equilíbrio econômico-financeiro do termo original implicam uma inevitável incompletude do contrato. Em tempo, soma-se a isto, as condutas oportunistas, que acentuam maior assimetria de informações ao mercado.

Considerando a incompletude como regra, o artigo 422 do Código Civil que prevê a aplicação da boa-fé objetiva nos contratos sofre intensas críticas, visto que preceitua:

Art. 422 - Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa fé.

Há portanto previsão para aplicação da boa fé quando da conclusão e durante a execução do contrato, sem a necessária previsão para que este princípio seja observado também nas fases de negociação e elaboração de cláusulas contratuais, onde já são considerados os custos de transação e a assimetria informativa entre as partes. Neste sentido, tramita hoje o Projeto de Lei n. 6960/2002 que propõe novo texto legal:

Art. 422. Os contratante são obrigados a guardar, assim nas negociações preliminares e conclusão do contrato, como em sua execução e fase pós contratual, os princípios da probidade e boa -fé tudo mais que resulte da natureza do contrato, da lei, dos usos e das exigências, da razão e da equidade.

Outra previsão legal que representa uma limitação a liberdade de contratar é o princípio da função social dos contratos, positivada no artigo 421 do Código Civil:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

Neste ponto é necessário destacar que a função social no Direito italiano representou uma diretriz que referenda o Estado Fascista, de forte intervenção nas relações privadas, o que somente contribui para confirmar a análise interdisciplinar no direito e a economia como foram de evitar interpretações paternalistas e, portanto, ineficientes das normas citadas.

Segundo a Teoria dos Custos de Transação, desenvolvida por Ronald Coase em 1937 com a publicação do livro *The Nature of the Firm*, os custos de transação estão presentes em todas as fases de formação do contrato, nos seguintes termos:

Para que alguém realize uma transação, é necessário descobrir quem é a outra parte com a qual essa pessoa deseja negociar, informar às pessoas sobre sua

disposição para negociar, bem como sobre as condições sob as quais deseja fazê-lo, conduzir as negociações em direção à barganha, formular o contrato, empreender meios de inspeção para se assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Tais operações são, geralmente, extremamente custosas. Custosas o suficiente para evitar a ocorrência de transações que seriam levadas a cabo em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custos. (COASE, 1960, p. 13)

Como os custos de transação caracterizam todas as fases contratuais, desde a negociação inicial até a fase pós contratual, é justificável que a boa-fé objetiva respalde todo o processo, inclusive no que concerne à tutela externa do crédito. A indução ao inadimplemento, nos termos da teoria do terceiro cúmplice que aborda a questão da interferência do terceiro em contratos alheios, tem aplicação direta à questão abordada no presente trabalho. Por meio desta teoria, o contrato recebe o status de fato social e não somente de fato particular, e portanto a expectativa dos contratantes deve ser tutelada em face de investidas externas no sentido de ensejar o inadimplemento.

Neste contexto, é de se destacar que para os estudiosos da teoria neoclássica, os indivíduos agem de forma racional para maximizar seus interesses, porém, a teoria neoclássica considera que a racionalidade dos agentes no mercado é limitada, sendo constantemente influenciada por fatores comportamentais além da assimetria de informação acentuada em diversos setores, e ainda, de que a busca pela maximização de interesses nem sempre obedece as regras do jogo, o que enseja práticas oportunistas.

É também importante ressaltar que considerar o contrato como fato social não implica a adoção de ideias solidaristas, muito menos individualistas. A razão para esta classificação é justamente a preocupação com a resposta, ou até mesmo incentivo a condutas praticadas pelos agentes no mercado que representem diminuição nos custos de transação sem que isto implique afronta ao princípio da boa fé objetiva.

Em análise ao Direito Comparado, é forçoso citar a doutrina francesa, que amplamente acolhe o conceito de que o terceiro tem o dever de respeitar os contratos, o que cria uma obrigação negativa, qual seja, a de não a oferecer investidas que impliquem inadimplemento na relação jurídica contratual. Assim, há para o terceiro ofensor a responsabilidade pelo dano causado ao credor, o que, em breve conceituação, define a eficácia externa do crédito.

2.1 – A Lesão por premente necessidade e a decorrente prestação desproporcional

Conforme é mister extrair dos exemplos mencionados no capítulo I, o *hold up* gera um verdadeiro monopólio situacional, diante do qual não resta à vítima uma segunda opção

que permita a renegociação ou a extinção do contrato. Em análise ao direito pátrio, a condição imposta pelo *hold up* se aproxima do instituto da lesão em um contexto de necessidade premente, nos termos do artigo 157 do Código Civil:

Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, *sob premente necessidade*, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito. (grifo nosso)

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais também elenca dois requisitos para caracterizar o contexto de lesão premente, quais sejam a necessidade premente e a inexperiência da parte contratante:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE BEM MÓVEL COM CLÁUSULA DE RESERVA DE DOMÍNIO - AÇÃO DE APREENSÃO E DEPÓSITO COM FULCRO NO ART. 1071 DO CPC - LESÃO. AUSÊNCIA.

–Em se tratando de ação de busca e apreensão amparada por contrato de compra e venda com cláusula de reserva de domínio, a mora do devedor se comprova com o protesto do título, nos termos do art. 1.071 do CPC. - Para configuração da lesão instituto previsto no artigo 157 do Código Civil, o negócio jurídico deve evidenciar a necessidade premente ou a inexperiência da parte contratante. - Tendo em vista a livre celebração do contrato de compra e venda com reserva de domínio e uma vez demonstrada a mora do comprador, legítimo o direito do vendedor de buscar a apreensão e depósito do bem objeto do ajuste. (MINAS GERAIS, TJMG, Apelação Cível 1.0411.11.000040-2/006, Relator Des. Jair Varão)

–

Em uma conjectura excepcionalmente favorável, umas das partes contratantes passa a impor condições altamente desproporcionais e obtém da outra parte uma prestação de valor muito superior ao originalmente contratado, ou até mesmo, ao que normalmente poderia alcançar em situação normais. Há evidentemente grande semelhança ao monopólio, com exceção de que no monopólio a situação de vantagem é constante, e independe de uma conjectura especial para se concretizar, conforme aduz Trebilcock, na obra *The limits of freedom of contract*, fato é que o monopólio situacional conduz a uma ineficiência tão indesejável quanto o monopólio não situacional, visto que sob o critério de justiça, o preço imposto à vítima é muito superior ao “preço de referência” usualmente praticado.

Admitindo-se que a distinção entre monopólios situacionais e não situacionais seja mesmo relevante, de tal maneira que a intervenção judicial nos contratos deva, se não de todo, ao menos em grande medida ficar circunscrita aos

primeiros, restaria estabelecer essa distinção mais claramente. Para Trebilcock, é característico dos monopólios não situacionais ou estruturais tratar-se aí de uma posição de vantagem não transitória, que se faz valer contra todos os parceiros e é anterior e independente das (ou “exógena” às) circunstâncias em que interagem os contratantes. Os casos de monopólio situacional, em contrapartida, são aqueles nos quais uma das partes, favorecida por uma particular conjuntura, obtém da outra um preço superior ao que ela mesma, ou outros em posição similar, costuma, geralmente, auferir. (ZANITELLI, 2011, p.124)

Um dos principais efeitos negativos do *hold up* é a tendência a induzir as vítimas em potencial a aumentar os gastos com mecanismos de defesa diante de uma futura tentativa de oportunismo contratual, o que, em última análise, também representa alocação ineficiente de recursos e é uma prática incoerente com o objetivo primordial dos contratos, além de dificultar investimentos e tornar determinados contratos inviáveis ante à perspectiva de alto risco e os custos elevados para conter esses riscos. Entre doutrinadores há divergência quanto a anulação do contrato como forma de desestimular a prática de *hold up*, devido a consequência de se retirar do contratante a opção de se submeter ao ultimato, suportando eventuais perdas advindas do mesmo.

É de se ressaltar que nem todos os autores citados se mostram favoráveis à intervenção judicial nos contratos. As divergências, no entanto, provêm menos da ideia dos custos a considerar do que das diversas escolhas metodológicas à base das quais a análise desses custos tem lugar. No caso de Esposto,³⁶ parte-se da premissa de que suportar as ocasionais perdas advindas de situações de necessidade é um risco contra o qual a potencial vítima pode precaver-se ex ante, inclusive mediante contrato (por exemplo, o dono do navio que, contando com a eventual necessidade, acerta antecipadamente serviço de resgate). A conclusão de Esposto é a de que a intervenção estatal para anulação ou revisão de contratos celebrados em situação de necessidade elimina uma das alternativas com que se deparam potenciais vítimas, a que consiste, justamente, em sujeitar-se ao risco do holdup e suas consequências. O problema é que, do ponto de vista dos envolvidos, incluindo aí a vítima, a sujeição ao risco pode ser, ex ante, a melhor das alternativas, de maneira que, ao intervir, a lei impediria as partes de minimizar elas mesmas os custos a que se sujeitam. A probabilidade de que a aplicação de uma regra de livre mercado ou *pacta sunt servanda* seja, ex ante, a solução ótima aumenta, segundo Esposto, quando os custos em que a potencial vítima tenha de incorrer para precaver-se não sejam contínuos e o preço dos contratos realizados em situação de necessidade seja limitado por normas sociais. (ZANITELLI, 2011, p.131)

O contrato deve possibilitar um exercício equilibrado do poder negocial. Por isso, a função social dos contratos em um contexto de mercado deve significar fomento a esta realidade de eficiência, visto que a função social proposta pela análise econômica do direito é que nas relações negociais a simetria de informação seja apta a ensejar a celebração de contratos que representem ganhos de eficiência e redução nos custos de transação. É entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que o contrato é um

fato social no qual o poder negocial deve ser pautado pelo equilíbrio, consoante citado a seguir:

AÇÃO ORDINÁRIA - ""CONTRATO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA"" - BEM IMÓVEL - ELABORAÇÃO UNILATERAL - CONTRATO DE ADESÃO - DESISTÊNCIA NEGOCIAL - DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL - REVISÃO PELO PODER JUDICIÁRIO - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 421 DO CÓDIGO CIVIL - PRINCÍPIOS DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E DA BOA-FÉ - INTERPRETAÇÃO MAIS BENÉFICA AOS ADERENTES - INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 423 DO CÓDIGO CIVIL - MULTA CONTRATUAL - INAPLICABILIDADE - PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

1. No contrato de adesão uma das partes tem de aceitar, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a uma situação contratual que encontra definida em todos os seus termos. O consentimento manifesta-se como simples adesão a conteúdo preestabelecido da relação jurídica. 2. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato"".

(artigo 421 do Código Civil). A locução ""função social"" traz a idéia de que o contrato visa a atingir objetivos que, além de individuais, são também sociais. O poder negocial é, assim, funcionalizado, submetido a interesses coletivos ou sociais. 3. O princípio da boa-fé entende mais com a interpretação do contrato do que com a estrutura. Por ele se significa que o literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção manifestada na declaração de vontade, ou dela inferível. Ademais, subentendem-se, no conteúdo do contrato, proposições que decorrem da natureza das obrigações contraídas, ou se impõem por força de uso regular e da própria equidade. 4. Havendo dúvida em contrato de adesão, os direitos devem prevalecer, sempre, sobre as restrições. Assim como as leis restritivas de direitos, as cláusulas contratuais devem ser interpretadas, senão restritivamente, pelo menos sem recurso à interpretação extensiva e à analogia. 5. Ainda que a teoria da imprevisão não esteja estampada, à evidência, ocorrido fato imprevisível, culminando em prestações excessivamente onerosas para um dos contratantes, ressai injustificável a incidência da multa contratual correspondente, no caso específico, a 10% (dez por cento), sobre o valor total do instrumento, até porque os valores pagos pelos compradores/aderentes foram devolvidos pelos promitentes vendedores. (MINAS GERAIS, TJMG, Apelação Cível 1.0024.09.454639-7/001, Relator Des. Tarcisio Martins Costa)

Assim, é mister afirmar que o contrato é fenômeno social que deve ser considerado pelos demais membros da sociedade para o fim de se medir os efeitos prejudiciais ou benéficos, sendo que a tutela jurídica deve ser pautada por este critério, com o fim de não permitir uma atuação jurisdicional que descaracterize a autonomia. Neste sentido:

A teia de normas sociais que se cria em mercados precisa ser estudada no sentido de se aperfeiçoá-las para que não se tolham as liberdades individuais na decisão. Por isso é que as instituições devem visar à diminuição de riscos de abuso de poder, seja de governo, seja de particulares. (SZTAJN, 2004, p.41)

Assim, é mister concluir que o papel do sistema jurídico quanto à autonomia contratual é de garantir a execução das transações celebradas em um mercado subjacente complexo, agindo de forma a incentivar a prática cooperativa em um contexto de alta

impessoalidade e desconfiança, o que possibilita menor assimetria de informação e portanto equilíbrio no custo de oportunidade, *trade offs*. Neste contexto, é necessário analisar o impacto da prática do *hold up* nos custos de transação no mercado, o que se passa a aduzir a seguir.

2.2 Os Custos de Transação

O conceito de custos de transação, inicialmente desenvolvido por Ronald Coase em seu artigo *The Problem of Social Cost – Journal of Law and Economics*, 1960, é um dos fundamentos centrais da Nova Economia Institucional, que tem por maiores expoentes Douglas North e Oliver Williamson. No Brasil, autores consagrados como Raquel Stajn e Decio Zylberstajn desenvolveram a vertente Direito, Economia e Organizações.

A Teoria dos Custos de transação aplicada ao mercado subjacente às formação de contratos pode ser entendida como o custo dispendido na fase pré-contratual, com a identificação de possíveis contratantes, a veiculação da oferta de contratação, a fase de negociações, a elaboração das cláusulas contratuais, a fiscalização e a imposição de cumprimento do termo pactuado.

É de Raquel Sztajn um dos conceitos mais completos sobre custos de transação:

“Consideram-se custos de transação aqueles incorridos nas transações ainda quando não representados por dispêndios financeiros (isto é, movimentação de caixa), derivados ou impostos pelo conjunto de medidas tomadas para realizar uma determinada operação ou transação. Incluem-se no conceito de custo de transação o esforço com a procura de bens ou serviços em mercados; a análise comparativa de preço e qualidade entre os bens ofertados; a segurança quanto ao adimplemento da operação pelas partes; a certeza de que o adimplemento será perfeito e a tempo; eventuais garantias que sejam requeridas na hipótese de eventual inadimplemento ou adimplemento imperfeito; a redação de instrumentos contratuais que reflitam todas as tratativas e eventos possíveis que possam afetar as prestações respectivas, que desenhem com clareza os direitos, deveres e obrigações das partes.” Compreende, portanto, todos os esforços, cuidados e o tempo gasto entre o início da busca pelo bem, a decisão de efetuar a operação e o cumprimento satisfatório de todas as obrigações assumidas pelos contratantes. Também devem ser incluídos movimentos que se sigam à operação que uma das partes deva fazer para a completa satisfação de seu crédito.” (SZTAJN, 2003, p. 8)

Alicerçado em argumentos de teoria econômica dos contratos, o professor Fernando Araújo aduz que um dos contratantes ao antever a possibilidade de uma tentativa de oportunismo, como as descritas no início deste item, pode adotar o comportamento estratégico de cumprir com parcimônia os termos pactuados, interrompendo o aporte de novos investimentos e diminuindo assim sua vulnerabilidade e também a extensão do

prejuízo caso o outro jogador insista na estratégia oportunista. O ideal é que esse comportamento conduza ao almejado equilíbrio de Nash, reconduzindo o contrato ao ideal de eficiência para o qual foi criado.

Ainda que o contrato sempre articule risco e oportunidades para os agentes, este devem adotar um comportamento racional de maximização de interesses, expressada por um diálogo que ajuste os interesses econômicos das partes, visto que nem a conduta individualista, nem o solidarismo extremo representam ganhos em eficiência na pactuação. Isto se deve ao fato de que a autonomia negocial jamais será ilimitada. É dever dos contratantes conformarem seus interesses aos princípios da boa-fé, informação, transparência, equilíbrio econômico financeiro, lealdade, cooperação e custos de transação que representam limites à autonomia contratual.

Com o intuito de reforçar o argumento de que os contratantes coagidos não deixarão de responder o autor cita também o chamado “Jogo do Ultimato”, uma alusão à reciprocidade ou espelhamento de estratégias que podem ser cooperativas ou absolutamente egoístas, sendo que estas últimas conduzem ao jogo de soma zero que caracteriza o hold up, ou a retomada do equilíbrio contratual. Já revisão judicial comporta algumas considerações. A primeira é que nem sempre existem condições de renegociação, pois fatores como alto custo de transação, de oportunidade e mesmo o tempo demandado pela revisão contratual podem inviabilizar completamente a utilização eficiente deste remédio jurídico sem a perda total do investimento. Em tempo, é sabido que esta prática oportunista é ensejada sobretudo pela incompletude contratual, característica generalizada dos contratos de execução diferida, por isso, é possível concluir que ao aproximar o contrato de uma completude ótima, tem-se um respaldo contra eventuais estratégias oportunistas que possam ocorrer no decorrer de sua vigência.

“Trata-se de um jogo de soma zero em que duas pessoas procuram dividir entre elas uma quantia fixa de dinheiro: uma das partes, o proponente, faz uma proposta de divisão; se a outra, o destinatário, aceita, é essa divisão que prevalece; se o destinatário não aceita, nenhuma das partes recebe qualquer quantia. Em equilíbrio, dois jogadores racionais e egoístas deveriam chegar a uma repartição extremamente inigualitária: o proponente faria uma proposta mínima, de modo a maximizar o seu ganho à custa do destinatário; e este, confrontado com esta situação de pegar ou largar (daí a designação de ultimato), preferirá aceitar essa proposta mínima à alternativa de ficar sem nada. E no entanto, a reiterada experimentação com este jogo tem levado à constatação de que o jogo tende para uma repartição equilibrada do bolo, visto que os destinatários, fiéis a uma lógica não tuísta, rejeitam consistentemente as propostas que deixariam o proponente com bastante mais do que 50% - preferindo assim a probabilidade de perder tudo, castigando um proponente ganancioso, à certeza de uma gratificação, reduzida embora, da sua própria ganância.” (ARAÚJO, Fernando. 2007, p. 323)

A jurisprudência consuetudinária das cortes americanas, valendo-se da relevância dos fundamentos jurisprudenciais para criar institutos jurídicos na common law, desenvolveu o *Unconscionability*, aplicado quando uma das partes possui o poder de barganha muito superior a outra, implementada pela *unconscionable clause*, fundamentando a intervenção judicial para coibir a estratégia ou evento imprevisível que tornou uma das partes oprimida ou em extrema desvantagem em relação a outra. A referida cláusula é positivada no Uniform Commercial Code – U.C.C, artigo 2 – General Obligation and Construction of Contract, § 2-302. Unconscionable contract or Clause³:

(1) If the court as a matter of law finds the contractor any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made **the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause**, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result.

(2) When it is claimed or appears to the court that the contractor any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination.

Assim, a *unconscionable clause*, pode ter origem em fatores exógenos, referentes ao mercado onde o contrato foi celebrado, além da circunstância de premente necessidade ou alta assimetria de informação entre os agente, do qual decorrem dois fenômenos indesejáveis, quais sejam, a seleção adversa e o *moral hazard*, ou risco moral.

A seleção adversa, também conhecida como auto-seleção, é resultado da impossibilidade da percepção integral das características do contrato antes da celebração formal do termo, assim, um dos agentes opta por maximizar seus interesses através das lacunas ou falhas contratuais, impedindo a execução do contrato nos termos previstos em certo nível de equilíbrio entre as partes.

Resta caracterizado o *moral hazard* quando um dos agentes consegue aumentar os custos ou diminuir os benefícios da outra parte, que se encontra em posição de inferioridade para negociar, controlar ou impor condições em relação a primeira parte.

Steven Shavell, no trabalho *Contracts, Holdup, and Legal Intervention*, aduz que a legislação pode desestimular e diminuir o risco de *hold up* em contratos recentes e também em alterações contratuais, apontando duas possibilidades, quais sejam: a lei simplesmente

3 (1) Se o tribunal como uma questão de direito encontra o contratante de qualquer cláusula do contrato ter sido inconcebível no momento em que foi feito o tribunal pode recusar-se a executar o contrato, ou pode cumprir o restante do contrato sem o injusto cláusula, ou pode assim limitar a aplicação de uma cláusula exorbitante, para evitar qualquer resultado injusto. (2) Quando é reivindicado ou parece ao tribunal que o contratante de qualquer cláusula do mesmo pode ser injusto as partes serão uma oportunidade razoável para apresentar provas quanto ao seu estabelecimento comercial, o propósito e efeito para auxiliar o tribunal tomar uma decisão. (tradução livre)

anular os acordos feitos em circunstâncias previamente definidas como ocorrência de *hold up*, uma vez que irá remover a perspectiva de “lucro de assalto”, o que é um fomento para o jogo cooperativo, pois os contratantes iniciaram a transação conscientes da invalidade de qualquer pacto caracterizado como *hold up*.

Como segunda possibilidade, em situações de necessidade não passíveis de previsão legal, para as quais Shavell cita os seguintes exemplos: mau tempo coloca um navio em risco, os contratos de “socorro” em situações de necessidade (para rebocar um navio), segundo autor, nestas circunstâncias, a política de controlar o preço do contrato é preferível. É evidente que não se pode analisar a prática oportunista sem observar princípios como a boa-fé objetiva e seu estudo interdisciplinar, aliado ao almejado jogo cooperativo.

3. Boa-fé Objetiva e Fomento ao Jogo Cooperativo

Conforme aduzido neste trabalho, o *hold up* é caracterizado por um oportunismo que independe da existência do contrato, podendo inclusive anteceder ao mesmo. Diante do poder de barganha de um dos contraentes, há um acréscimo aos custos de transação indesejável no mercado. Outro ponto importante é que, ainda que em longo prazo, o próprio mercado tende a punir a prática oportunista, visto que naturalmente novos contraentes evitarão pactuar com o agente que praticou o *hold up* em determinado contexto. Não obstante, delegar as leis do mercado a repreensão e o desestímulo à prática de *hold up* não é opção plausível, visto que se trata de medida de longo prazo, que não impede que muitos outros jogadores sofram com este “lucro de assalto”, elevando os custos de transação em determinado mercado e representando uma alocação ineficiente de recursos.

Ainda consoante o entendimento de que a boa fé objetiva deve abranger todas as fases, pré e pós contrato, é mister analisar outras técnicas de fomento ao jogo cooperativo, de forma a desestimular o oportunismo que caracteriza as ações de *hold up* contratual, visto que os agentes são responsáveis pelas normas pactuadas no contrato:

Não existe negócio jurídico sem agente e, portanto, não existe contrato sem agente. Como o contrato é negócio jurídico de formação bilateral, são necessários aos menos dois agentes para sua formação. Estes, responsáveis pela escolha da categoria, pelo desenho de um objeto, pela expressão social da forma de acordo com certas circunstâncias, são as partes do contrato, como negócio jurídico. As partes do contrato são elementos gerais intrínsecos ou constitutivos do negócio jurídico. (PENTEADO, 2007, p.41)

O dilema dos prisioneiros sintetiza de forma específica o contexto em que o jogador obtém lucro imediato se optar por uma estratégia não cooperativa, pelo menos inicialmente.

O dilema dos prisioneiros refere-se à teoria dos jogos e resulta em um problema de soma não nula. Presume-se que cada jogador, de modo independente, trabalhe para aumentar ao máximo a sua própria vantagem sem qualquer cooperação com o resultado do outro jogador. A repetição do jogo conduz ao equilíbrio de Nash, pois a ação egoísta tende a levar os jogadores a resultados inferiores aos obtidos pela ação cooperativa, que conduz ao melhor resultado possível. Sendo este é o ponto chave do dilema.

Um empresa é adquirente de insumo específico, fornecido por uma segunda empresa, em setor de difícil substituição de fornecedor no mercado. Esta segunda empresa pode adiar ou ameaçar interromper o fornecimento do insumo em uma tentativa de *hold up* para aumentar ganhos em um espaço curto de prazo. Esta situação representa uma infinidade de contratos na economia moderna, nos quais os contratantes estão em condições de assumir um comportamento não cooperativo que em um primeiro momento representa maiores benefícios do que o comportamento cooperativo.

Entretanto, a adoção de condutas não cooperativas pelos agentes enseja o pior resultado possível para todos os jogadores, quais sejam: alto custo de disputas judiciais, quebra contratual, elevação dos custos de transação e a conseqüente redução no número de contratos celebrados no mercado. Assim, além da importância da atuação da autoridade externa na punição das condutas oportunistas em indenizações eficientes, que coíbam a reiteração da conduta através da condenação em valores que não permitam que a remuneração do *hold up* ultrapasse a condenação, o que seria contraproducente, é importante ressaltar o valor da reputação, em se tratando da reiteração dos jogos, ou contratações no mercado, além dos contratos de longa duração.

Isto porque, como prática oportunista que eleva os custos de transação, a adoção da conduta não cooperativa poderia ensejar uma retaliação insustentável, o que inviabilizaria a permanência de contratos vigentes, bem como estabelecer novos contratos no mesmo mercado. Isto porque as estratégias não cooperativas de cada jogador repercutem na estratégia posterior, em situações de jogos repetitivos, o que induz a um verdadeiro jogo de soma zero, onde não há mais vantagem em se esquivar do comportamento cooperativo.

Neste sentido, é possível aduzir que a confiança é também um valor econômico-financeiro que se traduz em efeito direto nos custos de transação no mercado, visto que elementos informais como transparência, reputação e credibilidade podem representar mecanismos de repreensão de práticas oportunistas e *hol up*.

Considerações Finais

Analisar a possibilidade de *hold up* é relevante para inúmeros contratos em vigência hoje no mercado, como também pré-contratos e negociações que se estabelecem em contextos favoráveis a esta prática oportunista.

Entretanto, para atingir o resultado eficiente no que concerne a redução dos custos de transação e o incentivo ao jogo cooperativo é necessário conceituar o contrato como fato social, e conseqüentemente a conduta oportunista como atividade prejudicial a todo o mercado subjacente, em alusão ao mercado onde o contrato se forma.

Neste contexto, é indubitável a interdisciplinaridade da questão, sendo que a Análise Econômica do Direito corrobora para que o ordenamento jurídico opere no sentido de criar mecanismos de fomento a atuação cooperativa dos agentes, de forma a desestimular práticas oportunistas, através da observância aos princípios da boa-fé objetiva, transparência e menor assimetria de informações. Tal operação reduz os custos de informação e possibilita aumento de contratos eficientes no mercado subjacente.

Destarte, o desafio para se enfrentar a questão do oportunismo e a prática de *hold up* em contexto de alto desequilíbrio no poder de barganha dos agentes é aliar a análise da questão à interdisciplinaridade dos efeitos decorrentes desta prática. Apesar de não ser possível apresentar solução simples para a questão, os incentivos e mecanismos de controle e fomento de conduta cooperativa entre contratantes apresentados pelo Direito à Economia representa uma alternativa para análise deste fenômeno.

Outrossim, a autonomia contratual como exercício do poder negocial aliada aos mecanismos da análise interdisciplinar representa ganhos de eficiência e redução dos custos de transação, pois se trata de uma perspectiva que considera o contrato como fato social, cujas respostas dos jogadores representam efeitos a serem incentivados ou repreendidos pelo ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO. Ferando Araújo. **Teoria Económica do Contrato**. Editora Almedina. Coimbra:2007.

ARKELOF. George A. **The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism**. Disponível em www.jstor.org/stable/1879431 Acesso 15 maio 2014.

BADCHUK, Lucian Arye. SHAVELL, Steven. **Reconsidering Contractual Liability and Incentives to Reveal Information**. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=165094 Acesso 22 abr. 2014.

CATEB. Alexandre Bueno. Albeny Gallo. José Alberto. **Breves Considerações Sobre os Contratos Incompletos**. Disponível em http://www.cateb.com.br/portal/publicacoes-sca/cat_view/8-artigos/10-alexandre-bueno-cateb Acesso 5 jan. 2014.

COASE. Robert. **The Problem of Social Cost**. Disponível em www.sfu.ca/~allen/CoaseJLE1960.pdf Acesso 14 jun. 2014.

COOTER. Robert. ULEN. Thomas. **Direito & Economia**. Editora Bookman. Porto Alegre: 2010.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos**. Editora Elsevier. Rio de Janeiro:2006

FLINN. Patrick J. **Handbook of Intellectual Property Claims and Remedies**. Aspen Publishers. 1999 Disponível em papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=241263 Acesso em 09/03/2012 Acesso 2 fev. 2014.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível 1.0024.09.454639-7/001, Relator Des. Tarcisio Martins Costa

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Apelação Cível 1.0411.11.000040-2/006, Relator Des. Jair Varão

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quatier Latin, 2007

PINHEIRO. Armando Castelar. Saddi. Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Editora Campus. Rio de Janeiro: 2005.

POSNER. Eric. **Fault in Contract Law**. Disponível em www.law.uchicago.edu/files/files/396.pdf Acesso 6 fev 2014.

POSNER. Eric. **Análise Econômica do Direito Contratual: Sucesso ou Fracasso?** Editora Saraiva. São Paulo:2010.

SCHWARTZ. Alan. E. Scott. Robert. **Contract Theory and The Limits of Contract Law**. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=397000 Acesso 11 maio 2014.

SHAVELL. Steven. **Contractual Hold Up and Legal Intervation**. The Journal of Legal Studies – Vol. 36 (2)/ Junho 2007. Disponível em <http://www.nber.org/papers/w11284> Acesso 10 fev. 2014.

SHAVELL, Steven. **Why Breach of Contracts May Not Be Immoral Given The Incompleteness of Contracts**. Disponível em www.michiganlawreview.org/assets/pdfs/107/8/shavell.pdf Acesso 25 jun. 2014.

STZAJN, Rachel. VERÇOSA. Haroldo Malheiros Duclerc. **A Incompletude do Contrato de Sociedade**. Revista de Direito Mercantil n. 131.

STZAJN, Rachel. **Notas de Análise Econômica: contratos e responsabilidade civil**. Revista de Direito Mercantil. São Paulo, n. 111, p. 9-29, 1998.

STZAJN, Rachel. **Teoria Jurídica da empresa**. São Paulo: Atlas, 2004.

TIMM. Luciano Benetti. **Direito e Economia**. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2008.

TIMM. Luciano Benetti. **Direito e Economia no Brasil**. Editora Atlas. São Paulo:2012.

TIMM. Luciano Benetti. MACHADO. Rafael Bicca. **Função Social do Direito**. Editora Quartier Latin. São Paulo: 2009

ZANITELLI, Leandro Martins, **Lesão contratual e necessidade: considerações acerca da análise econômica dos contratos lesivos**. Disponível em <http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/viewFile/1319/1171> Acesso 11 fev. 2014.

ZYLBERSZTAJN. Decio. SZTAJN. Rachel. **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Editora Campus: 2005.