

Universidade Federal do Rio Grande do Sul

EDUARDO MIGUEL SERAFINI FERNANDES

**A aplicação da teoria dos jogos na negociação
de contratos com cláusula compromissória**

Porto Alegre

2010

EDUARDO MIGUEL SERAFINI FERNANDES

**A aplicação da teoria dos jogos na negociação
de contratos com cláusula compromissória**

Monografia apresentada ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob orientação da Profa. Dra. Véra Maria Jacob de Fradera como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel no curso de Ciências Jurídicas e Sociais desta Universidade.

Porto Alegre

2010

AGRADECIMENTOS

Faço um agradecimento à minha orientadora, Profa. Dra. Véra Maria Jacob de Fradera, professora exemplar e notável pessoa comprometida com a excelência do ensino e o incansável esforço em trazer alunos para além do obscurantismo. Obrigado pela atenção, dedicação, confiança e compreensão.

Agradeço também aos colegas de trabalho, em especial à Profa. Me. Lilian Christine Reolon, profissional dedicada e exemplo de instigação acadêmica, que soube compreender as minhas necessidades e não hesitou em me auxiliar quando precisei. Levo comigo este modelo de comportamento em que me espelharei certamente quando estiver na mesma condição.

Aos colegas, em especial a Ezequiel Fajreldines dos Santos, pelas intermináveis conversas e viagens que renderam conclusões, inferências e *insights* que permitiram o constante questionamento de um trabalho sempre inacabado. Junto a ele, Guilherme Nabinger Goulart e Bráulio da Silva de Matos, depositários da minha vontade de dar certo.

A Luis Gustavo Meira Moser, guia nos estudos e exemplo de jovem profissional, incansável, dedicado e – acima de tudo – compreensível com seus monitorados – eu, Diego Alano Börk e Henrique de David: o meu registro de agradecimento a vocês por tudo o que passamos juntos.

Aos amigos, que ainda sem terem conhecimento, sempre contribuíram para os grandes momentos. Petry, Michel, Iuri, Leco, Caetano e Guto :os meus grandes companheiros.

Por fim, aos meus pais – Haroldo e Loanda – e à minha irmã – Alana – que desde o início, antes de tudo, contribuíram para me manter com o espírito aceso e curioso, que não mediram esforços para me levarem à condição em que estou e sempre me guiaram. A vocês, o meu mais sincero agradecimento.

Depois do cansativo processo de feitura desta monografia, preciso reconhecer que todos vocês, de uma maneira ou de outra, estiveram comigo. Mais do que uma tarefa, considero este trabalho uma realização. E vocês, partícipes desta conquista.

Obrigado.

RESUMO

Este estudo visa, mediante o recurso à análise econômica do direito, oferecer uma melhor compreensão das possibilidades estratégicas entre partes contratantes, quando decidem entabular determinados tipos de contrato, com destaque para aqueles onde se insere uma cláusula compromissória, com o fito de resolver um eventual litígio mediante arbitragem. Com isso, objetiva-se mostrar como as partes, decididas a estabelecer vínculos negociais, vêem as propostas oferecidas e como a estratégia dominante pode ser alterada com a inserção da cláusula compromissória. A partir do recurso à da Teoria dos Jogos, busca-se analisar as possibilidades matemáticas que cada uma das partes (jogadores/contratantes) tem no momento da formação de vínculos. Com maiores incentivos, a estratégia dominante para ambas as partes passa a ser *contratar* a partir do momento em que a proposta feita pela ofertante satisfaz as necessidades do ofertado, levando em consideração a garantia de execução do contrato, os benefícios de sua governança e os custos de seu cumprimento. Dessa maneira, a pesquisa ora apresentada busca mostrar as possibilidades estratégicas dos jogadores no momento de formação de vínculos contratuais, considerando a influência desempenhada por diversas variáveis na fase pré-contratual.

Palavras-chave: formação do contrato, arbitragem, teoria dos jogos, cláusula compromissória.

ABSTRACT

This paper aims at providing a better comprehension, through the study of Law & Economics, about the strategic possibilities between parties that engage in contracting, when they attempt to reach certain types of contracts, especially the ones in which the arbitration clause is included, endeavoring the solving of litigation through arbitration. That way, this work demonstrates how parties acknowledge the drafts offered once they decide to entail negotiation bonds and how the dominant strategy can be altered with the inclusion of an arbitration clause in the deal. Based on game theory fundamentals, we attempt to analyze the mathematical possibilities each agent (player/contracting party) has once they are about to conclude an agreement. With higher incentives, the dominant strategy for both parties is *hiring* once the offer made by the offeror satisfies the conditions presented by the other party and takes into consideration the governance benefits and the enforcement costs. Thus, this paper attempts to set forth players strategic possibilities during the formation of contractual bonds, taking into account the influence of the many variables present during the pre-contractual period.

Keywords: formation of contract, arbitration, game theory, arbitration clause.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Quadro 1 – Resumo das principais teorias econômicas do contrato.	26
Figura 1 – Zona de negociação.	27
Figura 2 – Inserção do novo vendedor.	28
Figura 3 – Inserção do novo comprador.	28
Figura 4 – Inserção de um novo comprador e de um novo vendedor.	29
Figura 5 – Possibilidades de acordo dentro da zona de negociação.	30
Quadro 2 – Benefícios de governança e custos de cumprimento.	48
Quadro 3 – A Batalha do Mar de Bismarck.	52
Figura 6 – Jogo da Partilha e da Captura na forma estendida.	70
Quadro 4 – O Jogo da Partilha e da Captura na forma normal.	71
Quadro 5 – O Jogo da Partilha e da Captura com rodadas sucessivas.	74
Figura 7 – Jogo das 6 Moedas.	76
Figura 8 – Oferta de “Pegar ou Largar” de C_1 a C_2 .	78
Figura 9 – Oferta de “Pegar ou Largar” de C_2 a C_1 .	79
Figura 10 – Oferta de “Pegar ou Largar” com funções de recompensa.	80
Figura 11 – Inserção da cláusula compromissória	91

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	A NEGOCIAÇÃO DOS CONTRATOS	12
2.1	A fase pré-contratual e as negociações	12
2.2	A abordagem da doutrina tradicional	15
2.3	A oportunidade de uma abordagem diferente	22
3	A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA	34
3.1	A convenção de arbitragem: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral	34
3.2	As vantagens e as desvantagens da inserção da cláusula compromissória	38
3.3	Benefícios de governança e custos de cumprimento	48
4	A TEORIA DOS JOGOS	54
4.1	Aspectos preliminares da teoria dos jogos	54
4.2	A restrição da aplicabilidade da teoria dos jogos	66
4.3	Aplicação da teoria dos jogos em contratos	70
4.4	A inserção da cláusula compromissória	83
5	CONCLUSÃO	94
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	95

1 INTRODUÇÃO

A vida em sociedade necessita da ocorrência de trocas, nas suas mais diversas dimensões. O relacionamento entre pessoas, seja da natureza que for, exige um intercâmbio de atenções, cuidados, afetos, bens, riquezas, coisas, que – ao mesmo tempo – são função e liga da vida gregária. O espaço social precisa fomentar a atividade da troca para manter, criar e fortalecer laços entre os indivíduos.

O *homo economicus*, dimensão do ser humano que habita a *polis*, faz trocas o tempo todo a fim de ampliar o bem-estar de que estão sempre necessitando. Cada vez mais, a uma intensidade cada vez maior, o homem busca alargar o espaço que entende como seu e, para tanto, acumula tanto quanto bens, necessidades.

Mas em um ambiente em que os recursos são limitados, as necessidades – infinitas – encontram limitadores nas necessidades de outrem. As mesmas riquezas são disputadas por duas ou mais pessoas porque não podem a todas servir. Assim, é necessário que haja algum mecanismo de repasse de uma pessoa a outra o bem em questão, pois a disputa existe, mas deve existir de maneira sociável, especialmente por ser elemento intrínseco à vida em sociedade.

O contrato, dessa forma, vem a se mostrar um instrumento válido à dar força à dinâmica das trocas. Sua instituição permite haver o repasse de bens de um indivíduo a outro, de forma a levá-los – se bem arquitetados – a uma maximização do seu bem-estar.

No entanto, a formação de um contrato precisa conciliar interesses que inicialmente podem parecer divergentes. Assim, ele é o *fenômeno possível* em uma situação em que pretensões não caminham paralelas. O ponto de intersecção entre duas esferas autônomas que não carregam entre si necessariamente um laço de ligação.

Como ocorrer então? Como é possível existir o contrato em um contexto como esse? Sua existência só pode dar naquele instante pontual em que essas esferas autônomas tornam-se um único interesse. Nessa zona de convergência, o contrato pode habitar.

Para tanto, é necessário que seja um elemento de troca eficiente, que ajeite as ações dos contratantes a fim de que o objetivo a ser alcançado seja efetivamente satisfeito. Portanto, o contrato pode ser visto como um coordenador de vontades e condutas, capaz de criar e extinguir obrigações e direitos para ambos os pólos da relação.

Torna-se necessário, portanto, concebê-lo eficientemente, para que não crie obrigações cuja extensão seja maior do que a tolerada ou direitos tão abrandados que não trazem benefícios. O momento de arquitetá-lo à forma pretendida é, então, durante a negociação.

A negociação do contrato, momento anterior à emanção de obrigações, é o momento contratual que permite às partes moldá-lo à sua vontade, de acordo com as suas preferências. E, em um contexto de trocas, a sua feitura, tendo como escopo a maximização do bem-estar, torna-se imprescindível.

O ambiente em que as trocas se dão deve também fornecer mecanismos que eficientemente resolvam as dúvidas e controvérsias que tais combinações engendram. Para tanto, um aparato solucionador de conflitos precisa satisfazer as necessidades de quem realiza intercâmbios rapidamente.

A arbitragem, assim, vem a se apresentar como uma opção razoável e eficaz, capaz de resolver disputas de maneira a não alimentar a litigiosidade e fomentar um ambiente cada vez mais propício a trocas. Frente a um cenário de abarrotamento do Poder Judiciário, a arbitragem é vista pelos negociantes como uma via segura e satisfatória.

No entanto, sendo via privada de composição, a arbitragem não está imune à passar o momento negocial sem que seja ponto de discussão. Nem sempre é da vontade de ambos os contratantes querê-la no instrumento que regerá suas relações. Como negociá-la, portanto? Como estruturá-la de forma a beneficiar aos envolvidos?

Como o instante de negociações é um período de forte jogo psicológico, com interesses ainda por convergir, muitos estímulos e elementos desempenham um papel que – de uma forma ou de outra – acabam tomando corpo com a conclusão do contrato. Assim, os diversos detalhes que tornam a

análise deste período muito complexa precisam ser observados de maneira a nos fazer compreendê-los.

Assim, a teoria dos jogos pode fornecer um instrumental capaz de auxiliar o observador das negociações. A simplificação radical no instante pré-contratual torna mais clara a percepção dos elementos que mais atuam nas condutas dos contratantes. Sua formulação, embora muitas vezes difícil, pode ser de extrema ajuda quando bem modelada. E, como uma proposição matemática, apresenta certezas e conclusões irrefutáveis.

Diante disso, tenta-se estabelecer uma conexão entre a negociação contratual, a arbitragem e a teoria dos jogos no presente trabalho. A relação, ainda que não imediata, apresenta elementos que dialogam entre si, pois se inserem em um contexto econômico que pede agilidade na formulação de soluções às controvérsias oriundas da relação contratual e, alinhado-se a análise econômica do direito, a teoria dos jogos busca complementar o entendimento do assunto com seu aparato teórico e prático.

2 A NEGOCIAÇÃO DOS CONTRATOS

2.1 A fase pré-contratual e as negociações

Todo o período que antecede a formação de um contrato, isto é, a assinatura do instrumento particular que cria obrigações para ambas as partes, é denominado de período pré-contratual. Durante esse período, há uma constante atividade dos contratantes para que o vínculo obrigacional se estabeleça de forma a atender seus objetivos. É durante essa etapa do contrato que se delinea o arranjo obrigacional e a forma de cumprimento das obrigações contidas nesse instrumento.

O período da negociação dos contratos apresenta-se como um terreno em que a autonomia age de forma plena, em sua máxima expressão, a fim de desenhar uma relação contratual que satisfaça o interesse dos contratantes. Durante essa fase, tem-se como regra que as propostas e sugestões – as *negociações preliminares* – não são criadoras de direitos¹. Portanto, a possibilidade de livre conduta dos agentes dá-lhes incentivos ilimitados para barganhar o melhor desenho contratual, i.e., a relação que mais benefícios lhe oferecem².

Até o momento em que se sucede a conclusão de um contrato, as partes se engajam em esforços que visam chegar a um acordo. Esse acordo representa um acréscimo patrimonial para ambos os contratantes³. A relação, como um todo, tende a produzir um ganho global⁴ e um ganho a cada uma das

¹ Via de regra, pode-se afirmar que a fase de negociação de contratos não cria direitos nem obrigações; no entanto, é possível que uma das partes crie na outra uma legítima expectativa de direito, fazendo-a incorrer em determinada conduta para ver sua pretensão atendida. No direito anglo-saxão, é chamado de *reliance*, para a verificação de *damages* e necessária compensação. Por ora, o trabalho não visa adentrar na seara da responsabilidade civil pré-contratual, limitando-se simplesmente à menção do tema.

² Conforme Baird (BAIRD, Douglas *et al.* **Game Theory and the Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998), a falta de sanções por parte do direito é incentivo suficiente para que as partes busquem a maior recompensa livremente.

³ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 390.

⁴ Conforme aponta a doutrina americana de Direito e Economia, o ganho global (*net gain*) da relação é a maximização dos benefícios trazidos por uma determinada alocação de recursos.

partes⁵. Os negociantes devem assumir posicionamentos que maximizem seus ganhos a fim de que as negociações lhes sejam favoráveis.

No entanto, ao participar das tratativas do contrato, o contratante fica sujeito a ingentes esforços e desgaste psicológico, frutos de longas conversas, participação em reuniões, viagens, estudos, etc. que representam custos monetariamente mensuráveis e custos que não são incorporados ao contrato. Esses esforços, embora muitas vezes dispendiosos, não geram qualquer dever no outro contraente de adotar as mesmas medidas e empregar os mesmos esforços, como se fossem uma espécie de contraprestação⁶. Todo o processo negocial visa chegar a um estabelecimento de vínculo, mas esse estabelecimento só ocorre quando há uma proposta suficientemente clara seguida de uma aceitação. Todo o esforço incorrido antes da aceitação só tem como finalidade chegar propriamente a essa aceitação, a partir de qual emanam obrigações a ambas as partes. Antes disso, porém, não se pode exigir deveres do outro porque não há criação de deveres durante esse período.

Mas afinal, que momento contratual é esse das negociações?

As tratativas (negociações) podem ser definidas como o período em que o contrato toma corpo. Durante essa fase, os principais pontos de uma relação contratual são definidos, estipulando qual a natureza das obrigações que deste instrumento advirão e que tipo de contraprestação lhes é devida. Não apenas os elementos centrais de um contrato – objeto, preço e contratantes –, mas todos os deveres acessórios também serão objeto de discussão, bem como questões operacionais como datas, prazos, foros de resolução de conflitos, especificidades que caracterizam aquela relação como singular.

Caio Mário da Silva Pereira define as negociações da seguinte forma:

O contrato, que historicamente tem sido estudado como o acordo criador de nova relação jurídica, passou a ser entendido como o acordo de

⁵ A exemplo da nota anterior, os ganhos individuais também são objetos de inúmeros estudos pela doutrina americana de Direito e Economia. POSNER, Richard. The Present Situation in Legal Scholarship. **Yale Law Journal**, vol 90, n. 28. 1981.

⁶ Como já mencionado, a exceção fica por conta da legítima expectativa de direito criada em um dos contraentes pelo outro, ou do teste de *reliance* no *Common Law*.

vontades cujo objetivo criar, modificar, ou extinguir relação jurídica de conteúdo patrimonial disponível. A relação contratual pressupõe criação de vínculos e o momento que antecede a formação desses vínculos é o instante em que diversas condutas, propostas e revisão de condições são feitas. Obviamente, o período negocial está inserido em uma série de etapas que compõem um contrato, o qual é visto como um processo⁷ que tem como fim o adimplemento das principais obrigações que nele estão contidas.

As negociações preliminares (tractatus, trattative, pourparles) são conversas prévias, sondagens, debates em que despontam os interesses de cada um, tendo em vista o contrato futuro. Mesmo quando surge um projeto ou minuta, ainda assim não há vinculação das pessoas. Não raro, nos negócios que envolvem interesses complexos, entabula uma pessoa conversações com diversas outras, e somente encaminha a contratação com aquela que melhores condições oferece. Enquanto se mantiverem tais, as conversações preliminares não obrigam. Há uma distinção bastante precisa entre esta fase, que ainda não é contratual, e a seguinte, em que já existe algo preciso e obrigatório. Não obstante faltar-lhe a obrigatoriedade, pode surgir responsabilidade civil para os que participam das negociações preliminares, não no campo da culpa contratual, porém da aquiliana⁸.

Há aqui que se salientar a questão do contexto em que as negociações se desenvolvem. Presume-se que negociantes adotem determinadas condutas e ajam com certos comportamentos em uma situação em abstrato, teórica. Não se pode, no entanto, olvidar que qualquer tentativa de estabelecer um vínculo contratual está imersa em um contexto que influencia diretamente a racionalidade dos agentes.

Uma vez que as relações se dão dentro de uma dada realidade e não em modelos abstratos, a multiplicidade de elementos que devem ser abarcados para se auferir as recompensas e os riscos daquelas condições contratuais torna a tarefa do negociador muito maior do que o simples conhecimento da técnica contratual. O contexto onde se desenvolve a negociação pode determinar o nível de informação de que as partes dispõem,

⁷ FERNANDES, Wanderley (Org.) **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 206.

⁸ SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil**. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

por exemplo, e assim, influenciar diretamente no preço ou nas condições estipuladas no acordo, bem como os direitos e obrigações atribuídos a cada um dos contratantes.

O período pré-contratual é extinto a partir do momento em que a oferta final (a última das propostas) é aceita, ou seja, no momento em que as “vontades se encontram”. A partir daí, passa-se à fase contratual propriamente dita.

A dificuldade que se apresenta, como veremos adiante, é bastante específica: em que momento se dá a aceitação da oferta? Quando se pode afirmar que o contrato foi efetivamente formado? O modelo abstrato aqui criticado não oferece dúvida quanto à clareza da aceitação da proposta, mas a realidade revela esse instante de maneira bastante nublado, sequer havendo – muitas vezes – uma conduta ou manifestação que possa ser chamada claramente de aceitação.

Este trabalho enfocará os contratos de compra e venda de bens disponíveis – matéria incontroversa a respeito da inserção da cláusula compromissória, que será estudada futuramente. Não se está aqui a buscar um entendimento completo de todo e qualquer contrato, mormente dos seus períodos de negociação, que – dependendo da sua natureza – apresenta costumes e práticas próprias que influenciarão decisivamente o período das negociações. Pretende-se jogar luz a um momento da relação entre contratantes que pode desempenhar papel chave nas obrigações vindouras, determinando o tipo de prestação a ser exigido futuramente, bem como auxiliar na interpretação de cláusulas obscuras ou obrigações sobre as quais o contrato quedou-se silente.

2.2 A abordagem atual feita pela doutrina

A abordagem tradicional dada pela doutrina trata as negociações preliminares como um período que antecede o encontro de vontades, isto é, o ajustamento das intenções entre os dois contratantes para que se possa formar uma ligação obrigacional que é feita por meio do instrumento particular. De

modo geral, pode-se afirmar que as negociações contratuais antecedem a conclusão dos contratos, período em que ocorre de duas declarações unilaterais serem realizadas distintamente, se cruzarem, e chegarem a seus destinatários, fazendo contrair força reciprocamente obrigatória aos seus emissores⁹. Assim, o momento final dessa fase do contrato, como já foi mencionado, ocorre no instante em que o contrato se forma. A partir daí, já emanam direitos e obrigações para os dois pólos da relação.

O momento em que se encerram as negociações é verificado quando uma das partes (oblato) declara aceitar a proposta oferecida pelo proponente. O binômio “oferta-aceitação”, portanto, representa o encontro de vontades entre as partes. A intenção de ambos os contratantes está, a partir daí, amalgamada em um acordo que estabelece a extensão dos deveres que ambos estão dispostos a cumprir a fim de obter o desejado sob o contrato. Com a aceitação por parte do oblato, dá-se início à primeira das fases contratuais, em que as partes buscam adimplir suas obrigações. Há que haver, portanto, uma identificação do exato momento que houve a aceitação, pois este momento é crucial para posterior interpretação da relação obrigacional, a fim de inferir quando as partes cessaram as negociações e deram início à fase em que suas ações passaram a emanar efeitos para ambos.

Um dos problemas, entretanto, reside justamente em apontar o momento específico em que o contrato é formado, pois uma declaração nítida de aceitação não é sempre verificável, especialmente quando as partes já vêm de rodadas em que se mostram engajadas em negociar e formar vínculos, pressupondo que a aceitação, muitas vezes, ocorre de maneira tácita – eis que naturalmente trabalhada pelas partes –, já que, em um caso hipotético qualquer, o contrato está em vias de ser formado e a intenção das partes vem sendo atendida até aquele dado momento¹⁰.

Não se espera haver qualquer tipo de solenidade entre contratantes para determinar a partir de que instante as obrigações passam a vigor e as

⁹ MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 14^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 135.

¹⁰ FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 11^a ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 437.

partes se consideram contratualmente vinculadas. Entre agentes que vem de um histórico de negociações, barganha, tratativas e reuniões, a confiança e a boa-fé o autorizam a pensar que a vinculação recíproca é um passo natural. Exceto por alguma questão extraordinária, o andamento conseqüente de pessoas que passaram um dado período negociando é, obviamente, concluir o contrato. Daí que nem sempre se pode apontar algo que pudesse ser considerado o “solene momento da aceitação”¹¹. O dia a dia de negociantes apresenta um painel de detalhes abundante em comportamentos variados e sujeitos a interpretações diversas, repousando na subjetividade dos agentes, que adotam condutas orientadas por inúmeros fatores circunstanciais e pessoais, que acabam por diluir o pontual momento que a dogmática entende por “aceitação”¹².

Ainda assim, o tratamento doutrinário do tema, pelo menos *in abstracto*, considera majoritariamente só existir um modelo unitário binominal¹³ de “oferta” e “aceitação”. O valioso, portanto, ao estudo da relação contratual teria – como ponto de início – a aceitação do combinado¹⁴. Dali em diante, manifestar-se-iam os aspectos mais relevantes da relação obrigacional. Anterior a isso, porém, não haveria objeto merecedor de maior estudo senão o *como* e o *quando* se deu a proposta e a sua aceitação.

Poder-se-ia afirmar que a doutrina identifica¹⁵ mormente o fenômeno da proposta e da contraproposta como antecedente do momento anterior ao da conclusão do pacto. Alguns autores despendem maior preocupação com esse

¹¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 476.

¹² Frequentemente, os contratantes sequer estão presentes no momento da aceitação. A prática contratual faz uso de *e-mails*, correspondência e outros meios de comunicação para fazer com que o contrato seja concluído. O direito lança mão de diversas teorias para determinar qual o momento de celebração do contrato. As teorias da expedição, da informação e da recepção auxiliam na indicação do exato instante em que o contrato passa a emanar efeitos. Mais sobre o assunto, GOMES, Orlando. **Contratos**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, 582p.

¹³ CARRARA, Giovanni. **La Formazione dei contratto**. Milão: Francesco Vallardi, 1915; ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988; GOMES, Orlando. **Contratos**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001; GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações: parte especial**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

¹⁴ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 87.

¹⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 604; FRITZ, Karina N. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 29.

assunto, como é o caso do professor italiano Franco Ferrari, que restringe o tema da oferta e da aceitação aos contratos internacionais sob regência da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980. Em seu artigo¹⁶ “*A Comparative Overview on Offer and Acceptance Inter Absentes*”, discorre o autor, entre outros aspectos da oferta e da aceitação, acerca do que se constitui a proposta e a contraproposta.

Segundo ele, o ordenamento de alguns países entende haver uma nova proposta (ou contraproposta) se a proposta original sofrer qualquer modificação e deixar de ser a “imagem espelhada” da segunda. Seria o caso, por exemplo, da Itália, Alemanha, do Japão e da Argélia. Noutros, diferentemente, a proposta original tem de ter sido alterada apenas nos seus aspectos mais fundamentais – tais com preço, objeto etc. – para que passe a ser considerada uma contraproposta. Caso contrário, seria meramente uma modificação da proposta original, o que não alteraria, entre outras coisas, quem foi o emissor original dela e sua intenção com tal emissão. A título de exemplo, podemos citar o caso do ordenamento jurídico da Rússia.

Ainda assim, pode-se encontrar parte da doutrina que aborda o tema a partir do paradigma oferta-aceitação, mas fazendo algumas ressalvas: alguns autores alertam para o fato de que as negociações contratuais abarcam uma riqueza de detalhes que merece maior estudo. O professor italiano Giovanni Carrara, expoente da doutrina civilista clássica, afirma:

Para a formação do contrato seriam, portanto, sempre exigíveis, no mínimo, duas declarações cronologicamente seqüências: uma proposta contratual seguida da sua aceitação. Neste diálogo com turnos bem definidos, a única variante possível consistiria na pluralidade de propostas sucessivas, na medida em que, podendo uma alteração pelo receptor de uma proposta valer como uma nova proposta (contraproposta), o contrato se forma pela aceitação da mais recente contraproposta. Nesta fórmula estereotipada de formação sucessiva do acordo contratual, a proposta e a aceitação podem não ser a primeira e a segunda, mas são certamente a penúltima e a última das declarações contratuais eficazes. Adiante se verá que este modelo unitário, com o qual também a jurisprudência e a doutrina se têm conformado, está longe de representar a variedade que facilmente se descortina na vida

¹⁶ FERRARI, Franco. A comparative overview on offer and acceptance *inter absentes*. **Boston University International Law Journal**, Boston, vol. 10, nº 2, p. 171 – 201, outono, 1992.

jurídica e que a própria lei afinal também reconhece. Tal panorama pouco menos que acrítico prolonga-se na enunciação das características exigíveis para que uma declaração se possa qualificar como proposta contratual: que seja completa e precisa, firme e formalmente adequada.¹⁷

Enzo Roppo, doutrinador igualmente clássico, tece críticas a “mística” do momento de formação do contrato. Afirma ele:

[O] problema da formação do contrato é freqüentemente encarado com se se tratasse de verificar a existência física de uma coisa: a questão de saber se um contrato se formou ou não, fica reduzida à questão de verificar se determinados factos da esfera psicofísica do homem (as ‘vontades’ dos contraentes, devidamente manifestadas e fundidas numa unidade) geraram causalmente um certo fenómeno (o ‘consenso’ contratual), do qual o contrato constituiria justamente o produto mecânico. Esta é uma concepção que radica na concepção jusnaturalista e novecentista da vontade como fonte exclusiva dos efeitos jurídicos (‘mística da vontade’), e ao mesmo tempo numa certa tendência de feição positivista – mais ingênua do que errônea – para interpretar e reconstituir os fenómenos jurídicos com as mesmas categorias conceituais com que se interpretam e reconstroem os fenómenos da realidade natural. Mas trata-se de uma concepção deturpada, que impede uma abordagem correcta do fenómeno jurídico da formação do contrato, e dos problemas reais que ao se colocam¹⁸

De fato, as tratativas preliminares, como reconhece o professor Carrara, mostra-se como um instante mais rico e diversificado do que a dogmática e a jurisprudência o vem abordando. Jogar luz a este instante, portanto, torna-se imprescindível, já que há diversas questões cujos subsídios para suas respostas são oportunizadas a partir da interpretação deste momento contratual. Aspectos controversos quanto à interpretação de cláusulas podem achar solução na averiguação do ânimo dos contraentes quando da inserção de determinado dispositivo, por exemplo. Ainda, ilustrativamente, julgadores podem se deparar com questões acerca de quais

¹⁷ CARRARA, Giovanni. **La formazione dei contratto**. Milão: Francesco Vallardi, 1915, p. 48.

¹⁸ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 93.

ações e intenções afetam o conteúdo substantivo do acordo formado.¹⁹ Quais ações objetivamente verificáveis bastam para concluir o período de barganha e formar obrigações recíprocas?²⁰ Suscitações como estas são endereçadas ao intérprete, que encontra no período pré-contratual uma possível fonte para tais inquietações.

Talvez se possa arriscar a contundente assertiva²¹ de que a *Common Law* melhor compreendeu essa necessidade ao internalizar a teoria da barganha ao direito.

De acordo com a *bargain theory*, a obrigatoriedade de cumprir ou não uma determinada prestação está fundamentada na comutatividade da relação, na existência de um *quid pro quod*²². Simplificadamente, seria o processo pelo qual passa a maioria dos acertos pactuais negociados pelas partes, que entabularam o preço dos bens ou serviços a serem prestados. Qualquer que seja a obrigação a ser prestada, ela teria como base a sua obrigação contrária, i. e., a prestação devida pela parte contrária e endereçada ao contraente da primeira.²³

A partir da teoria da barganha, dá-se início à teoria da *consideration*²⁴, que autoriza a parte a ensejar prestação da parte contrária ainda que de valor simbólico, uma vez que houve consenso e confiança na

¹⁹ KATZ, Avery. The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 89, n. 2, p. 215 – 295, novembro, 1990.

²⁰ KATZ, Avery. The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 89, n. 2, p. 215 – 295, novembro, 1990.

²¹ DAVID, René. **Les contrats em droit anglais**. Paris: LGDJ, 1973; VON WAHLENDORF, H. A. Scharwz-Libermann. **Introduction à l'Esprit et à l'Histoire du Droit Anglais**. Paris: LGDJ, 1977; HOLMES JR., Oliver W. **The Common Law**. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina S.A., 1964; TALLON, DENIS, HARRIS, DONALD e outros. **Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises**. Paris: LGDJ, 1987; ANSON, William. **Law of Contract**. 23^a ed. Oxford: Oxford University Press, 1969. Citados em LYRA TAVARES, Ana Lucia. O espírito da *Common Law* e os contratos. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, n^o 18, p. 23-57, 2000.

²² FERNANDES, Wanderley (Org.) **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 208.

²³ FARNSWORTH, E. Allan; YOUNG, William F. **Contracts. Cases and Materials**. 5^a ed. Westbury, NY: The Foundation Press, Inc., 1995, p. 48.

²⁴ HELEWITZ, Jeffrey. **Basic contract law for paralegals**. 5^a ed. Aspen: Aspen Publishers Online, 2007, p. 84.

promessa ou conduta do outro contraente, muito embora não se verifique necessariamente haver barganha.

A famosa estória de *Uncle Story*²⁵, utilizada nas faculdades de direito norte-americanas, ilustra bem a ideia da *consideration*:

Conta-se que um homem, William Story, promete ao seu sobrinho, então com 15 anos, por ocasião de uma festa de sua família, que se este se abstivesse de jogar, beber, e fumar até os 21 anos de idade – atividades, à época (1869), permitidas a um jovem moço –, receberia em doação a quantia de US\$ 5.000,00. Diante de tal promessa, o sobrinho, obedientemente, se ateu a cumprir com o recomendado pelo tio e deixou, durante anos, de fumar, beber ou jogar.

Recém celebrados seus 21 anos, o rapaz chegou ao tio, entusiasmadamente, com o fito de receber sua recompensa por conta da promessa feita anos antes. William Story, no entanto, pediu mais alguns anos ao sobrinho. Com esse segundo período de espera, o sobrinho ganharia maturidade para lidar com tamanha soma de dinheiro.

Ocorre que *Uncle Story* faleceu em 1887 sem pagar ao sobrinho o que lhe era devido. O sobrinho, durante essa espera, transferira os direitos patrimoniais que tinha sobre esse patrimônio para uma senhora chamada Louisa Hamer. Este, por sua vez, ajuizou ação contra a recém aberta sucessão de William Story, a fim de reaver a quantia. Na qualidade de testador, William Sidway, alegara que a promessa havia servido de incentivo ao sobrinho para que vivesse uma vida saudável, sem vícios. Mais do que isso, alegara que não devia a quantia prometida por Story porque este *não recebera nada em troca por tê-lo feita* e tal relação não conteria espaço para barganha, pois não se beneficiara do comportamento do sobrinho.

A Corte de Apelações americana, entretanto, julgou em favor da Sra. Hamer, entendendo que o detrimento que o sobrinho sofreu era *consideration* suficiente para fazer com que a promessa fosse cumprida²⁶. Com isso, a

²⁵ *Hamer v. Sidway*, 124 N. Y. 538, 27 N. E. 256 (N.Y. 1891).

²⁶ “It is no moment wether such performance actually proved a benefit to the promisor, and the court will not inquire into it (...) the abandonment of the use was sufficient consideration to uphold the promise” (FARNSWORTH, E. Allan; YOUNG, William F. *Contracts. Cases and Materials*. 5^a ed. Westbury, NY: The Foundation Press, Inc., 1995, p. 50.)

confiança no cumprimento da promessa feita (*reliance*²⁷) passou a ser tutelada. As circunstâncias em que as promessas são feitas durante a fase negocial podem, portanto, receber atenção do direito em razão deste precedente.

Com isso, busca-se chamar a atenção para o cuidado especial com que a doutrina contratual do *Common Law* trata do tema das negociações e, principalmente, das promessas feitas. Isso decorre da noção de contrato que cuida da realidade a que está submetido, imerso em situações de informação assimétrica ou em relações imperfeitas de mercado; sem esquecer – por óbvio – da conceituação clássica do acordo de vontades, que modifica relações jurídicas obrigacionais.

Observa-se, portanto, cada vez mais, a necessidade de – junto da dogmática – levar em consideração o que efetivamente ocorre entre as partes. Elementos como risco, contexto econômico²⁸ e custos de transação podem alterar decisivamente o agir e a conduta dos futuros contratantes. Proponente e oblato estão atentos às circunstâncias e externalidades que afetam o objeto de negociação. Paralelamente ao que “deve ser” o fenômeno contratual, a observação de como ele ocorre fornece-nos elucidação do comportamento dos agentes – indispensável à boa aplicação do direito.

2.3 A oportunidade de uma abordagem diferente

Já discorremos a respeito da visão que a doutrina tradicional possui em relação ao período de negociação de contratos. O papel protagonista de tal instante é confiado ao binômio “oferta” e “aceitação”. A partir deste momento, as obrigações mútuas tomam assento e passa-se a transitar pelo momento contratual seguinte – a fase de execução do contrato.

²⁷ “If the promise changed its position to its detriment in reliance on the promise – as by incurring expenses in performing or preparing to perform – the Court might award a sum of money intended to compensate for this loss. Recovery would then be measured by the promisee’s reliance interest, in an attempt to put the promise back in the position in which the promise would have been had the promise not been made.” (FARNSWORTH, E. Allan. **Contracts**. Boston: Little, Brown and Co., 1990, p. 42). In: FERNANDES, Wanderley (Org.) **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 208.

²⁸ FERNANDES, Wanderley (Org.) **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 207.

Dentro dessa visão doutrinária, as negociações são resumidas a dois tipos diferentes de ofertas – a proposta e a contraproposta. Em linhas gerais, a proposta – elaborada como uma minuta – deve trazer os elementos essenciais do contrato, tais como o bem negociado, preço e partes contratantes. A contraproposta, por sua vez, nada mais é que uma proposta alterada – ou seja – o bem, o preço ou os contratantes diferem da oferta inicial em algum aspecto decisivo do combinado originalmente²⁹. Em um plano teórico simplificado, a negociação ocorreria em sucessivas rodadas, mediante a apresentação de ambas (proposta e contraproposta) até o momento em que uma delas – a proposta final – será seguida da aceitação.

Percebe-se a necessidade, no entanto, de fazer relação com alguns temas que são recorrentes aos operadores de tais transações. A pragmática nos força a voltar os olhos a questões inquietantes do fenômeno contratual que não podem escapar ao contratualista. O comportamento dos agentes, por exemplo, durante o período negocial será decisivamente alterado conforme a gradação obrigacional em jogo ou os custos que operam naquela relação.

Diante de um panorama que pede atenção aos detalhes práticos da realidade dos contratos, a análise econômica do direito foi uma das escolas que mais atentou a essas particularidades próprias da vivência contratual. Sua própria ideia de contrato enquanto maximizador de bem-estar³⁰ já denota a flagrante diferença de abordagens que apresenta frente à escola francesa clássica³¹, por exemplo. Por razões como esta, faz-se necessário atentar às lições que a análise econômica do direito pode nos fornecer.

A análise econômica do direito – ou *Law & Economics*³² – não pretende rechaçar qualquer outra interpretação jurídica que se dê aos

²⁹ Há controvérsias a respeito da configuração da contraproposta: discute-se se a aceitação de uma proposta alterada configuraria efetivamente uma aceitação ou se tornaria uma contraproposta. Via de regra, o segundo entendimento é mais difundido e espelhado na maioria dos ordenamentos jurídicos.

³⁰ COASE, Ronald H. The problem of the social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, vol. 3, p. 1-44, outubro, 1960; KAPLOW, Louis e SHAVELL, Steven. Principles of fairness versus human welfare: on the evaluation of legal policy. **Harvard Law School**, Law-Econ Discussion Paper nº 277, 2000.

³¹ O contrato, no sistema francês, expressa-se pelo individualismo, fruto da autonomia da vontade. O art. 1.134 do Código francês dispõe que *as convenções feitas nos contratos formam para as partes uma regra à qual devem se submeter como à própria lei*.

³² Há uma diferença entre o correto uso do termo “*Law & Economics*” e sua correspondência doutrinária “Análise Econômica do Direito”. Alguns autores argumentam que o correto emprego

contratos. Pelo contrário, a visão econômica pretende ser complementar, objetivando descrever a realidade e os fenômenos observáveis dos agentes que coordenam suas condutas a fim de alocar eficientemente seus recursos. A *Law & Economics* não tem qualquer pretensão normativa maior do que a dogmática jurídica já carrega consigo.

Mas qual seria a vantagem de se olhar para a mecânica contratual sob uma perspectiva econômica? Que tipo de benefício é possível de se obter ao entender a coordenação de vontades sob a ótica da *Law & Economics*?

Em verdade, não há razões que possam dar preferência à análise econômica em detrimento da contratualística tradicional. Pelo menos, não em um primeiro momento. Afinal, durante séculos, a sociedade ocidental, por meio de seus indivíduos, vem ajustando suas condutas coordenadamente a fim de celebrar pactos cujo fim seria obter alguma vantagem patrimonial ou pecuniária, e a abordagem que a doutrina mais tradicional dos contratos vem realizando tem dado perfeita conta dos problemas e dúvidas que surgem com o passar dos anos de atividade comercial. As soluções encontradas para os problemas que surgem com as trocas e a elaboração de conceitos jurídicos que identificam elementos para uma melhor técnica fazem com que a atividade comercial encontre terreno jurídico seguro para prosperar³³.

Ainda assim, não podemos prescindir de uma nova compreensão. A visão interdisciplinar que a *Law & Economics* pode-nos fornecer mostra-se bastante elucidativa. A identificação de agentes e, principalmente, de seus comportamentos auxilia o jurista na determinação de pretensões e interesses demonstrados na mecânica contratual. Ainda que não se possa escapar ao olhar dogmático, a análise econômica observa ações dos contratantes que podem influenciar o seu desempenho negocial e, ainda, as condutas que os expõem a situações em que a verificação jurídica nem sempre é possível³⁴.

do termo em português deveria ser “Análise Jurídica da Economia” e outros contestam tal assertiva. Contudo, não entraremos neste estudo e, por ora, adotaremos a exata correspondência dos termos “*Law & Economics*” e “Análise Econômica do Direito” como sinônimos.

³³ COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial, vol. 3: direito de empresa**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

³⁴ Seria o caso de uma renegociação motivada por interesses ou eventos que só as partes envolvidas teriam capacidade de observar, mas que não teriam como provar em juízo ou, ainda, não tivessem interesse em demonstrar em juízo por razões de confidencialidade.

Além disso, a análise econômica, geralmente, auxilia a normatividade com um instrumental baseado no custo-benefício das relações. O estudo da alocação de recursos durante a fase negocial, para citar um exemplo, é ilustração da complementaridade que a visão econômica pode fornecer ao direito. Ademais, pode-se afirmar que a *Law & Economics* tem como objetivo o respeito e apoio às regras negociais dominantes, já consagradas pelos usos e costumes comerciais e ratificadas pelo direito contratual.

Embora se possa sugerir uma aparente convivência harmônica entre a doutrina tradicional e a aproximação econômica, o confronto de ideias é ineludível. Há, invariavelmente, uma tensão entre o caráter deontológico e o caráter consequencialista do estudo dos contratos. Tensão essa que propicia derivações de ordem teórica e prática para tentar sanar a contraposição que, muitas vezes se afigura, entre as manifestações da autonomia privada e a eficiência das trocas. A *Law & Economics* apresenta proposições menos dogmáticas ao apresentar uma roupagem de ciência social descritiva, fornecendo uma visão realista e pragmática de algumas de alguns institutos jurídicos.

O campo contratual tornou-se um dos objetos de maior dissecação e estudo por parte da *Law & Economics*. Para a maioria das escolas, o contrato é entendido com um instrumento de maximização – uma troca – que deve levar em conta aspectos objetivos em sua avaliação. Geralmente, o critério paretiano de análise é o mais utilizado para conclusões das situações das partes antes e depois das transações³⁵. Deve haver, portanto, uma aceitação de um critério certo e imune a subjetivações para verificar a consequência de escolhas contratuais que são superiores ou inferiores.

Dentro desta visão, pode-se apontar três teorias predominantes que tentam explicar o contrato. Há, no entanto, uma discussão anterior a essa

Conforme ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 15.

³⁵ Há outros critérios empregados para verificação da situação de bem-estar dos contratantes, tais como o método de Hicks-Kaldor, o método de eliminação iterativa, equilíbrios como o de Nash etc.

delimitação, que é a correta nomenclatura da expressão “*Law & Economics*” para designar a égide sob a qual se dá o estudo dos contratos.

De um lado, observa-se a preferência pela expressão “*Economics of Contracts*”³⁶ para dar ênfase à abordagem feita por economistas. Essa doutrina tem uma aproximação maior com a privatística³⁷ para analisar o contrato – dentro de um quadro normativo qualquer (pressupõe-se manutenção das regras), estuda-se a melhor configuração contratual e como as partes melhor estariam arranjadas. No outro pólo, existe o que se pode denominar de “*Law & Economics*” *stricto sensu*, que seria a visão do jurista publicista³⁸. De acordo com essa doutrina, o tema central dos contratos gira em torno da visão crítica da produção legislativa acerca do assunto, mais do que a alocação de recursos de uma relação contratual.

Feita essa distinção, observa-se um desdobramento do tema em teorias que vêem o fenômeno de maneira distinta. Há tantas teorias quantas escolas econômicas existem. Cumpre-nos destacar as abordagens de maior expressão dentro da doutrina econômica dos contratos.

A *Incentive Theory*³⁹ foca as recompensas trazidas aos contratos e os benefícios em celebrá-lo. O tema central é o equilíbrio contratual dos agentes, que é decisivamente determinado pela elasticidade-preço dos contratantes. Para isso, parte-se de premissas que levam em conta um cenário de pouca perturbação na disposição de pagar e comprar. Essa teoria, mais alinhada ao “cânone neoclássico” econômico do que ao “cânone neoinstitucionalista”⁴⁰, assenta-se no pressuposto da perfeita racionalidade dos agentes, de informações completas (porém nem sempre simétricas), com preferências estáveis.

³⁶ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 204.

³⁷ Alguns autores chamam essa abordagem de *bottom-up approach*. A ideia é dar prioridade à análise da relação privada e tomar isso como ponto de partida para a observação de uma realidade maior, no plano da produção legislativa.

³⁸ Também referida como *top-down approach*, pelo fato de visualizar a questão a partir do direito público para descer à relação entre particulares.

³⁹ ALLEN, Douglas W. & LUECK, Dean. Contract choice in modern agriculture: cash rent versus cropshare. **Rand Journal of Economics**, nº 2, vol. 35, 1992; LEVMORE, Saul. Commissions and conflicts in agency arrangements: lawyers, real estate brokers, underwriters and other agent's rewards. **Journal of Law and Economics**, vol. 36, 1993.

⁴⁰ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 206.

A *Incomplete-Contract Theory* enfatiza a questão da impossibilidade de verificação das obrigações contratuais. Para dar resposta a essa problemática, lança mão de normas supletivas e de soluções renegociadas ou “relacionais”⁴¹. Diferentemente da teoria dos incentivos, a informação será simétrica neste caso. É essa variável que garante a verificação das obrigações entabuladas e do seu cumprimento.

A *Transaction-Costs Theory*, largamente utilizada, detém-se nos custos de transação e nos benefícios de governança contidos (*governance benefits*) em contratos erigidos para aumentar (maximizar) o bem-estar das partes. A questão da governança toma atenção especial para entender como os contratantes agem de maneira eficiente criando seu próprio conjunto de direitos e obrigações.

Dentre as maiores linhas teóricas, é esta que apresenta um caráter mais indutivo, estatístico e experimental, fazendo maior uso da matemática para descrever o fenômeno contratual e expressar as suas conclusões. A teoria dos custos de transação abarca o conceito de racionalidade limitada, de agentes munidos de informações incompletas e assimétricas, e – diferenciando-se radicalmente das demais – de apoio institucional externo frágil ou imperfeito⁴².

Simplificadamente, em um quadro⁴³, pode-se traçar as principais diferenças entre as três teorias do contrato:

Teoria	Racionalidade	Informação das partes	Instituições externas	Tema central
<i>Incentive Theory</i>	Ilimitada	Completa e assimétrica	Perfeitas ⁴⁴	Recompensas ⁴⁵

⁴¹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 206.

⁴² BROSSEAU, Éric. & FARES, M'hand. The Incomplete Contract and the New Institutional Economics Approaches to Contracts: Substitutes or Complements? In: ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 207.

⁴³ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p.206.

⁴⁴ Funcionamento das instituições externas perfeito, para garantir o cumprimento das obrigações.

⁴⁵ Remuneração dadas por incentivos quando da celebração e realização do contrato.

<i>Incomplete-Contract Theory</i>	Ilimitada	Completa e simétrica	Imperfeitas ⁴⁶	Decisão ⁴⁷
<i>Transaction-Cost Theory</i>	Limitada	Incompleta e assimétrica	Muito imperfeitas ⁴⁸	Confiança ⁴⁹

Quadro 1 – Resumo das principais teorias econômicas do contrato.

A percepção do momento das negociações pela análise econômica do direito difere radicalmente da doutrina civilista que geralmente apresenta um forte pendor dogmático na sua abordagem. A *Law & Economics* se centra na exploração do intervalo de “disposição negocial” dos agentes (zonas de transação), como observado na Figura 1.e.1, que alterará o bem-estar total da relação⁵⁰ e de cada um dos contratantes em particular⁵¹, pois joga com a disposição máxima de pagar do comprador e com a disposição mínima de vender da parte alienante. São essas as duas fronteiras que delimitarão o espaço negocial⁵².

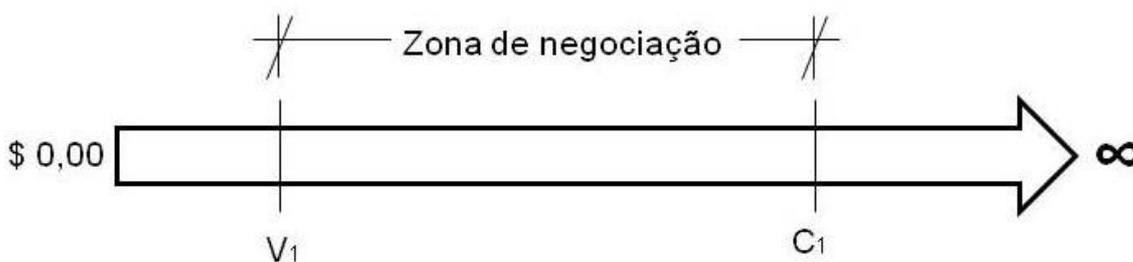


Figura 1 – Zona de negociação.

⁴⁶ Instituições externas com funcionamento imperfeito, impossibilitando a completa verificação das condutas.

⁴⁷ Atribuição de direitos residuais, tais como a defesa contra o *hold up*.

⁴⁸ As instituições externas apresentam-se muito imperfeitas (inverificáveis), somando-se à racionalidade limitada.

⁴⁹ Além do reforço da tutela da confiança, há a criação de procedimentos de decisão *ex post*.

⁵⁰ Há uma diferença acerca do *total surplus* e do *net gain*. O primeiro envolve trocas produtivas ou “solucionadoras”; o segundo, trocas redistributivas ou competitivas (jogos de soma zero).

⁵¹ O *individual gain* obtido em um jogo de trocas produtivas (trocas positivas).

⁵² Todas as imagens a seguir foram retiradas da obra de Fernando Araújo (ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 53-54.

Estrategicamente, esse modelo de negociação simplificado pode apresentar alguns incrementos elucidativos do comportamento dos agentes ou, principalmente, de alteração da zona de negociação inicial.

Pensemos, por exemplo, na inserção de um segundo vendedor (V_2) na disputa pelo contrato em jogo (Figura 1.e.2). Persuasivamente, a presença de uma nova oferta na negociação pode alterar a disposição mínima de vender do vendedor original.



Figura 2 – Inserção do novo vendedor.

Outro exemplo ilustrativo do uso da persuasão é a estratégica inserção de um novo comprador na disputa (Figura 1.e.3), fazendo com que haja um aumento na disposição máxima de comprar. Fingindo-se de desinteressado, o comprador inicial causa um efeito de encurtamento da zona de negociação em favor do segundo comprador – o preço negociado será menor.



Figura 3 – Inserção do novo comprador.

Naturalmente, é possível haver uma combinação de ambos os efeitos. Uma possível descrição seria o fenômeno de persuasão bilateral: de um lado, o vendedor mostra-se desinteressado em negociar a um preço que lhe seria desfavorável (embora dentro da área de negociação), e o comprador igualmente deixa de ver vantagens suficientes em um acordo celebrado com o preço em questão. Como observamos na Figura 1.e.4, a inserção, de um lado, de um novo vendedor e, do outro, de um novo comprador, altera a zona de negociação e o possível bem-estar resultante ao final da operação.



Figura 4 – Inserção de um novo comprador e de um novo vendedor.

É necessário atentar ao fato de qualquer que seja o acordo celebrado dentro da faixa de negociação (Figura 1.e.5), este trará bem-estar a ambas as partes. No intervalo de transação é que se negociam os *reservation*

*points*⁵³, ou níveis em que a troca será maximizadora de bem-estar. Fora dessa faixa, a troca não será eficiente e, portanto, não ocorrerá.

Vale lembrar que isso não toca à questão da “justa troca” ou justiça distributiva do arranjo contratual; o que está em jogo é apenas a eficiência do contrato livre, como mostra a esquematização abaixo⁵⁴.



Figura 5 – Possibilidades de acordo dentro da zona de negociação.

Todos os preços em negociação cabem na zona de negociação; portanto, asseguram a maximização do bem-estar total. O somatório do excedente de bem-estar do vendedor (V) com o excedente de bem-estar do comprador (C)⁵⁵. Contudo, os preços determinam uma muito diversa repartição do bem-estar total⁵⁶: o preço P₁ é muito favorável ao comprador (C₁ > V₁), o preço P₃ é muito favorável ao vendedor (V₃ > C₃), e apenas o preço P₂ representa algum equilíbrio (V₂ = C₂).

Há que se mencionar também o elemento contextual em que ocorre o fenômeno negocial. A lição do Prof. Fernando Araújo⁵⁷ ensina:

⁵³ Também chamados de *threat points* ou *fall-back positions*.

⁵⁴ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 53.

⁵⁵ $(V_1 + C_1) = (V_2 + C_2) = (V_3 + C_3) = \text{Bem-estar total}$.

⁵⁶ Para o professor Avery Katz, a possibilidade de dividir o bem-estar total (*total surplus*) da relação já é incentivo suficiente para que as partes invistam grandes esforços para alterar tal divisão, o que faz as partes incorrerem em um tipo específico de custos de transação – os *custos de comportamento estratégico* (*strategic behavior costs*). KATZ, Avery. *The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation*. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 89, n. 2, p. 215 – 295, novembro, 1990.

⁵⁷ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 30.

Não pode a Teoria do Contrato furtar-se a ser o espelho dos valores sociais circundantes, nem se afigura conveniente, nem salutar, nem sequer realizável, enfeudá-la em radicalismos maniqueístas que só não pareceriam mutiladores dentro de “torres de marfim”. Por outro lado, uma parte da conciliação está já assegurada pelas necessidades próprias de qualquer teoria que queira libertar-se do casulo da irrelevância: pense-se, por exemplo, que o “consequencialismo” se vê forçado a transitar do plano normativo/valorativo para o plano descritivo/positivo da análise da conduta contratual, tendo que jogar simultaneamente (e algo ambiguamente) em “ambos os tabuleiros” e, ao fazê-lo, se vê forçado a apreciar as incidências “consequencialistas” da ênfase na “autonomia contratual” – o mesmo podendo dizer-se, simetricamente, da vertente “deontologista”⁵⁸.

É, pois, na aceitação da pluridimensionalidade dos seus nexos teóricos que a análise econômica avança para essa peculiar cobertura jurídica das transações que é o contrato, essa solução estabilizadora e tutelar que pretende constituir uma via intermediária entre o contato pontual num mercado informal e dinâmico e a necessária rigidez e minimização das transações na integração vertical.⁵⁹

A disposição de se envolver em relações contratuais está, portanto, sempre associada ao momento político e ambiente macroeconômico em que tais relações são travadas. A decisão de se envolver em um contrato dependerá do mercado operante em que se insere a transação, a natureza dos agentes, sua aversão ou não ao risco e a complexidade do negócio específico, dentre outros fatores⁶⁰.

A análise do bem-estar dos contratantes implica na adoção de um método. Este método não pode ter qualquer pretensão de fazer uma avaliação valorativa de justiça substantiva. Não é através do emprego de um instrumento objetivo de análise que se obtém respostas a perguntas dessa natureza. A utilização desses critérios só poderá servir para uma justiça procedimental⁶¹, ou seja, uma ferramenta que apontará “injustiças” apenas no que diz respeito às regras que recaíram sobre o emprego do método.

⁵⁸ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 34.

⁵⁹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 35.

⁶⁰ FERNANDES, Wanderley (Org.) **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 205.

⁶¹ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 54.

Dir-se-á, por exemplo, que uma troca que não se deu, por algum motivo, dentro da zona de negociação – da área em que operam os *reservation points* – é uma troca injusta. O que houve para que essa transação ocorresse é uma análise posterior a ser feita e, ademais, o opção ou não pelo emprego de medidas que alterem essa operação – tema extremamente controverso e centro de intermináveis discussões que adentram no campo da política.

Importa ressaltar apenas que uma “injustiça” como a apontada antes fere a própria concepção de contrato como maximizador de bem-estar, pois, flagrantemente, estar-se-ia ferindo o bem-estar de uma das partes. Essa é a extensão em que se dá o debate acerca da “justiça contratual” no campo da análise econômica do direito. São fronteiras delineadas claramente para instrumentalizar o jurista na verificação de abusos, quebra de confiança e conduta irregular das partes.

Vê-se, assim, que temos uma ideia da compreensão diferenciada proporcionada pela análise econômica do direito ao instante negocial. Seu forte caráter pragmático impõe ao olhar do contratualista a necessidade de observar o fenômeno na realidade, esta pressuposta ao contrato, determinando – muitas vezes – a avaliação que é dada a certas obrigações, riscos, responsabilidades, garantias e contingências⁶². Assim, o contratualista pode encontrar auxílio na análise econômica do contrato para solucionar o problema diário dos contratos incompletos.

Pela série de exemplos e motivos descritos, o estudo da negociação contratual pode beneficiar-se do instrumental teórico da *Law & Economics*. A conduta dos negociantes – tema que daremos maior enfoque a seguir – passa a desempenhar um papel protagonista no instante contratual de coordenação de vontades. Para tanto, acreditamos que a adoção dessa compreensão teórica poderá oportunizar um aprendizado sobre o comportamento de agentes que resolvem se envolver em tratativas com fins de entabular um contrato.

⁶² FERNANDES, Wanderley (Org.) **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 206.

3 A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA

3.1 A convenção de arbitragem : compromisso arbitral e cláusula compromissória

A Lei 9.307/96 trata, no seu Capítulo II, da convenção de arbitragem, gênero do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Ambos os institutos tem a função de deslocar a controvérsia do âmbito público, através do Judiciário, para o âmbito privado, através de uma câmara arbitral.

Diferentemente de outros países, como a Espanha⁶³, por exemplo, o legislador pátrio optou por fazer uma distinção clara entre as duas formas por meio das quais os contratantes submetem a questão conflituosa à apreciação do árbitro. A diferença entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral é em que momento o conflito passa a ser resolvido no juízo privado – se antes do conflito nascer ou no momento em que ele surge.

O compromisso arbitral, regulado expressamente nos artigos 9º ao 12º, trata do conflito presente. A controvérsia é remetida ao âmbito arbitral depois que a controvérsia já existe. Não está, portanto, inserido no contrato e será celebrado mediante instrumento particular, com a presença de duas testemunhas, ou instrumento público, conforme o art. 9º, §2º da Lei 9.307/96.

Ao compromisso são facultados alguns elementos diferentes da cláusula compromissória. É permitido que conste o local (ou locais) onde ocorrerá a arbitragem⁶⁴; a autorização da apreciação da disputa e decisão por

⁶³ A lei espanhola de arbitragem, mais recente do mundo, não faz distinção entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, denominando ambas as formas sob o termo “*convenio arbitral*”. O debate em torno da opção deste nome pelo legislador espanhol sugere que escolha da expressão “*convenio*” faz referência a uma homenagem mais ampla à autonomia da vontade por facultar aos entes privados a via privada de composição em inúmeras relações que antes sofriam resistência à aceitação da arbitragem, como é o caso da relação de consumo. OLIVEIRA, Celso Marcelo de. Arbitragem na relação de consumo. Solução para desafogar o nosso Poder Judiciário. **Revista Jus Vigilantibus**, São Paulo. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/15755>>. Acesso em 15 de setembro de 2010.

⁶⁴ Diferentemente do local onde será prolatado o laudo arbitral, o procedimento não precisa ocorrer em um só lugar. Ora provas são produzidas em uma localidade; ora realiza-se audiência na sede ou domicílio de uma das partes; ora uma testemunha é ouvida no seu domicílio, por exemplo.

equidade; o prazo para apresentação da sentença; a fixação dos honorários; as regras aplicáveis – indicação da lei nacional ou regras corporativas; e a declaração de responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem⁶⁵. Já o lugar em que será proferida a sentença, bem como a matéria que será analisada, a qualificação das partes, dos árbitros e da instituição arbitral, se houver, são elementos que devem constar obrigatoriamente.

A cláusula compromissória – tema central do presente trabalho - está especificamente regulada entre o artigo 4º e o artigo 8º da referida lei. Possui um formato pactual que remete o conflito que porventura surja no meio da relação contratual à apreciação de um tribunal arbitral, retirando-o da apreciação do Poder Judiciário no que concerne o mérito da disputa. Não há conflito instaurado quando a cláusula compromissória é celebrada; o que existe é o endereçamento do litígio, quando vier a surgir, ao tribunal privado. Esse dispositivo instrumental em particular não tem uma disputa ainda existente a alcançar; os contornos de qualquer controvérsia ainda estão por ser desenhados quando a cláusula compromissória é inserida em um contrato.

Até a promulgação da Lei de Arbitragem, a cláusula compromissória era vista como um pré-contrato⁶⁶ de compromisso, ou seja, as partes signatárias se comprometiam a celebrar o compromisso arbitral quando viesse a ocorrer o conflito. Não havia, até antes da promulgação da Lei de Arbitragem (Lei 3.907/96), qualquer técnica específica para a execução e cumprimento da cláusula. O tratamento jurídico dado ao instituto em nada se diferenciava do tratamento dado ao compromisso arbitral. A legislação não apontava qualquer previsão de emprego de meios específicos para forçar a parte recalcitrante a submeter o conflito ao juízo arbitral. O artigo 5º da Lei, no entanto, deu autonomia à cláusula, prescindindo da necessidade de firmar qualquer outra convenção em um momento futuro da relação.

⁶⁵ Art. 11, I e II, Lei 3.907/96.

⁶⁶ PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Ano 2 – nº 4, janeiro – março, 2005, p. 34 – 47.

Poder-se-ia afirmar que a cláusula compromissória assumiu certo protagonismo⁶⁷ na Lei de Arbitragem com a via executiva própria, independente da necessidade do compromisso, que veio a desempenhar um papel secundário na solução privada de conflitos. Diante da força atribuída a ela, de ser bastante para a instauração do procedimento arbitral, viu-se necessidade de dar resposta eficaz e rápida à resistência – por qualquer das partes – de instituir o tribunal arbitral. Com a edição da Lei, o art. 7º passou a oferecer um remédio próprio à questão da recalcitrância: a cláusula compromissória possui agora execução específica, desde que ela seja – segundo terminologia arbitral – uma “cláusula cheia”, i.e., uma cláusula de cuja simples leitura depreende-se os efeitos bastantes que dela emanam para a instituição da arbitragem. A escolha legislativa em dar tratamento especial e diferenciado à cláusula é fruto do contexto em que a norma foi produzida: a opção pelas arbitragens institucionais (em detrimento das arbitragens *ad hoc*) e o cuidado em produzir cláusulas completas, a fim de possibilitar a consolidação do instituto⁶⁸.

A cláusula compromissória completa ou “cheia” tem o condão de ser suficiente e bastante para instituir a arbitragem⁶⁹. Clareza e precisão, portanto, fazem-se necessárias ao redigi-la; afinal, não se pretende ver a disputa ser resolvida no Poder Judiciário quando se decide inserir o dispositivo no contrato, daí a imprescindibilidade da redação inequívoca da cláusula, a não deixar qualquer dúvida ou interpretação divergente daquela que as partes contratantes lhe querem conferir, sob pena de não atender à materialização das suas expectativas e à sua real vontade ao entabular o contrato.

Uma cláusula cheia deve conter elementos básicos, como o número de árbitros⁷⁰, as regras da arbitragem⁷¹, o idioma empregado durante procedimento, a sede (local), a natureza dos conflitos a serem resolvidos (os limites da arbitragem), a autorização para decisão por equidade⁷² e qualquer

⁶⁷ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed. red., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 54.

⁶⁸ PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Ano 2 – nº 4, janeiro – março, 2005, p. 34 – 47.

⁶⁹ PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Ano 2 – nº 4, janeiro – março, 2005, p. 34 – 47.

⁷⁰ Preferencialmente ímpar, em decorrência da possibilidade de empate no painel arbitral.

⁷¹ Ou à instituição cujas regras serão utilizadas.

⁷² Art. 2º, Lei 3.907/96.

outro detalhe que as partes julguem providente deixar consignado no instrumento. Uma cláusula padrão pode apresentar a seguinte redação:

Toda e qualquer controvérsia que surgir da interpretação ou execução do presente contrato será resolvida através de arbitragem, de acordo com as normas do Regulamento de arbitragem da (nome da câmara arbitral), por ____ árbitro(s), nomeado(s) conforme o disposto no referido Regulamento. A arbitragem será realizada em ____ (cidade) e será conduzida no idioma _____.

All disputes arising out of the interpretation or execution of this contract shall be settled in accordance with the rules of the (nome da câmara arbitral), by ____ (número de árbitros), appointed pursuant the above mentioned rules. The arbitration will be held in _____ (cidade) and will be conducted in _____ (idioma).⁷³

Além disso, é necessário observar o dever de cooperação e de proteção mútua na confecção da cláusula. Ainda que, na fase pré-contratual, nenhum dos dois deveres precisa necessariamente estar configurado⁷⁴, ambos decorrem do princípio da boa-fé objetiva⁷⁵, elemento que deve nortear as negociações, uma vez que a confiança – sempre presente nas relações negociais – é condição *sine qua non* para o estabelecimento de qualquer coordenação contratual⁷⁶.

A constitucionalidade da Lei de Arbitragem foi analisada pelo Supremo Tribunal Federal apenas em 2001, no julgamento da SE 5.206⁷⁷. Por sete votos a quatro, a corrente vencedora entendeu que o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal representa um direito à ação, mas não um dever, podendo, portanto, as partes ofertarem a apreciação da controvérsia a um ente privado.

⁷³ CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil. **Cláusula compromissória padrão recomendada pela Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil**. Disponível no site: <http://www.camarb.com.br/areas/subareas_conteudo.aspx?subareano=86>. Acesso em 15 de novembro de 2010.

⁷⁴ Lemes, Selma Maria Ferreira. **Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade: abordagem no direito internacional, nacional e comparado, jurisprudência**. São Paulo: LTr, 2001, p. 51.

⁷⁵ MARTINS-COSTA, Judith H. **A Boa-Fé no Direito Privado – Sistema e Tópica no Processo Obrigacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

⁷⁶ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 237

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Sentença Estrangeira nº 5.206**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 12 de dezembro de 2001.

Desde então, muitas das dúvidas de natureza processual da arbitragem foram esclarecidas pelos tribunais, na sua atividade jurisprudencial⁷⁸. Mesmo o Código de Processo Civil, que sofreu substanciais alterações, suscitaram questões que tiveram de ser elucidadas pelo trabalho dos juízes. Os tribunais, assim, cumpriram seu papel educativo⁷⁹ e fortaleceram a cultura da arbitragem no Brasil.

A arbitragem, celebrada pelas duas formas admitidas no ordenamento brasileiro, é uma opção sedimentada e válida na atualidade. Algumas características que a tornam própria, dentro do espectro de possibilidades dos métodos alternativos de resolução de conflitos, mostram-se como vantagens de que as partes pretendem se beneficiar. Discute-se ainda sobre a sua aplicação no campo do direito do trabalho⁸⁰; nas relações de consumo; nos contratos administrativos e nas controvérsias fiscais. Mas a atividade comercial já encontra terreno fértil e seguro na utilização da via privada de solução de disputas, própria do dinamismo dos negócios e da atual conjuntura econômica brasileira.

3.2 As vantagens e as desvantagens da inserção da cláusula compromissória

Há que se apontar quais os benefícios de se optar pela arbitragem. Afinal de contas, quais as vantagens de querer ver sua controvérsia resolvida por um árbitro e não por um juiz? À primeira vista, a inserção da cláusula compromissória em um contrato de compra e venda implicaria em um dispêndio de recursos a mais. Mas contrariando a lógica comercial, gastos desnecessários devem ser evitados e, assim, qualquer contratante que não

⁷⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo, Primeira Câmara de Direito Privado. **Apelação nº 994030602870**. Relator: Des. Elliot Akel, julgado em 25 de julho de 2010 e BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Décima Sétima Câmara Cível. **Agravo de Instrumento nº 70036347342**. Relatora: Des. Elaine Harzheim Macedo, julgado em 15 de julho de 2010.

⁷⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed. red., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 23.

⁸⁰ LEMES, Selma Maria Ferreira. O Uso da arbitragem nas relações de consumo. **OAB – SP**, 26 de julho de 2006. Disponível em <http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id_noticias=93>. Acesso em 07 de outubro de 2010

veja as vantagens de se resolver a disputa por um procedimento privado poderia rechaçar de plano a ideia da arbitragem.

A situação de um advogado, em um primeiro momento, impõe-se contraposta a dos negociantes⁸¹. Ele deve permanecer equidistante da euforia dos contratantes com o negócio fechado. É tarefa dele se certificar de que o contrato será cumprido. Não deverá haver recalcitrância do outro lado da relação contratual. Na qualidade de defensor dos interesses de seu cliente, deve então desempenhar o papel de verdadeiro arquiteto da transação: a ele compete desenhar a relação obrigacional de maneira que as obrigações no instrumento contidas serão prestadas voluntariamente e, no caso de inadimplência, que o cumprimento dessas obrigações se faça exigido pela autoridade competente.

A tarefa de trazer as partes a um acordo e, ao mesmo, certificar-se de o vínculo obrigacional esteja forte e claro a ambos os pólos deve ser desempenhada com cuidado e sutileza. Não raras são as vezes que as exigências de um ou outro contratante – orientados pelos seus advogados – tornam inviável a aproximação entre os negociantes⁸². Os termos em que são colocadas as exigências de um e de outro podem ser de tal maneira rigorosas, que a parte contrária hesita em vincular-se a um contrato que impõe um arranjo obrigacional tão estrito⁸³.

Para além desse desafio, há a necessidade de lembrar consigo, durante todo o período de negociação do contrato, que o advogado deve privilegiar a máxima expressão de vontade de seu(s) representado(s). Tal lição⁸⁴ deve dar a escoreta configuração a todas as cláusulas do contrato, não apenas para a cláusula compromissória.

Não raras são as vezes em que o advogado se coloca em posição contrária a do seu cliente, evitando tomar parte na euforia dos contratantes, que celebram o sucesso da negociação. Nessa fase contratual, o advogado

⁸¹ PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Ano 2 – nº 4, janeiro – março, 2005, p. 34 – 47.

⁸² PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Ano 2 – nº 4, janeiro – março, 2005, p. 34 – 47.

⁸³ GARCEZ, José Maria Rossani. **Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 53

⁸⁴ PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Ano 2 – nº 4, janeiro – março, 2005, p. 34 – 47.

deve se certificar de que o mecanismo escolhido para dirimir controvérsias advindas daquela relação seja eficaz. Ao mesmo tempo, deve privilegiar a vontade dos contratantes, deixando-lhes expressar sua escolha pelo mecanismo de resolução de disputas.

O cuidado em obter o máximo benefício da relação contratual pode ser entendido como parte do *comportamento estratégico*. Dentre diversas posições assumidas durante a fase de negociação, o comportamento estratégico pode ser definido como o comportamento que a parte assume para obter a melhor alocação de recursos para si em detrimento do ganho global que aquela relação pode oferecer⁸⁵. Embora indesejável, esse fenômeno garante a maximização do bem-estar das partes.

Para que essas escolhas individuais, tais como a inserção ou não de um mecanismo de resolução de disputas privado, sejam conquistadas, a parte assume custos que deve entender melhor para si para beneficiar-se. Esses custos levam em consideração tão-somente as vantagens de um dos pólos, e não os ganhos totais da relação.

Com a noção do comportamento estratégico em mente – suas conseqüências positivas para o ganho individual e suas desvantagens no ganho total – os negociantes precisam tomar ciência do que implica envolver-se em uma disputa. Independente do desfecho da relação, a litigiosidade poderá comprometer o relacionamento futuro das partes, as negociações, a reputação dos envolvidos e, como resultado, os ganhos que cada um auferirá ao término do contrato. Por isso, faz-se imprescindível calcular, ao momento de ingresso na relação contratual, os custos de litigiosidade e a melhor maneira de gerenciá-los.

Para tanto, há que se observar a viabilidade da opção arbitral. Qualquer dos métodos alternativos de resolução de conflitos traz consigo vantagens e desvantagens. A arbitragem possui as suas, que precisam ser apontadas.

Via de regra, a arbitragem não é um procedimento barato. Geralmente, envolve custos que devem ser pagos de imediato para que o

⁸⁵ KATZ, Avery. The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 89, n. 2, p. 215 – 295, novembro, 1990.

procedimento se instale. Embora o procedimento judicial também apresente taxas e custas que devem ser pagas para dar início à apreciação da causa, o procedimento arbitral apresenta custos imediatos, em montantes geralmente significativos, que devem ser pagos em um único momento. À primeira vista, portanto, a arbitragem parece ser um processo “mais caro” que o processo judicial.

Os custos de um processo variam caso a caso: a produção de provas, a realização de audiências em cidades distantes, a expedição de cartas e documentos – é longa a lista de fatores que aumentam o dispêndio de recursos. Na arbitragem, não é diferente. A sede da arbitragem, por exemplo, pode levar os custos do processo a níveis mais elevados do que se previra ao instalar o procedimento. A produção de provas técnicas e a participação de peritos muito especializados também elevam ainda mais o custo do procedimento privado. Há ainda os fatores que encarecem o processo judicial (diligências externas, viagens, envio de documentação etc.), do qual não foge à regra a arbitragem. Somem-se a isso os honorários do árbitro, que – ao contrário do procedimento judicial – não tem o amparo na prestação jurisdicional estatal, fazendo com que o contribuinte não concorra no pagamento dos vencimentos, como no caso do juiz. O árbitro é ente privado que recebe remuneração e honorários. Portanto, seu custo é repassado ao custo total da arbitragem, que será suportado pela parte sucumbente. Além disso, para que ocorra a instalação da arbitragem, é necessário que uma taxa inicial seja paga, o que leva o custo total do procedimento a aumentar mais ainda.

Além disso, a arbitragem não está livre de inidoneidades. Há poucos mecanismos que asseguram a imparcialidade, a competência e o profissionalismo dos árbitros privados. A execução do laudo arbitral não necessita homologação e basta como título executivo. Salvo ofensa flagrante à ordem pública, não há como anular a sentença. Tráfico de influências, ameaças ou qualquer tipo de conduta reprovável da qual não se tenha prova passa a ser inatacável depois que o árbitro ou o corpo de árbitros proferiu o laudo. Há que se tomar cuidado para evitar dissabores durante a arbitragem, portanto.

Câmaras com já notória reputação construída podem aumentar a confiança que as partes tem na idoneidade do procedimento. Além disso, a preferência por câmaras que contenham um corpo de árbitros já cadastrados e reconhecidos diminui as chances de haver alguma conduta reprovável ou questionável.

Por fim, a composição trinária de árbitros, sendo dois árbitros escolhidos pelas partes e o terceiro, pelos árbitros anteriormente escolhidos, faz com que haja vigilância e supervisão cruzadas de ambos os pólos da lide. Considerando que há interesse de ambas as partes em ter um julgamento de qualidade, em que todo o material probatório produzido durante o curso do procedimento arbitral seja apreciado, a supervisão dos árbitros ocorrerá por conta do litigante do pólo oposto ao de sua indicação.

No entanto, as principais desvantagens ora elencadas devem ser postas em comparação com as vantagens da arbitragem. A cláusula compromissória só deve ser incluída depois de levadas em conta as especificidades do contrato. Não é em qualquer contrato que convém o procedimento arbitral, pois a arbitragem encontra restrições relativamente bem delineadas⁸⁶. Ainda assim, contratos de compra e venda, envolvendo somas vultosas, cujos negociantes possuem estratégias competitivas que não permitem dispêndio significativo de tempo para resolver questões controversas, podem considerar a arbitragem uma alternativa viável. Dessa maneira, é necessário que se entenda não apenas quais as possíveis desvantagens que a arbitragem pode trazer, mas também as suas vantagens.

Já dissertamos a respeito do custo da arbitragem. No entanto, o que pode ser de um custo mais elevado se mostra, na verdade, um custo apenas aparentemente maior na maioria dos casos. Isso porque a arbitragem tende a durar muito menos do que o procedimento judicial.

É de amplo conhecimento que o Poder Judiciário, em todos os estados da federação, está abarrotado de processos. O período de tramitação

⁸⁶ Como já mencionado, alguns contratos – tais como administrativos, de consumo e trabalhistas – tem uma maior restrição ao emprego da arbitragem.

de um processo no Rio Grande do Sul dura, em média, de 4 anos⁸⁷; já no estado de São Paulo, esse período passa a ser de 6 anos⁸⁸. E em outros estados, essa média permanece igualmente elevada⁸⁹. Devido a essa demora na resolução dos conflitos⁹⁰, o processo – que inicialmente teria um custo menor – acaba por internalizar custos que não estavam incluídos no momento de ingresso da ação.

Não bastassem todos os custos que o processo já traz consigo, como a necessidade de produção de provas, a expedição de cartas precatórias e rogatórias, a tradução de pareceres e instrumentos, o reconhecimento público de documentos etc., o processo ainda carrega os custos de sucumbência ao derrotado e a estipulação dos honorários. Mais ainda: os honorários contratuais cobrados pelos advogados⁹¹ tendem a atingir valores extremamente altos com o prolongamento da vida processual.

Assim, o montante, que era calculado com determinados valores no início do percurso processual, passa a sofrer adicionais com o passar do tempo. Já ao contrário do procedimento judicial, o procedimento arbitral se encerra em um período mais curto na maioria das vezes. Quando muito, a arbitragem pode durar até três anos⁹². O tempo de duração tomado para que

⁸⁷ ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. Tempo de Duração do Processo. **Instituto Innovare**, VI Edição – 2009. Disponível em: < <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/tempo-de-duracao-do-processo/>>. Acesso em 12 de setembro de 2010.

⁸⁸ ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. Tempo de Duração do Processo. **Instituto Innovare**, VI Edição – 2009. Disponível em: < <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/tempo-de-duracao-do-processo/>>. Acesso em 12 de setembro de 2010.

⁸⁹ Apesar deste trabalho não ter como escopo discorrer longamente sobre o assunto, pode-se apontar algumas causas que levam ao volume infundável de processos que tramitam e ingressam nos judiciários estaduais – incentivos à litigância pelo uso indiscriminado da assistência judiciária gratuita, a falta de outras vias de composição, a concepção de Estado paternalista etc. são algumas das razões apontadas para o abarrotamento da via judicial. ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. Tempo de Duração do Processo. **Instituto Innovare**, VI Edição – 2009. Disponível em: < <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/tempo-de-duracao-do-processo/>>. Acesso em 12 de setembro de 2010.

⁹⁰ Há que se apontar também o excesso de recursos à disposição das partes, que os utilizam, muitas vezes, com fins manifestamente protelatórios, demorando na satisfação do direito.

⁹¹ Embora dependa do sistema de cobrança de honorários utilizado pelo advogado da parte, alguns escritórios de advocacia, tendo em mente a questão da demora do processo, busca utilizar estrategicamente um formato de cobrança baseado em *timesheets* ou tempo gasto com o processo em questão. Dessa forma, acaba se tornando mais rentável à firma ter o processo um razoável tempo de vida no Poder Judiciário, a fim de poder torná-lo lucrativo.

⁹² VAZ, Gilberto José e NICOLI, Pedro Augusto. Tempo é dinheiro: uma visão analítica econômico-financeira de custos e prazos de litígios. **CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil**. Disponível em

< <http://www.camarb.com.br/informativos/detalhes.aspx?informativono=68>>. Acesso em 10 de agosto de 2010 e ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. Tempo de Duração do Processo.

os conflitos sejam dirimidos representa vantagem significativa em relação ao pedido que ingressa no Poder Judiciário. Em geral, pode-se afirmar que o período de vida médio de um procedimento arbitral é de um ano. Há, inclusive, câmaras arbitrais que oferecem serviços de resolução de conflitos em até três meses⁹³.

Comparativamente a um processo de duração extensa, a arbitragem acaba por se mostrar mais vantajosa pelo fato do procedimento arbitral alcançar seu término em um período de tempo mais curto. As partes vêem economia nos gastos com honorários advocatícios contratuais. O período em que os representantes ficam debruçados sobre a causa em questão é menor, e assim, a cobrança do tempo gasto com o processo também.

Nessa esteira, contratos que versem sobre questões estratégicas de competição – como o lançamento de uma promoção relâmpago, a entrada em um novo mercado, uma parceria entre concorrentes para competir com uma terceira rival – devem ter seus conflitos rapidamente resolvidos.

Um exemplo que se pode apontar é o caso das empresas que atuam no ramo da tecnologia de comunicações. A venda de celulares atinge quase que a totalidade da população brasileira. A concorrência é manifestamente forte e exemplo disso é o número de novos aparelhos e promoções que são colocadas à disposição do consumidor todo ano.

Em um mercado com essas características, a resolução rápida de qualquer controvérsia é fator que oferece vantagem competitiva a empresas do ramo. Quanto mais rápido suas questões estiverem resolvidas, maior sua adaptação para obtenção de uma fatia maior de mercado.

Com um cenário desses, a arbitragem desempenha enorme benefício tático em relação ao processo judicial. O ingresso no Poder Judiciário congelaria parte dos ativos de um ou outro negociante, inviabilizando possíveis investimentos, internalizando custos, repassando-os ao destinatário final e, até

Instituto Innovare, VI Edição – 2009. Disponível em: < <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/tempo-de-duracao-do-processo/>>. Acesso em 12 de setembro de 2010.

⁹³ Como é o caso da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem. Tabela de Dustas da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem. **Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem**, 1º de fevereiro de 2009. Disponível em < <http://www.fgv.br/camara/principal/index.asp>>. Acesso em 21 de outubro de 2010.

mesmo, impossibilitando o negociante de ingressar em determinadas relações comerciais.

Ademais, o Poder Judiciário não oferece a possibilidade de tratar processos desta natureza – execução de patrimônio disponível de pessoas jurídicas - com confidencialidade⁹⁴. Assim, uma vez que a empresa tenha ingressado com uma ação pela via judicial, ela corre o risco de ver sua lide transformada em notícia, o que pode potencialmente lhe causar perdas, já que sua imagem estará associada a um fato negativo e seu patrimônio disponível em bolsa de valores pode sofrer queda por falta de compradores.

A imagem de uma empresa que ingressa no Judiciário com uma causa de valor muito elevado chama os holofotes da imprensa de maior circulação e ocorre o fenômeno de publicidade negativa, independente da decisão judicial. A influência se percebe na queda imediata das vendas e, posteriormente, na desvalorização dos seus papéis que porventura são negociados em bolsa⁹⁵.

A arbitragem, por ser manifestação da vontade das partes, tenta preservar a imagem dos litigantes envolvidos e busca não expor a questão controversa para outros que não estes. Por isso, a confidencialidade das informações divulgadas em um procedimento arbitral é fator que se mostra como vantagem da arbitragem em relação ao procedimento judicial.

Os dados revelados pelos integrantes dos pólos processuais acabam sendo repassados a outros entes. Torna-se pública informação estratégica. Toda a informação prestada e dividida em audiência arbitral deve permanecer sigilosa. Assim trata a maioria dos regulamentos de câmaras arbitrais⁹⁶. Com isso, os integrantes do procedimento privado podem divulgar

⁹⁴ Como regra, o processo judicial é público e de acesso a qualquer cidadão. Assim, em tese, toda a informação contida nos autos será de conhecimento de quem esteja interessado. A confidencialidade das informações estratégicas de alguns negociantes resta prejudicada, portanto. Há casos, entretanto, em que a intimidade das partes é preservada, tais como no processo de família, nos casos de violência doméstica e nas varas de infância e juventude. Contudo, como se pode perceber, isso em nada tem a ver com a confidencialidade das informações contidas em processos em que se discute quebras de contratos empresariais.

⁹⁵ MIGUEL, Helio. As vantagens da arbitragem para desavenças nas empresas. **Paraná - Online**, Curitiba, 23 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/editoria/cidades/news/411273/>>. Acesso em 05 de setembro de 2010.

⁹⁶ Essa disposição consta em regulamentos das principais câmaras arbitrais do Brasil, tais como Câmara de Comércio Brasil – Canadá, Câmara de Mediação e Arbitragem – Arbitac,

dados que, na via judiciária, acabariam repercutindo negativamente nas relações como um todo daquela parte.

Há ocasiões em que a parte litigante prefere celebrar acordos não tão satisfatórios ao ter que revelar informações importantes durante o processo judicial. Estrategicamente, considerando as externalidades negativas com publicidade indesejada, um acordo insatisfatório mostra-se melhor do que a sentença favorável que divulga dados e informações sigilosas. Setores que envolvem a propriedade intelectual ou em disputas societárias vêem na confidencialidade uma vantagem significativa.

Há, porém, a discussão⁹⁷ em torno do *disclosure*, ou seja, do dever de divulgar informações no momento em que o contrato é formado. A cláusula compromissória, manifestação da expressa vontade dos contratantes, devem ser objeto da conduta de partes que agem em boa-fé. Assim, o dever de divulgação de informações de alta relevância durante o momento das negociações e da posterior vinculação contratual é uma obrigação da qual não escapa a cláusula compromissória.

Com o objetivo de eliminar assimetrias de informação desnecessárias, determinados dados que tocam às obrigações em jogo devem sofrer avaliação para haver ou não sua divulgação, a fim de que não haja surpresas no momento de instauração da arbitragem nem possibilidades de impugnação por parte do pólo contrário. Além disso, é preciso deixar os negociantes cientes dos terceiros que eventualmente possam vir a compor a lide.

Essas são algumas as fronteiras de divulgação que as informações sofrem em uma composição arbitral. Busca-se ao máximo preservar o tráfico de dados que ocorre em um procedimento privado. Com isso, diversos custos indiretos deixam de ser repassados aos contratantes, pois a confidencialidade é benefício que a arbitragem pode oferecer.

A escolha da sede da arbitragem também representa, em certa medida, um aspecto utilitário que essa via pode oferecer. Geralmente, a

Camarb – Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil, Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem etc.

⁹⁷ KRÖLL, Stefan. The “Arbitrability” of Disputes Arising From Commercial Representation. *In: MISTELIS, Loukas A. e BREKOULAKIS, Stavros L. Arbitrability: international & comparative perspectives*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2009, p. 317 – 350.

cláusula de eleição de foro não apresenta grandes surpresas e tem, como sede do conflito, a comarca em que as obrigações ocorrem ou o local em que o contrato foi firmado. Disputas internacionais, no entanto, mostram que essa cláusula assume particular relevo quando as partes não querem ver o conflito sendo resolvido na jurisdição da outra. A arbitragem, nesse sentido, assume uma posição neutra para resolução da controvérsia.

Questões operacionais, tais como o idioma utilizado durante o procedimento, dão contorno à manifestação de vontade das partes, expressão da autonomia privada que deve reger as relações entre os indivíduos. Em um aspecto mais geral, as regras que se aplicam à arbitragem – sejam os regulamentos da instituição arbitral escolhida, seja a convenção envolvendo apenas as partes – também se mostram como vantagens operacionais oferecidas pela inserção da cláusula compromissória.

Normalmente, são apontados, como árbitros, pessoas que atuam no ramo específico em que se deu a disputa. Por exemplo, litígios na área de operações que envolvam valores mobiliários terão apontados árbitros que atuam nesse mercado; é freqüente também a nomeação de árbitros engenheiros na área da construção civil. Profissionais experientes, que são chamados a compor o tribunal arbitral, tendem a apresentar um embasamento mais sólido às suas decisões. Em decorrência da sua *expertise*, o árbitro dá mais “qualidade” ao seu laudo, contribuindo para a percepção do instituto da arbitragem como uma via confiável de resolução de controvérsias.

Por fim, observa-se um comportamento dos agentes que tem utilizado a arbitragem no Brasil: o cumprimento espontâneo do laudo arbitral aumentou e esse fenômeno pode vir a significar maior confiança dos operadores de mercado na arbitragem. De maneira geral, pode-se inferir que a heterocomposição privada pode oferecer uma certa garantia de cumprimento das obrigações advindas do contrato. Isso decorre de diversos fatores, como o fortalecimento do instituto, a construção de reputação idônea de algumas câmaras arbitrais, o aumento da confiança dos agentes que optam pela arbitragem e a recepção positiva que ela vem tendo nos tribunais brasileiros. Isso assume importante relevo ao comerciante que pretende ver as obrigações

contratuais adimplidas e a necessidade de *enforceability* dos contratos encontra na arbitragem uma forte contribuição⁹⁸.

3.3 Benefícios de governança e custos de cumprimento

Podemos considerar difícil tratar do tema da arbitragem numa perspectiva teórica sem poder aplicar os mesmos conceitos ao processo judicial ordinário. O que difere o procedimento judicial do procedimento arbitral é *a maneira* como se obtém o pedido. Todas as características que a arbitragem apresenta são, quase todas, de igual verificação do procedimento comum. Suas vantagens residem no *como* que estas características funcionam.

Tentou-se explorar os proveitos que podem ser extraídos do emprego da via arbitral. Objetivou-se, com todas as vantagens elencadas apontar um único objetivo: a construção de uma estrutura contratual privada – que incluía, sobretudo, métodos privados de cumprimento das obrigações – é mais vantajoso às partes. O que a arbitragem traz em benefícios mostra apenas uma grande aplicação do instituto em relação ao processo que ingressa na via judicial – as regras que as próprias partes lançam mão para ver o contrato cumprido. Este cumprimento do contrato (*enforcement*) garante não apenas o adimplemento das obrigações, mas também favorece as negociações futuras, a reputação dos agentes e a reciprocidade dos deveres de cooperação⁹⁹.

Assim, podemos ver a arbitragem da perspectiva de um forte estímulo à criação de um conjunto de regras e procedimentos que apontam para o diligente cumprimento das obrigações contratuais. A maneira como se pretende fazer punir a parte inadimplente; o cálculo utilizado na fixação de indenização; o alinhamento dos árbitros com aspectos econômicos da empresa etc. Todas as pequenas expressões que o procedimento arbitral manifesta ao

⁹⁸ HYLTON, Keith N. Arbitration: governance benefits and enforcement costs. **Working Paper Series, Law and Economics Working Paper nº 04-09**, janeiro, 2004, p. 2.

⁹⁹ HYLTON, Keith N. Arbitration: governance benefits and enforcement costs. **Working Paper Series, Law and Economics Working Paper nº 04-09**, janeiro, 2004, p. 3.

longo do seu curso caracterizam a arquitetura de regras cujas feições foram desenhadas pelas próprias partes envolvidas na disputa.

Podemos designar de *benefícios de governança* qualquer grupo particular de regras que governarão as interações privadas a fim de trazer benefícios *ex ante* às partes envolvidas. Em outras palavras, podemos afirmar que uma regra contra a quebra contratual, se observada, trará um benefício *ex ante* igual ao custo total esperado de fazer cumprir a regra que evitaria a quebra contratual. A esses benefícios prévios, podemos referir como benefícios de governança.

Entretanto, para assegurar tais benefícios, as partes devem suportar alguns custos. Chamaremos de *custos de cumprimento* os custos internalizados pelos agentes ao incorrer em litígios para fazer com que a parte recalcitrante cumpra seus deveres contratuais. De outra maneira, os custos de cumprimento são o ônus suportado por um dos pólos da lide a fim de fazer valer a regra que foi criada por ambos os agentes para governar a sua interação contratual. Assim, temos:

Benefícios de governança	Custos de cumprimento
Vantagens auferidas pela inclusão de regras privadas no contrato que governarão a relação obrigacional.	Dispêndios incorridos pelos contratantes ao ter de forçar o cumprimento de uma regra privada em razão da recalcitrância do outro.

Quadro 2 – Definições de *benefícios de governança* e *custos de cumprimento*.

Com isso, podemos entender a opção pela arbitragem como um dado conjunto de regras que contém benefícios de governança e custos de cumprimento¹⁰⁰. Ou seja, vantagens auferidas pelas partes previamente pelo diligente cumprimento das obrigações contratuais e custos necessários para fazer com que as regras previamente estabelecidas sejam cumpridas.

¹⁰⁰ HYLTON, Keith N. Arbitration: governance benefits and enforcement costs. **Working Paper Series, Law and Economics Working Paper nº 04-09**, janeiro, 2004, p. 3.

O envolvimento de agentes em negociações contratuais que se prolongam no tempo, em contratos de longo prazo ou reiteradamente renovados, possibilita aos contratantes a comparação dos benefícios de governança privadas (em relação ao conjunto de normas do ordenamento, que chamaremos de *regras legais*) e os custos de cumprimento (nas resoluções de disputa privadas ou no Poder Judiciário – os custos de fazer cumprir uma regra, seja ela “legal” ou “privada”). Ambos estão na condição de apontar quais regras lhes são mais eficazes, quais são mais onerosas, quais são mais facilmente adimplidas e quais se tornam mais caras. Segue, a esse raciocínio, a ideia de que partes racionais¹⁰¹ e com razoável quantidade de informação tendem a renunciar a uma regra legal¹⁰² sempre o benefício de governança de tal regra for menor do que o custo de seu cumprimento.

Essa lógica leva-nos a um ponto em que nos confrontamos com a indagação a respeito do porquê alguém renunciaria a uma regra legal, mesmo que o custo de seu cumprimento seja maior do que o benefício trazido por ela.

Ocorre que mesmo que o benefício total de governança seja menor que o custo total de cumprimento (em outras palavras, que a vantagem de ter uma regra governando a relação seja maior do que o ônus de fazê-la ser cumprida), ainda seria o caso do indivíduo protegido pela regra legal estar “mais bem arranjado”¹⁰³ se o benefício trazido da regra privada¹⁰⁴ for maior do que o custo de cumprimento dela. Tomando como exemplo um par de negociantes que repetidas vezes celebraram o mesmo contrato (portanto, possuem informação suficiente sobre os comportamentos recíprocos), podemos assumir que um dos agentes pode abrir mão das regras legais para

¹⁰¹ Explicaremos melhor o conceito de “racionalidade estratégica” no terceiro capítulo.

¹⁰² A “regra legal” a que se faz referência aqui não se trata de uma regra que seja permitida no ordenamento e baseada em lei, como seria o caso da arbitragem. “Regra legal”, no termo aqui proposto, para fins de explicação do raciocínio, é a regra “pública”, emanada do ordenamento jurídico e aplicável à todos, em contraposição à “regra privada”, própria do direito privado, dos contratos e da arbitragem.

¹⁰³ Em inglês, *better off*. Daí a expressão.

¹⁰⁴ Como já foi explicado, “regra privada”, em contraposição à “regra legal”, alude a uma norma que atua sobre o particular, que escolheu, por manifestação de sua vontade, a incidência dela sobre suas obrigações. Embora o termo carregue alguma impropriedade por não se alinhar à definição jurídica clássica, trata-se uma tradução de *private rule* do idioma inglês, para explicar a diferença entre as regras do ordenamento que são abdicadas para aplicação de regras escolhidas pelas partes.

auferir um benefício *ex ante* se os custos de transação forem baixos¹⁰⁵. Já que o ganho global será aumentado pela renúncia das regras legais, parte das regras poderá ser abandonada¹⁰⁶, pois aumentará o bem-estar total das partes¹⁰⁷.

Na prática, o proveito que uma norma traz pode ser menor que o custo de seu cumprimento quando o dano que a outra parte causa ao não cumpri-la apresenta um custo tão irrisório que não justificaria a despesa de fazer o pedido de cumprimento em juízo. Daí deriva que a probabilidade de uma violação significativa da norma pode ser tão pequena que os benefícios estimados de governança da regra tornam-se claramente menores do que os custos estimados de cumprimento, gerados por pedidos frívolos¹⁰⁸.

Mesmo que as vantagens da governança da regra legal seja maiores do que os custos de seu cumprimento, ainda haverá incentivo para abrir mão da regra legal se a diferença entre os seus benefícios e o custo de sua aplicação não for suficientemente grande¹⁰⁹. Qualquer das partes do exemplo anterior, que reiteradamente celebram contratos, inadimplir com suas obrigações e realizar quebra de contrato, poderá sofrer retaliação da outra parte. Tal reprimenda poderá ocorrer pela não celebração de contratos futuros. Se essa conduta passar a ser o costume de um determinado grupo de comerciantes (norma social) e funcionar de maneira eficaz, a regra legal não representará um benefício substancial, ainda que o custo de fazê-la ser cumprida será a perda de diversos contratos (custo de cumprimento alto).

A arbitragem, neste cenário, serve de “foro alternativo” no qual as partes podem estruturar suas próprias regras e empregar seus próprios

¹⁰⁵ Trata-se de um exemplo em que se verifica o Teorema de Coase (COASE, Ronald H. The problem of the social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, vol. 3, p. 1-44, outubro, 1960).

¹⁰⁶ Esta manifestação só pode ocorrer se houver acordo a expressando. Assim, as partes prescindirão de algumas regras aplicáveis do ordenamento.

¹⁰⁷ Trata-se, a exemplo da nota 105, da aplicação do Teorema de Coase. Segundo a proposição, que, na verdade, é uma constatação e não um teorema, os mecanismos de interação privada prescindirão de uma entidade reguladora externa enquanto os custos de transação permanecerem baixo. Em outras palavras, as externalidades e ineficiências serão internalizadas pela negociação.

¹⁰⁸ SHUBIK, Martin. Game Theory: some observations. **Yale School of Management – Working Paper Series B**. Working paper nº 132, julho de 2000, p. 3.

¹⁰⁹ HYLTON, Keith N. Arbitration: governance benefits and enforcement costs. **Working Paper Series, Law and Economics Working Paper nº 04-09**, janeiro, 2004, p. 4.

métodos para cumprimento delas. A diferença entre os benefícios de governança privada e os custos de cumprimento das regras poderá, assim, ser grande, a fim de que valha a pena optar pela arbitragem em detrimento das regras legais ordinárias. A questão passa a ser como a arbitragem conseguiria “ampliar” essa diferença.

Uma das possibilidades de verificação de uma maior amplitude entre os benefícios e os custos é a aplicação de uma regra controversa. Qualquer regra que não tenha entendimento aplainado em um tribunal, ou que acarreta orientações diferentes dependendo da vara ou comarca em que é analisada, padece de incerteza jurídica. Um regime legal privado (arbitragem) que tenha um entendimento mais consolidado¹¹⁰ a respeito da esmerada aplicação de tal regra fornece à relação contratual um ganho maior pela diferença entre a vantagem e a o custo da inclusão da regra na coordenação contratual.

Por exemplo: em um dado caso qualquer, submetido a uma corte arbitral, houver a necessidade de se fixar o cálculo de lucros cessantes; o árbitro, profissional familiar com o ramo de atividade em que transitava o contrato, terá capacidade de apurar o melhor método de estipulação de indenização.

Da mesma forma, um painel composto de decisores mais preparados pode alterar os ganhos das partes quando entram em litígio. Considerando que um procedimento arbitral entenda que o ônus da prova necessita uma quantidade de evidências menor do que requereria caso fosse analisada em um tribunal, os custos de cumprimento passam a ser reduzidos. Ainda que não se ganhe em benefícios pela inclusão da regra privada, haverá economia dos custos necessários ao ingressar em um processo judicial para provar a inadimplência da outra parte.

Um outro aspecto que aumenta o benefício usufruído pelos contratantes ao optar pela arbitragem é o relativo curto tempo de litígio. Essa vantagem talvez seja, de todas, a mais evidente. Com a redução do período em conflito, ambos ganham pela economia de tempo, recursos e disposição. Além disso, haverá mais chance de manutenção de vínculos no futuro. Afinal, o

¹¹⁰ “Um entendimento mais consolidado” que se menciona, pode ser dado por inúmeros fatores, desde um maior número de julgados a respeito do tema até as práticas, costumes e usos negociais utilizados pelos que operam na área.

abarroamento do Poder Judiciário torna menos provável que os tribunais tenham o tempo e recursos necessários para alcançar o nível de sofisticação exigido de uma corte quando se trata de contratantes reiterados.

Com isso, podemos, em tese, apontar o regime arbitral como uma orientação contratual que confere aos envolvidos mais benefícios ao compará-los com seus custos. Embora essa assertiva não queira implicar necessariamente em baixos custos ou altos benefícios, essa relação tende a expressar um ganho maior às partes quando se comprometem em inserir um dispositivo arbitral (cláusula compromissória) nas regras que governarão a relação entre elas. Assim, torna-se possível afirmar que o contrato e a relação contratual se tornará “melhor” a ambos se o terreno onde ocorrerá a disputa for a arbitragem.

4 A TEORIA DOS JOGOS

4.1 Aspectos preliminares da teoria dos jogos

Em dezembro de 1942, o alto comando de guerra japonês decidiu transferir um maciço reforço da China e do Japão para Lae, em Papua-Nova Guiné. Com isso, os japoneses teriam mais tempo para se recuperarem da derrota que sofreram em Guadalcanal e prepararem suas fileiras para novas investidas que se avizinhavam. Contudo, a movimentação de um volume desse porte (inúmeros batalhões) pelo mar ficava suscetível aos ataques aéreos dos aliados.

Ainda assim, os generais japoneses julgaram melhor reunir oito destróieres, oito transportadores de tropas e mais cem aviões de escolta para a operação. A frota japonesa partiu de Rabaul, também em Papua-Nova Guiné, em 28 de fevereiro de 1943, transportando em torno de 6.900 soldados para reforçar suas linhas de defesa em Lae, e navegando à velocidade máxima.

A geografia do local permitia a adoção de duas rotas apenas: a rota sul, que àqueles dias, apresentava céu limpo, tempo bom e excelente visibilidade; e a rota norte, em que o tempo não estava satisfatório e havia baixa visibilidade. Sabia-se, pela inteligência japonesa, que as tropas aliadas dispunham de aviões de reconhecimento para pesquisar somente uma rota de cada vez, sendo que a busca deveria encampar um espaço que lhes tomava um dia inteiro de investigação.

Dessa forma, se os aliados enviassem seus aviões de reconhecimento para a rota certa, poderiam começar o ataque em seguida. Porém, se mandassem os aviões para a rota errada, perderiam um dia de bombardeios, que poderia ser crucial para o sucesso da operação. Os aliados também tinham conhecimento de que se os japoneses escolhessem o sul e fossem localizados de imediato, o bom tempo garantiria três dias de bombardeio. Todavia, se os japoneses tivessem escolhido a rota norte, mesmo que os aliados os localizassem logo no primeiro dia de buscas, o mau tempo permitiria apenas dois dias de bombardeio.

Para os aliados, portanto, o melhor que lhes poderia acontecer seria se enviassem os aviões de reconhecimento para a rota sul e os japoneses tivessem escolhido justamente essa rota. Isso lhes daria três dias de ataque ao comboio – o tempo máximo que lhes era possível atacar. Por outro lado, o pior a lhes ocorrer seria de escolherem a rota sul no primeiro dia e os japoneses terem adotado a rota norte – os aliados perderiam um dia pelo mau tempo da rota norte, dispondo apenas de um dia para bombardear o comboio.

No caso dos japoneses mandarem seus batalhões pela rota norte e os aliados também mandarem os aviões por essa rota, os aliados perderiam apenas um dia de bombardeio devido ao mau tempo, tendo dois dias a sua disposição para atacar o comboio. Por último, se os japoneses escolhessem o sul e os aliados começassem a sua busca pelo norte, perderiam um dia em função do engano e teriam dois dias de bombardeio efetivo à sua disposição.

Dada essa situação, os generais aliados deveriam escolher cuidadosamente qual o caminho a percorrer, sob pena de dar tempo às fileiras inimigas para se fortalecer e esperar pelo pior.

O final desse episódio deu-se da seguinte maneira:

Em 1º de março, o comboio japonês foi avistado por um bombardeiro de patrulha B-24 Liberator. No primeiro dia de buscas, os aliados tinham enviado seus aviões de reconhecimento para a rota norte e encontraram os japoneses ainda no primeiro dia. Após esse primeiro contato, bombardeiros pesados norte-americanos foram enviados, mas não conseguiram localizar o comboio japonês devido ao mau tempo.

No dia 2 de março, houve novo contato visual com o comboio e vários B-17 Fortalezas Voadoras atacaram, afundando navios de suprimento e transporte. De 1.500 soldados que estavam sendo transportados em um dos navios, sabe-se que 700 morreram. Dois destróieres – o *Yukikaze* e o *Asagumo* – se anteciparam ao comboio para desembarcar os sobreviventes que conseguiram recolher em Lae, retornando mais tarde. Enquanto isso, ao entardecer e durante a noite do dia 2, o comboio sofreu bombardeios esporádicos.

O dia 3 de março foi o pior. Inicialmente, às 10 horas da manhã, Fortalezas Voadoras bombardearam os navios japoneses a média altitude,

fazendo com que os navios japoneses se dispersassem para reduzir os danos, atrasando a viagem. Em seguida, 13 Beaufighters atiraram com seus quatro canhões de 20 milímetros e seis metralhadoras, avariando as armas antiaéreas dos navios japoneses, comprometendo os transportadores e provocando grandes baixas no exército inimigo. Seguiram-se bombardeios de 13 US B-25 Mitchells, lançamento de torpedos de aviões B-25 modificados para ataques a baixa altitude, ataques de aviões USAAF A-20 e novos bombardeios de B-17. À tarde, houve mais ataques com aviões Mitchells e RAAF Bostons.

O resultado das baixas japonesas puderam ser contabilizados no mesmo dia: foram afundados todos os transportadores de batalhões, armas e suprimentos, juntamente com os destróieres *Shirayuki*, *Arashio* e *Tokitsukaze*. O destróier *Asagumo*, que se antecipara, foi destruído posteriormente, ao se envolver em um novo combate enquanto recolhia os sobreviventes do *Arashio*.

Depois do massacre do realizado, os aliados continuaram – por dois dias – bombardeando o local para afundar os barcos salva-vidas e as missões de resgate japonesas. Houve, evidentemente, quebra do protocolo estabelecido na Convenção de Genebra de 1906, que estendia as obrigações estabelecidas na primeira convenção à batalha naval, mas os norte-americanos justificaram as suas ações afirmando que os sobreviventes, se resgatados, poderiam ser rearmados e enviados à linha de combate. Ao final do episódio, calcula-se que o Comando de Guerra japonês havia sofrido uma baixa de 2.900 homens.

Diante de tal desfecho, pergunta-se: como os aliados obtiveram tanto êxito na sua missão?

O episódio, que ficou conhecido como “Batalha de Bismarck”, apresentava diversas circunstâncias que tornavam o painel descrito extremamente mais detalhado e complexo. Os detalhes que foram aqui relatados são apenas pontos importantes da batalha em questão. O importante é notar a possibilidade de observar o episódio e a escolha dos aliados através de um modelo.

Um modelo é uma simplificação de uma situação real que apresenta apenas algumas características que são (julgadas) importantes para aquele

modelo específico. O melhor exemplo para aprender essa lição é, talvez, pensar na utilização de um mapa.

Um mapa nada mais é do que uma representação da realidade com dados de informação relevantes para aquela necessidade específica. Assim, um mapa rodoviário irá destacar as estradas e desvios possíveis para quem se utiliza de um automóvel; um mapa topográfico ressaltará o relevo de determinada região; um mapa climático apresentará as principais correntes térmicas, as zonas e temperaturas médias das regiões. Todos são representações simplificadas de um objeto específico que possui muitos outros elementos na sua realidade. A questão está em que aspectos, características ou fatos pretende-se sublinhar.

No caso de uma situação estratégica como a relatada anteriormente, entre os aliados e os japoneses, alguns elementos são propositadamente destacados, enquanto outros são omitidos. Os elementos destacados, obviamente, foram-no, pois se julgou importante destacá-los; os omitidos, não.

No caso da Batalha de Bismarck, o importante a se sublinhar foi os dias de bombardeio à disposição dos aliados e as rotas possíveis de se adotar. Todas as possibilidades que poderiam ocorrer (e que foram relatadas alguns parágrafos acima) poderiam ser resumidas na Tabela 3.a.1:

	Comboio Japonês	
Forças Aliadas	Rota Sul	Rota Norte
Busca Rota Sul no 1º Dia	3 dias de bombardeio	1 dia de bombardeio
Busca Rota Norte no 1º Dia	2 dias de bombardeio	2 dias de bombardeio

Quadro 3 – A Batalha do Mar de Bismarck¹¹¹.

O Quadro 2, ainda que seja uma tabela e não um mapa, exemplo utilizado anteriormente, é igualmente um modelo. E como tal, opta por destacar alguns elementos e outros não. São esses os elementos que foram

¹¹¹ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos: com aplicações em economia, administração e ciências sociais**. 2ª ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 5.

considerados importantes para explicar a adoção da rota norte pelos generais aliados.

Ao analisar a Tabela 3.e.1, é fácil perceber que não há uma opção que seja imediatamente melhor para os aliados do que a opção adotada. Caso os japoneses tivessem escolhido o sul, o melhor teria sido enviar os aviões para o sul. Já na hipótese de os japoneses terem enviado o comboio pelo norte, o melhor seria enviar os aviões pelo norte.

A escolha mais razoável foi a de enviar os aviões de reconhecimento para a rota norte. Isso porque enquanto para os aliados a melhor estratégia dependia do que os japoneses decidissem; para os japoneses, a rota norte era a melhor escolha caso os aliados escolhessem o sul e era uma opção tão boa quanto a rota sul se os aliados escolhessem o norte.

Foi possível aos aliados “adivinharem” por onde os japoneses viriam por duas razões básicas: (1) os japoneses agiram de maneira racional; e (2) os dados utilizados simplificavam eficientemente a situação. Estas são duas propriedades dos modelos de jogos. Os agentes agem racionalmente e os dados utilizados devem guardar alguma similitude com a situação descrita, a fim de se extrair a lógica situacional¹¹² em questão.

Um jogo, portanto, é um modelo formal criado a partir de uma teoria matemática que tenta descrever fenômenos que podem ser observados quando dois ou mais agentes decidem interagir entre si. Esta ferramenta é empregada em diversos campos das ciências sociais, tais como na ciência política, na administração, na sociologia, na economia e – por causa da *Law & Economics* – também no direito.

A teoria guarda algumas propriedades que devem ser observadas. Uma delas, como foi mencionada, é o emprego da *racionalidade* nas decisões dos agentes (aqui também chamados de “jogadores”). Cada um dos jogadores

¹¹² “Isto nos permite compreender, então, ações em um sentido objetivo, a ponto de podermos dizer: reconhecidamente, possui diferentes alvos e sustento diferentes teorias (de, por exempl, Carlos Magno), mas se tivesse sido colocado nesta situação (...) então eu, e presumivelmente vocês também, teria agido de uma forma semelhante à dele.” (POPPER, Karl. **Lógica das Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p. 32).

tentará obter a maior recompensa¹¹³ (*payoff*) ao final do jogo. Parte-se da ideia, portanto, de que o jogador utilizará os meios mais adequados para obter a maior recompensa¹¹⁴.

Outro elemento crucial para um modelo fidedigno de jogo é a verificação do *comportamento estratégico* dos agentes. O termo “estratégico”, diferente do conceito corriqueiro, tem uma acepção bastante própria para a teoria dos jogos: significa que um jogador, ao tomar a sua decisão, leva em conta o fato de que essa decisão trará conseqüências sobre a decisão dos demais jogadores, e esses, por sua vez, levarão em consideração tais conseqüências na hora de tomar as suas decisões¹¹⁵ posteriores.

Os agentes também são um elemento chave na descrição da representação: trata-se de um indivíduo qualquer, uma pessoa jurídica ou física, um grupo de indivíduos, um país, uma empresa, uma associação etc. e, para os fins do presente estudo, um contratante qualquer¹¹⁶. É importante salientar que se denomina “*jogador*” o agente que interage em um modelo formal.

A questão da *interação* também assume particular relevo para a elaboração de um jogo formal. As interações nada mais são do que as ações adotadas por cada um dos jogadores que – individualmente consideradas – afetam os demais¹¹⁷. Assim, jogos necessariamente devem conter dois ou mais

¹¹³ O termo não se restringe apenas à “recompensa” ou “*payoff*”. Há traduções que utilizam o termo “retorno”, outros se valem da palavra “pagamento”. Qualquer palavra que dê a ideia de recompensa, resultado ou ganho (não necessariamente positivo) ao final da relação estará adequadamente empregada.

¹¹⁴ Essa assertiva não está imune à objeções; afinal, determinar qual o meio mais adequado para se buscar um fim – questão tão própria ao direito administrativo, por exemplo – é extremamente impreciso e sujeito à subjetivações. Assim, a questão da racionalidade é uma das mais complicadas para a filosofia, política, psicologia etc. Ainda assim, partiremos da ideia de que é possível observar o meio mais adequado para se buscar a recompensa nos jogos apresentados pela flagrante diferença de resultados que se pode obter, pois são matematicamente auferidos por um critério objetivo.

¹¹⁵ Em outras palavras, eu sei *como* as minhas ações podem afetar você e vice-versa, ainda que não se saiba *qual* ação efetivamente foi tomada.

¹¹⁶ Seja um negociante pessoa física ou, como na maioria dos casos, empresas e grandes companhias (pessoas jurídicas de direito privado).

¹¹⁷ Discute-se a respeito das ações de jogadores que não necessariamente afetam os outros jogadores (pelo menos, não objetivamente). Seria o caso de ofertas de um vendedor que, por representar uma parcela tão ínfima do mercado, não teria qualquer influência no preço de mercado. Alguns autores consideram que mesmo essa relação interativa seria um jogo; outros acreditam que não. Não trataremos desta discussão no presente trabalho.

jogadores que adotam condutas que repercutem nas condutas que os outros jogadores adotarão.

A exemplo da situação introdutória, os jogadores devem carregar consigo preferências. Estas devem manter coerência com os métodos empregados para, ao fim do jogo, serem satisfeitas com as suas recompensas. No exemplo descrito, a adoção da rota norte pelos aliados era a medida mais sensata (racional) para se obter o fim que se desejava: encontrar a frota japonesa. Pode-se dizer que a preferência do jogador “aliados” era “encontrar os japoneses” (em contraposição a “não encontrar os japoneses”). A recompensa dessa preferência era a quantidade de dias que teriam para bombardear o inimigo.

Essas três propriedades – racionalidade, preferência e recompensa – estão intimamente ligadas. Um modelo formal de análise de jogo está invariavelmente comprometido se não houver coerência entre estes três elementos.

A preferência, em um modelo matemático, não deve ser entendida com o sentido usualmente atribuído à palavra. Cotidianamente, somos convidados a fazer escolhas e, portanto, preferir algumas coisas a outras.

Uma pessoa que, pela manhã, decide tomar café, pode escolher, para acompanhamento, comer uma torrada ou comer uma fruta, por exemplo. Ao escolher a torrada, a pessoa estará preferindo essa opção a comer a fruta. Se, dentre as opções existentes, uma nova opção surgir ao universo de escolhas (vamos supor que essa opção seja “comer biscoitos”), essa nova alternativa deverá guardar uma relação de preferência entre todas as possíveis. Suponhamos um conjunto *Café da manhã* com esses três elementos:

$$\text{Café da Manhã} = \{\text{fruta, torrada, biscoitos}\}$$

Dentro desse grupo, deve haver uma correlação de preferência. Se a pessoa escolher comer uma torrada a comer uma fruta, e comer uma fruta ao comer biscoitos, significa que comer uma torrada é preferível a comer biscoitos.

Assim, todos os elementos desse grupo guardam, entre si, uma relação de preferência.

torrada > fruta > biscoitos

Trata-se, nesse caso, de uma relação de preferência estrita¹¹⁸. Lê-se “*torrada é preferível a fruta*”, “*fruta é preferível a biscoitos*” e “*torrada é preferível a biscoitos*”. É possível, a partir desse raciocínio, inferir qual das alternativas é preferível a outra e levar essa informação ao modelo em análise, quaisquer que sejam as escolhas possíveis dos jogadores.

Na vida real, essa relação não se mostra tão clara em determinados momentos. A fruta pode não apresentar um aspecto tão bom ao seu consumidor, a torrada pode não se mostrar tão boa ou ter passado seu prazo de validade, os biscoitos podem estar na prateleira mais alta e, portanto, exigir um esforço maior da pessoa para alcançá-los.

Some-se a isso, questões externas ao fato descrito, como – por exemplo – o adiantado da hora em que o sujeito acordou. Seu atraso para o trabalho pode justificar a preferência pelo alimento “mais rápido”. Ou ainda, fatores psicológicos como a impressão pessoal de que se está “acima do peso” e a preferência por algo mais saudável; a recente carga de estresse a que a pessoa do exemplo foi submetida no ambiente profissional, fazendo com que ela “alivie a ansiedade” comendo etc. Há, portanto, inúmeros fatores que podem alterar essa relação, tornando a clareza das prioridades um pouco nebulosa e comprometendo a relação de preferência.

Para os efeitos do presente estudo, partiremos da ideia de que “contratar” é melhor do que “não contratar” se, e somente se, a recompensa em “contratar” for positiva para ambos os contratantes. Assim:

contratar > não contratar $\Leftrightarrow U^{\text{contratar}} > 0$

¹¹⁸ Não adentraremos em maiores detalhes acerca da teoria da escolha racional. Haveria que se examinar a relação de indiferença, a relação de preferência ampla (“*tão preferível quanto*”) e as relações de igualdade estrita. Para saber mais sobre o assunto, conferir o livro de Ronaldo Fiani sobre o assunto (FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos: com aplicações em economia, administração e ciências sociais**. 2ª ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, 388p.).

Essa condicional (“se, e somente se, a recompensa [U] em contratar for maior que zero”) balizará a relação dos contratantes, que só concluirão o contrato no caso de obterem algum benefício com isso. Essa informação nos será bastante útil posteriormente, quando modelarmos relações em que não haverá uma recompensa definida, apenas uma função de recompensa¹¹⁹.

Porque é largamente utilizada em campos que vão desde a biologia até a cibernética, diversos modelos já foram criados, dando origem a tipos de jogos cuja análise possui uma ou outra montagem.

O jogo mais conhecido é o *jogo normal*, ou *estratégico*, para lidar com as recompensas, jogadores e estratégias de maneira clara e concisa. Sua representação pressupõe¹²⁰ que os jogadores agem de maneira simultânea ou, ao menos, sem ter conhecimento da ação dos outros jogadores. O melhor exemplo da modelagem normal é o Dilema do Prisioneiro visto anteriormente.

A forma *extensiva* ou *seqüencial* busca detalhar a sequência em que as jogadas são realizadas. Pressupõe-se, portanto, uma cronologia entre as ações dos jogadores¹²¹. Isso não quer dizer que os agentes tenham conhecimento do movimento do outro jogador.

Jogos estratégicos podem ser cooperativos ou não cooperativos. No caso de *jogos cooperativos*, os jogadores devem atuar conjuntamente, ou seja, sua maior recompensa se dará quando ambos colaborarem; portanto, colaborar é a escolha mais racional a se fazer. Os jogadores devem ser capazes de formar compromissos que os vinculem ao outro; para tanto, admite-se haver comunicação entre eles, o que não ocorre em jogos não cooperativos. Este é, obviamente, o modelo de jogo que deve ser utilizado quando se trata de formação de contratos – objeto do presente estudo.

¹¹⁹ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos: com aplicações em economia, administração e ciências sociais**. 2ª ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 57.

¹²⁰ Embora isso não necessariamente ocorra (não é regra), a maioria dos jogos assim representados partem dessa premissa.

¹²¹ É costumeiro representar jogos que se desenvolvem em um espaço de tempo na forma seqüencial. Porém, não se trata de uma regra. Jogos simultâneos podem utilizar a forma estendida, assim como jogos sequenciais podem utilizar a forma normal. Embora de entendimento mais complicado, autores utilizam uma forma ou outra para demonstrar aspectos que são melhor visualizados no emprego de um modelo ou de outro.

Jogos não cooperativos, por outro lado, apresentam um grau de sofisticação em suas respostas maior do que os jogos cooperativos. Isso porque tendem a representar a interação real de maneira mais fiel. Alguns autores¹²² afirmam que o objetivo das relações é tornar um jogo não cooperativo em um jogo cooperativo.

Há uma terceira forma, híbrida, de jogo. Nestes casos, o jogo apresenta elementos de cooperação e não cooperação. Os jogadores formam uma coalizão (aspecto cooperativo), mas, entre coalizões, opera-se uma dinâmica não cooperativa.

Jogos podem ser simétricos ou assimétricos.

Nos *jogos simétricos*¹²³ uma recompensa por jogar uma estratégia em particular depende apenas das outras estratégias empregadas, e não do jogador que as joga. Se as identidades dos jogadores podem ser mudadas sem alterar a recompensa de determinada estratégia, então se trata um jogo simétrico. É o caso, por exemplo, do Jogo da Covardia¹²⁴ e do Dilema do Prisioneiro. De certa maneira, podemos apontar o episódio da História recente conhecido como “Crise dos Mísseis”, como um jogo simétrico de destruição mútua.

Jogos assimétricos operam de maneira diferente: não há uma estratégia padrão para os dois jogadores. Há diferentes estratégias que levam a diferentes recompensas. Os jogos com maior grau de detalhes (jogos mais

¹²² MOSS, Scott. **Game theory: limitations and an alternative**. Manchester: Centre of Policy Modeling, 1999, p. 14.

¹²³ A grande maioria dos jogos clássicos – 2x2 – são jogos simétricos.

¹²⁴ O Jogo da Covardia (*Chicken Game*), é um modelo clássico utilizado nas ciências políticas que tem como metáfora dois motoristas que dirigem em sentidos contrários e irão se chocar em determinado ponto. No caso de colisão, ambos morrerão, mas se um deles desviar, este será chamado de “covarde” (“*chicken*”). A ideia central é que, embora nenhum dos dois queira desviar, o pior resultado possível ocorrerá justamente se nenhum sair da rota de colisão. Este é, guardadas as comparações, o resumo do episódio conhecido como “Crise dos Mísseis”, que ocorreu entre Cuba/União Soviética e EUA.

sofisticados) apresentam assimetria. O Jogo do Ultimato¹²⁵, a Oferta do “Pegar ou Largar”¹²⁶ e o Jogo do Ditador¹²⁷ são exemplos de jogos assimétricos.

Jogos de soma zero também possuem lugar de destaque nos estudos do tema: neste caso, os jogadores não aumentam ou diminuem as recompensas disponíveis. O que um dos agentes perde é exatamente o que o outro ganha. Portanto, em jogos de soma zero, a recompensa total do jogo, para qualquer combinação de estratégias, será sempre zero. Há diversos jogos conhecidos com essa característica¹²⁸, mas o clássico exemplo de soma zero é a partida de xadrez.

Por outro lado, *jogos de soma diferente de zero* são de particular interesse porque o resultado global¹²⁹ (diferente de zero) pode demonstrar que a melhora da situação de um jogador não quer implicar necessariamente na piora da situação do outro. Com isso, abrem-se novas possibilidades a respeito da melhora do bem-estar de indivíduos que estão em jogos não cooperativos. Jogos de soma diferente de zero, por essa razão, acabam sendo investigados à exaustão pelas ciências políticas.

A informação também assume papel protagonista no desenvolvimento de jogos. Jogos de *informação perfeita* tem como característica o fato de todos os jogadores saberem qual foi (ou foram) as jogadas anteriores dos outros jogadores. Assim, somente jogos sequenciais

¹²⁵ O Jogo do Ultimato (*Ultimatum Game*) consiste em um jogo seqüencial em que o primeiro jogador propõe ao segundo como dividirão a soma de dinheiro recebida por ambos. Ao segundo jogador, cabe aceitar ou negar a proposta de rateio, mas nunca de propor uma nova divisão. Assim, as recompensas serão diferentes, conforme a proposta feita pelo primeiro jogador.

¹²⁶ A Oferta do “Pegar ou Largar” (*Take-it or Leave-it Offer*) se refere a uma proposta feita por um jogador ao outro que não possui espaço para negociação. Além disso, os jogadores dispõem de informação completa e simétrica. Neste caso, portanto, cada jogador sabe qual a disposição do outro em pagar ou comprar. Com isso, o jogador que fizer a primeira oferta (de venda, supomos), poderá oferecer o produto ou serviço ao segundo pela disposição máxima de pagar do comprador; obtendo todo o lucro do jogo (maior recompensa possível). O outro jogador terá a menor recompensa possível. A chave está em ser o primeiro a fazer a oferta, para obter o máximo possível da relação. Este jogo particular não admite rodadas, caso em que o seu raciocínio ficaria então prejudicado.

¹²⁷ Há controvérsias se o Jogo do Ditador (*Dictator's Game*) chega a efetivamente se constituir um jogo.

¹²⁸ É o caso da partida de pôquer, do Jogo da Moeda (*Matching Pennies*) ou do jogo japonês conhecido por “Vá” (*Go*, em inglês; 碁 em japonês).

¹²⁹ *Net gain* ou *outcome*, como rapidamente visto no primeiro capítulo.

podem carregar consigo essa propriedade¹³⁰. Novamente, o melhor exemplo fica por conta do jogo de xadrez.

Jogos de *informação imperfeita* são, obviamente, os jogos em que a informação prévia das jogadas anteriores não é conhecida. Ainda que seja um jogo que tenha tido a *n*-ésima jogada (sendo *n* um número extremamente alto), se uma das jogadas anteriores não for do conhecimento do outro jogador, este jogo será de informação imperfeita.

Uma indagação que ainda merece exame inquire a respeito da vantagem do estudo do tema. Porque, afinal, vale a pena tentar utilizar a teoria dos jogos no estudo dos contratos?

Diversos campos do saber tem se valido da experiência dos jogos para tentar destacar nós mais intrincados do conhecimento. O caráter lógico-matemático das modelagens permite uma aplicação vasta da ferramenta aos mais diversos campos da pesquisa.

Na economia, ramo em que começou o estudo dos jogos, a teoria tem sido utilizada para descrever fenômenos como leilões, barganhas, duopólios, divisões equitativas de recursos, redes sociais, sistemas de votação etc. A chave está na identificação de um *equilíbrio*¹³¹, seja ele qual equilíbrio for. A função da teoria dos jogos aplicada à economia e administração, dizem os economistas¹³², tem um aspecto prescritivo¹³³.

¹³⁰ A qualidade da informação perfeita é frequentemente confundida com a qualidade da informação completa. São características distintas. Enquanto o primeiro trata da onisciência dos jogadores a respeito das jogadas anteriores dos outros jogadores; o segundo diz respeito ao conhecimento que os jogadores tem de todas as estratégias e recompensas de todos os jogadores, ou seja, todos os jogadores sabem de toda informação, todos os jogadores sabem que todos os jogadores conhecem toda a informação, todos os jogadores sabem que todos os jogadores sabem que todos os jogadores conhecem toda a informação *ad infinitum*. Isso é particularmente importante para resolver jogos por eliminação iterativa.

¹³¹ Há diversas formas de se verificar um equilíbrio em um jogo. Nenhuma delas guarda, entre si, uma unidade de objetivo, porém. A maior extensão do que podemos afirmar ser um equilíbrio é a ideia de que seria *melhor estratégia do jogador, considerando a melhor estratégia do outro jogador*, o que traria a melhor recompensa possível para um, considerando a melhor recompensa possível ao outro. O equilíbrio por eliminação iterativa, o equilíbrio de Nash etc. são formas de se verificar esse fenômeno.

¹³² MYERSON, Roger B. **Game theory: analysis of conflict**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

¹³³ BAIRD, Douglas *et al.* **Game Theory and the Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 18.

Já no campo da política, seu estudo centra-se em temas como economia política, escolha pública, guerra, diplomacia, escolhas sociais etc. Geralmente, figuram como jogadores eleitores, países, grupos de interesse, políticos, blocos e organizações internacionais. A racionalização para análise dos jogos a respeito da teoria da paz democrática¹³⁴ sustenta que a opinião pública e o debate aberto enviam mensagens claras e confiáveis acerca de suas intenções para outros países. Em contrapartida, torna-se difícil saber as intenções de líderes totalitaristas, quais os efeitos as concessões de liberdades individuais terão, se as promessas se manterão. Assim, simplificarmente, pode-se inferir que reinará a falta de confiança em uma relação entre países em que pelo menos um deles não for democrático.

Na filosofia, os campos da ética, da epistemologia e da filosofia política foram afetados: Autores como W. V. O. Quine¹³⁵ e Lewis¹³⁶ contribuíram para a formação do conceito de norma ou convenção¹³⁷. Normas sociais também tiveram contribuições de Margalitt¹³⁸ e Bicchieri¹³⁹. Além disso, o conceito hobbesiano de derivação da moral a partir do auto-interesse também encontrou contributos em autores¹⁴⁰ que investigaram a teoria dos jogos.

Ainda, a biologia se vale da teoria dos jogos para tentar explicar forças evolutivas¹⁴¹. O conceito de *Estratégia Evolucionária Estável* (ESS) foi criado com ajuda dos jogos. John Maynard Smith¹⁴² fez emprego deste instrumental também para modelar os jogos de comunicação animal e utilizou do Jogo da Covardia na investigação de comportamento e disputa de território.

¹³⁴ LEVY, Gilat e RAZIN, Ronny. **"It takes two": na explanation of the democratic peace.** Working paper, 2003.

¹³⁵ QUINE, W. V. Carnap and logical truth. **Synthese**, vol. 12, nº 4, 1960, p. 350-374.

¹³⁶ LEWIS, David. **Convention: a philosophical study.** Cambridge: Harvard University Press, 1969.

¹³⁷ LEWIS, David. **Convention: a philosophical study.** Cambridge: Harvard University Press, 1969.

¹³⁸ ULLMAN-MARGALIT, Edna e SUNSTEIN, Cass R. Inequality and indignation. **Philosophy and Public Affairs**, vol. 30, nº 4, inverno, 2001, pp. 337-362.

¹³⁹ BICCHIERI, Cristina. **The logic of strategy.** Oxford: Oxford University Press, 1999.

¹⁴⁰ GAUTHIER, David. **Morals by agreement.** Oxford: Oxford University Press, 1986.

¹⁴¹ SMITH, John Maynard. The logic of animal conflict. **Nature**, nº 246, 1973, pp. 15-18.

¹⁴² Autor da frase: "Paradoxically, it has turned out that game theory is more readily applied to biology than to the field of economic behaviour for which it was originally designed".

Outros temas que são estudados com a ajuda deste método na biologia são a sinalização em comunidades¹⁴³, a seleção parental¹⁴⁴ e o altruísmo¹⁴⁵.

Por fim, a lógica aplicada às ciências computacionais também faz uso deste aparato para incrementar o estudo de inteligência artificial e interações computacionais, além de algoritmos¹⁴⁶, randomização¹⁴⁷ e sistemas de multi-agentes¹⁴⁸.

A lista apresentada não é exaustiva e apenas menciona o potencial aplicativo da teoria dos jogos em diversos ramos da ciência. Isto apenas denota o vasto uso que já é feito do instrumental matemático para melhorar a compreensão da lógica situacional¹⁴⁹.

4.2 A restrição da aplicabilidade da teoria dos jogos

A teoria dos jogos tem o poder de modelar relações e, com alguma precisão, “prever” os passos futuros dos jogadores envolvidos. Algumas interações são tão cristalinas, que não é necessário montar uma matriz rebuscada para entender o que ocorre entre os agentes. O Jogo da Covardia¹⁵⁰, por exemplo, deixa evidente que alguma das partes – ainda que

¹⁴³ Estudo dos macacos Vervet (VAN DAMME, E.E.C. Economic behavior in Vervet monkeys. **Evolution & Behavior**. Interdisciplinary Research Projects, 2009.

¹⁴⁴ FLETCHER, Jeffrey A. Evolutionary Game Theory, Natural Selection and Darwinian Dynamics. **Journal of Mammalian Evolution**, vol. 13, nº 2, pp. 157-159.

¹⁴⁵ AMORIM, Catarina. Evolutionary game theory and the mathematics of altruism. **Science 2.0**, 18 de julho de 2008. Disponível em http://www.science20.com/amorca/evolutionary_game_theory_and_the_mathematics_of_altruism Acesso em 03 de 09 de 2010.

¹⁴⁶ DEMAINE, Erik D. e HEARN, Robert A. Playing games with algorithms: algorithmic combinatorial game theory. **Lecture Notes in Computer Sciences**. República Tcheca, nº 2136, agosto, 2001, pp. 1-42.

¹⁴⁷ HALPERN, Joseph Y. e PASS, Rafael. **Game theory with costly computation**. Rascunho, 2008.

¹⁴⁸ DE VOS, Marina e VERMEIR, Drik. **Logic Programming agents and game theory**. Universidade Livre de Bruxelas (VUB), 1996.

¹⁴⁹ POPPER, Karl. **Lógica das Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999, p. 32.

¹⁵⁰ O Jogo da Covardia (*Chicken Game*) é um modelo clássico utilizado nas ciências políticas que tem como metáfora dois motoristas que dirigem em sentidos contrários e irão se chocar em determinado ponto. No caso de colisão, ambos morrerão, mas se um deles desviar, este será chamado de “covarde” (“*chicken*”). A ideia central é que, embora nenhum dos dois queira desviar, o pior resultado possível ocorrerá justamente se nenhum sair da rota de colisão. Este

não se saiba qual – irá desviar da rota de colisão para que não tenha um resultado tão ruim frente ao seu adversário. A supressão de alguns detalhes e a conseqüente simplificação dos comportamentos interativos possibilita uma melhor observação de como cada um dos jogadores afeta o outro com a sua conduta.

Esse raciocínio talvez leve a pensar que qualquer relação possa ser moldada em uma matriz que poderia ser analisada como jogo. A dificuldade central estaria em montar um modelo minimamente coerente e verossímil, o que poderia viria a se tornar uma árdua tarefa à medida que as relações fossem se tornando complexas. Seria possível, assim, modelar desde relações simples, como dois colegas de quarto que possuem determinada postura em relação à arrumação de seus aposentos¹⁵¹, até comportamentos complexos, como a variação funcional de preços com a alteração de concorrentes em um determinado mercado¹⁵², passando por relações fortemente psicológicas como jogos políticos, familiares e sociais.

Contudo, a teoria dos jogos apresenta limites à sua indiscriminada aplicação. Sobretudo no que tange à racionalidade estratégica dos agentes, a teoria dos jogos pode funcionar de maneira extremamente disfuncional, incompatível com a interação de fato, e apresentar uma dinâmica até mesmo enganosa, pois algumas relações carregam consigo *incertezas* intrínsecas à própria relação. Um jogador de futebol que bate um pênalti, por exemplo, e que vê o goleiro indo para o mesmo lado da bola, não pode conceber – a princípio¹⁵³ – que o goleiro previu para que direção o jogador chutaria. Nem mesmo atribuir a si a irracionalidade de ter errado o pênalti: a incerteza é característica inerente a esse momento de uma partida de futebol. O goleiro coincidentemente escolheu o mesmo lado que o jogador.

é, guardadas as comparações, o resumo do episódio conhecido como “Crise dos Mísseis”, que ocorreu entre Cuba/União Soviética e EUA.

¹⁵¹ BAIRD, Douglas *et al.* **Game Theory and the Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998, p. 89.

¹⁵² Aplicação do Modelo de Cournot, por exemplo.

¹⁵³ “A princípio” porque é possível conjecturar acerca de inúmeras variáveis que poderiam tê-lo levado a optar por aquele chute: ele já sabia que o goleiro tinha uma tendência a optar pelo outro canto, o jogador chuta melhor para aquele lado etc., até o ponto de levantar a ideia de “compra” de jogadores. Qualquer razão que o levou a chutar naquele canto, no exemplo, é indiferente.

Há dificuldades importantes no que concerne à informação disponível. Para tentar aperfeiçoar um jogo, diversos modelos permitem que haja um momento “pré-interação estratégica” para a busca de informações essenciais. No entanto, a hipótese da racionalidade dos agentes não nos permite apontar como se dariam tais buscas.

Se pensássemos que o recurso à busca de informação deva ter um custo, no mínimo, igual ao valor da informação¹⁵⁴, entraríamos em uma contradição. Isso porque é impossível avaliar uma informação sem antes obtê-la, o que faria com que o jogador tivesse, obrigatoriamente, de alocar recursos para empreender a busca.

Se a informação tivesse de ser buscada para poder ser avaliada, e se o custo desta informação só pudesse ser medido posteriormente, essa informação seria valiosa? Um segredo só é valioso se não o conhecemos. Mas não o conhecendo, sabemos do seu valor?¹⁵⁵

Em um plano prático, a dificuldade de lidar com modelos de informação imperfeita torna a aplicabilidade da teoria dos jogos bastante restrita. É um trabalho infrutífero quantizar informações para a estruturação de jogos. Por causa disso, trabalha-se muito com a hipótese de informação comum ou simetria informativa. Porém, muito da teoria microeconômica que fundamenta os jogos aplicados concebe um homem racional ideal, pobre em aproximação do ser errático que muitas vezes demonstra ser.

Outro aspecto que toma particular relevo é o contexto em que ocorrem as relações. Poder-se-ia trabalhar apenas com a racionalidade dos jogadores; no entanto, há que se levar em conta o fator contextual e cultural em que as interações se desenvolvem.

Esta dimensão é um fator particularmente limitador dos jogos aproximados: o contexto, inúmeras vezes, assume um papel mais influente do que a própria racionalidade e, diferente desta, é de especial dificuldade expressá-lo satisfatoriamente em um jogo. A tentativa de celebração de um

¹⁵⁴ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos: com aplicações em economia, administração e ciências sociais**. 2ª ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 31.

¹⁵⁵ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos: com aplicações em economia, administração e ciências sociais**. 2ª ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p 69.

contrato com o alto empresariado norte-americano tem poucas chances de se realizarem em uma sala de reuniões de um prédio comercial de Wall Street, por exemplo; ao invés disso, tornar-se membro de um clube de golfe e tratar de assuntos como família, orientação política, esportes nos domingos pela manhã¹⁵⁶. Neste pitoresco caso, o contexto e os hábitos dos agentes envolvidos jogam um papel forte na interação entre eles. Isso não quer dizer que os agentes (empresários) são irracionais, mas que essa racionalidade se dá dentro de um contexto cultural.

A obtenção de um equilíbrio, um dos objetivos das análises matriciais, não é tão facilmente verificável na realidade. Não é sequer existente em muitos casos práticos. Jogos não cooperativos tem dificuldades em estabelecer equilíbrios. Jogos de ação única, como o jogo da Oferta de “Pegar ou Largar” ou o Jogo do Ultimato, apresentam poucas evidências empíricas de que o equilíbrio de fato ocorreria. Isso acontece porque é difícil motivar jogadores de jogada única sem lhes oferecer algum contexto histórico ou interação prévia para que possam aprender sobre a estratégia de seleção recíproca¹⁵⁷.

Não podemos olvidar das dimensões humanas dos contratantes, nos casos de jogos contratuais. O ser humano sente ódio, amor, raiva, ganância, inveja, medo, arrependimento, gratidão etc. E todos esses sentimentos influenciam o processo de decisão dos agentes. Esses traços do homem são indicadores da complexidade do processo de codificação¹⁵⁸ utilizado nos jogos para análise comportamental.

Por fim, cumpre fazer uma apologia da sua aplicação, ainda que haja inúmeras restrições a sua exata correspondência com as interações concretas. Sua simplificação radical serve de contributo a uma observação mais apurada dos elementos mais cruciais de uma interação. Desde que corretamente modeladas, as ações em sentido objetivo e materialmente verificáveis ajudam o raciocínio estratégico e a exploração de diferentes

¹⁵⁶ POSNER, Eric A. **Law and social norms**. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 83.

¹⁵⁷ SHUBIK, Martin. Game Theory: some observations. **Yale School of Management – Working Paper Series B**. Working paper nº 132, julho de 2000, p. 7.

¹⁵⁸ Obviamente, aqui não se está a falar do sentido jurídico de “codificação”, mas sim do processo de modelagem das características dos agentes em uma forma de jogo.

possibilidades de interação, tão úteis à atividade comercial e contratual. Uma das saídas que a teoria dos jogos aponta é a viabilidade de exploração de situações que nem sempre correspondem à intuição¹⁵⁹. A exemplo da análise econômica do direito, a teoria dos jogos pretende auxiliar o observador a melhorar o seu poder analítico e lhe fornecer subsídios para uma compreensão mais objetiva da situação dos agentes.

4.3 Aplicação da teoria dos jogos em contratos

O processo de redução de uma situação real a um modelo de espantosa simplicidade extirpa diversos elementos que desempenham papéis dos quais muitas vezes não tomamos conhecimento, mas a simplificação radical que a teoria dos jogos proporciona elimina muito dos fatores que poderiam dificultar uma análise apurada da situação que se objetiva descrever. E a esquematização da situação real em um jogo enaltece detalhes que geralmente se mostram cruciais para o entendimento do comportamento dos agentes.

No caso das relações contratuais, a autonomia privada toma lugar nas negociações e, à medida que a vida contratual alonga-se no tempo, os agentes aprendem reciprocamente sobre seus comportamentos a fim de estabilizarem as suas posições relativas e poderem prescindir da regulação por normas e darem lugar a uma dinâmica espontânea de organização contratual.

O problema reside na relação iniciada por contratantes que não comungavam de uma história prévia conjunta. Como o elemento “confiança” ainda não está sedimentado entre os negociantes, o jogador que dá o lance inicial fica à mercê da jogada do segundo jogador, que pode capturar o investimento do primeiro ou partilhá-lo, dando início a uma relação cooperativa.

¹⁵⁹ FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos: com aplicações em economia, administração e ciências sociais**. 2ª ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p. 43.

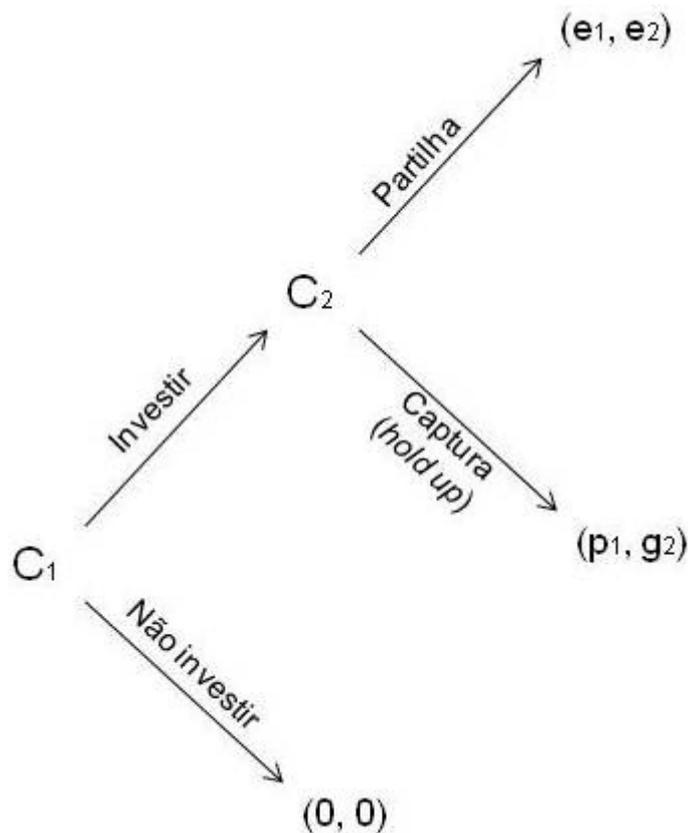


Figura 6 – Jogo da Partilha e da Captura na forma estendida.

Recompensas: (C₁, C₂)

O problema se coloca como um verdadeiro “dilema do prisioneiro”. A tentativa dos jogadores de avançar um degrau na relação para deixarem o “estado de natureza” hobbesiano pode resultar em recompensas satisfatórias mútuas ou resultados trágicos para um e máximos para outro.

À decisão do primeiro contratante (C₁) de investir em um empreendimento conjunto, segue a decisão do segundo contratante (C₂) de fazer uso integral daquele investimento ou dividi-lo (partilhá-lo), aumentando o bem-estar de ambos¹⁶⁰. Em uma descrição da relação na forma normal ou estratégica, temos a seguinte representação:

¹⁶⁰ Assumindo que $e_1 > 0$; $e_2 > 0$; $p_1 < e_1$; $g_2 > e_2$.

		Contratante 2 (C ₂)	
		Partilha	Captura (<i>hold up</i>)
Contratante 1 (C ₁)	Investir	(e ₁ , e ₂)	(p ₁ , g ₂)
	Não Investir	(0, 0)	(0, 0)

Quadro 4 – O Jogo da Partilha e da Captura na forma normal.

Observa-se que as recompensas possíveis são as máximas para ambos os contratantes nos primeiros movimentos de cada jogador. Para C₁, é crucial a boa avaliação de sua jogada. Dado que a relação inicia com estes movimentos (e o jogo não traz qualquer benefício a qualquer dos jogadores a respeito de suas experiências conjuntas anteriores), a confiança no outro jogador (C₂) representa pouco da avaliação prospectiva que C₁ pode fazer para balizar a sua decisão em *investir* ou não. Em outras palavras, C₁ não tem qualquer razão para se fiar que C₂ honrará a sua parte do contrato. É no aparato de tutela jurídica que C₁ poderá repousar sua confiança no caso de C₂ agir de má-fé. A exemplo do Jogo do Pedestre e do Motorista, quem pode alterar os *payoffs* finais é o ordenamento jurídico, alterando, portanto, a estratégia dominante dos jogadores. Contudo, até o presente momento, não cabe fazermos qualquer análise da alteração das recompensas pelas instituições externas, pois elas não entraram no jogo.

C₁ tem conhecimento de que não obterá nenhum ganho ao escolher *não investir*. O máximo que poderá obter será permanecer com o mesmo bem-estar. Por outro lado, somente ao se arriscar é que desfrutará de alguma maximização. Ao escolher *investir*, terá alguma chance de resultado positivo. Poderá delegar a C₂ o que fazer com o investimento, determinando a recompensa dos dois. A C₂ caberá escolher, portanto, a recompensa dos dois.

A questão reside assim no que C₂ fará com o investimento: há duas opções a esse jogador, que deve avaliar bem quais as conseqüências que acarretarão cada um dos caminhos. C₂ pode agir “honestamente” (*partilhar*) ou “oportunisticamente” (*capturar*).

Se agir de maneira “honestá”, o jogador C_2 colabora com o jogador C_1 e ambos maximizam seu bem-estar a um ponto em que não estavam no início do jogo¹⁶¹. Poder-se-ia apontar outras vantagens que não ficam claras no modelo¹⁶² a título de conjectura: há o fenômeno da “geração de confiança”¹⁶³. Ao dividir os ganhos, C_2 dá sinais à C_1 de que é possível contar com ele para cooperarem. Isso, a longo prazo, poderá representar jogos com investimentos maiores e riscos mais baixos, favorável aos dois contratantes. Pode-se pensar também no *standard* de boa-fé que se perpetua com a escolha do jogador C_2 em agir honestamente, beneficiando a qualquer jogo similar que se dê no mesmo contexto, reforçando as instituições externas ao jogo, tornando as regras mais claras e a certezas dos retornos desejados.

Do contrário, existe a opção a C_2 de agir de maneira oportunista. Isso porque o investimento de C_1 está inteiramente em suas mãos. Se agir “oportunisticamente”, toma toda a recompensa para si sem nenhuma contrapartida em troca. Haverá o verdadeiro seqüestro de todo o bem-estar em jogo para benefício de C_2 . E como a cada parte só é facultado um movimento, não haveria possibilidade de C_1 reaver as suas perdas. Cumpre ressaltar que, ao escolher essa estratégia, não haverá resultado de bem-estar (computando perdas e ganhos) maior do que a escolha por C_2 de partilhar o investimento¹⁶⁴.

Há, nesse caso, possibilidade de se apontar algumas perdas adicionais que o jogo em si não torna visível. É de se esperar que C_1 não venha a entabular qualquer tipo de contrato com C_2 depois de sofrer tais perdas. O ambiente de insegurança jurídica no cumprimento dos contratos também pode alterar o contexto e as instituições externas que regulam relações privadas¹⁶⁵.

Em verdade, trata-se de um modelo “dilema do prisioneiro” porque as inferências secundárias aqui apontadas não são verificáveis no jogo. E, assim sendo, a estratégia dominante estaria em agir de forma oportuna e não

¹⁶¹ Trata-se de uma melhora paretiana. Ambos melhoram de situação, passando a um ponto em que não é possível mais melhorar sem detrimento da condição do outro jogador.

¹⁶² Muitas vezes, não são auferíveis do ponto de vista da modelagem. É preciso alterar as recompensas.

¹⁶³ KATZ, Avery. The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 89, n. 2, p. 215 – 295, novembro, 1990.

¹⁶⁴ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 50.

¹⁶⁵ POSNER, Eric A. **Law and social norms**. Cambridge: Harvard University Press, 2002, p. 83, p. 107

“honestas”. Isso ocorre porque, neste jogo entre contratantes, não há partilha de informação¹⁶⁶. Assim, C₂ estaria melhor com a jogada *capturar*¹⁶⁷. A exemplo do que ocorre no dilema do prisioneiro, não comungar de mesma informação a jogada “oportuna” torna-se a estratégia que oferece a melhor recompensa ao jogador. Neste caso, ainda, esse retorno atinge uma maximização paretiana, ou seja, a melhora da situação de um não ocorrerá sem que haja necessariamente a piora da situação do outro agente.

Assim, podemos sublinhar o fato de que a informação partilhada é essencial para que haja contrato, ao ponto de ser possível afirmar que não há razão para se engajar em qualquer tipo de tratativa quando não há incentivos à reciprocidade, à proteção jurídica¹⁶⁸ ou à conduta de um comerciante razoável¹⁶⁹. Somado a isso, toma relevo o regime jurídico do contrato e as regras concernentes à responsabilidade civil¹⁷⁰, questões que passam a ser cruciais para a formação da relação.

O tipo “dilema do prisioneiro” demonstra a pouca tendência que existe de haver a criação de contratos de forma espontânea. O jogo, inicialmente formatado a permitir apenas uma jogada a cada agente, pode ser reformulado a apresentar rodadas sucessivas aos contratantes. Mesmo que utilizemos essa nova regra, a estratégia dominante ainda será *capturar*¹⁷¹ para ambos os jogadores. Se, por algum motivo¹⁷², o jogador C₂ resolver optar por *partilhar*, a nova jogada de C₁ poderá ser, por sua vez, *capturar* o bem-estar em jogo. Não há qualquer garantia de que o jogador seguinte agirá de maneira “honestas”; afinal, ele estará mais bem servido se optar pela conduta “oportunistas”.

Com essa nova possibilidade – rodadas sucessivas e não mais rodadas únicas – abre-se a oportunidade de agir de maneira “oportunistas” a ambos os jogadores. Essa nova característica do jogo só eleva a chance dos

¹⁶⁶ Informação comum, perfeita ou completa.

¹⁶⁷ A captura do investimento é também conhecida como *hold up*.

¹⁶⁸ Bom funcionamento das instituições externas.

¹⁶⁹ Embora a noção de direito comercial de “comerciante razoável” não possa ser mensurada por um jogo, tratando-se de direito, julgamos conveniente adotar tal medida para acautelar o jurista que analisa o desfecho do jogo.

¹⁷⁰ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 50.

¹⁷¹ Salvo se houver uma mudança de recompensa.

¹⁷² Pode-se pensar em diversos motivos para isso (que não estão no jogo, no entanto): altruísmo, solidariedade, competitividade estratégica, acordos laterais, troca de favores etc.

jogadores causarem perdas à outra parte. Isso ocorre porque não mais um agente apenas pode agir de maneira “desonesta”, mas ambos, duplicando as chances de capturar o investimento em jogo, pois a estratégia dominante aos dois jogadores será *capturar*.

		Contratante 2 (C ₂)		
		Partilha	Captura (<i>hold up</i>)	Não-Jogo
Contratante 1 (C ₁)	Investir	(e ₁ , e ₂)	(p ₁ , g ₂)	(0, 0)
	Não Investir	(g ₁ , p ₂)	(c ₁ , c ₂)	(0, 0)
	Não-Jogo	(0, 0)	(0, 0)	(0, 0)

Quadro 5 – O Jogo da Partilha e da Captura com rodadas sucessivas.

Esse resumo da relação que a teoria dos jogos proporciona tem a função de nos alertar à dificuldade que os contratos encontram de serem celebrados. Nas palavras de Fernando Araújo:

*O contrato não é, pois, nos termos simplificadores e esclarecedores da Teoria dos Jogos, uma via espontânea de saída do estado de ‘não-contrato’ e de desconfiança generalizada que caracterizaria o ‘estado de natureza hobbesiano’: é uma via que exige deliberação, assunção de uma margem de risco e sujeição universal a quadros valorativos e normativos que incentivem a contratação. Em suma, em termos estratégicos é o ‘não-contrato’ que predomina*¹⁷³.

Em verdade, dificilmente uma formação contratual será concebida em outros jogos que não os sequenciais. Isso porque a necessidade de haver rodadas de negociação entre os agentes faz com que o modelo seja satisfatório ao apresentar “turnos” em que cada um dos jogadores apresenta sua escolha em momentos cronologicamente diferentes.

¹⁷³ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 51.

Com isso, os jogos sequenciais tem a vantagem de poder utilizar o *método da indução reversa*¹⁷⁴, que nada mais é do que uma técnica de resolução de jogos estendidos com informação completa e perfeita para detecção do equilíbrio perfeito em subjogos dentro de um jogo longo, com inúmeras rodadas, como se dá a negociação de um contrato.

Um jogo seqüencial qualquer¹⁷⁵ apresenta, como já visto anteriormente, diversos “nós” e “galhos”¹⁷⁶. Do galho de onde sai a melhor recompensa ao jogador, é seguido a jogada do jogador seguinte, que tratará de fazer igualmente a escolha que mais retorno lhe garantir. Assim se seguirá até o término do jogo. Ao final dele, chegar-se-á às melhores recompensas que cada jogador poderá obter.

Pode ocorrer em um jogo de mesmas características, que a melhor estratégia não esteja visível à primeira vista. Diversos jogos apresentam essa dificuldade, pois nem sempre a melhor estratégia de um jogador leva o jogador seguinte a um ponto em que ele possa escolher sua melhor estratégia. Neste caso, o jogo terminará sem que se chegue necessariamente à resposta mais satisfatória a ambos os agentes. Como achar, nesse caso, o equilíbrio do jogo, i. e., a situação em que as partes estarão mais bem ajeitadas considerando o bem-estar do outro?

O método da indução reversa pode apontar o equilíbrio dessa relação. A referida técnica consiste em fazer o caminho inverso, do último galho (ponto em que o jogo acabou) até o nó inicial, seguindo sempre os galhos das estratégias escolhidas, passando por cada ponto de decisão. Durante o percurso de volta, leva-se em conta as melhores escolhas do jogador até o nó anterior do outro sucessivamente. Ao se chegar ao nó inicial (raiz), descarta-se todas as demais alternativas, restando apenas o conjunto de movimentos feitos por uma determinada estratégia conjunta. Desse modo, é possível verificar, “retrospectivamente”, qual será o resultado do jogo antes mesmo dele começar (não podemos nos esquecer que é um jogo em que a informação é completa e perfeita). A indução reversa requer que haja o

¹⁷⁴ Também chamado de *método da indução inversa*.

¹⁷⁵ Utilizamos o exemplo de Martin Hollis (1938-1998), chamado Jogo das Moedas. HOLLIS, Martin. **Trust within reason**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

¹⁷⁶ Ou “ramos” ou “braços”.

conhecimento comum sobre a racionalidade dos agentes. Se forem racionais, a indução reversa mostrará que o primeiro jogador, na Figura 7, deverá escolher logo o caminho da esquerda em sua escolha inicial.

Trata-se do Jogo das 6 Moedas (Figura 7). Em *Trust within Reason* (1998), o filósofo inglês Martin Hollis (1938-1998) imaginou o jogo sequencial como a centopéia para analisar a validade da forma de raciocínio que poderia estar por trás da indução reversa. No Jogo das Moedas, que ele preparou, um montante de seis moedas estaria à disposição de dois jogadores que teriam a possibilidade de pegar na sua vez uma ou duas moedas. Caso pegasse uma moeda, o líder a reteria para si passando a jogada para o próximo jogador. Se pegasse duas moedas, o jogo encerrar-se-ia e as quatro moedas restantes reverteriam à banca.

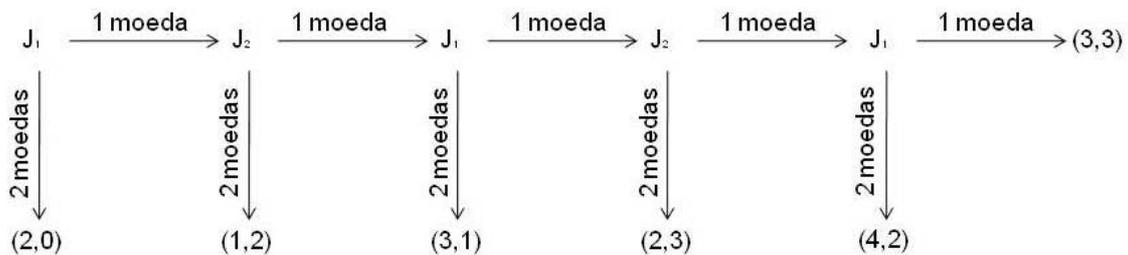


Figura 7 – Jogo das 6 Moedas.

Recompensas: (J₁,J₂)

Pela indução reversa, o melhor seria "A" pegar logo as duas moedas, ao invés de esperar por quatro da última rodada, ou três, se quisesse parecer justo ao outro jogador. Sendo ambos agentes racionais é válido pensar que o jogo terminará em seu lance inicial. Contudo, ponderou Hollis, se "A" pega apenas uma moeda, pode levar "B" a pensar que há uma algum equívoco na sua atitude ou que não procura maximizar sua utilidade, pondo também em dúvida sua capacidade racional. Porém, uma iniciativa cooperadora como esta poderia levantar a suspeita de se tratar apenas de um ardil para chegar às quatro moedas no final, posto que nenhum agente racional preferiria três ao invés de um ganho maior. Essa segunda linha de raciocínio religaria o paradoxo da indução reversa, fazendo com que "B" termine o jogo em seu primeiro movimento. A conclusão que Hollis chegou é que a indução reversa

não é uma forma inválida de argumentar contra a cooperação entre agentes egoístas racionais, mas uma maneira sutil de mostrar que não se pode determinar o comportamento de um agente com base apenas no conhecimento comum sobre sua racionalidade. Pessoas de "carne e osso" tem levado a cooperação até o final nesse tipo de jogo, repartindo meio a meio o total oferecido na maioria das vezes. Especulações sobre tal conduta indicam que haveria algo mais a ser considerado fora do aparato da racionalidade pressuposta pela teoria dos jogos¹⁷⁷. No contexto cultural de uma sociedade, o hábito ou o costume de se levar uma interação até o final poderia estar na raiz da tendência desse comportamento regular produzido pela vida cotidiana. Esse conceito é de particular importância para achar o equilíbrio sequencial¹⁷⁸ em jogos de informação completa, que – como mencionado previamente – dispõe a ambos os jogadores as estratégias e recompensas possíveis de cada um.

É bem verdade, como se vê, que ao modelo de informação completa pode faltar o correspondente com a realidade, ou seja, a verificação do modelo na situação fática. Ainda assim, em situações em que as partes tenham conhecimento das disponibilidades de investimento uma da outra, o modelo pode oferecer uma aproximação aceitável.

Um caso simples que podemos pensar seria o jogo da Oferta de “Pegar ou Largar”¹⁷⁹. Gozando de informação completa, cada jogador sabe a disponibilidade recíproca de pagar e de comprar do outro. Se o jogador C_1 dispor de um bem que, para ele, valha R\$ 5.000,00 (disponibilidade de vender por qualquer valor acima desse e a que chamaremos de Q_1) e C_2 , não o possuindo, valorizá-lo à quantia de R\$ 10.000,00 (disponibilidade de comprar por qualquer preço abaixo desse e a que chamaremos de Q_2), o jogador que vier a fazer a primeira jogada, obterá todo o excedente da relação.

C_1 , ao fazer a oferta de venda, poderá fazê-la ao preço de R\$ 9.999,99, pois sabe que C_2 estará disposto a pagar até este valor para se tornar proprietário do bem (Figura 8). C_2 , por outro lado, poderá oferecer-se a

¹⁷⁷ HOLLIS, Martin. **Trust within reason**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 57.

¹⁷⁸ KATZ, Avery. The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 89, n. 2, p. 215 – 295, novembro, 1990.

¹⁷⁹ “Take-it-or-leave-it” Offer ou Modelo da Oferta Única.

comprar por apenas R\$ 5.000,01 a C_1 se for o primeiro a fazer um movimento no jogo, pois C_2 sabe que C_1 valoriza o bem de que é proprietário somente até este valor (Figura 9)

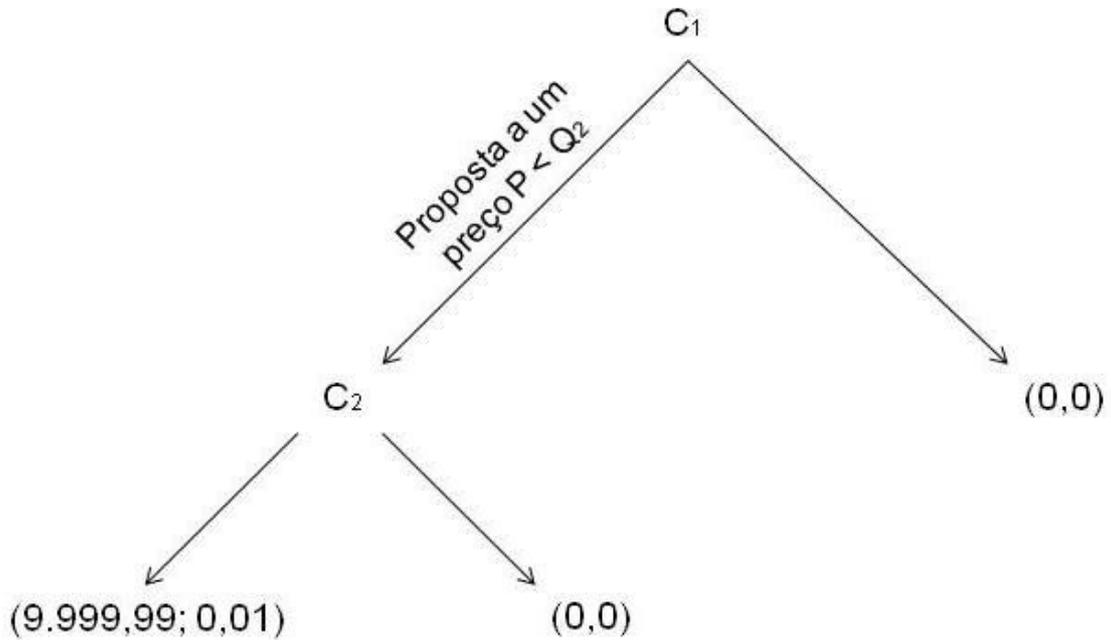


Figura 8 – Oferta de “Pegar ou Largar” de C_1 a C_2 .
Recompensas: (C_1, C_2)

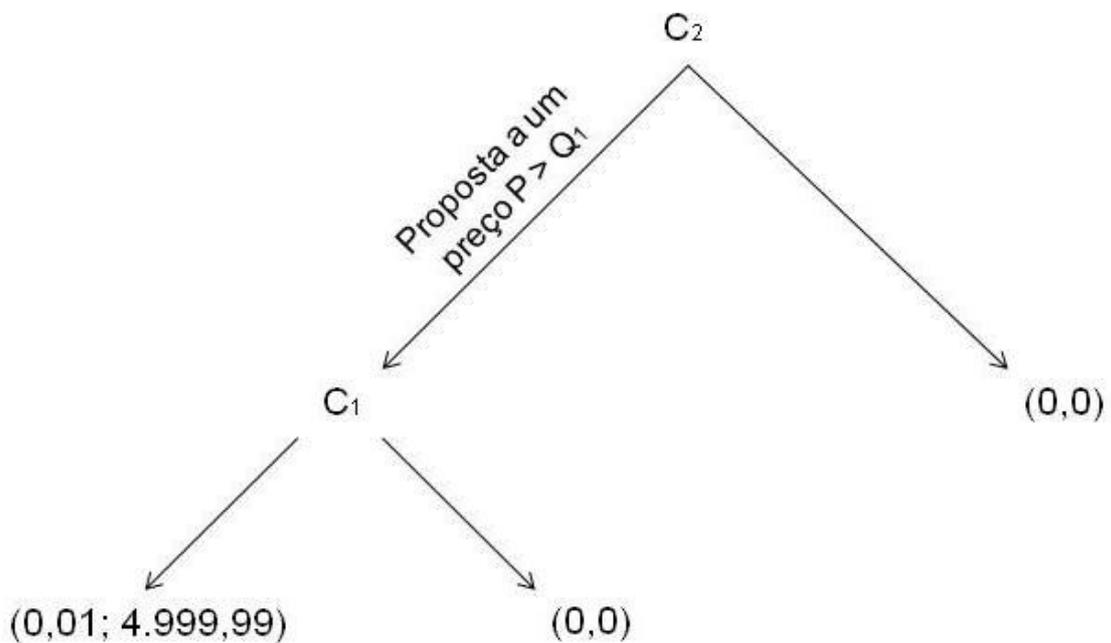


Figura 9 – Oferta de “Pegar ou Largar” de C_2 a C_1 .
Recompensas: (C_1, C_2)

O mesmo modelo pode ser representado sem valores absolutos, mas com *funções de recompensa*. Podemos simbolizar o valor atribuído por C_1 ao bem como “ V_1 ”; da mesma forma, poderemos utilizar “ V_2 ” para designar o valor subjetivo que C_2 atribui ao bem que deseja obter. Por fim, podemos representar o preço pelo qual o bem é negociado por “ P ”. Dessa forma, temos a seguinte modelagem (assumindo que C_1 inicie o jogo):

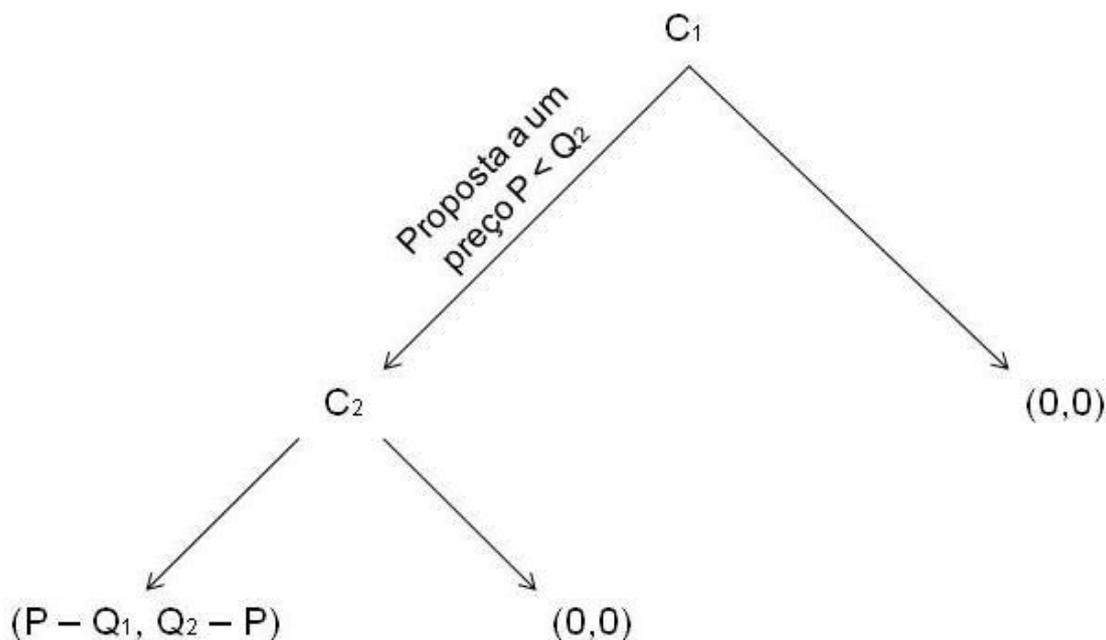


Figura 10 – Oferta de “Pegar ou Largar” com funções de recompensa.
Recompensas: (C_1, C_2)

Embora este seja um modelo de jogo de rodada única a cada um dos jogadores, o método da indução reversa sublinha uma importante lição para as representações sequenciais: uma mudança na ordem dos jogadores altera substancialmente o resultado do jogo¹⁸⁰. Em decorrência de terem conhecimento desta mudança, haverá a decisão dos jogadores de tomar a iniciativa ao começo do jogo; afinal, a ordem dos eventos determina quais dos inúmeros equilíbrios de Nash do jogo formarão um equilíbrio sequencial.

¹⁸⁰ KATZ, Avery. The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, vol. 89, n. 2, p. 215 – 295, novembro, 1990.

Por óbvio, o processo de negociação e barganha nestas dadas condições são bastante irrealistas, como ressaltado antes. Dificilmente, alguém haverá de se deparar com uma situação em que age como uma das partes e tem pleno conhecimento das intenções da outra. Uma situação mais fiel ao que efetivamente ocorre precisaria dispor de informação assimétrica, i. e., a devida consideração de que uma parte detém mais informação do que a outra e de que as informações detidas não são necessariamente as mesmas. Ainda assim, a aproximação modelar ao efetivo relacionamento entre os contratantes pode ser feita se tal condição for estritamente respeitada e houver conhecimento de que a informação estará incompleta em todos os passos do jogo. Dessa forma, poderá ser encontrado o equilíbrio sequencial do jogo por outros métodos¹⁸¹ que não a indução reversa.

Em verdade, há uma grande dificuldade de se criar um modelo que seja confiável e represente a conduta real dos contratantes. Qualquer modelo, por certo, terá brechas que impedem uma aproximação total. Porém, um modelo fidedigno poderá ser criado se certos cuidados forem tomados no momento da modelagem.

Em primeiro lugar, a informação disponível deve ser identificada. Essa tarefa, embora complexa e delicada, é essencial à observação da negociação. Não haverá qualquer coerência em um jogo em que os jogadores não saibam quais os movimentos foram adotados na jogada anterior. Assim sendo, o jogo tornar-se-ia simultâneo, mesmo que as jogadas tenham se dado em momentos cronologicamente distintos.

Um segundo aspecto são os jogadores. Eles também são um ponto chave na fiel estruturação de um modelo, que precisam ser corretamente identificados. Isso porque o mercado pode “sugerir” jogos com mais de um comprador ou mais de um vendedor. E, a cada comprador ou vendedor, uma nova preferência estará na mesa.

¹⁸¹ Algumas técnicas envolvem o reconhecimento de jogadores *bayesianos*, a informação incompleta e cálculos de derivação de estratégias ótimas.

Há outra questão que também envolve os jogadores: quem efetivamente participará do processo de barganha¹⁸². Dependendo da pessoa que figurará no pólo de negociação, haverá mais ou menos estratégias à sua disposição¹⁸³.

Por fim, outro elemento basilar para uma aproximação razoavelmente apurada da realidade é a sequência de escolhas, que devem ser cuidadosamente especificadas. Sob pena de se tornar inverossímil, o jogo deverá conter todas as estratégias possíveis aos jogadores, bem como delimitar o momento de término das jogadas de barganha (pressupondo que haverá um momento de término, já que há jogos em que a negociação poderá ocorrer infinitamente). Além disso, deve ser levado em consideração se as partes pretendem – em algum momento no futuro – repetir as mesmas negociações, já que isso influi decisivamente nas recompensas.

4.4 A inserção da cláusula compromissória

Diante do que já se verificou a respeito das negociações contratuais e a sua representação mediante jogos estendidos, como poderíamos aproximar a teoria dos jogos da tentativa de inserção da cláusula compromissória em um contrato de compra e venda padrão?

Primeiramente, há que se observar que qualquer tipo de alteração de um jogo se dará pela mudança ou dos jogadores, ou das estratégias, ou da disponibilidade de informação, ou das recompensas. E qualquer alteração que seja feita, transformará o presente jogo em um jogo inteiramente novo.

A mudança de jogadores seria a mudança mais radical a ser feita. Com a alteração dos agentes operantes, muda-se – muitas vezes – todos os outros elementos que constituem o jogo e caracterizam aquela relação específica. Substituindo, por exemplo, o procurador da parte (agente), que está negociando um contrato Q qualquer, pela própria parte (principal), haverá

¹⁸² Caso do estudo do jogo entre principal e agente, em que há o componente do risco moral.

¹⁸³ A própria criação de vínculos entre representante e representado para agir na negociação pode também envolver barganha e ser esquematizado como um jogo. HYLTON, Keith N. Arbitration: governance benefits and enforcement costs. **Working Paper Series, Law and Economics Working Paper nº 04-09**, janeiro, 2004, p. 8.

ampliação de estratégias, mudança de preferências e, com isso, alteração de recompensas.

Esta não seria uma mudança desejável no presente estudo, justamente pelo poder alterador que teria sobre o jogo em questão. Ademais, não se está aqui a alterar *quem* negociará os termos do contrato, mas *quais* os termos que estarão sendo negociados. Portanto, essa primeira opção não será utilizada.

A mudança das estratégias é, mais do que uma opção, uma consequência. A inserção da cláusula em um contrato padrão implica, necessariamente, em uma mudança nas opções à disposição da parte. Se antes, o negociante tinha à sua disposição a escolha de resolver a controvérsia pela via judicial ou pela autocomposição, agora terá as duas alternativas anteriores e uma terceira: a via arbitral. Essa nova opção nas negociações precisa ser fielmente representada no modelo, sob pena de tornar o esquema inútil ou inaceitável, por não figurar o que se passa entre os possíveis contratantes na mesa de negociação. Como vimos, uma questão crucial para a boa arquitetura de um jogo é a cuidadosa inclusão de todas as estratégias (opções) possíveis em todos os momentos de escolha. Portanto, uma nova estratégia precisa ser representada.

Mais do que isso, porém, é preciso fazer com que ela traga uma recompensa própria. O valor que resultará dessa recompensa pode até ser o mesmo de outras estratégias, mas a função que lhe deu origem precisa estar presente, pois qualquer outra alteração no jogo (seja na simetria de informação, seja no contexto em que se desenvolve, seja nos valores negociados) deverá passar pelo mesmo cálculo de recompensa.

A informação disponível é um ponto extremamente complexo. É possível fazer tantos modelos quantos “pedaços de informação” as partes adquirirem. Na verdade, em razão da quantidade de informação detida por cada um, a cada momento da negociação, é possível desenhar um novo jogo a cada proposta apresentada, a cada telefonema dado, a cada reunião realizada, a cada minuta estudada etc. Ainda, seria possível montar um novo jogo com informações que sequer foram adquiridas de uma parte por outra (pelo processo de *disclosure*, por exemplo). Qualquer nova informação que haja

sobre o mercado em que o contrato em discussão se insere poderia dar ensejo a um novo jogo em que tudo permaneceria igual, exceto a disponibilidade de informação entre as partes.

Pela complexidade da matéria, trataremos de um modelo *in abstracto*, em que as partes dispõem igualmente de toda a informação que há para se obter nessa relação a qualquer tempo da negociação. Um jogo, portanto, de informação perfeita e completa. Caso contrário, o sem-número de possibilidades de representação inviabilizaria qualquer tentativa de aproximação das reais ocorrências negociais.

Por fim, a mudança de recompensas. Diferentes estratégias que levam a uma mesma recompensa são estratégias iguais. Um carro, diante de uma bifurcação na estrada, poderá escolher tanto o caminho da direita quanto o caminho da esquerda se a pista voltar a se juntar alguns quilômetros à frente¹⁸⁴. Não haverá benefícios¹⁸⁵ especiais por escolher esta ou aquela rota. Assim, é necessário que haja alguma vantagem para tomar a decisão de ir por um ou outro caminho, por uma ou outra estratégia.

O problema passa a ser (a) se há, efetivamente, vantagens em optar pela inserção da cláusula compromissória no contrato e (b) como fazer refletir tais vantagens na recompensa que os jogadores podem obter.

Já se discorreu a respeito das características da cláusula compromissória e quais os benefícios que ela pode trazer para a relação contratual. Conforme Hylton, a opção pela arbitragem garante benefícios que aprimoram o contrato. Portanto, sabe-se que a inserção da cláusula compromissória no instrumento contratual pode trazer benefícios.

Assim, passa-se a segunda indagação, acerca da transposição de tais vantagens ao modelo de jogo.

Ocorre que, em termos matemáticos, não é adequado fazer qualquer tipo de juízo de valoração de opções, escolhas ou caminhos adotados. A lógica matemática apontará qual a decisão mais acertada, qual o ponto ótimo de um

¹⁸⁴ Este exemplo, utilizado por inúmeros autores da teoria dos jogos, pressupõe que a estrada não mude de direção, pois se isto ocorresse, um dos caminhos traria uma recompensa maior por ser um atalho.

¹⁸⁵ Novamente, parte-se da ideia de que nenhuma das duas rotas apresenta alguma vantagem *durante o seu percurso* como, por exemplo, uma paisagem mais bela para se desfrutar enquanto se escolhe a pista da direita ou da esquerda.

processo ou qual a escolha que trará mais benefícios a partir de um critério objetivo, não sujeito a um “certo” ou “errado”.

Assim, não cabe tratar da arbitragem em termos de “melhor” ou “pior”, no sentido valorativo. Há que fazer refletir as características da arbitragem em alguma *função matemática* que espelhe minimamente o fenômeno que ocorre na vida contratual.

A exemplo de qualquer função preço utilizada por economistas¹⁸⁶, devemos saber criar uma função que altere as estratégias *contratar* e *não contratar* com variáveis que podem ser alteradas, já que serão inseridos valores que mudarão conforme os dados iniciais do jogo (preço, custos de transação etc.). O único juízo valorativo que se poderá fazer deve tratar do rigor matemático com o qual foi concebida a função que dá dinâmica ao jogo¹⁸⁷.

Assim, devemos voltar à indagação inicial, acerca das vantagens da cláusula para então transpô-las ao raciocínio matemático: quais as vantagens da arbitragem? Dentre os inúmeros benefícios que a opção pela arbitragem pode trazer¹⁸⁸, podemos – sinteticamente – apontar¹⁸⁹ (a) a opção que as partes fazem pelo desenho das regras próprias que governarão a relação entre elas, (b) a relativa rapidez com que os litígios são resolvidos, (c) a *expertise* com que os árbitros tendem a decidir (o “bom julgamento”) e (d) o reforço da garantia de adimplemento das obrigações contratuais. Elencando algumas vantagens e somando ao fato do relativo apoio das instituições externas¹⁹⁰, podemos inferir que o contrato aumenta em “qualidade” ou na certeza do seu cumprimento. Portanto, a mesma variável – de um contrato com uma qualidade

¹⁸⁶ BINMORE, Ken. **Fun and games: a text on game theory**. Lexington: DC Heath and Co., 1999, p. 51.

¹⁸⁷ Não cabe a avaliação de “melhor” ou “pior” no sentido valorativo. O resultado do jogo é indiscutível, sem margem à subjetivações, argumentos de ordem pessoal ou relativismo.

¹⁸⁸ A arbitragem, fez-se questão de frisar desde o início da tomada do assunto, é instituto de aplicação permitida no ordenamento brasileiro e que apresenta vantagens *em alguns casos* que hoje são resolvidos no Judiciário. Não há qualquer tentativa de provar que a arbitragem é mais vantajosa que o procedimento judicial em *qualquer circunstância*. Quiçá em uma hipótese matemática, em que as possibilidades de testagem são muito mais rígidas.

¹⁸⁹ Não incorreremos novamente na tarefa de explicar cada um dos pontos em que a arbitragem pode se mostrar mais proveitosa do que as outras maneiras de resolver conflitos. Apenas assumiremos tal assertiva para fins de aplicação no raciocínio em construção.

¹⁹⁰ Pode-se apontar um contexto atual favorável ao uso da arbitragem. O Poder Judiciário, por exemplo, tem dado boa recepção aos casos que tem chegado às mãos dos magistrados. Além disso, o relativo aumento do cumprimento voluntário de laudos arbitrais também contribui para um ambiente institucional favorável na hipótese matemática.

Q qualquer - que se está a utilizar no presente estudo, poderá ser empregada na função que estabeleceremos, sendo que Q terá uma expressão maior do que a qualidade Q de um contrato sem cláusula compromissória. Assim, a adoção da arbitragem como via de resolução de controvérsias, convencionaremos, passará a ser expressa por uma qualidade triplicada, ou seja, 3Q. Dessa forma, qualquer que seja a qualidade do contrato Q – resolução das disputas no Poder Judiciário –, a opção pela arbitragem aumentará a qualidade desse mesmo contrato.

Por outro lado, como visto nos capítulos anteriores, a opção pela arbitragem tende a apresentar um custo de ingresso na disputa mais elevado, o que encarece, de maneira geral, o custo do contrato. Os valores envolvidos na negociação, portanto, aumentam indiretamente. Pode-se afirmar, assim, que o preço do contrato aumenta.

Ainda, a respeito do preço do contrato, a escolha de uma câmara arbitral idônea, de árbitros confiáveis, de uma instituição sólida faz com que o custo de operação para instalação da arbitragem aumente, fazendo também aumentar o preço do contrato mais ainda.

Por essas razões, a mesma função que era utilizada nos exemplos anteriores, e que utilizava um preço P qualquer, passará – por convenção nossa – a ser representada pelo valor 2P. Ou seja. O valor do negócio dobrou, pois a relação tornou-se, por assim dizer, mais cara com o direcionamento da solução dos conflitos para a via privada.

Assim, onde tínhamos um contrato de qualidade Q, passamos a ter um contrato de qualidade 3Q (benefícios de governança); onde tínhamos um contrato de preço P, passamos a ter um contrato de qualidade 2P (custos de cumprimento). Estas serão as novas variáveis da função recompensa que o jogador terá ao escolher a arbitragem para dirimir controvérsias. Sendo esta a recompensa, quaisquer valores inseridos nas variáveis poderão ser conhecidos por qualquer dos contratantes, pois como foi convencionado, a informação contida no jogo é partilhada por ambos.

É importante ressaltar que essa função de recompensa é bastante simples. Isso tem implicações a respeito da sua confiabilidade.

Um estudo mais aprofundado sobre o comportamento dos preços de um determinado mercado, por exemplo, deve apresentar uma função que represente minimamente o comportamento observável dos valores das mercadorias ou serviços ou dos agentes envolvidos com a operação. A elaboração dessa função é uma tarefa extremamente complexa, porque envolve a inclusão de toda e qualquer atividade de compra desse bem a essa fórmula. Significa dizer que o comportamento de quem quer que incorra na atividade de comprar este bem ilustrativo acabará por agir como a função determina.

Por essa razão, uma função que abarque, em sua totalidade, todo o comportamento existente relativo àquela compra é uma tarefa quase impossível. O atingível, no entanto, é elaborar uma função que *aproxime* o comportamento dos interessados à verificação pelo modelo. Eliminando alguns detalhes (perda de algum grau de realidade), enaltecem-se os traços mais gerais das condutas verificáveis e, com isso, fornece-se uma ideia do que a função efetivamente representa.

Com isso, é possível prever se a entrada de um novo agente em um mercado irá alterar as vendas, se essa alteração será substancial, e em que medida (o quanto) será alterada etc. Embora o grau de precisão não seja total, a estimativa já serve de baliza para a adoção ou não de táticas agressivas em um mercado, ou a implantação de um novo produto etc.

A função de recompensa também apresenta esse problema. Dificilmente a função espelhará exatamente o que ocorre na situação real. Até porque o critério subjetivo de satisfação pessoal da escolha pela arbitragem (mesmo que não utilizada) é de difícil mensuração.

Ainda assim, é possível elaborar uma formulação que reflita minimamente a ocorrência fática, aproximando-a da situação verdadeira e fornecendo uma ideia fiel que permite apontar, no jogo, qual a recompensa em que as partes incorrem ao escolher essa determinada estratégia.

Isso não quer dizer que a mesma função poderá ser utilizada em qualquer jogo que envolva arbitragem. Como ressaltado anteriormente, essa função pode ser convencionada pelo embasamento teórico que nos permite afirmar, com algum grau de segurança, que em determinados contratos a via

arbitral é mais vantajosa do que a via judicial. Mas isto não é, evidentemente, uma regra aplicável a qualquer tipo de contrato celebrado.

Contratos de adesão que contenham uma convenção de arbitragem, por exemplo, podem vir a ser extremamente onerosos à parte aderente, uma vez que a imposição da câmara arbitral, das taxas de instauração e dos honorários dos árbitros pode apresentar custos elevadíssimos, não sendo à parte favorável aderir a este contrato em particular. Relações de consumo também podem apresentar uma onerosidade excessiva, principalmente pelo provável não reconhecimento que as partes obterão do laudo arbitral por parte do Poder Judiciário, uma vez que o contrato que traduz a relação de consumo goza de uma proteção maior do ordenamento que não deixa prescindir a via judicial de resolução de conflitos¹⁹¹. Da mesma forma, contratos celebrados em que há flagrante lesão a uma das partes; contratos de trabalho¹⁹²; contratos administrativos¹⁹³ – todos eles terão um contexto particular que alterará o comportamento dos agentes e, por conseqüência, tornará a função de recompensa incompatível. Em suma, a função aqui proposta não tem a pretensão de descrever o retorno de qualquer contrato que possa existir. Como já vimos, cada contrato possui uma natureza diferente e o contexto em que eles estão inseridos também atua decisivamente sobre ele¹⁹⁴.

O Modelo de Cournot¹⁹⁵ mostra-se bastante razoável para ilustrar a tentativa de se propor uma função de recompensa razoavelmente aceitável.

¹⁹¹ Embora a lei não faça nenhuma restrição em relação ao emprego da arbitragem nas relações de consumo, há certa restrição à sua pela proteção dada ao consumidor pelo ordenamento brasileiro, além da questão de sua hipossuficiência. LEMES, Selma Maria Ferreira. O Uso da arbitragem nas relações de consumo. **OAB – SP**, 26 de julho de 2006. Disponível <http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id_noticias=93>. Acesso em 07 de outubro de 2010.

¹⁹² CARBONNEAU, Thomas E. Liberal rules of arbitrability and the autonomy of labor arbitration in the United States. *In*: MISTELIS, Loukas A. e BREKOULAKIS, Stavros L. **Arbitrability: international & comparative perspectives**. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2009, p. 143 – 161.

¹⁹³ LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, p. 2007 e MIGUEL, Helio. As vantagens da arbitragem para desavenças nas empresas. **Paraná - Online**, Curitiba, 23 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/editoria/cidades/news/411273/>>. Acesso em 05 de setembro de 2010.

¹⁹⁴ FERNANDES, Wanderley (Org.) **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 205.

¹⁹⁵ Antoine Augustin Cournot (1801-1877) foi filósofo, economista, ensaísta e matemático francês que estabeleceu o Modelo de Cournot em 1838, analisando o comportamento de duas

Neste modelo, os jogadores são duas empresas – Empresa 1 e Empresa 2 – que fabricam produtos homogêneos e disputam o mesmo mercado. A recompensa de cada empresa é o lucro que elas conseguem obter no mercado competitivo, conforme o modelo.

Parte-se do pressuposto de que cada empresa tenta maximizar o seu lucro, que, nesse jogo, é a recompensa. O lucro de cada uma é a diferença entre a sua receita e o seu custo. A função de recompensa dado pelo modelo de Cournot é simples:

$$p(q) = A - b(q_1 + q_2)$$

Neste modelo, $p(q)$ é o preço de mercado como função da quantidade, q é a quantidade total produzida e vendida no mercado, A e b são constantes, q_1 é a quantidade produzida e vendida pela Empresa 1, e q_2 é a quantidade produzida e vendida pela Empresa 2. Obviamente, $q = q_1 + q_2$.

O desenvolvimento do modelo segue¹⁹⁶ ao ponto em que é possível estabelecer as receitas e os custos, determinar uma constante c de lucro e, com isso, chegar às equações de produção de cada uma das empresas. A isso, segue a verificação do equilíbrio de Nash de ambas, que ocorrerá à medida que as produções se intensificarem ou diminuïrem. O modelo, perfeitamente verificável, vale-se de *funções de recompensa* para estudar o comportamento de cada uma das empresas.

A exemplo do modelo de Avery Katz¹⁹⁷ de negociação de contratos, utilizaremos as funções de recompensa que integram os jogos anteriores. Neles, a recompensa do Contratante 1 (“vendedor”), simbolizado por C_1 , era calculada da seguinte maneira:

empresas em um determinado mercado. O estudo do seu modelo é particularmente importante para o Direito da Concorrência, ao estudar a formação de cartéis, oligopólios e monopólios.

¹⁹⁶ Não iremos tratar em mais detalhes o modelo de Cournot, pois sua utilização tem uma função introdutória aos estudos de determinação simultânea de quantidades, o que não é do interesse do trabalho. Empregamo-nos apenas para mostrar a viabilidade de trabalhar com funções de recompensa ao invés de valores absolutos.

¹⁹⁷ KATZ, Avery. The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 89, n. 2, p. 215 – 295, novembro, 1990.

$$\pi_{C_1} = P - S - C$$

Onde a função de recompensa (π_{C_1}) era dada pelo preço do contrato (P) subtraído do custo de envio¹⁹⁸ da minuta (S), subtraído do valor que C_1 atribuía subjetivamente àquele contrato (C).

Da parte do Contratante 2 (“comprador”), simbolizador por C_2 , a função de recompensa era dada pela seguinte expressão:

$$\pi_{C_2} = V - R - P$$

Onde a sua função de recompensa (π_{C_2}) era dada pelo valor subjetivo que C_2 dava ao negócio (V), subtraído do custo de leitura¹⁹⁹ (R), subtraído do preço pago pela transação (P).

Com a nova convenção a respeito da inserção da cláusula compromissória, temos que a avaliação do contrato valerá, para C_1 , $3C$; e o preço do contrato passará a ser $2P$. Com isso, sua função de recompensa será:

$$\pi_{C_1} = 2P - S - 3C$$

Da mesma forma, temos que, para C_2 , a nova função de recompensa, pelos novos valores, passarão a ser:

$$\pi_{C_2} = 3V - R - 2P$$

Com as novas funções, é possível montar um novo modelo de jogo em que haverá uma nova opção aos contratantes: “*inserir a cláusula compromissória*”. Essa nova estratégia, a exemplo dos outros jogos em que foram inseridas novas estratégias, passa a ter a sua própria recompensa dada

¹⁹⁸ O custo de envio inclui a ideia de gasto com elaboração da minuta, apreciação das cláusulas, pesquisas jurisprudenciais, gastos com transporte, comunicação, reuniões etc.

¹⁹⁹ O custo de leitura envolve, além do gasto com leitura, os dispêndios com exame, apreciação da proposta, envio do material para o departamento jurídico (se houver), gasto com comunicação, transporte, correio, contato, reuniões viagens etc.

pelas funções previamente descritas. Independente dos valores absolutos que se dê ao contrato, ao seu preço, aos custos de envio e leitura da minuta, os retornos serão diferentes das simples funções anteriormente trabalhadas. Lembremos que o novo contrato traz consigo a característica de ser mais cumprido (*enforceable*) do que o contrato antigo e que o seu valor também teve uma substancial alteração de preço.

Assim, de acordo com os modelos utilizados por Avery Katz, podemos representar a nova sequência de ações da seguinte forma:

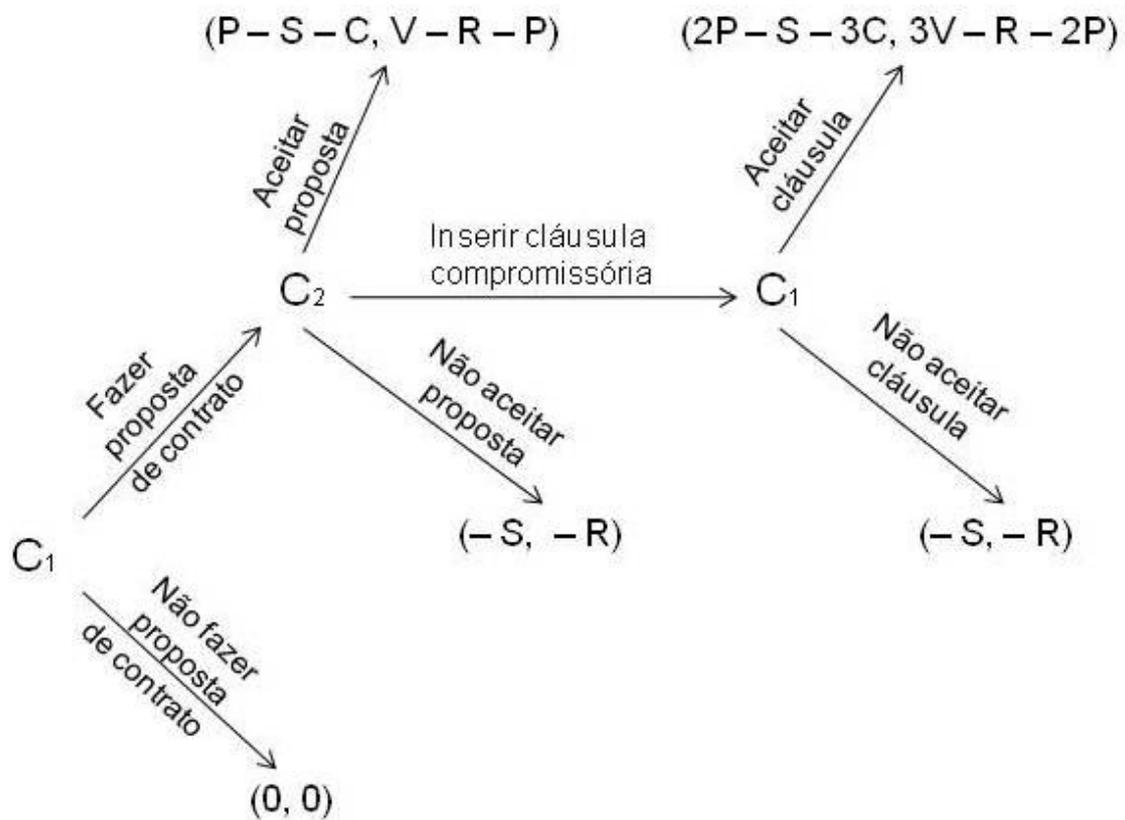


Figura 11. Inserção da cláusula compromissória

Recompensas: (C₁, C₂)

Temos que C₁ inicia o jogo, escolhendo entre *fazer uma proposta de contrato* e *não fazer uma proposta de contrato*. Se escolher a primeira opção, dará continuidade ao jogo; caso escolha a segunda, o jogo termina com um apenas um lance, em que as partes já podem observar as suas recompensas – neste caso, zero para cada um deles. No caso de C₁ *fazer uma proposta de*

contrato, a movimentação seguinte passará a ser de autoria de C_2 , que se encontra em uma situação diferente da observada na Figura 10: desta vez, ele pode ou *aceitar a proposta*, *rejeitar a proposta* ou – nova estratégia – *propor a inserção da cláusula compromissória*.

Ao escolher *aceitar a proposta*, C_2 dará fim ao jogo, fazendo com que os contratantes incorram em recompensas que são dadas pelas funções já vistas anteriormente: o jogador C_1 obterá como recompensa o que resultar da subtração do *preço* pelo *custo de envio* e pelo *valor subjetivo do bem*. C_2 , por sua vez, terá um retorno resultante da subtração do *valor subjetivo do contrato* pelo *preço* pago pelo contrato e pelo *custo de exame* deste.

Há a terceira opção – *inserir cláusula compromissória* – que representará mais um movimento no jogo. Com isso, a jogada passa a ser do contratante C_1 novamente, que poderá *aceitar a cláusula* ou *não aceitar a cláusula*. Caso recuse a sugestão (*rejeitar a cláusula compromissória*), os contratantes obterão a recompensa $\{-S\}$ – o *custo de envio* – para C_1 ; e $\{-R\}$ – o *custo de exame* – para C_2 ²⁰⁰. Pode ocorrer, entretanto, que C_1 escolha *aceitar a cláusula compromissória*, o que faria com que os jogadores desfrutassem de um retorno diferente. A recompensa seria duas vezes o *preço*, subtraído do *custo de envio* e do triplo do *valor subjetivo do contrato* para C_1 ; e o dobro do *valor subjetivo do contrato*, subtraído do *custo de exame* e do dobro do *preço* para C_2 .

O estabelecimento de uma função para designar os *payoffs* que as partes terão auxilia a análise do tipo de contrato em negociação. Não são pelos número acompanhados das variáveis que se pode afirmar que *aceitar a cláusula compromissória* é a estratégia dominante. Dependendo da natureza deste, a função apontará uma recompensa desfavorável. Um contrato cuja execução seja muito cara e um retorno (qualidade) mediana terá um preço muito elevado, que poderá trazer uma recompensa negativa. É pelos valores

²⁰⁰ Esses valores, obviamente, podem ser outros. O importante é perceber que, no modelo proposto, eles são valores que representam recompensas negativas. O que, por sua vez, não quer dizer necessariamente ser uma alternativa eliminada. No caso ilustrativo é, mas poderia não ser: poderia ser o caso, por exemplo, de ser a *preferência* do jogador não fechar negócio com ele, pois aquele teria uma relação de exclusividade com outro negociante. Celebrar este contrato seria colocar em risco o outro.

absolutos atribuídos ao jogo que inferimos se uma ou outra estratégia vale a pena.

5 CONCLUSÃO

A teoria dos jogos pode oferecer uma melhor compreensão sobre o período pré-contratual. A retirada de inúmeros elementos de influência que podem atuar na fase negocial, tornam mais compreensível o comportamento dos agentes. Ainda que muitos dos detalhes que efetivamente ocorrem durante este momento contratual sejam colocados de lado, a teoria dos jogos pode desempenhar um papel auxiliador ao contratualista no que diz respeito ao comportamento dos agentes frente aos incentivos de entabular um contrato.

Como visto, esta teoria não basta para tentar explicar o fenômeno da coordenação de vontades. Os jogos são bastante limitados ainda. Sua aplicação e entendimento se restringem a modelos muitos simplórios, cuja ocorrência não se percebe no mundo dos negócios.

Somado a problemática da transposição de comportamentos em estratégias, temos o instituto da arbitragem sendo crescentemente utilizado, envolvendo um número e natureza maior de conflitos, que deixam a esfera dos contratos empresariais e passam a surgir em diversas áreas em que, até pouco tempo atrás, não davam receptividade à heterocomposição privada.

Quando se trata de contratos empresariais de compra e venda, a atividade negocial mostra um lado criativo que ainda não foi capturado pela análise do jogo, isto é, ainda não conseguiu utilizar a riqueza de possibilidades existentes na construção de modelos fidedignos, apurados e razoavelmente mensuráveis. Ainda assim, o objetivo primordial da teoria dos jogos na análise de formação de contratos não mudou: a alteração de jogos não cooperativos em jogos cooperativos.

O contrato, instrumento de maximização de bem-estar, elevado à resolução por arbitragem, precisa evidenciar os benefícios em inseri-la para que mostre seu real proveito. Destarte, a teoria dos jogos, apresentando conclusões indubitáveis quando bem utilizada, serve como um contributo a

esse esforço, na diária tarefa de propagar a utilização do instituto quando da sua inserção por convenções arbitrais nos contratos empresariais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBUQUERQUE, Luciano Campos de. Tempo de Duração do Processo. **Instituto Innovare**, VI Edição – 2009. Disponível em: < <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/tempo-de-duracao-do-processo/>>. Acesso em 12 de setembro de 2010.

ALLEN, Douglas W. & LUECK, Dean. Contract choice in modern agriculture: cash rent versus cropshare. **Rand Journal of Economics**, nº 2, vol. 35, 1992.

AMORIM, Catarina. Evolutionary game theory and the mathematics of altruism. **Science 2.0**, 18 de julho de 2008. Disponível em http://www.science20.com/amorca/evolutionary_game_theory_and_the_maths_of_altruism> Acesso em 03 de 09 de 2010.

ANSON, William. **Law of Contract**. 23^a ed. Oxford: Oxford University Press, 1969.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

BAIRD, Douglas *et al.* **Game Theory and the Law**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

BICCHIERI, Cristina. **The logic of strategy**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

BINMORE, Ken. **Fun and games: a text on game theory**. Lexington: DC Heath and Co., 1999.

CARBONNEAU, Thomas E. Liberal rules of arbitrability and the autonomy of labor arbitration in the United States. *In*: MISTELIS, Loukas A. e

BREKOULAKIS, Stavros L. **Arbitrability: international & comparative perspectives**. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96**. 3ª ed. red., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CARRARA, Giovanni. **La formazione dei contratto**. Milão: Francesco Vallardi, 1915, p. 48.

COASE, Ronald H. The problem of the social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, vol. 3, p. 1-44, outubro, 1960.

COASE, Ronald H. The problem of the social cost. **Journal of Law and Economics**, Chicago, vol. 3, p. 1-44, outubro, 1960.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial, vol. 3: direito de empresa**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DAVID, René. **Les contrats em droit anglais**. Paris: LGDJ, 1973.

DE VOS, Marina e VERMEIR, Drik. **Logic Programming agents and game theory**. Universidade Livre de Bruxelas (VUB), 1996.

DEMAINE, Erik D. e HEARN, Robert A. Playing games with algorithms: algorithmic combinatorial game theory. **Lecture Notes in Computer Sciences**. República Tcheca, nº 2136, agosto, 2001, pp. 1-42.

FARNSWORTH, E. Allan. **Contracts**. Boston: Little, Brown and Co., 1990.

FARNSWORTH, E. Allan; YOUNG, William F. *Contracts*. **Cases and Materials**. 5ª ed. Westbury, NY: The Foundation Press, Inc., 1995.

FERNANDES, Wanderley (Org.) **Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais**. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 206.

FERRARI, Franco. A comparative overview on offer and acceptance *inter absentes*. **Boston University International Law Journal**, Boston, vol. 10, nº 2, p. 171 – 201, outono, 1992.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos jogos: com aplicações em economia, administração e ciências sociais**. 2ª ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

FIUZA, César. **Direito civil: curso completo**. 11ª ed. revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 437.

FLETCHER, Jeffrey A. Evolutionary Game Theory, Natural Selection and Darwinian Dynamics. **Journal of Mammalian Evolution**, vol. 13, nº 2, pp. 157-159.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Arbitragem nacional e internacional: progressos recentes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GAUTHIER, David. **Morals by agreement**. Oxford: Oxford University Press, 1986.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 604;
FRITZ, Karina N. **Boa-fé objetiva na fase pré-contratual**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 29.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações: parte especial**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

HALPERN, Joseph Y. e PASS, Rafael. **Game theory with costly computation**. Rascunho, 2008.

HELEWITZ, Jeffrey. **Basic contract law for paralegals**. 5ª ed. Aspen: Aspen Publishers Online, 2007.

HOLLIS, Martin. **Trust within reason**. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

HOLMES JR., Oliver W. **The Common Law**. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina S.A., 1964.

HYLTON, Keith N. Arbitration: governance benefits and enforcement costs. **Working Paper Series, Law and Economics Working Paper nº 04-09**, janeiro, 2004.

KAPLOW, Louis e SHAVELL, Steven. Principles of fairness versus human welfare: on the evaluation of legal policy. **Harvard Law School**, Law-Econ Discussion Paper nº 277, 2000.

KATZ, Avery. The Strategic Structure of Offer and Acceptance: Game Theory and the Law of Contract Formation. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 89, n. 2, p. 215 – 295, novembro, 1990.

KRÖLL, Stefan. The “Arbitrability” of Disputes Arising From Commercial Representation. *In*: MISTELIS, Loukas A. e BREKOULAKIS, Stavros L. **Arbitrability: international & comparative perspectives**. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2009, p. 317 – 350.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Árbitro: princípios da independência e da imparcialidade: abordagem no direito internacional, nacional e comparado, jurisprudência**. São Paulo: LTr, 2001.

LEMES, Selma Maria Ferreira. **Arbitragem na administração pública: fundamentos jurídicos e eficiência econômica**. São Paulo: Quartier Latin, p.

2007 e MIGUEL, Helio. As vantagens da arbitragem para desavenças nas empresas. **Paraná - Online**, Curitiba, 23 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/editoria/cidades/news/411273/>>. Acesso em 05 de setembro de 2010.

LEVMORE, Saul. Commissions and conflicts in agency arrangements: lawyers, real estate brokers, underwriters and other agent's rewards. **Journal of Law and Economics**, vol. 36, 1993.

LEVY, Gilat e RAZIN, Ronny. **"It takes two": na explanation of the democratic peace**. Working paper, 2003.

LEWIS, David. **Convention: a philosophical study**. Cambridge: Harvard University Press, 1969.

LYRA TAVARES, Ana Lucia. O espírito da *Common Law* e os contratos. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, nº 18, p. 23-57, 2000.

MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. 14ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 135.

MARTINS-COSTA, Judith H. **A Boa-Fé no Direito Privado – Sistema e Tópica no Processo Obrigacional**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999..

MIGUEL, Helio. As vantagens da arbitragem para desavenças nas empresas. **Paraná - Online**, Curitiba, 23 de novembro de 2009. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/editoria/cidades/news/411273/>>. Acesso em 05 de setembro de 2010.

MOSS, Scott. **Game theory: limitations and na alternative**. Manchester: Centre of Policy Modelling, 1999.

MYERSON, Roger B. **Game theory: analysis of conflict**. Cambridge: Harvard University Press, 1991.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Arbitragem na relação de consumo. Solução para desafogar o nosso Poder Judiciário**. Revista Jus Vigilantibus, São Paulo. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/15755>>. Acesso em 15 de setembro de 2010.

PINTO, José Emílio Nunes. A cláusula compromissória à luz do Código Civil. **Revista de Arbitragem e Mediação**, Ano 2 – nº 4, janeiro – março, 2005, p. 34 – 47.

POPPER, Karl. **Lógica das Ciências Sociais**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999.

POSNER, Eric A. **Law and social norms**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

POSNER, Richard. The Present Situation in Legal Scholarship. **Yale Law Journal**, vol 90, n. 28. 1981.

QUINE, W. V. Carnap and logical truth. **Synthese**, vol. 12, nº 4, 1960, p. 350-374.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 93.

SHUBIK, Martin. Game Theory: some observations. **Yale School of Management – Working Paper Series B**. Working paper nº 132, julho de 2000.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil**. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

SMITH, John Maynard. The logic of animal conflict. **Nature**, nº 246, 1973, pp. 15-18.

TALLON, DENIS, HARRIS, DONALD e outros. **Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises**. Paris: LGDJ, 1987.

ULLMAN-MARGALIT, Edna e SUNSTEIN, Cass R. Inequality and indignation. **Philosophy and Public Affairs**, vol. 30, nº 4, inverno, 2001, pp. 337-362.

VAN DAMME, E.E.C. Economic behavior in Vervet monkeys. **Evolution & Behavior**. Interdisciplinary Research Projects, 2009.

VAZ, Gilberto José e NICOLI, Pedro Augusto. Tempo é dinheiro: uma visão analítica econômico-financeira de custos e prazos de litígios. **CAMARB – Câmara de Arbitragem Empresarial – Brasil**. Disponível em <<http://www.camarb.com.br/informativos/detalhes.aspx?informativono=68>>. Acesso em 10 de agosto de 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VON WAHLENDORF, H. A. Scharwz-Libermann. **Introduction à l'Esprit et à l'Histoire du Droit Anglais**. Paris: LGDJ, 1977.