

# SOCIEDADES E CONTRATOS INCOMPLETOS

## PARTNERSHIPS AND INCOMPLETE CONTRACTS

*Rachel Sztajn*

### Resumo:

O instituto jurídico contrato visa assegurar a regular e pacífica circulação da riqueza, a evitar a violência na alocação eficiente dos bens na economia e a promover sua transferência entre pessoas de forma lícita. Essa assertiva e outras são abordadas pela Autora que também observa o perfil das sociedades de cunho comercial.

**Palavras-chave:** Contratos. Sociedade. Boa-fé. Declarações obrigacionais. Custo de transação. Assimetria de informação.

### Abstract:

The legal doctrine contract aims to ensure and to regulate a pacific wealth circulation, and to avoid violence in an efficient allocation of goods in economy and to promote its transfer among people on licit basis. The author treats this assertion and other ones, and observes the profile of commercial partnerships.

**Keywords:** Contracts. Partnerships. Good Faith. Obligational Representations. Transaction Costs. Asymmetric Information.

## 1. Introdução

Para os economistas contrato é um acordo entre duas ou mais partes para, entre elas, transmitir direitos, estabelecer, eliminar ou modificar deveres anteriormente ajustados. A visão econômica do contrato não se afasta da noção jurídica desse instituto: operação que cria, modifica ou extingue relações jurídicas patrimoniais.

Porém, quando se avança a questão para o plano de análise dos termos do contrato, aparecem diferenças no tratamento do negócio que merecem ser compreendidas. Seja porque as obrigações, direitos e deveres se protraem no tempo, hipótese em que podem ocorrer eventos que recaem sobre as prestações anteriormente acordadas e, em muitos negócios, aqueles de execução continuada, nem sempre as salvaguardas e provisões para eventos futuros que possam afetar o comprometimento das partes, com os termos inicialmente acordados que são claras.

A inegável importância dos contratos para a circulação da riqueza explica porque tanto economistas quanto juristas se debruçam sobre esse instituto que é, igualmente, uma instituição social.

---

Professora Associada do Departamento de Direito Comercial e presidente da Comissão de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Premissa maior é que as pessoas, ao contratarem, teriam informações sobre todos os efeitos produzidos pelos contratos e que não haveria eventos externos que afetassem as respectivas prestações; que contratantes, por estarem em posição de igualdade uns frente aos outros, embora essa igualdade, em muitos casos, fosse meramente formal, não implicava custos de negociação. Mais recentemente admite-se que a suposta igualdade em muitos casos não é real.

Também se considerava que o Judiciário não é fonte de custos, que eventual inadimplemento seria facilmente corrigido, uma vez que as estruturas negociais predispostas nos ordenamentos de base romano-germânico-canônica prevêm remédios que se afiguravam adequados. Por isso que os custos de transação não eram levados em conta pelas partes ao celebrarem contratos legalmente tipificados. Não havendo custos não é tão importante pensar a respeito do desenho dos contratos para cada operação.

Entretanto, o reconhecimento pelos economistas de que há custos de transação envolvidos nas negociações, entre eles o de que uma das partes pode ter informações de que a outra não dispõe (assimetria informacional), leva a considerar que contratos merecem ser analisados sob outra perspectiva, em face do resultado econômico.

Como a assimetria de informação pode desmotivar contratações socialmente interessantes, ou ser fonte de práticas oportunistas, facilitar que as pessoas se comportem de forma indesejável, os economistas reconheceram que negociar contratos tem custos, sendo desejável encontrar meios que os reduzam.

Também se reconheceu que as pessoas não têm informação completa e que as decisões judiciais implicam tempo e esforço, outra fonte de custos que, de forma direta e indireta, afetam o desempenho econômico.

Contratos ganham espaço nos estudos econômicos. Da perspectiva econômica de contrato surge a noção de incompletude do negócio jurídico, contrato.

Disponer de informações relativas aos bens, à propriedade e ações da outra parte é condição fundamental para facilitar o cumprimento dos contratos. Como, em geral, obter informações tem custo, e como nem sempre as pessoas estão dispostas a fazer o investimento necessário para obtê-las, é patente a dificuldade de firmar contratos equilibrados desde o início. Muitas vezes medir a informação é complicado e há casos em que informações são difíceis de serem obtidas requerendo atividades adicionais das partes. Quando uma delas conhece alguma coisa desconhecida pela outra, diz-se que a informação é assimétrica e daí derivam problemas na elaboração de contratos: a seleção adversa e *moral hazard*.

Akerlof explica que a seleção adversa retira do mercado bens de boa qualidade, tornando-o de alocação ineficiente, porque operações desejáveis não serão consumadas. Não importa que Direito preveja comportamentos de boa-fé, dever de informar, criando condições que facilitem operações econômicas. O *moral hazard*, de sua parte, tem que ver com a vantagem que uma das partes pode auferir depois da celebração do contrato por deter alguma informação. Aqui se incluem a informação oculta – em que uma informação relevante é adquirida e mantida por uma das partes; e a ação oculta – em que a ação especificada contratualmente não é observada diretamente pela contraparte.

Como o contrato cria direitos, deveres e obrigações, induz comportamentos; no caso das sociedades, a cooperação entre membros, o que os estimula é a perspectiva de, ao atuarem em conjunto, obterem benefícios que serão partilhados por todos.

Por isso que é preciso impor algumas restrições aos comportamentos de interesse individual e incentivar o comportamento de interesse coletivo para levar à cooperação. Para chegar ao ganho coletivo é necessário dificultar ações não-cooperativas.

É sobre as bases desse conflito que se assenta o contrato de sociedade em que se prevê direitos, deveres e obrigações mútuos ou recíprocos entre sócios. Não se despreze o conflito de interesses entre eles, que emerge quando falta coordenação dos comportamentos para atingir o resultado coletivo.

Governança e oportunismo, custos de transação e assimetria de informações são pilares sobre os quais os economistas edificam a discussão da incompletude contratual, todos detectados no negócio-sociedade.

Recorrendo à noção de custo de transação como meio ou forma de precificar incertezas, concepção que interessa ao jurista porque os agentes econômicos, intuitivamente, consideram os custos de transação quando da análise e tomada de decisão, computando-os na análise da relação custo-benefício, quanto maiores os esforços investidos no assegurarem-se às partes de que a operação será bem sucedida, maiores tendem a ser os custos de transação e, conseqüentemente, menores os benefícios esperados.

## 2. Contratos

Contratos refletem declarações obrigacionais entre duas ou mais partes que, no exercício de sua autonomia negocial, exercem o poder de dar-se regras. Partindo

do pressuposto de que as pessoas são racionais e agem racionalmente. é intuitivo que nessa formulação do auto-regramento, buscarão reduzir custos de transação.

A idéia de custo de transação é importante nos contratos empresariais, na maioria, de longa duração e de execução continuada, que se destinam a facilitar a organização da atividade; a manter estável a produção e a oferta de bens e serviços em mercados; à especialização de atividades; e, portanto, ao aumento das eficiências alocativa e produtiva. A sociedade é um contrato desse tipo, de longa duração, em geral, e de execução continuada, em que se organiza o exercício de atividade econômica.

Antecipar e dispor a respeito de todos e quaisquer eventos que possam impor contingências, afetando a distribuição de direitos, deveres, ônus e obrigações iniciais, que incidam sobre as prestações de cada uma das partes e as afetem de modo adverso, em contratos de longa duração e execução continuada ou diferida, é difícil. Supor que, nesses casos, os custos de transação serão mais elevados não espanta.

Claro que se pode considerar que as declarações negociais preverão todas as hipóteses e, portanto, não haverá lacunas. Economistas entendem - e é fácil acompanhar seu raciocínio - que pessoas racionais optarão por deixar vagos ou imprecisos certos eventos, de forma a reduzir custos de transação na negociação. É importantíssimo observar que a opção pela incompletude não se aplica à redação do instrumento de contrato mas, isto sim, à própria negociação da operação.

O instituto jurídico contrato visa assegurar a regular e pacífica circulação da riqueza, a evitar a violência na alocação eficiente dos bens na economia e a promover sua transferência entre pessoas de forma lícita. Nenhuma sociedade evoluída prescinde de contratos, que aparecem como instituição social antes mesmo de serem incorporados aos ordenamentos jurídicos.

A quem critica aceitar argumentos desenvolvidos em economia na análise de normas jurídicas cujo fundamento é o desprezo por critérios de eficiência, lembre-se que as pessoas, ao decidirem, muitas vezes têm na relação custo-benefício um de seus parâmetros, porque agem estrategicamente e levam em conta as estratégias de suas contrapartes.

No que tange à informação, sua distribuição entre contratantes é central porque se manifesta na distribuição de ônus e vantagens entre eles, tornando possível prever resultante do contrato (se efetivo ou não), a distribuição dos ganhos e perdas, e como interpretá-lo, quando evento imprevisto venha a incidir sobre as prestações.

Ora, como na maioria das vezes, as partes não detêm informações completas e que a racionalidade individual produz, como estratégia de negociação, que cada contratante tente receber parcela dos benefícios gerados pelo negócio e que cada

uma delas suporte os custos da operação, é necessário haver incentivos para as pessoas que negociam. Quando não houver benefícios a serem partilhados entre os operadores é comum que o negócio não seja concluído, porque ambos ficariam em situação pior do que a atual.

Tomando dos economistas a concepção de que contratos de execução continuada ou diferida -- diversamente daqueles de execução instantânea -- são, em geral, incompletos o que reduz custos de transação na contratação, novos problemas são postulados, em nada similares àqueles tradicionalmente estudados pelo Direito.

Amplificada a imprevisibilidade da ocorrência de eventos que possam afetar as prestações das partes e/ou a execução do contrato, em que até a confiança que as partes depositam uma na outra pode ser frustrada, do risco de que qualquer das partes adote comportamento oportunista para obter vantagens extraordinárias pode ser equiparado à assimetria de informações.

Cabem aqui cuidados com i) seleção adversa ou uso de informação oculta; ii) prática de ações temerárias em que a parte assume riscos fora do controle da outra; e iii) a impossibilidade de terceiros, estranhos à relação -- usualmente os Tribunais diante de ações judiciais intentadas por uma das partes --, perceberem que a informação era igualmente detida por estas.

Ainda quanto à incompletude contratual, a doutrina econômica se dedica a estudar a questão dos remédios que as empresas possam adotar para reduzir custos de transação presos à incompletude dos contratos de longa duração. No Direito, a questão emerge na interpretação do negócio e na investigação daquilo que as partes efetivamente queriam no momento da contratação. Quais riscos foram, ou-não, partilhados entre elas ou qual delas suporta determinados eventos, fatores estes ligados à racionalidade limitada ou viciada, conhecida como "*bounded rationality*" Este aspecto diz respeito à maneira segundo a qual as informações estão distribuídas entre partes, ou qual delas detém melhores informações. O comportamento estratégico adotado por qualquer das partes no ocultar informações se inclui nessa área de investigação.

No plano estratégico ações menos diligentes ou mesmo imprudentes, porque imprevisíveis, são parte dos problemas derivados da incompletude contratual. Considerar incompletos contratos sempre que, quando o agente racional deixa espaços ou brechas na estrutura negocial, como propõem, para a organização empresarial. Coase, Williamson, Oliver Hart, entre outros, para admitir que incompletude contratual é causadora da necessidade de adaptações sequenciais e que, para inibir oportunismo, é preciso que a negociação e o clausulado contratual prevejam salvaguardas de vários tipos, o qual pode ser o ponto de partida para enfrentar o problema.

Reconhecer que na redação de contratos de longo prazo (os quais, na visão de Coase, serviriam para reduzir custos de transação impostos por inúmeras e seguidas contratações de curto prazo), é difícil descrever, com precisão, as prestações a que se obrigam as partes ao longo do prazo de duração do contrato que venham a ser atingidas por quaisquer eventos externos; que será quase possível prever todas as ações mais convenientes que cada uma delas poderá adotar; ser comum que o clausulado dos contratos sejam apresentados de forma mais ou menos genérica, permitindo que, ao longo do tempo, sejam feitas as especificações necessárias; que há custos de transação. alguns “*ex ante*” e outros “*ex post*”; (aqueles relacionados à definição inicial do contrato e das salvaguardas em face de eventos futuros; estes relacionados à renegociação para adequar a relação comercial aos eventos, ao custo de solução de controvérsias e ao custo de garantia do cumprimento das obrigações), e que o problema está no campo do Direito.

Quanto aos contratos típicos, a hipótese de incompletude parece impossível uma vez que o tipo legal contempla os elementos definidores (necessários, naturais e até os acidentais), porque quando se elege um tipo contratual positivado, adota-se o regramento legalmente previsto e. como as disposições legais aplicar-se-ão ao negócio típico que produzirá seus efeitos típicos, queiram as partes ou-não, difícil supor que haja alguma incompletude. Entretanto, mesmo nestes casos, é possível pensar nela, incompletude, especialmente em face do contrato de sociedade.

Sob a óptica contratualista, o contrato de sociedade é o de execução continuada e de longa duração; as relações dos membros uns com os outros e destes com os administradores - embora estejam substancialmente disciplinadas na lei ou previstas nos respectivos estatutos sociais - não contemplam todos os estados da natureza e nem poderiam fazê-lo. É que a tipologia resulta da abstração feita pelo legislador que extrai elementos discriminantes de práticas ou costumes, adotando ou recepcionando os que melhor caracterizam aquele negócio, os que consideram relevantes, necessários e suficientes para a identificação do tipo.

A sociedade por ações é típico empreendimento empresarial organizada para reduzir custos da produção. A incorporação dos fatores de produção na empresa depende da celebração de inúmeros contratos, entre eles os destinados a captar recursos permanentes, o capital social.

A forma de remuneração para que o titular se disponha a permitir o uso de determinado bem (ou a colaborar, prestando serviços) objetivando a organização da produção, pode ser dividida em duas grandes áreas: a política (direito de voto); e a patrimonial (direito a dividendos ou à participação nos lucros).

Mas, segundo Coase, os contratos destinados à organização da atividade têm como limite o poder conferido ao empresário para fazer dos recursos disponíveis o uso mais conveniente. Coase afirma, também, que se os fatores da produção forem compreendidos como direitos, é fácil entender que, na escolha entre diferentes arranjos – ocasião em que as pessoas tomam decisões –, é interessante gerar aperfeiçoamentos ou ganhos para todos, evitando a piora da alocação anterior.

Adianta aquele autor que um sistema jurídico em que todos os direitos fossem absolutos ou ilimitados, isto implicaria em não-haver direitos a serem adquiridos e que os arranjos sociais deveriam resultar na mais eficiente alocação dos recursos. Coase explica que contratar, repetitivamente, para garantir acesso aos recursos não é boa alternativa, sendo melhor recorrer a contratos de longo prazo que substituam seguidas contratações, evitando custos inerentes à celebração de seguidos contratos de curto prazo, particularmente porque, afirma o economista, muitas das análises teóricas são frutos da comparação entre o liberalismo e algum mundo ideal, quando melhor seria partir de situações reais, concretas, para examinar os efeitos das normas sobre as decisões individuais. Incorporando ao pensamento estudos de teoria dos jogos, sabe-se que, em virtude da assimetria de informações, as pessoas tendem a não-contratar ou a retardar a celebração de contratos, agindo de modo ineficiente. Condições de equilíbrio, cada uma indicando determinada divisão dos ganhos, podem facilitar a contratação, desde que haja espaço para renegociações. Recorrer à teoria dos jogos na análise do Direito permite avaliar a incentivos e punições na decisão das pessoas.

A informação ganha relevo na modelagem dos comportamentos, ao lado da estrutura institucional em que as pessoas se apóiam na negociação e na formulação do modelo de contratação a ser adotado, porque a seqüência temporal das ações pode determinar o resultado final do negócio.

No desenho das normas aplicáveis às sociedades comerciais de mais antiga formação, objetivando a proteção da circulação do crédito, o completamento do contrato vinha ligado às regras de responsabilidade ilimitada e solidária dos sócios, todos ou alguns; em geral os administradores da sociedade. A constrição imposta ao sócio, cujo patrimônio poderia ser afetado por decisões relativas ao exercício da atividade, servia para impor conduta cautelosa, ao mesmo tempo em que favorecia consultas permanentes entre os membros da sociedade. Ademais, o sistema de administração era o do auto-organicismo, isto é, administradores deveriam ser, necessariamente, membros da sociedade.

Ao auto-organicismo acrescia o dever de prestar contas, de sorte que eventual discordância quanto às decisões tomadas por esses sócios administradores pela

maioria dos demais, estranhos à administração, culminava na sua destituição da função além de serem acionados mecanismos de imputação pessoal, com o que os freios a certas decisões estavam postos e, em boa medida, podiam ser considerados adequados para o completamento do contrato na superveniência de eventos que pudessem afetar obrigações e direitos dos membros, ainda que indiretamente.

No que diz respeito às companhias, a limitação da responsabilidade dos acionistas pelas obrigações sociais é elemento tipológico; a fungibilidade de membros pressupõe que à administração, esta obtenha perfil hetero-organicista, ou seja, podem ser designadas pessoas estranhas, ao quadro societário, para exercerem funções de administradores. A anônima é típica sociedade empresária e, se companhia aberta, fazendo apelo à poupança privada, o fato de o administrador ter poder de disposição sobre bens pertencentes à sociedade, significa que, de forma indireta, suas decisões afetam o valor das participações dos acionistas.

Isso requer o aperfeiçoamento de esquemas de controle da administração. A teoria da agência ou “*agency theory*” desenvolvida, inicialmente, em relação ao “*trust*” no sistema da “*common law*” é aplicada para disciplinar as relações entre acionistas e administradores, considerando que existe assimetria de informações entre eles; e que isso atinge as decisões dos administradores, quanto à distribuição de riscos. Na consideração dos custos envolvidos nos vários arranjos administrativos, está a limitação, ou-não, do âmbito de decisão dos administradores que, por refletirem relação continuada, tendem a ser incompletos.

Outra área em que a incompletude do contrato de sociedade pode ser divisada tem a ver com o fato de que a anônima empresária é organizada para atuar em mercados e, em virtude de seu dinamismo, decisões administrativas, que envolvem o funcionamento da sociedade, não podem ficar presas a mais do que padrões de conduta. Se as operações negociais externas são destinadas a mercados e estes passam por contínuas e mutáveis contingências, como prever todos os eventos futuros que possam alterar ou que venham a incidir sobre as relações internas da sociedade?

Aplicar a teoria dos contratos incompletos às sociedades, a área mais atingida até o momento, é a das relações internas, a das relações entre acionistas e, particularmente, acionistas e administradores que são parte da teoria do agente-principal.

O problema fica evidenciado, quando se tem em conta o interesse do administrador aos resultados da atividade desenvolvida pela sociedade de que não é membro, ao lado da dificuldade no garantir que seu comportamento seja exatamente o que lhe é solicitado ou, ainda, de quanto se empenhará para obter os resultados. E se esses resultados são os melhores para os acionistas, em face das circunstâncias presentes.

Nestes casos, a incompletude contratual é manifesta, porque a assimetria de informações permite que condutas oportunistas, típicas das relações de execução continuada, se manifestem nessa relação de Direito Societário. Formas de governança devem considerar que a incompletude negocial pode resultar em ações menos benéficas para os acionistas, porque os padrões legais deixam de prever certos comportamentos.

No plano das relações entre acionistas, pode-se pensar na regra da maioria como instrumento de completamento do contrato estruturalmente incompleto. Quando se interpretam normas legais ou estatutárias relacionadas à validade de qualquer deliberação social, o “*quorum*” serve para que se tenha representatividade de sócios presentes. Mas, sob outro ângulo de análise, a validade da deliberação tomada de acordo com as normas legais ou estatutárias, além de obrigar a todos, garante a continuidade da sociedade.

De outra forma, a importância das assembléias gerais, sobretudo quando o controle da sociedade seja minoritário e as ações dispersas em larga base de acionistas, atua como sistema de freios e contrapesos contra decisões arbitrárias de administradores, opera como controle *ex post*, e em alguma medida, reduz custos de transação *ex ante*.

São Paulo, outubro de 2006.