

Sobre a alegada “Superação” do Direito pela análise económica (ilustrada com a análise das medidas da indemnização contratual)

Paulo Mota Pinto

Professor Auxiliar
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

SUMÁRIO

1. Direito ou análise económica?
2. A teoria do “não cumprimento eficiente”
3. Crítica à teoria do “não cumprimento eficiente”
4. Os efeitos dos “remédios” indemnizatórios na responsabilidade contratual

1. Direito ou análise económica?

Como se sabe, a *law & economics* constitui hoje ainda o movimento teórico de abordagem do Direito mais poderoso na doutrina norte-americana. Tal corrente procura uma impositação e solução dos problemas jurídicos fundamentalmente a partir da “eficiência de alocação” de recursos, submetendo esses problemas e soluções a uma análise económica, de “bem-estar”, de acordo com os cânones da escola do marginalismo – designadamente, a análise do valor marginal das opções de comportamento de agentes sob uma restrição, e em geral a comparação dos custos e benefícios das soluções legislativas. E complementa esta perspetiva com abordagens teóricas como as da teoria dos jogos e da economia da informação, designadamente, para analisar, em diversos pontos, os incentivos resultantes das regras jurídicas ou a forma como estas possibilitam a coordenação da ação.

Assume tal análise um ponto de vista funcionalista, em que o fim social decisivo é, se não a “utilidade total”, a “maximização da riqueza” (assim, Richard Posner) ou de “bem-estar”, procedendo a uma “economização do Direito” auto-limitada a esses fins (entendidos embora com amplitude, mas deixando de fora os “problemas de distribuição”). E postula, não só um individualismo (metódico e antropológico) como necessariamente uma visão do indivíduo dominado por tal racionalidade utilitária, enquanto maximizador racional dos seus fins, em que aquilo que sente que deve fazer apenas poderia relevar no contexto desta maximização, e o Direito aparece como técnica, operador ou instrumento desse fim.

A referida análise foi, desde os anos 70 do século xx, transportada também para o direito dos contratos – não só para a explicação das funções da disciplina contratual (por exemplo, das normas supletivas, “maioritárias” ou “penalizadoras”), como, designadamente, para a análise dos “remédios” contratuais e pré-contratuais (a análise da força e do momento da vinculação contratual), mesmo em condições de “custos de transacção” elevados¹.

1 A noção de “custos de transacção” foi fundamental para a análise económica do Direito e das instituições. Cf. RONALD COASE, “The Nature of the Firm”, *Economica*, 4, 1937, pp. 386, ss. (reimpr. em ID., *The Firm, the Market and the Law*, Chicago, 1988, pp. 33 a 55) referindo-se ao significado, na afetação de fatores de produção no mercado, desses custos, e do seu relevo para a existência de empresas. Em “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law & Economics*, n.º 3, 1960, pp. 1 a 44 (= *The Firm...*, cit., pp. 95 a 156), COASE afirmou o depois denominado “Teorema de Coase”, com duas asserções: num mundo perfeito, sem custos de transacção, o mercado gerará uma eficiente alocação ou afetação de recursos; num tal mundo (“coaseano”), a eficiente afetação de recursos é independente da originária atribuição de direitos sobre os recursos existentes pela ordem jurídica. A ineficiente afetação de recursos pela ordem jurídica seria, pois, irrelevante num mundo “coaseano”: “é sempre possível modificar através de transações no mercado a delimitação jurídica inicial de direitos. E, claro, se tais transações no mercado não têm custos, um tal rearranjo de direitos terá sempre lugar se conduzir a um aumento no valor da produção” (“The Problem of social cost”, in *The Firm...*, cit., p. 114).

Ora, é nossa convicção que os problemas fundamentais do direito dos contratos são problemas especificamente jurídico-normativos, e que devem ser tratados, não só de acordo com as referências próprias de cada sistema, como, designadamente, de acordo com a intenção de sentido que inspira a perspetiva jurídica.

Não pretendemos, com isto, de modo algum excluir o préstimo dos resultados de disciplinas auxiliares, designadamente, no apuramento das motivações das partes e dos efeitos de um determinado regime, a considerar necessariamente para a formulação de determinadas soluções. Tal não seria avisado. Aqueles conhecimentos científicos e esta técnica – consideração das regras através do ponto de vista da maximização de uma função – devem ter um papel auxiliar (sobretudo em opções legislativas ou judiciais onde as implicações ético-materiais são de menor importância), para tornar clara a relevância da realidade a que se dirigem, a estrutura factual, tanto desta, como dos efeitos de um determinado regime. Mas não resolvem o problema jurídico-normativo.

Designadamente, pensamos que a substituição da racionalidade jurídica pela análise económica deixa escapar necessariamente os aspetos decisivos², e fá-lo também na análise da medida dos danos (dos “remédios” pré-contratuais e contratuais).

O que não será grave, sempre que os resultados a que se chegue sejam apresentados, e vistos, como meramente auxiliares – como traduzindo só uma perspetiva, externa, de descrição do problema ou (de acordo com um padrão assumido, que não é jurídico, mas antes a eficiência ou a “maximização da riqueza”) de prescrição de soluções. A não ser assim, isto é, se a análise económica pretender, em perspetiva “normativa”, substituir, ou superar o Direito como disciplina autónoma³, cremos, porém, que estaremos perante um sério desvio metodológico, a revelar grave incompreensão do específico sentido do Direito, quando não mesmo uma opção antropológica discutível e, se levada até ao fim, um retrocesso cultural.

2 Cf. um juízo crítico das insuficiências da análise económica, a propósito da fundamentação e dos limites da declaração negocial, já em *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra, 1995, p. 168, n. 19. Convém recordar, no entanto, que o movimento da *law & economics* é complexo, com várias fases de desenvolvimento e orientações. V., sobre estas, GARY MINDA, *Postmodern Legal Movements – Law and Jurisprudence at Century's End*, New York, New York Un. Pr., 1995, pp. 85 e ss. (distinguindo uma primeira geração de “jovens turcos” e uma segunda, associada a uma *post-Chicago law and economics*), e, entre nós, JÓNATAS M. MACHADO, *Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*, Coimbra, Coimbra Ed., 2002, pp. 202 e ss.

3 Cf. RICHARD A. POSNER, “The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987”, *HLR*, 1987, pp. 761-80, e ID., *Overcoming Law*, Cambridge: Harvard Un. Pr., 1995. Criticamente, cf. ROBERT S. SUMMERS, “Economics and the Autonomy of Law, Legal Analysis and Legal Theory”, in *Legal Analysis and Legal Theory, Rechtstheorie*, Beiheft 10, Dordrecht, Kluwer, 2000, pp. 395-408.

No plano *metodológico*, estaria, desde logo, em causa a diferença entre a intenção de concretizar uma racionalidade prática e valorativa, do Direito, e a aplicação das conclusões de uma disciplina teórica ou da sua técnica aplicativa. Com a pretensão de traduzir totalmente as valorações jurídicas em categorias económicas, a racionalidade jurídica acaba por ser substituída por uma *técnica*, cujo sucesso depende da relação meio/fim, estando este previamente fixado e deixando a atividade do jurista de ser prudencial (substituição da *phronesis* pela *technê*).

Ora, pode, desde logo, perguntar-se por que razão é a *eficiência*, a “*maximização da riqueza*” ou do *bem-estar* o fim decisivo, perante limites ou constrangimentos normativos como os dos direitos fundamentais⁴. Por exemplo, um contrato pelo qual uma pessoa se coloque numa situação de escravidão para se sustentar a si e à sua família não é certamente justificável juridicamente por uma hipotética maior racionalidade económica, mesmo a longo prazo, de uma tal escolha.

Depois – e consideramo-lo particularmente significativo, por mostrar como a análise económica passa ao lado da compreensão, mesmo que só intuitiva ou não autorreflectida, do Direito –, há que rejeitar a exclusão da análise da justiça das soluções reconhecidas pela ordem jurídica nos seus reflexos sobre a posição de cada sujeito, relegadas em autolimitação para o mero plano “*distributivo*”. A equivocidade desta última designação não deve induzir em erro: tais meros “problemas distributivos” não são apenas aqueles em que possa estar em causa a aristotélica *iustitia distributiva*; trata-se, antes, realmente, dos próprios critérios característicos da racionalidade prática, da justiça na relação entre as partes (incluindo a *iustitia comutativa* e corretiva), da “correção” ou “justeza” (*fairness*) da solução, do equilíbrio axiológico da valoração, etc., tudo dimensões implicadas, até ao nível de uma perspectiva pré-reflexiva, no sentido do Direito (consiga este, ou não, “uma resposta certa”), que não são captadas pela redução deste a uma “regulação” ou “condução de comportamentos” (“*Verhaltenssteuerung*”), para mais segundo uma lógica de eficiência ou de “maximização de riqueza”. Isto é evidente até ao nível dos resultados, em termos de equilíbrio das posições dos intervenientes, pressupostos pela aplicação do “teorema de Coase”: sem “custos de transação” os recursos (os direitos sobre

4 Para este e outros tópicos críticos que referimos, cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *Apontamentos complementares de teoria do direito*, Coimbra, policop., 1998, pp. 65-6. V. tb. FERNANDO PINTO BRONZE, *Lições de introdução ao Direito*, 2.ª ed., Coimbra, Coimbra Ed., 2006, p. 566, n. 340. Cf. tb. RONALD DWORKIN, “Why Efficiency? A Response to Professors Calabresi and Posner”, *Hofstra LR*, 8, 1980, pp. 563-90, ID., “Is Wealth a Value?”, *JLS*, 9, 1980, pp. 191-226, ID., *Law’s Empire*, Cambr. (Mass.), Bellknap Pr., 1986, pp. 286 e ss. (e, sobre a contraposição entre princípios e utilidade, já ID., *Taking Rights Seriously*, Cambr., Mass, Harvard Un. Pr., 1977, pp. 94 e ss.). Mas cf. tb., mais recentemente, LOUIS KAPLOW/STEVEN SHAVELL, *Fairness versus Welfare*, Cambridge (Mas.), Harvard Univ. Press, 2002.

eles) ficarão onde a sua afetação é mais eficiente, mas é claro que a afetação inicial é decisiva para as posições relativas das partes, assim ganhando, ou tendo de pagar, na negociação que se seguirá. Tal afetação conduz, pois, a resultados inversos em termos “distributivos”.

Passando sobre os problemas da visão antropológica pressuposta – da tentativa de recriar um “homem unidimensional”, ou que reduz as suas facetas apenas a uma dimensão –, concluir-se-á que as objeções contra esta perspetiva fazem presa mais fundo, na própria autonomia do sistema e da racionalidade jurídicos.

A sua absolutização conduz a uma abdicação da responsabilidade prática do jurista, num instrumentalismo que o torna cego para os padrões de referência especificamente jurídicos – não é, pois, Direito, mas uma *alternativa ao Direito*, e, portanto, como tem salientado Castanheira Neves⁵, uma proposta de dissolução de um projeto humano autónomo (e de um produto cultural), assumido até hoje como compromisso civilizacional inconfundível⁶.

Em particular no direito privado, nota-se que tal perspetiva pode não ser adequada, pois este não está confinado, nem confina as partes, a uma perspetiva de eficiência e “antes protege o uso da autonomia privada nos limites que lhe são destinados também na medida em que o titular individual faça dela uma emprego contrário a valorações de mercado”⁷. O direito civil “não é um puro

5 A reflexão sistematizadora das ameaças à autonomia do Direito (e das alternativas a este), para reafirmação e realização do(s) sentido(s) que histórico-culturalmente o Direito tem tido, como verdadeira característica civilizacional e, portanto, possibilidade cultural e humana, tem sido uma proposta recorrente do pensamento jurídico-filosófico (e também na sua projeção metodológica) de ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES: *O direito hoje e com que sentido? O problema actual da autonomia do direito*, Lisboa, Inst. Piaget, 2002 (e pp. 45 e s., sobre a “análise económica do Direito”); ID., “Coordenadas de uma reflexão sobre o problema universal do direito — ou as condições da emergência do direito como direito”, in *Estudos em homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Colaço*, vol. II, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 837-71; ID., “A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da Filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação”, *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Lisboa, Universidade Católica, 2002, pp. 147-280 (e tb. *Studia Iuridica*, n.º 72, Coimbra, Coimbra Ed., 2003); e já antes: ID., *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, *Studia Iuridica*, Coimbra Ed., 1993, pp. 54, ss.; ID., “Método jurídico”, in *Digesta*, vol. II, Coimbra, Coimbra Ed., 1995, pp. 283-336 (325, ss.); ID., *Teoria do direito. Lições proferidas no ano lectivo de 1998/1999*, Coimbra, policop., 1998, pp. 127, ss.; ID., *Apontamentos complementares...*, cit., *passim*; ID., “Entre o ‘Legislador’, a ‘Sociedade’ e o ‘Juiz’ ou entre ‘Sistema’, ‘Função’ e ‘Problema’ – Os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito”, in *BFD*, 74 (1998), pp. 1-44. E ainda ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, “O funcionalismo jurídico – Caracterização fundamental e consideração crítica no contexto actual do sentido da juridicidade”, *RLJ*, ano 136.º (2006), pp. 3-31, 66-86.

6 Já a resposta de RICHARD POSNER às objeções jurídico-filosóficas tem, a nosso ver, de considerar-se desconsoladora, consumando-se na recusa dos problemas pela adoção de uma posição “pragmatista”, que pretendeu filiar em OLIVER WENDELL HOLMES, JR.

7 NORBERT HORN, “Zur ökonomischen Rationalität des Privatrechts. Die privatrechtstheoretische Verwertbarkeit der ‘Economic Analysis of Law’”, *AcP*, vol. 176 (1976), pp. 307-333.

direito de eficiência e também não o deveria ser”⁸. Também, no direito privado, a utilização da análise económica como critério decisivo para problemas jurídicos tem, pois, como consequência a perda de autonomia do “ponto de vista jurídico” particularmente constitutivo deste ramo do Direito.

Pode aceitar-se que os dados de disciplinas como a economia são importantes, e mesmo indispensáveis, para aferir a adequação da regulamentação ao seu “domínio normativo”, condicionando o espaço de liberdade do legislador.

Mas além de a racionalidade não poder ser reduzida a um “controlo do sucesso”, a própria avaliação dos resultados do programa normativo, ou da decisão do caso, pressupõe critérios jurídicos aos quais a análise económica é cega, e, portanto, é também aquele controlo que se torna impossível⁹.

O que se revela, além de em “explicações” como a recondução da razão para a “sofisticação” e complexidade da disciplina contratual aos custos de transação e informação e a erros que impedem a eficiência irrestrita da negociação, também no controlo dos resultados de diferentes medidas da indemnização, no critério para a verificação da existência de uma “fundamental equivalência, em contínuo, de muitas soluções que a dogmática cria serem estanques” – por exemplo, a *dissolução da distinção* entre o interesse na confiança (interesse contratual negativo) e o interesse no cumprimento (interesse contratual positivo), tal como é proposta, numa atitude pragmática e flexibilizadora conducente a uma “despreocupação semântica” (passando tais “interesses” a não ser mais do que um “‘ponto focal’, um referente semântico que facilitaria supletivamente a formação de um conteúdo obrigacional entre as partes”), é o reflexo da perspetiva instrumentalista com que a análise económica aborda o problema da indemnização contratual.

Importa, porém, apurar se existe alguma razão, da perspetiva dogmático-jurídica – e não apenas na da realização de um valor externo, de que os “interesses” em causa sejam função –, para distinguir tais valores “discretos”, em lugar de aceitar apenas um *continuum* de medidas de danos (e embora isso não

8 HANS-BERND SCHÄFFER, “Allokationseffizienz als Grundprinzip des Zivilrechts”, in CLAUD OTT/HANS-BERND SCHÄFFER (orgs.), *Allokationseffizienz in der Rechtsordnung. Beiträge zur ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Berlin, Springer, 1989, pp. 1-24 (19).

9 Cf. tb. JÜRGEN HABERMAS, “Missverständnis der Rationalität als Erfolgskontrolle”, in ID., *Theorie und Praxis*, 2.ª ed., Frankfurt. a. M., Suhrkamp, 1967, pp. 231, ss., Josef ESSER, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt a. M., Athenäum, 1970, p. 213 (“segundo o nosso entendimento do Direito, a abdicção de uma *ratio legis* mais do que funcional é simultaneamente renúncia a uma *ratio iudicis* responsabilizante, e, até, nem se poderão erigir padrões de eficiência do Direito, também sob pontos de vista económicos, se se renunciar a critérios explicitáveis para aquilo que, para o Direito, significa um ‘sucesso’ ou um ‘insucesso’”). Sobre a possibilidade de a análise económica fornecer em certos casos mais do que uma solução jurídica igualmente eficiente para o mesmo problema, embora com diversas consequências distributivas, cf. exemplos em MICHEL ROSENFELD, *Just Interpretations: Law Between Ethics and Politics*, Berkeley, Univ. of Calif. Pr., 1998, p. 187.

impeça a possibilidade de reduções ou agravamentos, considerando critérios suplementares). E, ainda quando se admita que tais razões existam, tratar-se-á, porém, de um muito diferente reconhecimento da possibilidade de um *continuum*, que não é determinado pela colocação deste em função de valores exteriores ao Direito. Com efeito, a tendência para esbater “contraposições agudas” e reconhecer fatores que intervêm de modo gradativo pode ser também assumida para a realização de valores diversos da eficiência, próprios do regime jurídico de certo instituto. É, em grande medida, o que levou às propostas de utilização de um “sistema móvel” em diversos domínios – embora para a definição dos pressupostos, e não da consequência, estava aqui também em questão a preocupação de “limar arestas” introduzidas por pressupostos rígidos¹⁰.

Não podem, assim, ser aceitas tentativas de resolver as questões jurídicas fundamentais através do recurso direto a perspectivas de outras ciências.

Os dados de disciplinas auxiliares são importantes, mas não parece que exista, ou pelo menos não foi demonstrada até hoje, uma “predeterminação” unívoca da solução dos problemas jurídicos, designadamente da responsabilidade contratual e pré-contratual, a partir dos conhecimentos económicos, ou de outra disciplina – como, aliás, é patenteado pela própria variedade diacrónica¹¹ e sincrónica das soluções, sem que se mostre que ela é acompanhada de alterações das variáveis correspondentes.

10 Cf., designadamente, WALTER WILBURG, *Die Elemente des Schadensrechts*, Marburg a. d. Lahn, Elwert, 1941, ID., *Entwicklung eines beweglichen Systems im Bürgerlichen Recht*, Graz, Kienreich, 1951, e ID., “Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts”, *AcP*, 163, 1964, pp. 346-79. Em geral, v. FRANZ BYDLINSKI/CHRISTIAN VON BAR (orgs.), *Das bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Wien-New York, Springer, 1986, *passim*, FRANZ BYDLINSKI, *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes*, Wien-New York, Springer, 1967, pp. 122 e ss., ID., “A ‘Flexible System’ Approach to Contract Law”, in HERBERT HAUSMANINGER/HELMUT KOZIOL/ALFREDO M. RABELLO/ISRAEL GILEAD (orgs.), *Developments in Austrian and Israeli Private Law*, Springer, New York, 1999, pp. 9-20, ID., “Mistake in Austrian Private Law Viewed in Terms of a ‘Flexible System Approach’”, in H. HAUSMANINGER et alii, ob. cit., pp. 21-47 (ID., “Das österreichische Irrtumsrecht als Ergebnis und Gegenstand beweglichen Systemdenkens”, *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, pp. 113-141), FRANK O. FISCHER, “Das ‘bewegliche System’ als Ausweg aus der ‘dogmatischen Krise’ in der Rechtspraxis”, *AcP*, vol. 197 (1997), pp. 589-608, e FRANZ M. ADAMOVIC, “Das bewegliche System in der Rechtsprechung”, *JBl*, vol. 124, 2002, pp. 681-702.

11 As diferentes interpretações sobre a influência de fatores económicos na evolução do direito dos contratos do próprio *common law* podem ser ilustradas com as divergências entre PATRICK SELIM ATIYAH, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 398, ss., e, para o direito americano, MORTON J. HORWITZ, *The Transformation of American Law, 1780-1869*, cit., pp. 173, ss., e já antes ID., “The Historical Foundations of Contract Law”, *HLLR*, 87, 1974, pp. 917-956, por um lado – defendendo o papel decisivo, na origem da ação contratual, da expansão económica e da pressão do comércio, numa “transformação” do direito dos contratos, com ascensão da teoria da vontade e da liberdade contratual –, e, por outro lado, a tese de uma fundamental continuidade (v. a refutação pormenorizada de ALFRED W. B. SIMPSON, “The Horwitz Thesis and the History of Contracts”, *University of Chicago LR*, 46, 1987, pp. 533-601, e KEVIN M. TEEVEN, *A History of the Anglo-American Common Law of Contract*, New York, Greenwood Press, 1990, pp. 162 e ss.). Cf. ainda, sobre este debate, WYTHE

Aliás, admitida a determinação das soluções jurídicas por ciências “auxiliares”, sempre haveria que perguntar: porque escolher uma e não outra? Porquê recorrer decisivamente à economia, e não, por exemplo, à sociologia ou à psicologia. Sem prejuízo do seu grande relevo (porventura mesmo muitas vezes decisivo), julgamos que não bastaria para tanto a remissão para um entendimento amplo da economia como ciência da racionalidade estratégica, atinente à relação entre fins e meios, que descreve e recomenda o comportamento humano em condições de escassez de meios. Pois sempre haveria que explicar porque se reduz o elemento decisivo a essa relação. A busca de soluções jurídicas apenas em sede extrajurídica, para além de necessariamente redutora, não pode também bastar se com a redução a uma das disciplinas auxiliares da elaboração do programa normativo pelo legislador (ou da decisão judicial).

Os contributos que se procure obter noutras ciências carecem, portanto, de uma “tradução” ao nível jurídico-normativo e dogmático, através de um trabalho que dê conta da perspetiva específica do Direito. Sem um esclarecimento dogmático do modo como se podem fazer frutificar essas contribuições, teremos de dizer, portanto, que a sua repercussão jurídica fica em aberto, e que a tentativa de arvorar aquelas em instância decisiva conduziria à passagem para o plano de ciências auxiliares, descurando o jurídico.

2. A teoria do “não cumprimento eficiente”

Rejeitamos, assim, a perspetiva do instrumentalismo da análise económica, que leva a perder os critérios dogmáticos de uma teoria jurídico-dogmática das diversas medidas da indemnização contratual.

As consequências da análise económica podem, com efeito, ser ilustradas com a sua aplicação ao regime do não cumprimento e das medidas de indemnização¹².

Tratando-se de responsabilidade contratual, é natural que a análise económica se tenha primeiro centrado na otimização da decisão do devedor de *cumprir* ou *não cumprir*, e, portanto, no *cumprimento* e *não cumprimento eficientes*. O “remédio” para o não cumprimento deveria ser escolhido tendo em conta os efeitos que teria sobre as decisões das partes de cumprir ou não cumprir.

HOLT, “Morton Horwitz and the Transformation of American Legal History”, *William and Mary LR*, 23, 1982, pp. 663-723, e PETER LINZER (org.), *A Contracts Anthology*, s.l., Anderson Publishing, 1989, pp. 129 e ss., com mais indicações.

12 Para não sobrecarregar o texto, omitimos as indicações bibliográficas relativas aos pontos que seguem. Para estas, v. o nosso *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra, a publicar em 2008, n.ºs 17 e 18.

A base da análise económica da decisão sobre o cumprimento é a chamada doutrina do “não cumprimento eficiente” (*efficient breach*). Segundo esta, se uma parte não cumpre, mas ainda ficar em melhor situação depois de pagar uma indemnização que compense integralmente a contraparte (de forma a que deixe esta numa situação de indiferença entre receber o cumprimento ou a indemnização), o resultado seria superior em termos de eficiência: consideradas como uma unidade, as partes estarão em melhor situação por causa do não cumprimento e este não deixará ninguém em pior situação (ou, de outra forma, comparando a situação original em termos paretianos, ninguém estará, segundo a sua própria avaliação, em pior situação, e uma pessoa estará, segundo a sua própria avaliação, em melhor situação). O “não cumprimento eficiente” potenciará, pois, um *acréscimo agregado*, de bem-estar social e/ou das partes, levando a evitar o cumprimento indevidamente custoso e permitindo um aproveitamento alternativo (como a venda a terceiro que avaliasse a coisa num montante mais elevado ou uma utilização mais valiosa pelo próprio devedor). O não cumprimento do contrato, com a compensação do credor, poderia ser desejável, por eficiente, nos casos em que os custos para o devedor passaram (por intervenção de um terceiro ou outra alteração dos valores implicados no negócio para o devedor) a superar o ganho para o credor, permitindo ao devedor compensar inteiramente este e ainda ficar em melhor posição do que se tivesse cumprido¹³. A conclusão seria, pois, que, para aumentar a eficiência, a parte que beneficia com o não cumprimento deveria nessa situação *deixar de cumprir*: o devedor deveria ser encorajado a cumprir quando o não cumprimento não fosse eficiente, e encorajado a não cumprir quando o não cumprimento fosse eficiente.

Ora, os proponentes da doutrina da *efficient breach* notaram logo que o não cumprimento tenderá a ser eficiente quando a indemnização for pelo interesse contratual *positivo*, pois nesse caso a parte que pensa em não

13 Noutra perspetiva, podemos perguntar-nos qual seria o contrato que as partes teriam celebrado se tivessem previsto todas as contingências futuras – isto é, um “contrato completo”, que identificasse todas as possíveis hipóteses e especificasse a conduta exigida das partes em cada uma. Ora, nesse caso teriam preferido um contrato completo que liberasse o devedor do cumprimento em certas circunstâncias – pois elas poderiam num tal contrato dividir entre elas o excedente de “bem-estar” criado pelo contrato, e haverá algumas repartições desse excedente em que o ganho para cada parte excede o ganho esperado de um contrato que exigisse o cumprimento em todas as circunstâncias. Ao escolher uma tal repartição cada parte estará em melhor situação *ex ante*, no momento da contratação e disponível para cumprir ou não em todas as situações especificadas, conforme previsto. Um não cumprimento em circunstâncias em que um contrato completo (eficiente) o dispensasse é justamente designado como “não cumprimento eficiente”. Note-se desde já que esta análise requer alguns outros pressupostos, como o de que as partes têm disposições neutras em relação ao risco, que o objetivo de cada uma é maximizar a sua riqueza, que a negociação pós-contratual é impossível (com custos proibitivos resultantes da situação de monopólio bilateral), que o cumprimento parcial não é possível (é “tudo ou nada”) e que os contratos não criam efeitos patrimoniais, ganhos ou perdas, não compensados para terceiros (externalidades).

cumprir apenas o fará se, e só se, o seu ganho exceder o valor do prejuízo *para a outra parte*. O interesse no cumprimento daria aqui precisamente o incentivo necessário para que a ideia do “não cumprimento eficiente” funcionasse: tal interesse (ao obrigar o devedor a “internalizar” todo o prejuízo que o não cumprimento causou ao credor) põe, por definição, a outra parte na mesma posição em que o cumprimento a teria deixado, numa situação em que seja indiferente para ela o cumprimento ou o não cumprimento. Uma indemnização mais elevada, pelo contrário, preveniria o não cumprimento em casos em que seria eficiente, e uma indemnização abaixo do interesse no cumprimento deixaria de prevenir a falta de cumprimento não eficiente¹⁴.

14 A doutrina do “não cumprimento eficiente” ficará melhor esclarecida com a seguinte exemplificação. Em primeiro lugar, um exemplo de “não cumprimento eficiente”. *A* contrata com *B* produzir cadeiras por um preço de 1 000 000, sendo o seu lucro de 200 000. Posteriormente, *C* propõe a *A* que este produza para ele, *C*, mesas por um preço de 2 000 000, sendo o lucro de *A* neste contrato de 750 000, e sendo impossível a *A* cumprir os dois negócios por causa dos prazos de entrega e dos seus limites de capacidade produtiva. Se *A* não cumprir o contrato com *B*, este terá prejuízos de 400 000, compostos por mais 200 000 que *B* terá de pagar a um outro produtor, 100 000 em custos relacionados com o atraso (incluindo quebras de vendas) e 100 000 de custos com a preparação do segundo contrato. Ora *A* pode – e prefere – pagar a *B* os 400 000 que são o prejuízo deste em consequência do não cumprimento (o interesse contratual positivo), e ainda ficar com 350 000 de lucro resultante do contrato relativo às mesas (ou, caso *A* não possa deixar livremente de cumprir, pode negociar com *B* uma indemnização entre 400 000 e 550 000 que deixe ambos em melhor situação do que se o contrato das cadeiras tivesse sido cumprido). O não cumprimento é, pois, eficiente, deixando pelo menos uma parte em melhor situação do que se o contrato tivesse sido cumprido e não deixando a outra em pior situação. Se *A* for obrigado a cumprir o contrato com *B* – mediante uma ação de cumprimento ou outro tipo de sanções mais do que compensatórias –, deixaria de fabricar as mesas para *C*, e seria forçado a não aproveitar a máxima utilidade que os seus recursos (a sua capacidade produtiva) podem produzir, sem benefícios económicos. É esta a razão económica pela qual o não cumprimento não é considerado, no *common law*, como um crime, não são impostas penalidades para o não cumprimento nem se prevê, como regra, a execução específica.

Em contraposição, uma hipótese de não cumprimento não eficiente, induzido pela limitação da indemnização ao interesse negativo. Suponhamos que *A* contrata novamente com *B* a produção de cadeiras por um preço de 1 000 000, e, em vez de qualquer lucro, descobre logo depois da conclusão do contrato que perderá 50 000 com o cumprimento. *B*, que teria de pagar mais 200 000 (isto é, 1 200 000) para obter a produção das cadeiras por outro produtor, não realizou ainda qualquer “investimento de confiança” – isto é, não realizou qualquer despesa nem deixou passar qualquer oportunidade de negócio (pois o melhor contrato alternativo no momento da conclusão do contrato com *A* seria já aquele que exigiria um pagamento de mais 200 000). O interesse na confiança de *B* é, pois, nulo, e, se apenas esse fosse indemnizável, *A* teria um incentivo para não cumprir, evitando um prejuízo de 50 000 e não tendo de pagar nada a *B*. Isto não é, porém, eficiente, pois se *A* cumprir existirá um lucro líquido, isto é, obter-se-á 1 200 000 de valor com um custo de 1 050 000 (note-se, desde já, que a indemnização pelo interesse contratual positivo é que desencoraja esse não cumprimento ineficiente: ao fazer com que *A* tenha de pagar a *B* 200 000, correspondente ao custo de um contrato de substituição, *A* preferirá perder os 50 000 a pagar 200 000, só não sendo assim quando o seu prejuízo ultrapassasse este último valor). Se o custo de um “contrato de cobertura”, em vez de 1 200 000, fosse 1 040 000, o não cumprimento já seria, porém, eficiente, gerando uma afetação mais eficiente da capacidade produtiva de *A*. Observe-se ainda que a eficiência económica seria igualmente servida por uma regra de execução específica (ação de cumprimento), desde que as partes tenham a possibilidade de renegociar. No primeiro exemplo referido, *A* entrará então em contacto com *B* oferecendo-lhe um valor entre 400 000 (o prejuízo de *B* com o não cumprimento) e 550 000 (a diferença entre o lucro para *A* do contrato das mesas e o lucro do

Assim, o interesse contratual positivo incentivaria o cumprimento e o não cumprimento eficientes.

A doutrina do “*não cumprimento eficiente*” não censura, pois, e antes encoraja, o não cumprimento deliberado, voluntário, desde que eficiente, podendo tal eficiência resultar, designadamente, do aparecimento de novas ofertas (o exemplo mais utilizado) ou da alteração da situação, tornando mais onerosa (sem permitir a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias¹⁵) a prestação do devedor, ou menos valiosa, para este, a contraprestação da contraparte.

Só não seria assim nos casos ditos de um não cumprimento “*oportunista*”, isto é, aquele que visa apenas tirar partido de um contexto em que o cumprimento é sequencial, em vez de simultâneo, obtendo os benefícios mas tentando evitar os correspondentes sacrifícios: tal conduta não tem justificação económica e deveria ser simplesmente prevenida, por exemplo, obrigando o inadimplente a restituir todos os benefícios.

Para além do seu fundamento económico (que é também discutido, como referiremos), a emergência e defesa da doutrina do “*não cumprimento eficiente*” foi propiciada por um terreno juridicamente favorável no direito anglo-americano. Segundo uma certa posição, a ordem jurídica não deveria de todo compelir a execução do contrato, e antes deixaria as partes contratantes decidir se querem cumprir o contrato ou, antes, compensar a outra parte pelo não cumprimento. Não é, além disso, necessária no *common law* uma declaração (judicial ou não) de resolução do contrato para o devedor ficar liberado das suas obrigações. Salvo nos casos em que é admissível a execução específica, o não cumprimento da obrigação *in natura* exonera o devedor, ficando este apenas obrigado, em consequência, ao pagamento de uma indemnização (normalmente pela diferença em relação ao preço de mercado ou da operação de substituição), a qual é, pois, a sanção principal, e ficando ainda o credor sujeito a um “dever” (ou ónus) de mitigação dos danos (*mitigation*). E vários outros fatores no direito anglo-americano contribuem também para facilitar o caminho da doutrina do “*não cumprimento eficiente*”¹⁶.

contrato das cadeiras). O ganho de 350 000 resultante do segundo contrato ainda se verificará, portanto, mas a distribuição desse lucro entre devedor e credor será diversa.

15 A teoria do “*não cumprimento eficiente*” não se refere à possibilidade de resolução ou modificação do contrato, por alteração anormal de circunstâncias que constituíram a “base do negócio” em termos de a exigência das obrigações assumidas afetar gravemente a boa fé, prevista entre nós no art. 437.º do Código Civil. Se tal resolução for possível, não se chega a pôr qualquer problema de não cumprimento e de responsabilidade contratual.

16 Nomeadamente: o não cumprimento não tem, para gerar responsabilidade, de ser causado por culpa do devedor; prevalecendo no *common law* na matéria do não cumprimento a abordagem factual sobre uma atitude moralizante, aceitando-se, por um lado, que qualquer negócio importa riscos e quem entra num mercado e opera nele tem de suportar, como natural, o risco do não cumprimento

Ainda que não seja consagrada como regra, a teoria do “*efficient breach*” é hoje amplamente conhecida, mesmo dentro da comunidade jurídica nos Estados Unidos.

Note-se, porém, que a determinação da medida da indemnização pelos tribunais é, nesta ótica económica, uma forma específica do problema de “*revelação de preferências*” das partes, dada a clivagem entre os valores subjetivos e os preços objetivos, e já se tem sustentado que tal problema só parece poder ser resolvido satisfatoriamente atendendo à palavra das partes, tal como resultou da estipulação de cláusulas de liquidação antecipada da indemnização. Ora, a favor da *efficient breach*, pergunta-se por que razão as partes não escolhem sistematicamente medidas de indemnização tão elevadas que lhes garantam o cumprimento, respondendo-se pondo em causa que realmente prefiram indemnizações supracompensatórias, já que tais indemnizações induziriam em certos casos o cumprimento do contrato mesmo que não fosse eficiente. Uma regra de estrito *pacta sunt servanda*, sem exceções, induz incentivos para cumprir *sempre* contratos, que podem porém conduzir a uma afetação ineficiente de recursos, o que não interessará às partes.

A doutrina do “não cumprimento eficiente” pode, por outro lado, ser vista como uma forma de prolongar, mesmo depois do momento da conclusão do contrato e até à decisão sobre a realização fáctica do seu cumprimento, a *afetação de recursos pelo mercado*, para os seus usos mais valiosos, com a continuação da operatividade do mecanismo da concorrência entre as utilizações alternativas dos bens ou serviços objeto do contrato – incluindo entre o credor e um terceiro cuja proposta apareça posteriormente. Se a afetação de recursos puder ser melhorada com o não cumprimento do contrato e sem desvantagem para ninguém, isto é, se existe uma forma de conseguir uma melhoria (designadamente, em termos paretianos), tal doutrina recomenda o não cumprimento.

É claro que tal entendimento do não cumprimento – e das medidas de indemnização como incentivos a ele – contraria, por outro lado, a ideia de que ele seria um ato *imoral*, por significar a *quebra de uma promessa*, contestando-se a caracterização típica e a avaliação em termos morais da situação de “não cumprimento eficiente”, e notando-se que um “*contrato completo*” preveria, para tal

pelas suas contrapartes, e, por outro lado, que quem muda de intenções e vende os bens a uma melhor oferta, apesar do seu não cumprimento, simultaneamente cumpre as obrigações para com o terceiro (embora o alargamento da *tortious interference with contractual relations* tenha vindo a pôr limites a estas possibilidades como mencionaremos); à parte que não está disposta a correr riscos resta exigir, antes de contratar, a inclusão de cláusulas de liquidação antecipada da indemnização, ou, até, com certos limites, de *penalty clauses*.

situação, um não cumprimento, resultando a manutenção da vinculação, nesse caso, apenas da “incompletude”¹⁷.

Em teoria, a *efficient breach* promoveria, pois, um resultado eficiente nos contratos de execução diferida – diversamente de uma orientação que admita, por exemplo, a execução específica mediante uma ação de cumprimento, a restituição dos ganhos obtidos pelo inadimplente, a responsabilidade do terceiro que cause o inadimplemento, os *punitive damages*, ou, em geral, quaisquer sanções mais do que compensatórias para o credor.

3. Crítica à teoria do “não cumprimento eficiente”

A um olhar mais atento, porém, logo se conclui que a teoria da “*efficient breach*” deve ser decididamente *rejeitada*. Ela tem, aliás, sido submetida a forte crítica, subsistindo na doutrina – mesmo entre aquela que olha para o Direito de uma perspectiva económica – o desacordo sobre a sua validade. Tal doutrina, ainda que fosse correta do ponto de vista da ciência económica, não deve ser utilizada para extrair conclusões *normativas* no plano jurídico sobre o melhor regime a adotar – designadamente, para tentar concluir que a consequência jurídica ótima é, nas hipóteses a que se refere, a exoneração do devedor da obrigação de cumprimento.

Antes de mais, observa-se que, também aqui, o *estatuto* de tal teoria não é muito claro, oscilando entre a *descrição* no plano económico e a *prescrição* normativa, pretensamente jurídica. Parece que podem distinguir-se duas pretensões em tal teoria: por um lado, uma pretensão descritiva do direito vigente sobre a indemnização contratual (variando, evidentemente, consoante a ordem jurídica); por outro lado, uma pretensão (normativa) de ser o fundamento para decisões de casos duvidosos ou uma regra geral a adotar *de jure condendo*.

No entanto, nem uma nem outra pretensão dessa doutrina podem considerar-se procedentes, quer entre nós quer no *common law*, onde os tribunais a não têm acolhido como regra¹⁸, levantando a teoria muitas dúvidas também no próprio plano económico.

Quanto à incompatibilidade com o *regime jurídico* do não cumprimento das obrigações, ela resulta, claramente, da regra do *cumprimento pontual* dos

17 Num sentido económico, e não jurídico, pois não se pretende que exista qualquer verdadeira lacuna contratual.

18 V., aliás, CRAIG S. WARKOL, “Resolving the Paradox Between Legal Theory and Legal Fact: The Judicial Rejection of the Theory of Efficient Breach”, *Cardozo LR*, 20 (1998), pp. 321-353, perguntando-se por que razão os tribunais falharam na aplicação da teoria da *efficient breach*, que considera tão solidamente firmada na ciência económica.

contratos (artigo 406.º do Código Civil Português¹⁹) e do facto de a ação de cumprimento e a *execução específica* não serem vistas, na grande maioria dos sistemas continentais, como “remédios” residuais, mas antes como a regra (cf. os artigos 817.º e seguintes), afirmando-se uma “prioridade natural e jurídica” do cumprimento e da indemnização em forma específica (cf. o artigo 566.º, n.º 1²⁰).

É certo que a possibilidade de cumprimento conhece várias limitações, não só jurídicas como fácticas – económicas, materiais e até sociais ou psicológicas –, e que a indemnização (por equivalente) será, provavelmente, em termos estatísticos, o “remédio” mais frequente para o não cumprimento da obrigação contratual. Todavia, nos sistemas jurídicos continentais a *regra jurídica* é, sem dúvida, a da exigibilidade do cumprimento *in natura*, sem qualquer limitação do credor a uma indemnização, ou qualquer concessão de uma faculdade alternativa ao devedor, de optar por esta última. Com base na supremacia “natural e jurídica” do cumprimento, há até na nossa doutrina quem defenda a proibição da renúncia antecipada, unilateral ou por convenção²¹, ao direito de recorrer à execução específica para obter a própria prestação devida (embora não nos pareça essa a posição preferível).

Compreende-se, pois, que as ordens jurídicas continentais optem por censurar de forma mais estrita o não cumprimento *voluntário* do que o *meramente culposo*, e sem tomar em conta (pelo menos expressamente) considerações de eficiência do não cumprimento. É o que acontece, em várias ordens jurídicas, com normas que alargam o âmbito dos direitos do lesado – em particular dos danos ressarcíveis – quando o não cumprimento for intencional²².

Há várias razões para essas opções pela prioridade do cumprimento, e pela tentativa de tornar o não cumprimento um evento excepcional, a ser evitado e que não é justificado pela alteração das expectativas da parte que não cumpre.

19 Diploma a que pertencem todas as normas citadas sem indicação especial.

20 Pomos aqui entre parêntesis o problema de saber se esta norma se aplica à responsabilidade por não cumprimento do contrato (nomeadamente, quando este resulta da conversão da mora em não cumprimento), tendo o credor optado já pela indemnização (cf. o art. 808.º, n.º 1), ou se deve ser excluída essa aplicação, para não permitir um “renascimento” da pretensão de cumprimento pela via da reconstituição natural. A resposta a esta questão parece depender, além do mais, de saber qual é o efeito do art. 808.º, n.º 1, sobre a pretensão de cumprimento

21 A cláusula pela qual, se o devedor preferir não cumprir, o credor apenas poderá exigir uma indemnização por não cumprimento, e não a execução específica, distingue-se, por outro lado, da chamada multa penitencial, que permite ao devedor liberar-se da obrigação pagando a “multa” previamente fixada, desde logo, justamente porque na primeira o montante (liberatório) está previamente fixado por convenção das partes.

22 V., entre nós, por ex., o artigo 891.º sobre a resolução do contrato, e, embora para o cumprimento defeituoso (e discutindo-se o sentido do termo “dolo” nalgumas dessas normas), os arts. 898.º, 908.º, 957.º e 1134.º Os efeitos de tal censura em geral são bem mais amplos nos direitos francês e italiano, em que os arts. 1150.º e 1225.º, resp. do *Code Civil* e do *Codice Civile*, preveem que o limite da previsibilidade dos danos não se aplica se o devedor tiver procedido com dolo.

Refira-se, assim, a necessidade de sublinhar a *força vinculativa do contrato*, a fundar a *certeza do cumprimento* nas relações contratuais (caso contrário, estar-se-ia sempre sujeito a um possível não cumprimento). No mesmo sentido aponta, também, a necessidade de assegurar o processamento com correção do *tráfego comercial*, já que as partes avessas ao risco de potenciais não cumprimentos poderiam desde logo evitar a conclusão de contratos sem o necessário grau de certeza. Invoca-se, ainda, a necessidade de *moralizar* a atuação no mercado, tendo os ditames da boa fé como padrão a que os operadores devem conformar-se (padrões moralizadores, aliás, cuja interiorização levará, por sua vez, a um efeito desonerador da formação de expectativas individuais e da criação de incentivos concretos ao cumprimento, pois o afastamento deles será visto como um custo, subjetivamente e em termos de reputação). E, diz-se, também, que a redução de certos *custos da transação* é conseguida pelo reforço do direito ao cumprimento, já que as partes deixam de, na perspetiva do potencial não cumprimento (unilateral ou mútuo), ter de conseguir obter garantias ou segurança, seja por mecanismos contratuais de planeamento e negociação mais custosos (como cláusulas penais, cláusulas resolutivas, etc.) seja mediante a contratação de garantias bancárias e apólices de seguro (também com custos evidentes).

O nosso direito opta, pois, claramente pela prioridade do cumprimento, sem que apresente quaisquer traços da relevância da eficiência do cumprimento – não sendo esse o caso, designadamente, das normas sobre a fixação da indemnização em dinheiro. A comprová-lo, estão também, numa das hipóteses mais frequentemente apontadas de “não cumprimento eficiente” (a da oferta superveniente de terceiro), as propostas de *responsabilização do terceiro* que contrata com o devedor pelo não cumprimento da obrigação (pois parecem não ter ainda obtido um acolhimento generalizado ou expresso reconhecimento *de jure condito*), de eventual extensão da responsabilidade civil aos *ganhos obtidos* pelo violador do contrato (consagração de uma *Gewinnhaftung*, ou “responsabilidade pelos ganhos”, incompatível com a configuração da responsabilidade civil à volta de um dano, que, no caso, o credor não sofre), ou do reconhecimento de uma obrigação de restituição ou *remoção (“disgorgement”)* dos lucros ou benefícios obtidos pelo credor com o inadimplemento²³. Esta obrigação, se não parece ter consagração específica num dos tipos normalmente admitidos de enriquecimento sem causa, existirá já hoje, sem dúvida, pelo menos, quando

23 O problema tem sido discutido sobretudo nas ordens jurídicas que não reconhecem em geral o direito à execução específica do contrato, como acontece no *common law*.

tais benefícios se traduzirem na aquisição de um direito sobre certa coisa, ou contra terceiro, mediante o instituto do *commodum* de representação (artigos 803.º e 794.º²⁴).

As ordens jurídicas continentais não revelam, assim, *qualquer preferência* pelo não cumprimento, mesmo quando os benefícios para o credor são superiores ao custo – ainda que de oportunidade – para o devedor.

Aliás, mesmo no direito anglo-americano parece haver poucas razões para se aceitar que a doutrina da *efficient breach* realmente é a base de quaisquer regras vigentes sobre a indemnização contratual.

Tal doutrina concilia-se mal com muitos aspetos do direito vigente, não sendo correta uma afirmação geral no sentido de que esta não quer evitar o não cumprimento eficiente. Os tribunais tomam em conta a *voluntariedade* da violação do contrato como agravante, designadamente, alargando o padrão da certeza exigida para a prova dos lucros do lesado (para além de ser considerada para outros efeitos, como, por exemplo, a importância do não cumprimento, como *material breach*). Além disso, o *tort of interference with a contract* é evidentemente inconciliável com a ideia de que o sistema jurídico aprova a violação eficiente do contrato, pelo menos, nos casos em que ela resulta da intervenção de terceiros com melhores propostas. Em muitos casos nota-se também, atualmente, uma tendência no *common law* para alargamento do âmbito da *execução específica*, com os tribunais crescentemente dispostos a decretá-la e os legisladores cada vez mais dispostos a prever tal possibilidade, tendência, essa, que também conflitua com a doutrina do não cumprimento eficiente. Em alternativa, existem também vozes no sentido de que as violações intencionais do contrato sejam prevenidas mediante o recurso aos *punitive damages*, reforçando o direito do credor. E, por último, os tribunais do *common law* têm nalguns casos – embora não como regra geral – exigido a remoção ou *disgorgement* dos lucros que o inadimplente obteve, como consequência do não cumprimento, mesmo que as partes não estivessem ligadas por qualquer relação fiduciária, existindo um amplo debate sobre a aceitabilidade de tal extensão das hipóteses de obrigação de restituição (extensão dos, aliás impropriamente, chamados “*restitutionary damages*”)²⁵.

24 Apesar de o art. 803.º, n.º 2, mandar reduzir o montante da indemnização na medida correspondente ao valor do direito adquirido pelo devedor contra terceiro, não existe qualquer norma que expressamente limite a obrigação de entrega do *commodum* de representação (incluindo o *commodum ex negotiatione*) ao valor dos prejuízos causados ao credor pelo não cumprimento. A questão da limitação do direito ao *commodum* de representação ao montante da indemnização do credor pelo interesse positivo (pelo valor da prestação) foi, porém, discutida na doutrina alemã.

25 A discussão foi renovada com o caso *Attorney Gen. v. Blake*, 4 All E.R., p. 385, de 2000 (*House of Lords*), em que foi ordenada a restituição dos lucros que um antigo espião obtivera com a publicação de um livro em violação do contrato que havia celebrado com a Coroa britânica. Mas o caso suscita dúvidas como precedente, pois, embora não para a questão de saber se o demandante tinha um direito aos

Também a pretensão normativa da doutrina do “não cumprimento eficiente” é de considerar improcedente, quer como regra integradora de lacunas quer como proposta geral *de jure condendo*.

Pode duvidar-se da verificação, no mundo real, de alguns dos *pressupostos* simplificados em que tal doutrina assenta, e que a levam a ignorar não só os limites ao apuramento de valores subjetivos (e de danos não patrimoniais), como a ter mesmo de recorrer a comparações com base no critério da disponibilidade para pagar.

Entre tais limitações reais dos pressupostos da teoria encontram-se, desde logo, os desvios em relação à pura racionalidade económica, que se verificam sistematicamente nos atores no mundo real e que se encontram bem comprovados e procuram ser considerados pelas correntes “behavioristas” da análise económica – desde a “racionalidade limitada” resultante de limites temporais aos limites de cognição e previsão (e o recurso a mecanismos heurísticos e “regras de decisão” gerais), até ao conhecido “efeito de dotação”²⁶. Perante tais *distorções* – e os problemas de informação de muitos agentes sobre as consequências que as suas condutas acarretarão – poderá em muitos casos duvidar-se da amplitude e linearidade do efeito indutor de comportamentos das regras que preveem consequências indemnizatórias pelo não cumprimento.

Em todo o caso, enquanto não se encontre um sistema que prove ser superior na explicação das consequências das normas jurídicas e de outras influências sobre o comportamento humano (incluindo as emoções²⁷), pode aceitar-se que a hipótese da racionalidade individual, do ser humano racional, egoísta e

lucros obtidos pelo demandado, invocou-se o seu “interesse legítimo em prevenir esta atividade lucrativa do demandado, e, portanto, em privá-lo do seu lucro”, interesse, esse, que se ligava à necessidade de preservar a confiança dos informantes e de manter a moral dos funcionários dos serviços secretos, mesmo quanto a informação (como a que estava em causa) que já não era confidencial.

26 O *endowment effect* é o efeito que se exprime no facto (experimentalmente comprovado) de o montante que as pessoas exigem para abrir mão de um bem ser maior do que aquele que estão dispostas a oferecer para o adquirir – ou, por outras palavras, que resulta de se avaliar em mais o que se tem do que o que se não tem, e, portanto, de a exigência para receber por um bem ser (bastante) maior do que a disponibilidade para pagar por ele. Uma das explicações do “efeito de dotação” reside na “preferência pelo *status quo*”: as pessoas teriam uma função de utilidade em forma de “S”, primeiro convexa e depois côncava, com inflexão justamente na “dotação” (*status quo* ou “aversão às perdas”), o que explicaria que exigissem bastante mais para abrir mão de algo do que pagariam para obter a mesma coisa. A preferência pelo *status quo* resultaria de as desvantagens de perder algo se perfilarem muito maiores do que as vantagens de o adquirir.

É interessante notar que algumas regras jurídicas traduzem justamente esta preferência pelo *status quo* (mesmo que a “linha de base”, que separa, seja por vezes difícil de determinar com precisão), como quando se prefere o efeito *de damno vitando* ao *de lucro captando*.

27 V. ANTÓNIO R. DAMÁSIO, *Descartes’ Error. Emotion, Reason and the Human Brain*, New York, Grosset/ Putnam, 1994 (trad. port. *O Erro de Descartes. Emoção, Razão e Cérebro Humano*, Mem-Martins, Publicações Europa-América, 2000).

maximizador de utilidade – a hipótese *REMM* (*resourceful evaluating maximizing man*) ou REM (de *rationales egoistisches Mensch*), não tem de ser inteiramente posta de parte, como mero modelo explicativo.

A estas limitações acresce, porém, uma crítica “*subjetivista*”. O “não cumprimento eficiente” pressupõe a possibilidade de medir o valor do interesse do credor no cumprimento, como equivalente monetário que deixaria o credor indiferente entre ele e o cumprimento, sendo que, evidentemente, para tal “indiferença” não é bastante apenas o valor normal, objetivo, do cumprimento. Proteger o interesse *subjetivo* da contraparte no cumprimento é um elemento central na noção de “não cumprimento eficiente”, tendo o inadimplente de reparar as perdas reais do lesado, incluindo os custos que teriam sido evitados sem o cumprimento. Segundo a lógica dessa doutrina, o contratante que pense em não cumprir deve tomar em conta mais do que o valor objetivo do cumprimento para a contraparte e proceder ao cálculo do “lucro líquido”, esperado a partir de uma recusa de cumprimento do contrato, com base numa projeção de todos os custos – isto é, dos custos normais do mercado mais as despesas do negócio e as causadas pela necessidade de resolver o litígio pelos meios normais – necessários para pôr o lesado, subjetivamente, numa posição de indiferença entre o cumprimento e a indemnização. Este ponto é crucial, sendo que, se o interesse no cumprimento for demasiado baixo, existirá demasiado não cumprimento, e se for excessivamente elevado, segundo esta doutrina induzir-se-ia em excesso ao cumprimento, em ambos os casos com resultados não eficientes.

Ora, pode acontecer – e acontece frequentemente – que o credor atribua um valor ao cumprimento *diverso do valor de mercado*, devido à sua posição subjetiva ou à sua estrutura de preferências (também económicas, e não necessariamente apenas resultantes de um valor afetivo). Sob pena de violação dos postulados em que assenta a própria análise económica, a autonomia e as preferências dos sujeitos em causa não podem então ser sacrificados a uma avaliação objetiva, pelo mercado ou por uma autoridade, do interesse no cumprimento, a qual poria em risco mesmo a eficiência (pois o sujeito cujas preferências não forem adequadamente refletidas ficaria prejudicado em termos de bem-estar).

Isto torna, assim, incontornável o problema do método para o devedor conseguir determinar o valor subjetivo antes de decidir – o problema conhecido da “*revelação de preferências*” do devedor e do credor, cuja solução pode ter custos muito elevados ou ser mesmo impossível (designadamente, na falta de estipulações das quais se deduzam, como cláusulas de liquidação antecipada da indemnização). Muitas vezes estas *limitações e custos de apuramento da informação* (os custos de informação) não são sublinhados na exposição da

doutrina do “não cumprimento eficiente”, mas é claro que eles podem, só por si, inviabilizar a aplicação de tal doutrina ou (na própria lógica económica) torná-la ineficiente.

Para tornar esta dificuldade, como critério para a revelação do valor subjetivo, a análise económica recorre à *disponibilidade para pagar*, partindo do princípio de que o valor subjetivo será tanto maior quanto maior for o preço oferecido por uma pessoa por um bem. Parece claro, porém, que a aplicação deste critério (embora torneando o problema da insinceridade nas preferências declaradas) não é (pelo menos sempre) suscetível de revelar o valor subjetivo: apenas pode servir para medir o valor atribuído conjugado com a capacidade para pagar certo preço, mas não a possibilidade de pagar pelo facto de se não dispor (nem ter possibilidade de acesso) ao montante que traduza o valor atribuído ao bem (de se não *poder pagar*...).

No próprio plano da avaliação dos custos e benefícios, surgem, pois, logo incertezas práticas sobre a eficácia relativa da violação do contrato ou do seu cumprimento no mundo real. E se, por exemplo, o terceiro que oferece um preço tiver avaliado em termos excessivamente favoráveis o bem, a doutrina do “não cumprimento eficiente” conduzirá logo a uma afetação menos eficiente de recursos.

Acrescem as dificuldades que a incorporação de uma *terceira alternativa* (em relação ao dilema entre cumprimento e não cumprimento) necessariamente acarreta: a possibilidade de *renegociação* do contrato. Na verdade, um modelo que pressuponha que as partes não são capazes de comunicar entre elas e negociar antes do (não) cumprimento é necessariamente redutor. A análise económica tentou incorporar a possibilidade da renegociação, com resultados aparentemente contraintuitivos.

Aplicando ao problema da *renegociação* o “teorema de Coase” concluiríamos que, sem custos de transação, as partes seriam levadas, mesmo sem qualquer doutrina de “não cumprimento eficiente”, a negociar e afetar entre elas o direito ao cumprimento (ou a não cumprir) àquela que lhe atribua mais valor (tendo compensado a outra parte). A preferência pelo “não cumprimento eficiente” ignora, porém, num tal contexto, que, num mundo coaseano, mesmo depois do não cumprimento, não existe diferença, em termos “alocativos”, entre a previsão legal do cumprimento sem limitações e a do não cumprimento eficiente. As teorias sobre este seriam, pois, *irrelevantes*, tal como a regra jurídica a esse respeito: as partes simplesmente negociariam de tal modo que o direito ao (não) cumprimento acabe na titularidade de quem o avalia mais (em termos de possibilidade de pagar, repete-se). Mas isto significa também que não se poderia utilizar a análise económica, do funcionamento do mercado, para concluir qual é a teoria mais correta, pois o resultado daquele é o mesmo *seja qual for a*

teoria. Se, num tal mundo, a riqueza não aumentaria nem diminuiria por força da regra jurídica do cumprimento, a única (mas juridicamente fundamental) diferença, entre o direito ao não cumprimento e a exigência de uma renegociação (pela manutenção do direito ao cumprimento), estaria em que, no caso de renegociação (ou na ação de cumprimento), o credor iria participar no benefício relativo do devedor, sendo partilhado entre ambos, ou, mesmo, apropriado apenas pelo credor. Ou seja, o que é *economicamente irrelevante* é o que é *juridicamente fundamental*: a atribuição do benefício resultante do (não) cumprimento (como, aliás, acontece também noutros exemplos de aplicação da análise coaseana, relevante em termos de eficiência alocativa, mas sem nada a dizer para a alteração de resultados no fundamental problema “distributivo” – *rectius*, de justiça –, cuja avaliação é constitutiva de uma abordagem de tipo jurídico).

Tal reflexão deixa, também, ver que, num *mundo com custos de transação*, a eficiência do não cumprimento não pode ser avaliada sem um conhecimento pormenorizado desses custos de transação e sem a inclusão de custos como os da renegociação ou do litígio entre as partes, e ainda (não só no caso de litígio) dos já referidos custos de informação do devedor sobre os benefícios produzidos pelo cumprimento do contrato, em comparação com a alternativa que se lhe oferece.

Voltando ao aspeto juridicamente mais importante, nota-se que o direito ao cumprimento e a doutrina do “não cumprimento eficiente” conduzem a *resultados “distributivos”* entre as partes – isto é, de justiça contratual – bastante *diferentes*. Se o não cumprimento não for permitido, o novo excedente é, no mínimo, partilhado pelo credor (ou entre este e um terceiro que faça melhor oferta), enquanto num regime de “não cumprimento eficiente” tal excedente será apropriado apenas pelo devedor, e, quando muito, dividido entre este e o terceiro. Se os custos de informação não forem proibitivos, não se vê, porém, por que razão a reafetação de recursos tem de ocorrer através do não cumprimento, e não pode verificar-se antes *por intermédio do credor*, pelo menos nos casos (que serão a maioria) em que a alteração do excedente produzido com o contrato em comparação com afetações alternativas não impede que seja o credor a proceder à reafetação – por exemplo, sendo o credor, e não o devedor, a vender ao terceiro²⁸. Ou seja, não se vê por que razão o ganho superveniente (da entrada de um terceiro, ou da alteração das condições de mercado) não é, como resultaria do acordado pelas partes, apropriado *pelo*

28 Assim, tb. se o aumento do valor do cumprimento, e da onerosidade para o devedor, resulta de uma alteração no mercado. Em certos casos, pode acontecer, porém, que os custos acrescidos para o devedor não se traduzam num aumento do valor da prestação (ou que o valor da contraprestação diminua apenas para devedor, que a receberia), e que apenas o devedor tenha agora conveniência na reafetação do recurso a uma utilização diversa do cumprimento.

credor, que poderia negociar com o terceiro ou vender o bem no mercado, ou, simplesmente, aumentar o valor do seu património, mas antes pelo devedor (isto, sendo certo que, normalmente, as condições que legitimariam um não cumprimento, como o maior valor do bem ou a entrada em cena de um terceiro, também fariam aumentar o valor da prestação para o credor²⁹). A justificação, por vezes avançada, segundo a qual tal revenda pelo credor aumentaria os custos porque implicaria uma *transação adicional* afigura-se-nos improcedente, designadamente, em comparação com os custos, implicados numa solução de não cumprimento, da liquidação do primeiro negócio, incluindo os custos do litígio sobre o cumprimento.

Também aqui, aliás, a raiz da doutrina do “não cumprimento eficiente” – ou pelo menos uma sua importante condição de possibilidade – parece residir, ou numa *sobrevalorização do momento da execução fáctica* do contrato (e na desvalorização da eficácia jurídica deste) ou no já apelidado “perene passo em falso” quanto ao alcance e à correspondente *força vinculativa da promessa*. Trata-se, mais precisamente, da ausência de reconhecimento de que o direito ao cumprimento não tem subjacente uma mera “regra de responsabilidade” (uma “*liability rule*”), antes o contrato atribui, em regra, ao credor (pelo menos entre nós) um direito fundado numa “*property rule*”³⁰, de que o titular pode abrir mão (não é um direito inalienável) negociando um resultado igualmente eficiente, mas com uma bem diversa distribuição patrimonial, em termos correspondentes ao acordado. O que equivale, em suma, ao falhanço do reconhecimento de que o contrato visa normalmente a *transmissão para o credor do direito aos ganhos* ou lucros que resultem da execução, ainda que eles venham a ser aumentados

29 Na ausência de uma “alteração das circunstâncias” que legitime a resolução ou modificação do contrato. Não referimos a ausência de lacunas porque juridicamente a função normal do mecanismo contratual é, justamente, a repartição entre as partes do risco de alterações de valores (do mercado, da conjuntura, etc.), e, portanto, deve manter-se vinculante mesmo nessas hipóteses, e ainda que a hipótese de alteração não fosse especificamente prevista. Bem diversa de tais lacunas contratuais é a “incompletude” do contrato em sentido económico: enquanto nas primeiras o plano que exigiria a previsão (o *Soll/seite*, ou lado de “dever-ser”, do conceito de lacuna) é obtido, designadamente, a partir das necessidades práticas para a execução do contrato com consideração das normas supletivas (que em princípio não são afastadas por uma mera vontade hipotética ou conjectural), na última o critério é, antes, a hipótese teórica (mecanismo ou ideia apenas metodológica ou teoricamente operativo) de uma especificação integral, pelas partes, de todas as possíveis contingências que afetem o contrato e sua execução. Trata-se aqui, no “contrato completo” da teoria económica, de um conceito puramente ideal, com finalidade heurística, sem correspondente na realidade social. Assim, um contrato pode bem ser completo do ponto de vista jurídico, sem lacunas, mas estar longe do “contrato completamente especificado” da teoria económica.

30 Referimo-nos à conhecida distinção de GUIDO CALABRESI/DOUGLAS A. MELAMED, “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, *HLR*, 85, 1972, pp. 1089-1128. Sobre a distinção de regras, por CALABRESI e MELAMED, v., agora, FRANK I. MICHELMAN, “There Bave to Be Four”, in *Maryland LR*, vol. 64 (2005), pp. 136-158.

por acontecimentos supervenientes, como o aparecimento de ofertas de terceiros.

E diga-se ainda, por fim – mas não por último –, que há sem dúvida *outros valores* que o direito dos contratos serve para além da promoção da “eficiência de alocação”, alguns dos quais até tornam possível o próprio desempenho de funções económicas do contrato.

Desde logo, a ideia de que a doutrina do “não cumprimento eficiente” deveria ser difundida para encorajar os contratantes a não cumprir afetaria, sem dúvida, a confiança e o crédito, e, mesmo, a possibilidade de certos mercados, como os de mercadorias. As empresas carecem de ter a certeza da percepção do preço que negociaram. Elas reduzem mesmo tal incerteza por operações “de cobertura” (*hedging*) nesses mercados. Ora, tal garantia contra o risco de incerteza do preço, pelo *hedging*, seria impossível se o vendedor de mercadorias pudesse violar um contrato de opção livremente, simplesmente por ter encontrado alguém que oferecesse um preço melhor, sendo que, se a jurisdição em causa não contém uma regra de “não cumprimento eficiente”, a reação normal será então a previsão, pelas partes, de uma cláusula de liquidação antecipada da indemnização que permita ao credor manter tal certeza – o que, como é evidente, também afetará a amplitude da aplicação da doutrina do “não cumprimento eficiente”.

Por outro lado, a concentração nos aspetos pecuniários do não cumprimento não toma em conta aspetos *qualitativos*, eventualmente muito relevantes, e mesmo o valor *moral* do cumprimento da palavra dada, para além de outras sanções não económicas ou jurídicas, como as consequências em termos de reputação, do não cumprimento do negócio. Não é aqui necessário determinar o fundamento do sentimento moral de fidelidade à palavra dada (religioso, jusnaturalista, humanista, teórico-discursivo, etc.). O certo é que o contrato, segundo a experiência prática que dele tem a grande maioria das pessoas, e que está subjacente à lei, funda uma obrigação que funciona, justamente, para isolar a decisão de cumprimento de um cálculo global de valores alternativos (ou da interferência de outras razões), de tal forma que a vinculação (e o respetivo sentimento) se mantenha, com exclusão de outras considerações, ainda que o cumprimento não sirva para, globalmente, evitar um mal, maximizar a utilidade social ou promover as melhores consequências em geral.

Tal como a doutrina do “não cumprimento eficiente” apresenta a sua fundamentação, não existiria, aliás, razão para não admitir, também, uma “*apropriação eficiente*” de recursos alheios, mesmo fora de um contrato – um “*furto eficiente*” ou um “*abuso de confiança eficiente*”. E pode mesmo dizer-se que, ao recusar em geral um fundamento moral para a ideia de que *pacta sunt servanda*, a doutrina do “não cumprimento eficiente” põe em causa a *confiança*, o

valor da *certeza* de que o devedor cumprirá, e o próprio *crédito*: uma prosse-
cução da máxima eficiência no curto prazo destrói a eficiência no longo prazo.

4. Os efeitos dos “remédios” indemnizatórios na responsabilidade contratual

A referida rejeição da doutrina do “não cumprimento eficiente” não impede,
porém, que possamos suspender por um momento tal posição e ver resumi-
damente a que resultados pode levar (ou tem levado) a análise económica da
indemnização contratual, vista como incentivo aos contraentes.

É claro – note-se desde já – que tal perspetiva abandona, em rigor, o terreno
das verdadeiras “*consequências jurídicas*” de um evento lesivo. A intenção é,
antes, analisar e projetar os *incentivos* adequados, para obter diretamente os
resultados mais eficientes da conduta das partes em diversas “margens”, ou,
mediatamente, para diminuir custos relacionados com o não cumprimento (de
informação, de litigância, etc.). A ideia de que os “remédios” para o não cumpri-
mento são, na realidade, incentivos para as partes significa, não que visem uma
compensação, ou reparação, do prejuízo causado no passado – por exemplo,
de acordo com um critério de causalidade baseado na ideia de justiça corretiva,
e à luz dos fins das normas que preveem a reparação –, mas antes que visam
produzir efeitos, seja anteriormente, pela sua antecipação pelas partes, seja no
futuro. Não é de admirar, assim, que se proponha uma “reconsideração do prin-
cípio da compensação no direito dos contratos”, e que se saliente que a análise
económica do direito dos contratos “dificilmente menciona a compensação,
seja como um fim seja como um meio para maximizar o bem-estar agregado
das partes contratantes”.

Por outro lado, note-se, preliminarmente, que o problema da medida da
indemnização se cruza, também, com o do critério para a determinação das *re-
gras supletivas (default rules)*, não acordadas pelas partes, para a indemnização
nos chamados “*contratos incompletos*” (contrapostos aos contratos completos
ou “totalmente especificados”), por não especificarem de modo esgotante as
soluções para todas as situações possíveis – sendo, porém, igualmente propos-
tas outras abordagens ao problema da análise da medida da indemnização³¹.

31 Para uma delas, o problema seria o de conceber medidas de indemnização que induziriam as partes a tomar a mesma decisão sobre o cumprimento, ou sobre a confiança anterior ao cumprimento, que teriam tomado se não fossem sujeitos separados, mas divisões de uma única empresa integrada tendo o único objetivo de maximizar o valor desta. Outra, por sua vez, considera a indemnização contratual como uma opção de compra do direito ao cumprimento, por parte do inadimplente, a qual expira no prazo fixado para o cumprimento e tem como preço de exercício o montante da indemnização, que se reflete (como o valor da opção) no preço previsto no contrato.

Como dissemos, a medida da indemnização devida pelo inadimplente foi primeiro vista pela análise económica na perspectiva da optimização da *decisão de cumprimento* – isto é, da obtenção do grau óptimo de (não) cumprimento (de um cumprimento e não cumprimento eficientes), tendo passado a ser doutrina comum a de que tal incentivo se atingiria com a indemnização do interesse positivo como criador de incentivos ao cumprimento eficiente.

A previsão de uma indemnização pelo dano de não cumprimento seria o incentivo correto para tal, pois obriga o inadimplente a considerar, “internalizando”, os custos que o seu não cumprimento inflige à outra parte, dando-lhe, conseqüentemente, o incentivo para tomar uma decisão de não cumprimento eficiente, além de o incentivar a tomar precauções contra eventualidades que ameacem aumentar o custo do cumprimento. A indemnização pelo interesse positivo tenderia, pois, a aumentar o valor agregado que o negócio oferece a promitente e promissário, o que justificaria a sua previsão, não só por esse aumento em si mesmo, como, para as partes, porque estas, de um ponto de vista *ex ante*, teriam razões para estar de acordo com uma regra que *maximizasse o excedente* contratual total (o “bolo contratual”), disponível para a divisão entre elas mediante negociação. E à mesma conclusão se chega com outras abordagens da medida de indemnização em termos de eficiência, desde que se considere apenas a decisão de cumprir ou não cumprir (ou, também, a decisão sobre o nível de precauções do devedor contra o risco de inadimplemento, ou de aumento do custo do cumprimento)³².

Apesar dos possíveis efeitos benéficos da regra da indemnização pelo interesse positivo, a análise económica permitiu salientar a *insuficiência* de uma tal conclusão, identificando várias considerações que apontam contra a eficiência dos resultados produzidos por uma regra geral do interesse contratual positivo.

Numa breve ilustração de tais desafios à regra de indemnização pelo interesse contratual positivo – e contra a ideia de uma indemnização compensatória pelo não cumprimento –, nota-se, como já referimos, que existem sérios problemas de obtenção e de custo da *informação necessária* para avaliar completamente o interesse no cumprimento, podendo mesmo as partes ficar numa posição melhor com uma indemnização não tão elevada (não compensando inteiramente o lesado) mas que reduza o (valor e o) risco da *litigância*, apontando-se alguns mecanismos legais que permitem justamente uma tal fixação da indemnização “infracompensatória”.

32 E à mesma conclusão se chega ainda se se considerar a função do direito dos contratos de induzir a cooperação em jogos não cooperativos, pela alteração do *pay-off* de cada jogador.

E, sobretudo, nota-se que a limitação ao incentivo ao cumprimento (mesmo sem considerar outros problemas, relativos ao valor no tempo da opção de não cumprir, quando ambas as partes dispõem de tal opção) é excessivamente *simplicista*, pois a decisão de cumprir é apenas *uma das decisões* que as partes tomam e que pode afetar o excedente contratual – além da decisão de confiar, ou fazer despesas de confiança, de tomar precauções, de tentar mitigar os danos, de procurar uma contraparte, de gastar com a preparação e conclusão do contrato, de concluir o contrato, etc. –, e se a indemnização do interesse positivo induz à optimização daquela decisão, os incentivos que dela resultam marginalmente para estas outras decisões parecem em grande medida afastar-se da eficiência.

Assim, a indemnização do interesse positivo afeta a *decisão do credor de confiar*, de realizar “investimentos de confiança” (que podemos aqui ver quer como despesas quer como a renúncia a outras oportunidades), em termos não eficientes: induz *excesso de confiança* no credor, o qual, devido a essa indemnização, fica em posição de poder tomar o cumprimento como certo, quando pode não o ser. Com a indemnização do interesse positivo o promissário (credor) não “internaliza” o efeito sobre o promitente (devedor) de um seu eventual excesso de confiança. Antes, num tal regime de indemnização pelo interesse contratual positivo (tal como com o de execução específica), o credor, confiando em excesso, tratará um investimento como, por exemplo, a preparação para a receção da prestação ou a publicitação de um evento em que o devedor participa, como tendo um retorno certo, quando na realidade é incerto, devido à possibilidade de não cumprimento³³.

Entre os outros incentivos criados pela indemnização assumem também papel de relevo os incentivos para as partes *tomarem precauções* para evitarem ou minimizarem as possibilidades e as perdas resultantes do não cumprimento. A indemnização pelo interesse contratual positivo pode, como referimos, criar o incentivo correto para o promitente (devedor) tomar precauções contra eventualidades que aumentem o custo do cumprimento ou até o possam impossibilitar. Mas, se a indemnização for compensatória, por variar em termos marginais com os prejuízos do promissário, já este (credor), além de ter incentivos para um excesso de investimento em confiança, não terá incentivos para tomar suficientes

33 Suponha-se, por ex., que o vendedor se vincula a produzir um bem especializado para o comprador, e que este faz um investimento também específico, sem qualquer valor a não ser para aquele bem, com o objetivo de aumentar o valor do bem. Com a indemnização do interesse no cumprimento, se o devedor (vendedor) não cumprir, o credor receberá sempre a diferença entre o valor que realizaria e o preço. Isto é, o credor receberá sempre o retorno do seu investimento, mesmo que o negócio não seja cumprido e o investimento que ele fez fique na realidade desperdiçado. O rendimento marginal que o comprador tira do investimento excede o rendimento social (pois aquele é desperdiçado), conduzindo a um investimento na confiança ineficiente, por demasiado elevado.

precauções, quer para incorrer em custos, ou para induzir, ou ajudar, o devedor a evitar o não cumprimento, quer mesmo para evitar as suas próprias perdas, numa situação de típico “risco moral”.

O alargamento do âmbito da análise teórica, do cumprimento eficiente para o investimento eficiente, revela, portanto, que os benefícios potenciais da indemnização pelo interesse contratual positivo ao promover decisões eficientes *ex post*, de cumprir ou não cumprir, podem logo ser neutralizados pela falta de incentivo dessa regra para motivar a confiança e o investimento eficientes *ex ante*.

Aliás, o problema também não se pode resolver alterando a regra para a indemnização do *interesse na confiança*.

Em geral, o interesse na confiança, além dos problemas de incentivo suficiente ao cumprimento, resultará em investimentos de confiança *ainda mais ineficientes*, por *mais excessivos*, do que a indemnização do interesse no cumprimento, pois garante ao credor o pagamento dessas despesas ainda que elas não resultem em qualquer aumento do excedente contratual³⁴ – colocando o

34 Ilustremos este problema com a alteração do ex. referido. Suponhamos que *B*, que comprou a *A* cadeiras por 1 000 000, tem logo na sequência da conclusão do contrato a possibilidade de realizar investimentos de 150 000, que aumentariam o valor das cadeiras, para si, em 200 000, de 1 100 000 para 1 300 000 (por ex., viajando para negociar imediatamente a futura venda dessas cadeiras numa oportunidade única, comprando mesas ou mandando fazer almofadas que só pudessem ser utilizadas com aquelas cadeiras), mas que existe uma probabilidade de 50% de *A* não cumprir, por os seus custos de produção terem aumentado (ou por ter aparecido uma oferta de um terceiro que fosse melhor nesse montante). Numa tal situação, a indemnização pelo interesse positivo não conduz a níveis eficientes de confiança, antes resulta num excesso de investimento de confiança, ao fazer com que *B* atue como se o cumprimento fosse certo: assim, *B* sempre gastará os 150 000, pois, da sua perspectiva, ou o devedor cumprirá ou ele será indemnizado por 1 300 000. Todavia, se se vier a verificar o não cumprimento (“eficiente”) por *A*, o excedente agregado do contrato seria maior se *B* tivesse deixado de investir na confiança. Nesta hipótese de falta de investimento na confiança, o vendedor responderia por 1 100 000 menos o preço de 1 000 000 do contrato, enquanto se o comprador tiver confiado recebe 300 000 do vendedor, mas gastou 150 000, ficando melhor em 50 000 do que se não tivesse confiado. Na primeira hipótese, o comprador ganha 100 000 e o vendedor perde 100 000; na segunda, o comprador ganha 150 000, mas o vendedor perde 300 000, refletindo a diferença o facto de a despesa de 150 000 efetuada pelo comprador ser desperdiçada em caso de não cumprimento. A indemnização do interesse positivo não faz, pois, com que o comprador tome inteiramente em consideração, “internalizando”, as consequências, para o vendedor, da decisão dele mesmo, comprador, de efetuar um investimento de confiança. A medida do interesse na confiança está sujeita à mesma objeção. A decisão de investimento do comprador será, então, também efetuada como se não existisse qualquer risco, mesmo que ele esteja presente (pois o cumprimento não é eficiente nalgumas hipóteses). Mas, além disso, cria-se ainda um incentivo perverso para o comprador, em certas circunstâncias, resultante do facto de a indemnização do seu investimento na confiança estar sempre assegurada, ainda que o valor do excedente contratual não aumente com esse investimento. Suponhamos que o custo de produção das cadeiras para *A* é de 1 160 000, pelo que, aplicando a medida do interesse na confiança, ele preferirá pagar antes 150 000 (investimento de confiança de *B*) do que cumprir e sofrer um prejuízo de 160 000 (1 160 000 menos o preço de 1 000 000). O não cumprimento, com indemnização do interesse na confiança, priva o comprador *B*, em relação à indemnização do interesse positivo, de um ganho de 150 000, revelando o facto de o interesse na confiança não chegar para induzir um nível bastante de cumprimento. Porém, *B*, se tiver direito a uma indemnização pelo interesse na confiança, pode conseguir que o vendedor cumpra aumentando o seu

credor numa situação de indiferença entre a realização e a não realização de despesas de confiança, dá-lhe um “seguro” para tais despesas, mesmo que não eficientes³⁵. Se, portanto, a indemnização pelo interesse positivo fornece o incentivo correto quanto à decisão do devedor sobre o cumprimento (ou sobre as precauções para reduzir os seus custos), resulta já num excesso de confiança por parte do comprador (credor), o mesmo acontecendo, de forma agravada com a indemnização pelo interesse na confiança, a qual, além de não incentivar suficientemente ao cumprimento, aumenta ainda os problemas de excesso de confiança e permite mesmo uma utilização perversa dos “investimentos de confiança” pelo credor (uma indemnização que assegurasse a escolha do nível eficiente de confiança teria de deixar ao credor inteiramente o custo do não cumprimento resultante do desaproveitamento do excesso de confiança).

Com a compensação resultante da indemnização do interesse no cumprimento, não se consegue, pois, o incentivo eficiente na outra “margem” (confiança, precauções do credor), numa manifestação do “*paradoxo da indemnização*” resultante da incompatibilidade entre a finalidade de *compensação* e uma responsabilidade *eficiente em duas margens*³⁶. Não sendo possível encontrar uma medida de danos que resulte simultaneamente em decisões eficientes quanto ao cumprimento e quanto ao investimento com base na confiança ou em precauções para evitar o não cumprimento (ou reduzir os seus custos), pode, porém, dizer-se que a indemnização pelo interesse no cumprimento é *melhor* do que a indemnização do dano da confiança na indução de decisões de não cumprimento eficientes (dando o correto incentivo ao devedor), e *não é pior* do que esta última quanto à eficiência das decisões (do credor) de confiança e de precaução, seja o não cumprimento deliberado ou não.

investimento de confiança com uma despesa adicional, não produtiva, por ex., de 20 000, subindo o total das despesas de confiança de 150 000 para 170 000 (pelo que o vendedor cumpre). O problema do não cumprimento excessivo é, aqui, curado, mas à custa da realização de despesas de confiança desnecessárias (P. MAHONEY, *ob. e loc. cit.*).

35 Por isso se refere, por vezes, como solução para o excesso de confiança do promissário, a possibilidade de um “*antisseguro*”: as partes acordariam que, em caso de não cumprimento, o promitente pagaria a indemnização a um terceiro (a companhia de “*antisseguro*” e não ao promissário); como compensação para atribuir um tal direito à companhia de “*antisseguro*”, o promissário receberia dessa companhia antecipadamente um pagamento igual ao valor esperado desse direito. Este “*antisseguro*” visaria melhorar os incentivos das partes não as isolando totalmente do risco.

36 Tal “*paradoxo*” pode também ver-se se atentarmos na impossibilidade de eliminação do “risco moral” nas duas margens. Enquanto o direito dos seguros encontrou nas franquias, nas deduções, no co-seguro e outros mecanismos a forma de lidar com o problema “risco moral” do segurado, o regime contratual não consegue resolver o problema do “risco moral” induzido por uma indemnização por não cumprimento inteiramente compensatória: diminuir a indemnização de um credor pelo não cumprimento até ao montante da sua confiança razoável (eficiente) elimina o problema da vítima, mas fá-lo criando outro problema de *moral hazard*, sob a forma de um incentivo demasiado grande para o não cumprimento pelo devedor.

Justamente por este problema, foram propostas *soluções intermédias*, de indemnização do interesse positivo até ao montante que seria necessário se o promissário tivesse efetuado investimentos de confiança eficientes (para resolver o problema do excesso de confiança). Tratar-se-ia de limitar a indemnização ao investimento de confiança eficiente, ou, em termos menos precisos, “razoável” (em traços gerais, a doutrina da “mitigação” dos danos, ou da culpa do lesado, poderia servir para tal), deixando a partir daí o risco desse investimento ao promissário.

Um dos problemas para a eficiência do interesse positivo ou no cumprimento é, como se viu, o facto de este obrigar o inadimplente a fornecer um “seguro” à vítima contra quaisquer causas de não cumprimento. Ora, o efeito das regras indemnizatórias *sobre a afetação do risco* tem também de ser considerado: essa regra pode alterar o risco a que cada parte fica exposta, o que é importante se elas não forem *neutras em relação ao risco*. Como o interesse contratual positivo compensa o lesado pelo não cumprimento, pode ser desejável como forma de “seguro” se este for avesso ao risco, ao eliminar o grau de variabilidade da sua situação. Todavia, ao mesmo tempo, tal indemnização aumenta a variabilidade da posição do inadimplente, que pode ter de indemnizar – o que é também um risco –, e este também pode ser avesso ao risco. Tais considerações podem levar as partes a preferir (por produzir um maior nível agregado de bem-estar) uma indemnização menor, entre as medidas do interesse na confiança e do interesse no cumprimento, ou a especificar mais o contrato, quer quanto às causas de responsabilidade quer quanto ao montante da indemnização. A formulação precisa depende, porém, de fatores como os *níveis comparativos de propensão ao risco*, o tipo de risco (negativo ou positivo, monetário ou não) e a disponibilidade, ou não, de seguro por terceiro. Dada a complexidade e os custos destas informações e cálculos, bem como a possibilidade de erro, parece plausível que os tribunais tenham dificuldade em determinar montantes precisos, em particular se as partes *não especificaram* no contrato qualquer consequência, *liquidando antecipadamente* a indemnização em conformidade com a relativa propensão ou aversão ao risco.

Uma explicação completa dos incentivos que os “remédios” indemnizatórios podem representar para a conduta das partes contratuais não pode, aliás, deixar também de considerar, para ser minimamente realista, os referidos efeitos “*dinâmicos*”, em particular, logo na fase da *formação do contrato*, sobre o nível da atividade de celebração de contratos.

A análise dos “remédios” considerando não só os incentivos depois da conclusão do contrato, mas também os incentivos pré-contratuais, e em particular os incentivos à celebração do contrato, não foi logo efetuada, apesar de ser feita referência à ligação entre o nível de atividade (contratação) e os incentivos

à decisão de cumprir já desde o início da década de 70 do século xx. A escolha dessas consequências considerando também tais incentivos pré-contratuais é uma área que tem sido objeto de alguns tratamentos, mas não se encontra ainda suficientemente desenvolvida.

Uma consideração fundamental na escolha do “remédio” para o não cumprimento há de ser, na verdade, também o efeito que tal escolha terá sobre a *disponibilidade das pessoas para concluir contratos*³⁷.

Há quem defenda a regra da indemnização do interesse positivo, ou, mesmo, de medidas mais do que compensatórias, justamente sustentando a existência de uma ligação entre a decisão de cumprir ou não cumprir e os incentivos para a atividade de contratação futura. Deixando, porém, de lado uma análise baseada nos efeitos da assimetria informativa quanto à disponibilidade da outra parte para cumprir – análise que, coerentemente, levaria, sem quaisquer mecanismos compensatórios, a um colapso do mercado devido à existência de reparações não integrais, num resultado que é, porém, desmentido pela própria vitalidade económica e social da instituição que é o contrato³⁸ –, o efeito sobre

37 Note-se que, mesmo na ótica que vê a indemnização como consequência do não cumprimento, e como incentivo para evitar este, não pode deixar de considerar-se o efeito sobre a celebração do contrato. Como DAVID D. FRIEDMAN, “An Economic Analysis of Alternative Damage Rules for Breach of Contract”, *JLE*, 32, 1989, pp. 281-310 (284) salienta, “a regra indemnizatória fixa o custo de violar o contrato e assim o incentivo do comprador para o evitar. Há, porém, duas formas de evitar o não cumprimento. Uma é não deixar de cumprir o contrato e a outra é logo não o concluir. A regra do interesse no cumprimento fornece o incentivo correto apenas numa das duas margens”.

38 Nessa perspetiva, notar-se-ia que a influência sobre a contratação pode ser indireta, pois se o montante da indemnização for menor do que o interesse positivo existe um incentivo para o devedor não cumprir (ou não existirá um incentivo suficiente ao cumprimento). É claro que se as pessoas não cumprirem suficientemente os seus contratos, estes deixarão de ser celebrados na medida em que o seriam se fossem mais cumpridos, e, além disso, mesmo que a maioria das pessoas cumpra, a existência de casos de não cumprimento sancionados com indemnizações menores do que o valor integral do cumprimento (indemnizações “infracompensatórias”) pode ter como efeito a redução da disponibilidade da contraparte para pagar o mesmo montante que pagaria se o cumprimento (ou uma indemnização total deste) estivesse garantido. Ora, se o preço desce, os contratantes “honestos” (ou “diligentes”), que sempre cumpririam, deixarão de conseguir cumprir obtendo o mesmo rendimento, e tenderão a retirar-se (ou a diminuir o grau de cumprimento). O efeito desta assimetria informativa quanto à probabilidade de cumprimento é a conhecida espiral negativa de preço e não cumprimento, até o mercado colapsar e deixarem de concluir-se contratos, que ficou conhecida na economia de informação como “*lemons effect*”. Estaríamos, com efeito, perante uma aplicação do conhecido problema dos “*chaços*” (*lemons*), posto em evidência por GEORGE AKERLOF, “The Market for Lemons: Qualitative Uncertainty and the Market Mechanism”, in *Quarterly Journal of Economics*, 84, 1970, pp. 488-500. Todavia, se esta análise estivesse correta para toda a formação dos contratos, sem mais, seria difícil entender como é que a instituição do contrato sobreviveu e se expandiu. Mesmo com a indemnização do interesse no cumprimento é evidente que não foram eliminados todos os casos de não cumprimento ineficiente, nem os lesados com o não cumprimento são na prática sempre garantidos contra aquele em termos de ficarem em situação exatamente igual à que estariam se o contrato tivesse sido cumprido. Todavia, o mercado contratual não colapsa, as pessoas continuam a celebrar contratos, a mostrar que o efeito em causa não tem, na realidade, quanto à celebração de contratos, um efeito destrutivo tão relevante como parece. Tal realidade pode ter várias explicações (desde a previsão de cláusulas de liquidação antecipada da indemnização ou de cláusulas penais, quando admissíveis, até

o nível de contratação verificar-se-á através do preço, pois este será tanto maior quanto maior for a medida da indemnização a que o devedor fica obrigado em caso de não cumprimento, e influenciará diretamente a decisão sobre a contratação³⁹. A alteração da indemnização pode funcionar, assim, como uma *alteração de preço*, com efeitos sobre o número de contratos concluídos, que variam, designadamente consoante a estrutura do mercado em causa⁴⁰.

Há, além disso, outras formas pelas quais as medidas do interesse positivo e do interesse negativo (incluindo as oportunidades perdidas), em contextos de mercado onde não coincidam, influenciam diversamente incentivos pré-contra-tuais.

Assim, a indemnização do interesse positivo pode levar *os promitentes a tomar precauções* não eficientes (excessivas) ao decidir se devem ou não contratar. Em geral, as medidas indemnizatórias podem afetar os incentivos de ambas as partes *para refletir cuidadosamente sobre o contrato* (a decisão de o celebrar e o estudo do seu conteúdo) antes da sua celebração, defendendo-se que a indemnização do interesse na confiança é insuficiente para assegurar a ponderação adequada. A medida da indemnização pode ainda afetar os incentivos para as partes ponderarem *com que partes* devem contratar (e a que preço), ou, ainda, para gastarem mais tempo e recursos a *procurar partes* que poderiam estar dispostas a contratar.

A escolha dos “remédios” indemnizatórios pode, pois, influenciar *diversos outros comportamentos*, além das decisões de tomar precauções, de cumprir e de confiar. Se a teoria mais antiga se preocupou apenas com os efeitos do não cumprimento (o “não cumprimento eficiente”), e, depois, com os efeitos sobre

outras formas de “sinalizar” as qualidades da contraparte ou da prestação, passando pela previsão legal de consequências “supracompensatórias”, como, nos direitos continentais, a possibilidade de execução específica), podendo dizer-se que o problema parece suscitar-se sobretudo em certos mercados, como aqueles em que é difícil ao comprador observar antecipadamente a qualidade da prestação – por ex., o mercado dos automóveis usados, tendo sido justamente em relação a eles que G. AKERLOF salientou o referido “efeito dos ‘chaços’” (isto é, automóveis usados sem qualidade, ou *lemons*).

39 Por ex., se o credor (comprador) faz despesas de confiança no montante de 200 000, e o devedor (vendedor) não cumpre, o bem-estar do primeiro diminui em 200 000, sendo necessário que a indemnização atinja esse montante para não ficar em pior situação do que se não tivesse contratado (supondo que não existem custos de oportunidade). O problema que se põe é o de saber se o comprador está disponível para pagar mais por um contrato que preveja a indemnização, mais vantajosa para ele, no montante do interesse no cumprimento, e se as partes preferirão esse contrato a um outro, que preveja a indemnização apenas do dano da confiança.

40 Em geral, porém, afigura-se que o espectro de possíveis preços a que o contrato será celebrado, aumentando o bem-estar de ambas as partes, é maior prevendo-se a indemnização do dano da confiança do que a do dano de cumprimento: ou seja, a medida da indemnização pelo *interesse na confiança* cria um espectro de possibilidades de negociação maior, que poderia aumentar o número de contratos concluídos, pelo que seria preferível se se tivesse em mente apenas a eficiência na contratação.

o nível de confiança do destinatário, “grande parte da história da análise económica do contrato desde cerca de 1980 consistiu num aumento gradual da lista de incentivos que poderiam ser afetados pelos remédios para a violação” do contrato⁴¹, pondo em causa a afirmação de que a medida da indemnização pelo interesse no cumprimento cria os incentivos preferíveis em todas as dimensões.

Ora, mesmo sem uma identificação completa de todos esses comportamentos e da forma como eles são influenciados, pode concluir-se que a *pluralidade de decisões* em causa e dos efeitos, exige, não só que se consiga *identificar* estes, como a opção por um *critério* em função do qual se possa decidir *qual é o efeito mais importante* na situação de facto particular. Quando se decide ir além de uma avaliação da consequência corretiva adequada ao caso individual, para procurar antes criar incentivos para o comportamento das partes, franqueia-se, assim, o limiar de um universo complicado e incerto, com muitos e complexos factos, e circunstâncias que podem determinar a escolha da sanção – e isto, tanto mais quanto, pelo menos nos sistemas de direito legislado, se torna também necessária uma consideração em alguma medida *tipicizadora*, a não se querer deixar a determinação da medida do dano, sem mais indicações, sempre ao tribunal.

Mais recentemente, têm vindo a ser propostas soluções indemnizatórias “sofisticadas”, quer estendendo a análise a novas possíveis cláusulas contratuais quer facultando a otimização tanto das decisões *ex post* sobre o cumprimento como dos incentivos *ex ante*, para a contratação e a realização de investimentos específicos de confiança, mediante o desenho de mecanismos aptos a induzir certos resultados.

A complexidade é ainda aumentada – como referimos – pela necessária incorporação na análise da possibilidade de as partes *renegociarem* os termos do seu acordo.

Além da atenção ao efeito sobre as negociações pré-contratuais, é, na verdade, necessário analisar os efeitos, para a escolha de “remédios” eficientes, da possibilidade de renegociação e dos custos desta (podendo também ser importante saber quais as condições sob as quais o custo de previsão de uma medida de indemnização eficiente, ou do afastamento de uma medida ineficiente no momento da celebração do contrato, é maior ou menor do que o custo da renegociação no momento do cumprimento). O contributo da medida indemnizatória como incentivo ao cumprimento será menor se as partes contratantes puderem renegociar os seus acordos, tendo como resultado sempre

41 Assim, RICHARD CRASWELL, “Two Economic Theories of Enforcing Promises”, in PETER BENSON (org.), *The Theory of Contract Law*, cit., 2002, pp. 19-44 (26-8).

uma decisão eficiente sobre o cumprimento. A análise tradicional aceitava que a renegociação no momento do cumprimento estaria sujeita a custos proibitivos. Mas se, pelo contrário, a renegociação não tiver *quaisquer custos*, a regra indenizatória é, como dissemos, *irrelevante* em termos de eficiência, pois as partes *negociarão sempre* até obter as decisões eficientes sobre o cumprimento e o não cumprimento e o investimento na confiança (como resulta do chamado “teorema de Coase”).

De todo o modo, parece certo que em muitas circunstâncias o contrato na realidade *não será renegociado*, desde logo, por as partes não estarem em contacto entre si quando surgem dificuldades e uma das partes necessita de tomar uma decisão rapidamente (por exemplo, no decurso de um processo produtivo, precisando de decidir se prossegue com ele ou não, ou perante uma nova oferta que expira logo, de decidir se a aceita ou não), ou por existirem entre as partes assimetrias informativas que podem comprometer o resultado da negociação. Nesta situação mais plausível, em que a renegociação tem *custos* (de transação), mas nem sempre proibitivos, a escolha do “remédio” é mais difícil, e exige a consideração desses custos, sendo que a atribuição inicial do direito ao (não) cumprimento pode então (contrariamente ao “teorema de Coase”) ter efeitos relevantes sob o ponto de vista da eficiência.

E mesmo aceitando que a renegociação tende a verificar-se, parece também plausível que nas condições reais nem sempre resulte num resultado eficiente. Muitas vezes, a renegociação permite às partes conseguir a maximização do excedente agregado da transação, evitando decisões de não cumprimento ineficientes. Assim, por exemplo, se a consequência do não cumprimento for uma indemnização maior do que o dano de cumprimento, ou se for a execução específica, o devedor que seria levado a cumprir mesmo que o custo, para ele, excedesse o valor do cumprimento para o credor, pode, para evitar tal resultado ineficiente, propor ao credor efetuar-lhe um pagamento *a latere*, para que este o exonere da sua obrigação, e sem que, portanto, a medida da indemnização seja indispensável para atingir um resultado eficiente e sem que tenha de estar antecipadamente prevista no contrato.

Noutras situações, porém, o resultado da renegociação pode ser apenas um *sucedâneo imperfeito* para uma *cláusula que liquide antecipadamente* a indemnização ou para uma *medida adequada* de indemnização legalmente prevista, quer porque a renegociação apenas pode afetar decisões futuras sobre o cumprimento, e não a conduta que já se verificou antes dela, quer por causa dos riscos que são afetados ao potencial inadimplente (por exemplo, o risco de vir a ter de suportar um custo de produção muito elevado), para o caso de falhanço da renegociação (e que seriam limitados com uma liquidação convencional ou uma previsão legislativa antecipada do montante da indemnização).

Por outro lado, a presunção de que a possibilidade de renegociação é desejável para ambas as partes, por lhes permitir melhorar a sua situação quando surgem dificuldades e por os dispensar de aumentar a complexidade do clausulado contratual, nem sempre pode considerar-se procedente, pois a possibilidade de renegociação tem também efeitos negativos.

A perspetiva da possibilidade de renegociação afeta, também, os incentivos das partes para investir na relação contratual (como veremos mais pormenorizadamente a seguir, a propósito da análise económica da responsabilidade pré-contratual). Quem realiza um investimento confiando na relação contratual tenderá a antecipar, nesse caso, a captura pela contraparte, mediante renegociação (de pelo menos parte), do excedente criado por esse investimento. Tal situação de possível *hold-up* afeta o estabelecimento de incentivos à realização de investimentos específicos de confiança a um nível eficiente.

Além disso, a possibilidade de renegociar pode funcionar em detrimento das partes por evitar que elas se comprometam firmemente a certos resultados logo no contrato inicial, podendo ser do interesse de ambas a criação de obstáculos jurídicos ou práticos (como a exigência de várias aprovações intermédias, ou a intervenção de terceiros) à renegociação ou a determinação antecipada do resultado desta (da afetação do excedente adicionalmente criado).

Tem, assim, sido salientada a conveniência da passagem de uma visão *dualista* da decisão do devedor (cumprir ou não cumprir) para uma perspetiva *triádica*, em que o devedor opta entre *cumprir*, *não cumprir* ou *renegociar* a “saída” do contrato. Em muitos contextos, um dos objetivos principais do acordo inicial será justamente condicionar, ou fixar “pontos de ameaça”, adequados para uma renegociação subsequente. Objetivo cuja prossecução, porém, remete para a alternativa, com que as partes estarão normalmente confrontadas, entre, por um lado, a celebração de contratos *mais completos* (com os correspondentes custos) que facilitam a indução tanto da contratação e cumprimento eficiente como do investimento eficiente, mas apenas podem resultar se não existem perspetivas de renegociação, ou, por outro lado, a conclusão de contratos *mais simples*, que as partes podem renegociar para conseguir negócios eficientes sem comprometer a eficiência do investimento.

No final de contas, parece, pois, difícil fornecer incentivos – em soluções necessariamente não muito “sofisticadas”, pois a própria complexidade pode dificultar os cálculos dos agentes e, porventura, acarretar outros custos e efeitos – *em todas as dimensões relevantes* dos negócios em causa. O não cumprimento eficiente, a confiança eficiente, a precaução e redução de danos eficiente, a afetação de risco eficiente, a eficiência na ponderação pré-contratual e na escolha da contraparte, o grau e o resultado adequado da renegociação – não parece que todos estes múltiplos objetivos possam ser *simultaneamente*

induzidos ou *promovidos* por uma *única regra*, sem qualquer *compromisso*, sendo então necessário apurar em que se traduz este e qual a importância relativa dos incentivos preferidos ou preteridos⁴². É preciso, pois, definir prioridades para escolher a dimensão em que é mais importante atuar, fornecendo os incentivos corretos.

E, sobretudo, o que importa reiterar é que, como se tem salientado na doutrina, não existe qualquer razão para supor que a totalidade dos efeitos económicos apontará sempre para uma *certa medida, definida* como o interesse no cumprimento ou o interesse na confiança (ou o “interesse na restituição”). Pelo que, na perspetiva do “desenho” dos incentivos corretos para a conduta das partes, não existe razão para supor que as situações correspondentes integralmente ao cumprimento, à conclusão de um contrato alternativo, ou à não conclusão do contrato, apresentem alguma pretensão especial (em lugar, por exemplo, de uma certa percentagem dos correspondentes “interesses”) para se afirmarem como linhas ou *pontos de referência* decisivas para a medida do dano. Dever-se-ia, assim, rejeitar a própria *utilização dos conceitos* de interesse na confiança e interesse no cumprimento como “*fasquias fixas*”, conceptualmente demarcadas, reduzindo-se, antes, numa atitude de “despreocupação semântica”, a meros “*pontos focais*”, que apenas facilitam supletivamente a formação de um conteúdo obrigacional⁴³.

Ora, não se pode deixar de observar que estas conclusões, perfeitamente coerentes na lógica económica, parecem comprometer irremediavelmente *mesmo a pretensão descritiva* da análise económica dos “remédios” indemnizatórios – uma das “joias da coroa” do instrumentalismo efficientista na teoria dos contratos.

Não se nega a obtenção de alguns importantes resultados da abordagem económica, ao pôr em relevo a ligação entre os diversos “remédios” e os incentivos das partes em diversas dimensões. Mas, apesar de tais contributos, a explicação instrumentalista dos “remédios” contratuais (sobretudo com os refinamentos introduzidos à doutrina do “não cumprimento eficiente”) é insuficiente, estando longe das *soluções do direito vigente*, em particular quanto à preferência clara pelo interesse positivo, com atribuição ao credor do lucro que para ele resultaria do contrato. Designadamente, em várias hipóteses tal atribui-

42 Outro aspeto pouco tratado, que igualmente aumenta a complexidade do problema, é a circunstância de algumas consequências jurídicas poderem ser cumulativas, e não alternativas, tendo a parte a possibilidade de optar por cumular aqueles “remédios” que pretende exercer.

43 V. RICHARD CRASSWELL, “Against Fuller and Perdue”, 2000, pp. 107-11, e “How We Got This Way: Further Thoughts on Fuller and Perdue”, *ILS, Symposium: Fuller and Perdue*, 2001, artigo 2 (www.bepress.com/ils/iss1/art2), *passim*. Em Portugal, FERNANDO ARAÚJO, “Da tutela negativa da confiança ao ‘paradoxo da indemnização’”. Uma análise económica dos contratos”, in *Estudos em memória do Professor Doutor Marques dos Santos*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 441-592 (556, ss., 558, 561).

ção de uma indemnização pelo interesse positivo seria contrariada pelo efeito de excesso de confiança do promissário, por não induzir precauções suficientes, ou por não ter em conta a relativa aversão das partes ao risco. E sobretudo, de forma decisiva, o instrumentalismo não tem explicação para a *insistência* do direito dos contratos nas medidas do interesse positivo e do interesse na confiança como *categorias formais* – o que não significa necessariamente que tenham existência *a se*, a “gravitar fantasmagoricamente” em torno do regime legal⁴⁴ –, vendo-se forçado a remeter tal insistência (ou a sua subsistência) para uma espécie de *resistência “ideológica”*⁴⁵.

Esta incapacidade de explicar a insistência do direito positivo na atribuição ao credor de uma indemnização que, seja qual for o seu montante (e salvo correções pontuais, como a que poderá resultar do artigo 494.º), parta da correspondência ao dano de cumprimento (ao interesse no cumprimento ou interesse positivo), que garante ao credor o lucro do negócio, denuncia, a nosso ver, a *limitada percepção do fundamento da solução jurídica* em causa. Como Craswell observou, mesmo quando a abordagem económica possa recomendar a indemnização do interesse positivo como eficiente, trata-se de mera coincidência, e a categoria do interesse no cumprimento, ou do interesse positivo, não terá desempenhado qualquer papel relevante na fundamentação⁴⁶.

Mas, justamente, o direito positivo, ao remeter para o critério da causalidade do prejuízo pelo não cumprimento (artigo 798.º do Código Civil Português) remete para uma tal indemnização pelo interesse positivo, a qual é aceite na doutrina e na jurisprudência. A ordem jurídica, ao prever a indemnização pelo dano de cumprimento, remete, pois, em geral para um *efeito do negócio* (da promessa, ou do contrato) que não é descrito ou explicado em termos instrumentais, apenas como um esforço de promover a eficiência (o que, porém, também não significa que deva ser explicado em termos meramente formais, podendo servir outros valores substanciais)⁴⁷.

44 F. ARAÚJO, “Da tutela negativa da confiança...”, cit., p. 558 – é justamente na explicação de tais regimes, na sua adequação a eles (ou, se se quiser, na explicação de tal pretensa “gravitação fantasmagórica”) que consiste a missão da dogmática jurídica, contribuindo para a racionalização dessas soluções, para uma adequada delimitação (ou extensão) e para a sua fundamentação valorativa.

45 F. ARAÚJO, “Da tutela negativa da confiança...”, cit., p. 562.

46 R. CRASWELL, “Against Fuller and Perdue”, cit., p. 107.

47 A tentativa de racionalizar em termos instrumentais tal solução, ligando-a com a eficiência do ‘valor de garantia’ do lucro do negócio não pode deixar de ser entendida justamente como tal – isto é, como mera racionalização, produto de um compromisso com uma explicação em termos instrumentais que precede o compromisso com o direito, e não se dirige a este último no seu próprio terreno.