

EFEITO DE SUPERJUSTIFICAÇÃO E INTERVENÇÃO LEGAL NOS CONTRATOS§

*Leandro Martins Zanitelli**

SUMÁRIO: Introdução; 2 O efeito de superjustificação; 2.1 Noção geral; 2.2 Efeito de superjustificação e figuras afins; 2.2.1 Reciprocidade forte; 2.2.2 Normas sociais; 2.2.3 Incentivos e informação; 3 Implicações para o Direito contratual; 3.1 Efeito de superjustificação e execução dos contratos; 3.2 Efeito de superjustificação, interpretação e integração dos contratos; 3.3 Efeito de superjustificação e controle de cláusulas contratuais; 4 Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente texto trata da hipótese do efeito de superjustificação (*overjustification effect*), a redução ou supressão da motivação intrínseca para realizar certa atividade provocada por estímulos externos, como recompensas ou castigos. Na primeira parte, compara-se essa hipótese com outras, afins, provenientes da Economia comportamental, cujo traço comum e relevante para o Direito é o de levantar dúvida sobre o impacto dissuasório de sanções legais. Na segunda parte, o artigo examina mais minuciosamente as implicações do efeito de superjustificação para a área do Direito contratual.

PALAVRAS-CHAVE: Efeito de Superjustificação; Contratos; Intervenção Legal; Interpretação; Integração.

OVERJUSTIFICATION EFFECT AND LEGAL INTERVENTION IN CONTRACTS

ABSTRACT: A hypothesis on the overjustification effect is provided, or rather, the decrease or suppression of the intrinsic motivation to concretize certain activities caused by external stimuli, such as rewards or punishments. The first part of

§ O autor agradece ao UniRitter e à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS) pelo apoio financeiro à pesquisa.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS; Estágio de pós-doutorado na Universidade de Hamburgo, Alemanha; Docente e Coordenador do Programa de Pós-Graduação – Mestrado Acadêmico em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis - UniRitter. E-mail: leandro_zanitelli@uniritter.edu.br.

the article will compare the hypothesis with similar ones taken from behavioral economy. Its common and relevant clue for Law is the introduction of doubts on the dissuasion impact of legal sanctions. The second part will examine in details the implication of the overjustification effect within the context of contract law.

KEYWORDS: Overjustification Effect; Contracts; Legal Intervention; Interpretation; Integration.

EFFECTOS DE SUPERJUSTIFICACIÓN E INTERVENCIÓN LEGAL EN LOS CONTRATOS

RESUMEN: El presente texto trata de la hipótesis del efecto de superjustificación (*overjustification effect*), la reducción o supresión de la motivación intrínseca para realizar determinada actividad provocada por estímulos externos, como recompensas y castigos. En un primer momento, se compara esa hipótesis con otras afines, provenientes de la economía comportamental, cuyo rasgo común y relevante para el derecho es el de suscitar dudas sobre el impacto disuasorio de sanciones legales. En un segundo momento, el artículo examina de forma más minuciosa las implicaciones del efecto de superjustificación para el área del derecho contractual.

PALABRAS-CLAVE: Efecto de Superjustificación; Contratos; Intervención Legal; Interpretación; Integración.

INTRODUÇÃO

Como as de muitos outros lugares do mundo, algumas creches na cidade israelense de Haifa sofriam com os atrasos de alguns pais para buscar seus filhos. Como solução, passou-se a estabelecer uma multa em dinheiro para os atrasos. O resultado paradoxal foi que, depois de algumas semanas, as demoras, ao invés de diminuir, tornaram-se mais frequentes, fato que continuou a ser observado após a multa ser suprimida.¹

O caso de Haifa pode exemplificar o que se chama, em Psicologia, efeito de superjustificação (*overjustification effect*):² uma vez providos de um estímulo

1 GNEEZY, Uri; RUSTICHINI, Aldo. A fine is a price. *The Journal of Legal Studies*, v. 29, p. 1-17, 2000.

2 LEPPER, Mark R.; GREENE, David; NISBETT, Richard E. Undermining children's intrinsic interest with extrinsic reward: a test of the "overjustification hypothesis". *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 28, n. 1, p. 129-137, 1973.

externo (no caso, a cominação da multa) para comportarem-se de determinada maneira, os agentes podem ter eliminada a motivação intrínseca que possuíam para a prática do mesmo ato, de tal modo que o estímulo, ao invés de aumentar a frequência da conduta desejada, é capaz até, como em Haifa, de reduzi-la.

Como é patente, o efeito de superjustificação tem importância para o estudo do impacto de normas legais, já que as sanções previstas por essas últimas são um exemplo do que se denominou acima de “estímulo externo” ou, como também se usa dizer, “motivação extrínseca”. À medida que o referido efeito se verifique, uma sanção legal pode ter resultados mais modestos do que o esperado em virtude de sua ação deletéria sobre a motivação intrínseca dos agentes. Além disso, uma vez confirmada a hipótese do efeito superjustificatório, uma sanção da qual não se necessitava para obter de alguns agentes certo comportamento pode tornar-se indispensável, fazendo com que sua eventual revogação dê lugar a um estado de coisas ainda pior do que o inicial.

Não obstante essa, tanto a possibilidade do efeito de superjustificação como outras similares, largamente estudadas em áreas como a Psicologia e a Economia, são ainda, de modo geral, ignoradas por trabalhos jurídicos, sobretudo no Brasil. O presente artigo propõe-se a contribuir para que tal lacuna seja preenchida, apresentando, em sua primeira parte, a hipótese do efeito de superjustificação e outras que têm em comum com a primeira o fato de levantar dúvida sobre o potencial dissuasório de sanções legais. Na segunda parte, exploram-se as implicações dessas hipóteses para uma área do Direito em particular, a do Direito contratual.

2 O EFEITO DE SUPERJUSTIFICAÇÃO

Apresenta-se, na primeira seção desta parte, uma ideia geral do efeito de superjustificação (doravante, ESJ) e do “estado da arte” ao seu respeito. O ESJ faz levantar a suspeita de que a intervenção legal nos contratos tenha consequências diferentes das que seriam de esperar se os agentes se comportassem de maneira a maximizar seus ganhos. Como tal, a hipótese do ESJ apresenta similaridade, ainda que não se confunda, com outras hipóteses acerca da repercussão da intervenção legal sobre uma autoexecução dos contratos que se baseie em normas sociais ou na confiança. O objetivo da segunda seção é, então, esclarecer o que há de comum, bem como as diferenças, entre a hipótese do ESJ e outras relativas à eficácia “anômala” do Direito contratual.

2.1 NOÇÃO GERAL

A hipótese do efeito de superjustificação parte da ideia de que certos atos são realizados por motivação ou interesse intrínseco, isto é, pelo interesse que a ativi-

dade mesma desperta. Em contraposição, há os atos que são praticados não pelo valor que possuem para o agente, mas em razão de suas consequências, por um interesse que se diz então extrínseco, isto é, não suscitado pelo ato em si. As duas espécies de motivação podem, é claro, sobrepôr-se, já que uma atividade pode ser executada devido à satisfação que proporciona (por motivação intrínseca, portanto) e, ao mesmo tempo, para angariar certa recompensa (isto é, por um interesse extrínseco).

O que se conhece como efeito de superjustificação (ESJ) diz respeito à relação entre motivação intrínseca e motivação extrínseca. A hipótese, pioneiramente testada por Deci,³ é a de que, ao recompensarem-se certas atividades, motivando, assim, extrinsecamente os agentes, reduzir-se-ia nesses últimos a motivação intrínseca, de tal maneira que, ao eliminar-se, posteriormente, o prêmio, a atividade cairia a um nível inferior àquele em que se encontrava quando esse prêmio foi estipulado. Isso significa, exemplificando com o experimento feito por Deci,⁴ que, se um grupo de estudantes convidados para solucionar um quebra-cabeça em si mesmo instigante e, portanto, prazeroso, começar a ser remunerado pelo exercício. Mais tarde, quando tal remuneração for suprimida, nutrirá menor interesse e, em consequência, despenderá menos tempo e esforço para enfrentar o desafio.

As explicações para o ESJ variam. Afirma-se que o abalo à motivação intrínseca provocado pela recompensa dever-se-ia à necessidade de autodeterminação dos agentes (teoria da avaliação cognitiva, *cognitive evaluation theory*). Quando uma atividade inicialmente realizada pelo seu valor intrínseco passa a ser recompensada, faz com que os agentes fiquem submetidos a controle e deixa, em consequência, de atender à mencionada necessidade.⁵ Lepper, Greene e Nisbett⁶ referem-se ao efeito de atribuição produzido pela recompensa, que, ao ser estabelecida, levaria os agentes a tratá-la como causa do seu comportamento, desconsiderando, assim, o interesse intrínseco que a atividade antes possuía para si.

Embora o trabalho pioneiro de Deci⁷ tenha se limitado ao ESJ de recompensas, estudos posteriores trataram de estender a hipótese para outros estímulos,⁸ como competição e ameaças. Em relação a essas últimas, Deci e Cascio⁹ observaram

3 DECI, Edward L. Effects of externally mediated rewards on intrinsic motivation. *Journal of Personality and Social Psychology*, v. 18, n. 1, p. 105-115, 1971.

4 Ibidem.

5 DECI, Edward L.; RYAN, Richard M. *Intrinsic Motivation and Selfdetermination in Human Behavior*. Nova Iorque: Plenum, 1985.

6 LEPPER, Mark R.; GREENE, David; NISBETT, Richard E., op. cit.

7 DECI, Edward L., op. cit.

8 Para um apanhado ver DECI, Edward L.; RYAN, Richard M.; KOESTNER, Richard. A meta-analytic review of experiments examining the effects of extrinsic rewards on intrinsic motivation. *Psychological Bulletin*, v. 125, n. 6, p. 627-668, 1999.

9 DECI, Edward L.; CASCIO, Wayne F. Changes in Intrinsic Motivation as a Function of Negative Feedback and Threats. Paper presented at the meeting of the Eastern Psychological Association in Boston,

um efeito deletério sobre a motivação intrínseca em circunstâncias similares às do estudo original de Deci,¹⁰ isto é, entre estudantes convidados para solucionar um quebra-cabeça. Embora a ameaça usada no experimento (um ruído desagradável) não se parecesse com o que costumam ser as sanções legais, o resultado obtido sugere que, assim como prêmios, essas sanções podem fazer desaparecer a motivação intrínseca dos agentes para se conduzir da maneira prescrita em lei.

O ESJ se manifesta, como visto, pela redução da frequência da atividade (em comparação com o patamar inicial, anterior ao estabelecimento da recompensa) depois que os agentes deixam de ser remunerados. No caso das normas jurídicas, esse último estágio tanto pode corresponder ao cancelamento da sanção, por meio da revogação, como à inaplicação contumaz dessa última devida à desídia dos órgãos estatais encarregados ou a qualquer outra razão. A conclusão, a confirmar-se o ESJ para as sanções legais, é surpreendente: ao proscrever determinada conduta, o sistema legal pode contribuir para que, ao invés de rarear, essa mesma conduta se torne mais frequente depois de revogada a norma ou de verificada a omissão dos órgãos designados para aplicá-la.

Em uma análise de aproximadamente duas décadas de experimentos sobre o ESJ, Deci, Ryan e Koestner¹¹ encontram confirmação para a hipótese do ESJ, ainda que com ressalvas. De acordo com os autores, observa-se, de fato, uma redução da motivação intrínseca, mas apenas no caso de recompensas tangíveis, como, por exemplo, o dinheiro. O ESJ é menos frequentemente constatado, em contrapartida, quando o “prêmio” pelo desempenho de certa atividade é imaterial, como um simples elogio. Em tal caso, ao invés de esmorecer, a premiação parece aumentar a motivação intrínseca dos agentes.

A hipótese do ESJ não está, contudo, imune à polêmica. Sua validade, bem como a das evidências que a corroborariam, é posta em dúvida por psicólogos de inspiração behaviorista, como Eisenberger e Cameron.¹² Para esses últimos, o efeito negativo de recompensas sobre o interesse intrínseco provocado por uma atividade somente teria lugar sob condições bastante especiais e facilmente evitáveis. Em uma revisão crítica recente, Reiss¹³ contesta tanto a base conceitual (em especial o conceito de motivação intrínseca), quanto a técnica empregada a fim de verificar e mensurar o efeito de recompensas sobre a motivação dos agentes,

Massachusetts, 1972.

10 DECI, Edward L., *op. cit.*

11 DECI, Edward L.; RYAN, Richard M.; KOESTNER, Richard. A meta-analytic review of experiments examining the effects of extrinsic rewards on intrinsic motivation. *Psychological Bulletin*, v. 125, n. 6, p. 627-668, 1999.

12 EISENBERG, Robert; CAMERON, Judy. Detrimental effects of reward: reality or myth? *American Psychologist*, v. 55, n. 11, p. 1153-1166, 1996.

13 REISS, Steven. Extrinsic and intrinsic motivation at 30: Unresolved scientific issues. *The Behavior Analyst*, v. 28, n. 1, p. 1-14, 2005.

concluindo que, após trinta anos, a hipótese do ESJ permanece por ser provada.

2.2 EFEITO DE SUPERJUSTIFICAÇÃO E FIGURAS AFINS

Aplicada ao Direito, a hipótese do ESJ faz cogitar que a cominação de sanção para certa conduta elimine a eventual motivação intrínseca dos agentes para praticá-la. Isso significa, como já observado, que, uma vez revogada a norma sancionadora (ou, quiçá, mesmo mantida em vigor, se continuamente inaplicada), a conduta a que ela se refere passaria a verificar-se com mais habitualidade do que ao início.

A hipótese do ESJ guarda semelhança com outras cuja relevância também se estende e, por vezes, até quase que se resume, aos contratos. Essas outras hipóteses, ou “figuras afins”, ao ESJ serão apresentadas a seguir.

2.2.1 Reciprocidade forte

Uma alternativa à teoria segundo a qual os seres humanos atuam de maneira a maximizar seus ganhos (tratando-se “ganho” aí como o autointeressado, relacionado à própria subsistência ou satisfação) é a reciprocidade forte (*strong reciprocity*).¹⁴ Em Economia comportamental usa-se essa expressão para fazer contraposição aos casos em que atuar reciprocamente é um meio para maximizar ganhos a longo prazo, como, por exemplo, quando honrar uma promessa é o único meio para contar com a confiança da outra parte futuramente e a vantagem que a cooperação duradoura oferece ao promitente supera a que seria obtida de imediato pela quebra da palavra. Dessa espécie de reciprocidade, chamada fraca, diferencia-se a reciprocidade forte, caracterizada pela realização do bem comum (ou “cooperação”) e pela punição aos não cooperadores independentemente dos ganhos a longo prazo, o que significa cooperação e punição aos não cooperadores, mesmo quando a probabilidade de interação futura é remota. O “forte reciprocador” é, assim, um altruísta, no sentido de que incorre em custos para comportar-se de maneira socialmente desejável e punir os que não o fazem, mesmo quando esses custos se mostram maiores do que os benefícios que daí advêm para si.

Evidências a respeito da reciprocidade forte provêm de experimentos com o jogo dos bens públicos (*public goods games*),¹⁵ no qual se põem os participantes em circunstâncias em que o autointeresse e o bem comum estão em conflito. Em uma das versões mais comuns do jogo, a das “contribuições voluntárias”, cada

14 GINTIS, Herbert. Strong reciprocity and human sociality. *Journal of Theoretical Biology*, v. 206, p. 169-179, 2000.

15 Ver GINTIS, Herbert, op. cit.; FEHR, Ernst; FISCHBACHER, Urs; GÄCHTER, Simon. Strong reciprocity, human cooperation and the enforcement of social norms. *Human Nature*, v. 13, p. 1-25, 2002.

jogador recebe uma quantidade de recursos (quase sempre, dinheiro) que pode reter para si ou destinar ao grupo, hipótese na qual a soma doada ao fundo comum é aumentada em certo percentual e dividida entre todos, sendo, no entanto, a parte destinada ao jogador contribuinte inferior à contribuição feita. Em razão do acréscimo, se os jogadores transferirem ao grupo a totalidade dos recursos que lhe foi inicialmente atribuída, todos ganharão. Como, porém, as condições do jogo em geral não permitem que os jogadores sejam punidos por comportar-se egoisticamente, o que se espera do agente autointeressado é que guarde para si a quantia recebida (já que, de qualquer contribuição que se fizer, apenas uma parte, menor, retornará para si), limitando-se a receber a porção que lhe cabe das contribuições dos demais. Logo, se todos os jogadores se conduzirem de maneira autointeressada, o total de contribuições será igual a zero, um resultado que, embora condizente com a representação tradicional do *homo economicus*, é contrariado pelos experimentos.

Em comum entre a hipótese do ESJ e a da reciprocidade forte há o fato de que ambas aludem à possibilidade de um comportamento que se realiza não pelo benefício dele proveniente para o agente, ainda que esse benefício seja inferior ao custo. À falta de uma recompensa para o comportamento intrinsecamente motivado, base do ESJ, corresponde, no caso da reciprocidade forte, a insuficiência do benefício a auferir por aquele que coopera ou pune a recusa de outros a cooperar. Enquanto, no entanto, a pesquisa relativa ao ESJ tem em vista não a motivação intrínseca propriamente dita, mas o efeito da recompensa, criadora de uma motivação extrínseca, sobre a primeira, as questões a que se dedicam os estudos acerca da reciprocidade forte são as de saber se, em que medida e sob quais condições¹⁶ esse comportamento tem lugar. Entre as citadas condições, uma habitualmente elencada é já sugerida pela palavra “reciprocidade” quando tomada em seu sentido usual: importante para que os seres humanos cooperem (e incorram em custos para punir condutas socialmente indesejáveis) seria a cooperação dos demais, de tal modo que um agente, ao perceber que outros se conduzem de modo egoísta, teria a tendência a revelar-se assim também, algo que se designa como “cooperação condicionada”.¹⁷

Especula-se, finalmente, sobre a importância do contexto decisório e, em particular, do quadro (*frame*) de percepções a partir do qual os indivíduos decidem atuar de uma maneira ou de outra.¹⁸ A ideia é que a oferta de uma recompensa pode

16 Ver para ex., FREY, Bruno S. A constitution for knaves crowds out civic virtues. *The Economic Journal*, v. 107, p. 1043-1053, 1997.

17 FISCHBACHER, Urs; GÄCHTER, Simon; FEHR, Ernst. Are people conditionally cooperative? Evidence from a public goods experiment. *Economics Letters*, v. 71, p. 397-404, 2001.

18 ISLENBUSCH, Bernd; SLIWKA, Dirk. Incentives, Decision Frames and Motivation Crowding Out: An experimental investigation. Institute for the Study of Labor (IZA), Discussion Paper No. 1758, 2005; GNEEZY, Uri; RUSTICHINI, Aldo, op. cit..

levar o agente a perceber a situação como uma na qual o comportamento egoísta é o apropriado. Assim, se a recompensa é pequena, pode resultar em um nível de atividade inferior ao que se verificaria à falta de qualquer motivação extrínseca, já que a falta dessa motivação, pelo seu efeito sobre a percepção dos agentes, criaria circunstâncias mais propícias à cooperação. Sugere-se, ainda, que esse efeito de estímulos extrínsecos sobre o *frame* decisório pode ser duradouro, o que explicaria a resistência a cooperar, mesmo depois de o incentivo ser retirado.

Outra questão com que se ocupa a pesquisa em Economia comportamental é a das condições sob as quais se chega a um estado de equilíbrio caracterizado, seja pela cooperação, seja pela falta dela. Supondo uma sociedade constituída em parte por indivíduos autointeressados e em parte por outros inclinados a atuar como reciprocadores fortes, quais seriam as condições para que o comportamento “pró-social” desses últimos prevaleça?¹⁹ Considere-se aí que mesmo os indivíduos do primeiro grupo podem vir a se comportar de modo socialmente benévolo, desde que, claro, adequadamente incentivados para tanto, e o fato de haver reciprocadores fortes dispostos a punir é salientado como fator capaz de contribuir para que isso aconteça.²⁰ Por outro lado, a falta de incentivo a que os egoístas cooperem pode fazer com que mesmo os potenciais reciprocadores atuem autointeressadamente, admitindo-se, em tal caso, que o altruísmo desses últimos esteja condicionado à cooperação dos demais. Tendo tudo isso em vista, a sanção (seja a sanção propriamente dita ou a “sanção premial”) apresenta-se, antes de mais nada, como meio de promover a cooperação, ao fazer com que o autointeresse e o socialmente desejável coincidam (isto é, ao fazer com que a conduta pró-social seja também a maximizadora de utilidade para os agentes egoístas) e, com isso, estabelecer as condições para que potenciais reciprocadores conduzam-se como tais.²¹

Por outro lado, como por vezes se aventa, a sanção também poderia levar potenciais reciprocadores a se comportar de maneira egoísta caso a considerem injusta e, portanto, como sinal da falta de disposição a cooperar por quem a comina²² ou, ainda, porque a simples previsão da sanção, independentemente de sua magnitude, pode induzir a crer que os demais indivíduos sujeitos a ela são não cooperadores.²³ Isso sugere, tal como na hipótese do ESJ, que a sanção seja capaz de dar cabo da disposição dos agentes a atuar da maneira normativamente prescrita, com a diferença de que, na hipótese da reciprocidade forte, isso resultaria

19 GINTIS, Herbert, op. cit.

20 FEHR, Ernst; FISCHBACHER, Urs; GÄCHTER, Simon, op. cit.

21 SHINADA, Mizuho; YAMAGISHI, Toshio. Punishing free riders: Direct and indirect promotion of cooperation. *Evolution and Human Behavior*, v. 28, p. 330-339, 2007.

22 FEHR, Ernst; ROCKENBACH, Bettina. Detrimental effects of sanctions on human altruism. *Nature*, v. 422, p. 137-140, 2003.

23 MULDER, Laetitia B. et al. Undermining trust and cooperation: The paradox of sanctioning systems in social dilemmas. *Journal of Experimental Social Psychology*, v. 42, p. 147-162, 2006.

não do efeito perturbador da sanção sobre a motivação intrínseca dos agentes, mas de serem esses últimos cooperadores condicionais para os quais a cominação da sanção denuncia falta de cooperação e incita, assim, a um comportamento egoísta. Essa diferença é importante porque, no caso do ESJ, espera-se que os agentes, uma vez desaparecida a causa da motivação extrínseca (por exemplo, com a revogação da norma sancionadora), deixem, ao menos por algum tempo, de estar intrinsecamente motivados a atuar em conformidade com a prescrição, enquanto que, na hipótese por último mencionada, fica por determinar que resposta os agentes dariam à supressão da sanção, à qual, uma vez tomada como evidência da disposição a cooperar, poderia fazer imediatamente aflorar nesses últimos a reciprocidade forte.

2.2.2 Normas sociais

A relação entre normas legais e não legais (ou “normas sociais”) pode ter resultado análogo ao do ESJ, caso as primeiras reduzam a disposição dos agentes a atuar em conformidade com as últimas. Trata-se da hipótese de que, ao estabelecer-se certa conduta como juridicamente obrigatória, reduzir-se-ia o apelo da norma social pela qual a mesma conduta é prescrita, com a possível consequência de que, por obra da intervenção legal, a conduta desejada passaria a verificar-se, ao invés de com mais, com menos frequência.

Uma diferença entre a hipótese das normas sociais, assim definida, e a do ESJ deve-se a que a observância a normas sociais pode ser, para usar-se a expressão comum em estudos de Psicologia, extrinsecamente motivada. Em outras palavras, quem atua em conformidade com uma norma social pode fazê-lo não pelo valor que a conduta possua para si (ou porque, tendo internalizado a norma em questão, entenda moralmente devido comportar-se do modo como ela requer), mas para obter certo benefício ou não atrair sobre si a censura dos demais. Diferenciando-se também do comportamento caracterizador da reciprocidade forte, a obediência às normas sociais pode ainda, como se depreende do recém-afirmado, dizer-se egoísta (ou “racional”) no sentido de atender, antes de mais nada, ao interesse do próprio agente. É igualmente verdade, por outro lado, que essa obediência também pode ser intrinsecamente motivada e altruísta, de tal modo que não seja de descartar dever-se a influência do sistema legal sobre as normas sociais ao ESJ.

Parte significativa da pesquisa relativa a normas sociais diz respeito ao papel dessas normas em transações para cujo cumprimento as partes não contêm ou não queiram contar com o auxílio de órgãos judiciais. À falta de um sistema legal, meios ditos “informais”²⁴ de estímulo à lealdade entre contratantes (baseados, por

24 Ver NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University, 1990.

exemplo, na ameaça de abalo à reputação) podem se desenvolver.²⁵ Em outros casos, mesmo tendo à sua disposição o aparato judicial, as partes podem preterir-lo em favor do uso de sanções não legais.²⁶ Tendo em conta o papel dessas sanções, levantam-se dúvidas sobre a conveniência de acrescentarem-se a elas sanções legais.²⁷

No que se refere à relação entre normas legais e não legais, chama-se a atenção para o papel simbólico ou “expressivo” das primeiras.²⁸ As normas jurídicas podem modificar o significado atribuído a um comportamento e, com isso, dar lugar a novas normas sociais ou fazer desaparecer outras normas até então existentes. A primeira hipótese pode se verificar se o Direito, ao proscrever certo ato, leva os cidadãos a vê-lo como instância de violação de uma norma geralmente aceita.²⁹ Uma lei, por exemplo, que obriga ao uso de assentos especiais para crianças em automóveis pode ajudar a que se perceba a falta desses assentos como violação da norma, em geral internalizada, segundo a qual crianças são merecedoras de especial proteção. Em outros casos, em contrapartida, o mesmo papel simbólico exercido pelo sistema jurídico pode contribuir para o ocaso de uma norma social, e isso, inclusive, em circunstâncias que em muito se assemelham às do ESJ. Imagine-se, por exemplo, que o valor atribuído a certa conduta respaldada por uma norma social dependa do fato de essa conduta realizar-se espontaneamente, isto é, por um motivo intrínseco ou, ao menos, apenas pelo benefício à reputação do agente. Se uma norma legal passa então a conceder certa vantagem, ou, tão-somente, a cominar sanção para a falta da conduta em questão, seu resultado pode ser fazer com que a referida norma social, cuja existência depende da ausência de incentivos outros que não os intrínsecos ou meramente reputacionais, desapareça.

Um estudo sobre a relação entre sistema legal e normas sociais a oferecer uma explicação para a possível influência negativa daquele sobre estas é o de Bohnet, Frey e Huck.³⁰ Partindo da premissa de que uma preferência alastra-se entre os membros de um grupo à medida que ela se mostre “economicamente bem-sucedida”, isto é, que proporcione ganho aos que a detêm, os autores descre-

25 GREIF, Avner. Contract enforceability and economic institutions in early trade: The Maghribi traders' coalition. *The American Economic Review*, v. 83, n. 3, p. 525-548, 1993.

26 BERNSTEIN, Lisa. Opting out the legal system: Extralegal contractual relations in the diamond industry. *Journal of Legal Studies*, v. 21, p. 115-157, 1992.

27 MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminary study. *American Sociological Review*, v. 28, n. 1, p. 55-67, 1963; CHARNY, David. Nonlegal sanctions in commercial relationships. *Harvard Law Review*, v. 104, n. 2, p. 373-467, 1990.

28 LESSIG, Lawrence. The regulation of social meaning. *The University of Chicago Law Review*, v. 62, n. 3, p. 943-1.045, 1995.

29 McADAMS, Richard. The origin, development, and regulation of norms. *Michigan Law Review*, v. 96, p. 338-433, 1997.

30 BOHNET, Iris; FREY, Bruno S.; HUCK, Steffen. More order with less law: On contract enforcement, trust, and crowding. *The American Political Science Review*, v. 95, n. 1, p. 131-144, 2001.

vem as condições sob as quais normas legais podem fazer com que a preferência pela lealdade se alastre (*crowd in*) ou rareie (*crowd out*). Segundo eles, se normas legais para a execução de contratos estão ausentes ou são muito difíceis de fazer aplicar. O receio quanto à violação da palavra dada faz com que os agentes sejam bastante cuidadosos, selecionando seus parceiros à base de sinais que permitam distinguir os que estão dispostos a cumprir o prometido. Esses cuidados, à medida que eficazes, fazem com que indivíduos leais levem vantagem sobre desleais e favoreçam a disseminação (*crowd in*) do comportamento leal (ou da preferência pela lealdade). Quando, em contrapartida, há um sistema legal e sua aplicação é altamente provável, o cuidado com a seleção do parceiro desaparece, mas não há efeito de *crowd in* ou *crowd out*, porque o contrato é obedecido por todos (no caso dos agentes desleais, devido à ameaça de sanção), de tal maneira que não há vantagem em ser leal ou desleal. A hipótese que mais causa apreensão é a terceira, em que há média probabilidade de aplicação das normas legais. A perspectiva da sanção legal faz então com que não haja cuidado na seleção do parceiro, o qual, portanto, tanto pode mostrar-se leal quanto desleal. Em tal hipótese, no entanto, a deficiência do sistema legal enseja a que os últimos (desleais) resultem mais bem-sucedidos do que os primeiros, causando, com o tempo, a desapareição (*crowd out*) da preferência pela lealdade.

2.2.3 Incentivos e informação

O declínio de uma atividade como decorrência da recompensa (ou, como é mais comum na literatura econômica, “incentivos”) para a sua realização também pode ser explicado pela informação que essa recompensa transmite ao agente.³¹ Uma característica da teoria dos incentivos e das hipóteses que ela levanta para o efeito “anormal” de recompensas e sanções é a de não ter que postular, como na teoria da avaliação cognitiva que se encontra à base do ESJ, um decréscimo da satisfação que a conduta proporciona ao agente. Também não se lida, em tal caso, com normas sociais internalizadas, isto é, que os agentes estejam dispostos a cumprir independentemente das consequências para o seu bem-estar, nem, finalmente, com a possibilidade de evolução das preferências, como na hipótese descrita por Bohnet, Frey e Huck.³² Trata-se, pois, de explicar como uma recompensa pode desencorajar certo comportamento entre indivíduos cujas preferências, além de fixas, encontram-se exclusivamente relacionadas ao bem-estar de cada um.

Segundo Bénabou e Tirole,³³ recompensas podem surtir efeito contrário ao de-

31 BÉNABOU, Roland; TIROLE, Jean. Intrinsic and extrinsic motivation. *The Review of Economic Studies*, v. 70, n. 3, p. 489-520, 2003.

32 BOHNET, Iris; FREY, Bruno; HUCK, Steffen, op. cit..

33 BÉNABOU, Roland; TIROLE, Jean, op. cit..

sejado quando há, entre quem as promete (“principal”) e aquele a quem são destinadas (agente), uma desigualdade de informação (ou “assimetria informativa”), de tal maneira que o principal encontre-se mais bem informado sobre a dificuldade da tarefa a ser realizada pelo agente ou sobre a probabilidade de sucesso desse último. Admitindo-se que a utilidade do agente seja negativamente influenciada pela dificuldade que a atividade lhe impõe e pelo risco de fracasso, a recompensa tem um efeito de desestímulo, à medida que seja entendida como sinal da (alta) dificuldade ou da (baixa) chance de sucesso da empreitada.

Outra hipótese sobre a função informativa de incentivos, agora sob a forma de sanções, é a elaborada por Gneezy e Rustichini³⁴ a partir do experimento já referido acima, em creches na cidade israelense de Haifa. Algumas semanas depois de os pais passarem a ser punidos com multa ao buscar seus filhos após a hora de encerramento das atividades da creche, os atrasos, ao invés de diminuir, tornaram-se mais frequentes, efeito que continuou sendo observado depois que a multa foi suprimida. Segundo os autores, o resultado poderia se dever à função informativa da sanção (no caso, a multa), já que, até que ela fosse instituída, os pais se sujeitavam a um contrato incompleto, no qual as consequências do atraso não se encontravam estipuladas. Essa incerteza, que viria inibindo atrasos, dissipou-se com a estipulação da multa.

3 IMPLICAÇÕES PARA O DIREITO CONTRATUAL

Ao considerarem-se as implicações para o Direito contratual da pesquisa sobre o ESJ e figuras similares, certa cautela é recomendada, e isso não só pela razão óbvia de que se trata de uma pesquisa cujos resultados, ainda que amplamente aceitos, encontram-se sujeitos à revisão e aperfeiçoamento, mas também porque as hipóteses sobre o ESJ e outros advindos de motivações extrínsecas não permitem descartar o resultado inverso e, diga-se, “tradicional”, isto é, o de que, ao menos enquanto se mantiverem em vigor, medidas legais sancionadoras de certo comportamento tenham consequências dissuasórias.

Feita essa ressalva, o texto prossegue com sugestões sobre partes da teoria jurídica contratual a serem reexaminadas à luz dos estudos mencionados acima. Para tanto, distinguem-se três setores dessa teoria, um dedicado à execução dos contratos, outro à interpretação e, finalmente, um terceiro relativo ao controle de cláusulas contratuais.

3.1 EFEITO DE SUPERJUSTIFICAÇÃO E EXECUÇÃO DOS CONTRATOS

Se há um ponto da teoria jurídica contratual brasileira cujos trabalhos aludidos

34 GNEEZY; Uri; RUSTICHINI, Aldo, op. cit..

na parte anterior inclinam a rever, esse é o da execução dos contratos, entendida como o cumprimento forçado de um contrato decorrente de determinação judicial. Exceção feita às normas processuais, a execução é tema esquecido por uma doutrina para a qual, como consequência, qualquer contrato, uma vez atendidos requisitos como os relativos à capacidade dos agentes, licitude do objeto e forma, é legalmente executável, isto é, pode ter o seu cumprimento, em caso de resistência, exigido em juízo. Isso se tem como correto não só *de lege lata*, isto é, de acordo com a legislação em vigor (Código Civil³⁵, art. 104), como também, pelo que se depreende da falta de contestação a um tal princípio de exequibilidade universal, *de lege ferenda*.

É claro que, antes de afirmar, com as ressalvas de praxe (relativas à capacidade, forma, etc.), a possibilidade de execução forçada de qualquer contrato (ou de qualquer contrato “juridicamente eficaz”), seria antes preciso definir o que é um contrato. A negligência com que essa outra questão, basilar, também é tratada manifesta-se nas definições contidas em manuais, que ora tautologicamente designam o contrato como “fonte de obrigação”,³⁶ ora, é em manifesto desacordo com a legislação, para a qual a vontade não se considera condição *sine qua non* de validade (Código Civil, arts. 138, 148 e 155), como “acordo de vontades”.³⁷ A falta de maior cuidado com o conceito leva ao império do uso, tratando-se como contrato, e submetendo-se, assim, ao princípio da exequibilidade, tudo aquilo que costuma ser (ou se assemelha ao que é) tratado como contrato.

Outro sinal do descuido com a questão relativa à execução dos contratos é o sentido dado a vocábulos como “intervenção” e “intervencionismo estatal”, que são reservados para as ocasiões em que o Estado recusa-se a fazer valer certa cláusula contratual,³⁸ muitas vezes, no caso de decisões judiciais, por considerá-la contrária a princípios como os da boa-fé (Código Civil, art. 422) e da função social do contrato (Código Civil, art. 421). Já não se considera haver intervenção, em contrapartida, quando o órgão estatal manda cumprir o contrato tal como estipulado, o que sugere ser a execução atividade “natural”, inerente ao Estado. Como consequência, a função estatal que se faz saliente, e ocasionalmente é posta em dúvida, é, quase sempre, a de controle do conteúdo do contrato, e não a de execução.

Os estudos relacionados ao ESJ ressaltam a necessidade de dispensar maior

35 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código civil. Diário oficial [da] república federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

36 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: v. 3: contratos e atos unilaterais. 7. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2010, p. 21.

37 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil: v. 3: contratos. 12. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2005, p. 7; COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: 3: contratos. 4. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2010, p. 32.

38 GONÇALVES, Carlos Roberto, op. cit., p. 44; PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit., p. 21-30.

cuidado à execução forçada dos contratos. Sugerem, também, que a atividade de execução seja parte do que se considere como intervenção estatal, a fim de que, como qualquer outra espécie de intervenção, tenha a sua conveniência avaliada.³⁹ Quando a lei abre a possibilidade da execução, cria com isso um motivo extrínseco para que o contrato seja cumprido. Um incentivo assim pode, como visto, tornar-se indispensável, ao fazer com que, sem ele, os agentes já não estejam mais dispostos a cumprir o que foi estipulado. Pode, também, paradoxalmente, reduzir, ao invés de aumentar, a frequência com que os contratos são obedecidos.

Dada a possibilidade do ESJ, seria aconselhável cogitar soluções intermediárias, pelas quais se tornem executáveis alguns contratos, mas não todos. Um duplo regime permitiria reservar a execução forçada para os casos em que a ausência de sanção de fato dificulta, não só de imediato, mas também a mais longo prazo, a cooperação, mas já não naqueles em que essa mesma sanção tenha o resultado inverso de obstar a cooperação ou impossibilitá-la à falta de motivação extrínseca. Considerando-se a dificuldade de distinguir os contratos que pertencem a uma e outra espécie, poder-se-ia também cogitar de deixar a decisão sobre quais contratos estão sujeitos à execução aos próprios contratantes, com a indispensável ressalva de que o sucesso de uma medida assim dependeria da habilidade dos envolvidos para decidir pelo regime que mais lhes convém. Um modo de levar adiante tal ideia seria fazer com que a exequibilidade do contrato ficasse subordinada ao atendimento a certo requisito de forma. No Direito brasileiro atual, aplica-se, com poucas exceções, o princípio da liberdade de forma (Código Civil, art. 107), atribuindo-se, por isso, eficácia a contratos cuja forma de realização (por exemplo, oral) pode sugerir a confiança das partes uma na outra, isto é, a convicção sobre a disposição de ater-se ao prometido independentemente de sanções. Além disso, nos contratos feitos por escrito, a tendência é que a lei e a jurisprudência tornem sancionáveis partes do acordo ou mesmo simples comportamentos aos quais as cláusulas do instrumento não fazem qualquer menção, seja devido à regra de interpretação do art. 112 do Código Civil (pela qual se manda dar preferência à intenção das partes, mesmo quando em contrariedade ao “sentido literal da linguagem”), seja em decorrência do papel de fonte obrigacional conferido à boa-fé e aos usos do tráfico (retornar-se-á a isso na próxima seção).

Pondere-se, por fim, que a execução forçada dos contratos não pode ser examinada apenas à luz das normas legalmente previstas e de sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. A uma análise restrita a essas normas (*law in books*), pela qual se chega, como afirmado, a um princípio de exequibilidade universal dos contratos no Direito brasileiro, contrapõe-se outra na qual, além das disposições legais atinentes à execução, considera-se também a dificuldade para vê-las aplicadas. Entram no cálculo aí os custos, inclusive de tempo, para que um con-

trato seja executado, bem como o risco de uma decisão judicial pela qual se recuse eficácia, por uma razão ou outra, ao contrato celebrado. A dificuldade para execução é considerada um entrave ao desenvolvimento,⁴⁰ em especial no Brasil.⁴¹ Há, por outro lado, quem duvide do papel das instituições ditas formais, incluindo aí o poder judiciário, como órgão encarregado de fazer valer os contratos realizados, para o crescimento.⁴² Os trabalhos sobre o ESJ importam para esse debate, já que oferecem um argumento a mais em favor dos que não veem a rapidez e certeza da execução judicial como condição *sine qua non*, ou mesmo fator determinante, do desenvolvimento.

3.2 EFEITO DE SUPERJUSTIFICAÇÃO, INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DOS CONTRATOS

Para um estudo preocupado com o efeito de motivações extrínsecas, e, em particular, sanções, sobre o comportamento, é importante não apenas a questão da exequibilidade de um contrato, isto é, a da suscetibilidade à sanção do contratante que inadimpla, mas também a da determinação do conteúdo desse contrato para fins legais ou, simplesmente, a da sua interpretação e integração. Uma vez que a lei ordene a execução de um contrato, é preciso saber de que contrato se trata, pergunta cuja resposta depende dos critérios à base dos quais os contratos sejam legalmente caracterizados.

Pode-se afirmar que a interpretação dos contratos repousa, no Direito brasileiro atual, sobre dois pilares. O primeiro deles, como já mencionado, é o da vontade, pelo qual a interpretação se desliga da forma ou mesmo do sentido aparente do que os contratantes declararam para se ater à vontade desses últimos (Código Civil, art. 112). Graças a esse princípio hermenêutico, tudo aquilo que as partes quiseram prometer uma à outra (ressalvado, claro, o eventual fracasso do destinatário da promessa a desincumbir-se do respectivo ônus probatório) torna-se sancionável. Isso pode constituir um empecilho ao desenvolvimento de relações baseadas estritamente na confiança e pode, à medida que o ESJ se faça presente, minar motivações intrínsecas e a confiança suscitada por essas motivações. Em outras palavras, uma vez confirmada a hipótese do ESJ, mesmo as obrigações que as partes quiseram contrair sem maior cuidado com a forma terão o seu cumprimento dependente da sanção legal (ou de algum outro incentivo externo, como a

40 NORTH, Douglass, op. cit.

41 Ver PINHEIRO, Armando Castelar. Segurança jurídica, Crescimento e Exportações. Texto para Discussão (IPEA), Rio de Janeiro, n. 1125, out. 2005. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/2005/td_1125.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2011; WORLD BANK. World Development Report 2005: A better investment climate for everyone. Nova Iorque: World Bank and Oxford University, 2004, p. 9-10.

42 Para uma síntese dessa discussão, v. TREBILCOCK, Michael; LENG, Jing. The role of formal contract law and enforcement in economic development. *Virginia Law Review*, v. 92, p. 1517-1580, 2006.

ameaça de perda da reputação). Se há, em tais circunstâncias, razão para confiar, há razão para confiar por causa da sanção e à medida da sua eficácia, nada mais.

O outro pilar é a confiança. Com a alegada necessidade de proporcionar “segurança ao tráfico jurídico”, defende-se o abandono de um estrito voluntarismo, sob a égide do qual as obrigações dos contratantes, quando não previstas em lei, seriam exclusivamente aquelas voluntariamente estabelecidas, a fim de considerar a mera expectativa de certo comportamento da outra parte, contanto que “fundada”, suficiente à criação do vínculo jurídico.⁴³ Decorrência disso é não só o tratamento dispensado ao erro na declaração, que se torna relevante apenas quando reconhecível pela contraparte (Código Civil, art. 138), como também a impossibilidade de arguir dolo ou coação sofridos por terceiro em detrimento da boa-fé do outro contratante (Código Civil, arts. 148 e 155, respectivamente) e, finalmente, os deveres “secundários” ou “anexos”, por vezes anteriores ao surgimento do contrato mesmo, relacionados ao princípio da boa-fé (Código Civil, art. 422).⁴⁴

Um alargamento dos deveres contratuais análogo ao resultante, entre nós, da aplicação do princípio da boa-fé é o que se verifica nos E.U.A. em decorrência de disposições do Código Comercial Uniforme (*Uniform Commercial Code*) sobre o papel integrativo dos usos do tráfico (*trade usage*) e do comportamento continuado dos contratantes (*course of performance*). Ataca-se a ampliação do conteúdo do contrato que, por conta disso, ocorre com o argumento de que, ao conferir eficácia legalmente vinculante àquilo que os contratantes não incluíram em suas declarações, ignoram-se as diversas razões pelas quais esses últimos podem ter preferido deixar parte de sua relação imune à aplicação de sanções legais.⁴⁵ Há, ainda, quem mais ousadamente sustente que, se a intervenção legal nos contratos é desejável, sê-lo-ia apenas à medida que limitada ao que os contratantes explicitamente estipularam.⁴⁶ O que a relação entre motivações extrínsecas e motivações intrínsecas cogitada pelos trabalhos sobre o ESJ sugere é que, independentemente de quais sejam as preferências atuais dos contratantes quanto ao regime (legal ou não legal) a que se irão submeter, uma mais abrangente juridicização da relação contratual deve trazer consigo um aumento da preferência pela aplicação da lei, sem a qual, à medida que o ESJ se faça presente, as chances de cooperação diminuem.

43 GOMES, Orlando. Transformações gerais do Direito das obrigações. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1980, p. 11-17.

44 SILVA, Clovis V. do Couto e. A Obrigação como Processo. São Paulo, SP: Bushatsky, 1976, p. 27-43; MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-fé no Direito Privado. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1999, p. 437-454.

45 BERNSTEIN, Lisa. Merchant law in a merchant court: rethinking the Code's search for immanent business norms. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 144, p. 1765-1821, 1996.

46 SCOTT, Robert E.. The death of contract law. *University of Toronto Law Journal*, v. 54, p. 369-390, 2004.

A possibilidade do ESJ convida ainda a reavaliar outra das funções integradoras que no Direito brasileiro se atribuem ao princípio da boa-fé, a de limite ao exercício de direitos.⁴⁷ Trata-se, aí, de sujeitar a condições não previstas em lei ou pelo instrumento contratual o exercício de certos direitos pelos contratantes e, em particular, o de resolução pelo inadimplemento (Código Civil, art. 475).⁴⁸ Especialmente para as relações contratuais mais duradouras, a norma segundo a qual o mero inadimplemento não basta para a resolução pode, à primeira vista, suscitar apreensão, já que suprime, em alguma medida, um dos incentivos extrínsecos ao cumprimento, que é, justamente, o da preservação da relação. Consequência disso poderia ser inclusive a resistência a estipular prazos de duração mais longos e, atrelada a essa resistência, a redução dos chamados investimentos específicos, isto é, daqueles cuja compensação só pode provir da relação mesma. A tais conclusões pessimistas se opõe o paradoxo do ESJ, cuja hipótese leva a aventar se a supressão, para certos casos, da sanção correspondente à resolução não poderia deixar inalterados os índices de inadimplemento ou até contribuir para a sua redução, e isso não pela recusa dos agentes a criar contratos com maior prazo de duração, mas pelo interesse intrínseco pelo cumprimento que a falta de sanção ajudaria a conservar.

3.3 EFEITO DE SUPERJUSTIFICAÇÃO E CONTROLE DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS

O ESJ incita ainda a reavaliar o controle de cláusulas contratuais que se realiza, atualmente, tanto à base de disposições legais pelas quais se impõem explícitas restrições ao conteúdo de contratos, como é o caso, por exemplo, do art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, que limita a multa de mora para dívidas contraídas por consumidores a 2% do total devido, quanto de outras pelas quais se instituem princípios, como os da função social do contrato e boa-fé objetiva, nos arts. 421 e 422, respectivamente, do Código Civil, ou normas de controle constituídas por conceitos indeterminados (é o caso, eminentemente, do art. 51, IV, do Código do Consumidor). Na doutrina, não é raro encontrar menção a um princípio de justiça ou equilíbrio nos contratos,⁴⁹ pelo qual se proscvem cláusulas contratuais iníquas ou “demasiadamente desvantajosas” para uma das partes, em especial para aquela (parte aderente) à qual as cláusulas são impostas em

47 MARTINS-COSTA, Judith, op. cit., p. 455-472; NEGREIROS, Teresa. Teoria do Contrato: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2006, p. 140-149.

48 AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Aide, 2004, p. 253-256.

49 NORONHA, Fernando. O Direito dos Contratos e Seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual. São Paulo, SP: Saraiva, 1994, p. 205-249; NEGREIROS, Teresa, op. cit., p. 156-206.

contratos de adesão.

O controle de cláusulas contratuais presta-se a diferentes análises, e aqui não é demais novamente ressaltar que o ESJ se oferece como mera hipótese de que, se, e somente se, confirmada daria razão para rever o rumo tomado pelo Direito contratual brasileiro nas últimas décadas. Feita a ressalva, há de se observar que o controle exercido mediante decisões judiciais nulificadoras constitui um motivo extrínseco para que os contratos deixem de conter cláusulas abusivas. Nos contratos de adesão, em que a decisão sobre o conteúdo do contrato é tomada exclusivamente por uma das partes, a ameaça de revisão judicial é um estímulo, também externo, a que as cláusulas estipuladas, sobretudo aquelas com menos chance de chamar a atenção da parte aderente, não ofereçam vantagem excessiva ao estipulante. No caso, no entanto, em que esse estímulo dê lugar a um ESJ, o que se tem como consequência é a disposição dos contratantes a absterem-se de perseguir o próprio interesse apenas à medida que paire sobre si o risco de nulidade. Em relação aos contratos de adesão, isso significaria ter, como resultado da intervenção legal, partes aderentes que só deixam de procurar a maior vantagem para si, ao eleger as cláusulas a serem incluídas no contrato, à medida que essas cláusulas estejam sujeitas à revisão.

Outro possível resultado indesejado do controle de cláusulas é o que se refere ao controle de cláusulas sancionadoras do inadimplemento. Tanto o Código Civil (art. 413) quanto o Código de Defesa do Consumidor (art. 52, § 1º) impõem limites à multa a pagar em caso de inadimplemento. Admitindo-se que a mera inclusão dessas cláusulas em contrato tenha um efeito deletério sobre o interesse intrínseco pelo cumprimento, de tal maneira a fazer com que esse último dependa, no todo ou em grande medida, de motivações extrínsecas, o controle exercido sobre as cláusulas penais pode levar a uma espécie de “pior dos mundos”, no qual o valor inerente da observância à palavra dada seja desprezível e o incentivo necessário a compensar a falta desse valor se mostre insuficiente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A hipótese do efeito de superjustificação convida ao reexame do uso de sanções legais como meio para a obtenção de resultados socialmente desejáveis. E isso não só no que se refere ao Direito contratual, área à qual se dispensou maior atenção neste artigo, como nas demais áreas do Direito. Os trabalhos sobre o efeito de superjustificação e outras figuras afins, relatados e comparados na primeira parte do texto, podem servir de referência para o estudo do impacto de sanções legais, ainda incipiente no Brasil, bem como inspirar novas experiências legislativas.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Aide, 2004.

BÉNABOU, Roland; TIROLE, Jean. Intrinsic and extrinsic motivation. **The Review of Economic Studies**, v. 70, n. 3, p. 489-520, 2003.

BERNSTEIN, Lisa. Merchant law in a merchant court: rethinking the Code's search for immanent business norms. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 144, p. 1765-1821, 1996.

BERNSTEIN, Lisa. Opting out the legal system: Extralegal contractual relations in the diamond industry. **Journal of Legal Studies**, v. 21, p. 115-157, 1992.

BOHNET, Iris; FREY, Bruno S.; HUCK, Steffen. More order with less law: On contract enforcement, trust, and crowding. **The American Political Science Review**, v. 95, n. 1, p. 131-144, 2001.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código civil. **Diário oficial [da] república federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: 3: contratos**. 4. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2010, p. 32.

DECI, Edward L. Effects of externally mediated rewards on intrinsic motivation. **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 18, n. 1, p. 105-115, 1971.

DECI, Edward L.; CASCIO, Wayne F. **Changes in Intrinsic Motivation as a Function of Negative Feedback and Threats**. Paper presented at the meeting of the Eastern Psychological Association in Boston, Massachusetts, 1972.

DECI, Edward L.; RYAN, Richard M. **Intrinsic Motivation and Selfdetermination in Human Behavior**. Nova Iorque: Plenum, 1985.

DECI, Edward L.; RYAN, Richard M.; KOESTNER, Richard. A meta-analytic review of experiments examining the effects of extrinsic rewards on intrinsic motivation. **Psychological Bulletin**, v. 125, n. 6, p. 627-668, 1999.

DECI, Edward L.; RYAN, Richard M.; KOESTNER, Richard. A meta-analytic review of experiments examining the effects of extrinsic rewards on intrinsic motivation. **Psychological Bulletin**, v. 125, n. 6, p. 627-668, 1999.

EISENBERG, Robert; CAMERON, Judy. Detrimental effects of reward: reality or myth? **American Psychologist**, v. 55, n. 11, p. 1153-1166, 1996.

FEHR, Ernst; FISCHBACHER, Urs; GÄCHTER, Simon. Strong reciprocity, human cooperation and the enforcement of social norms. **Human Nature**, v. 13, p. 1-25, 2002.

FEHR, Ernst; ROCKENBACH, Bettina. Detrimental effects of sanctions on human altruism. **Nature**, v. 422, p. 137-140, 2003.

FISCHBACHER, Urs; GÄCHTER, Simon; FEHR, Ernst. Are people conditionally cooperative? Evidence from a public goods experiment. **Economics Letters**, v. 71, p. 397-404, 2001.

FREY, Bruno S. A constitution for knaves crowds out civic virtues. **The Economic Journal**, v. 107, p. 1043-1053, 1997.

GINTIS, Herbert. Strong reciprocity and human sociality. **Journal of Theoretical Biology**, v. 206, p. 169-179, 2000.

GNEEZY, Uri; RUSTICHINI, Aldo. A fine is a price. **The Journal of Legal Studies**, v. 29, p. 1-17, 2000.

GOMES, Orlando. **Transformações gerais do Direito das obrigações**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1980.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: v. 3: contratos e atos unilaterais. 7. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2010.

GREIF, Avner. Contract enforceability and economic institutions in early trade: The Maghribi traders' coalition. **The American Economic Review**, v. 83, n. 3, p. 525-548, 1993.

ISLENBUSCH; Bernd; SLIWKA, Dirk. Incentives, Decision Frames and Motivation Crowding Out: An experimental investigation. **IZA - Discussion Paper**, n. 1758, p. 1-32, set. 2005.

LEPPER, Mark R.; GREENE, David; NISBETT, Richard E. Undermining children's intrinsic interest with extrinsic reward: a test of the "overjustification hypothesis". **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 28, n. 1, p. 129-137, 1973.

LESSIG, Lawrence. The regulation of social meaning. **The University of Chicago Law Review**, v. 62, n. 3, p. 943-1.045, 1995.

MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminary study. **American Sociological Review**, v. 28, n. 1, p. 55-67, 1963.

CHARNY, David. Nonlegal sanctions in commercial relationships. **Harvard Law Review**, v. 104, n. 2, p. 373-467, 1990.

MARTINS-COSTA, Judith, op. cit., p. 455-472; NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1999.

McADAMS, Richard. The origin, development, and regulation of norms. **Michigan Law Review**, v. 96, p. 338-433, 1997.

MULDER, Laetitia B. et al. Undermining trust and cooperation: The paradox of sanctioning systems in social dilemmas. **Journal of Experimental Social Psychology**, v. 42, p. 147-162, 2006.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e Seus Princípios Fundamentais: autonomia privada, boa-fé e justiça contratual**. São Paulo, SP: Saraiva, 1994.

NORTH, Douglass C. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge: Cambridge University, 1990.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: v. 3: contratos. 12. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. Segurança jurídica, Crescimento e Exportações. **Texto para Discussão (IPEA)**, Rio de Janeiro, n. 1125, out. 2005. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/pub/td/2005/td_1125.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2011.

REISS, Steven. Extrinsic and intrinsic motivation at 30: Unresolved scientific issues. **The Behavior Analyst**, v. 28, n. 1, p. 1-14, 2005.

SCOTT, Robert E.. The death of contract law. **University of Toronto Law Journal**, v. 54, p. 369-390, 2004.

SHINADA, Mizuho; YAMAGISHI, Toshio. Punishing free riders: Direct and indirect promotion of cooperation. **Evolution and Human Behavior**, v. 28, p. 330-339, 2007.

SILVA, Clovis V. do Couto e. **A Obrigação como Processo**. São Paulo, SP: Bushatsky, 1976.

TREBILCOCK, Michael; LENG, Jing. The role of formal contract law and enforcement in economic development. **Virginia Law Review**, v. 92, p. 1517-1580, 2006.

WORLD BANK. **A better investment climate for everyone**. World Development Report 2005. New York: World Bank; Oxford University, 2004.

Recebido em: 01 Março 2011

Aceito em: 17 Maio 2011