

A TEORIA DO "DESIGN" CONTRATUAL: SUA APLICABILIDADE FACE ÀS REGRAS DE INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO NO BRASIL

The Contract Design Theory: its applicability considering the rules of contract interpretation in Brazil
Revista de Direito Empresarial | vol. 18/2016 | p. 123 - 149 | Set / 2016
DTR\2016\23011

Analluza Bravo Bolivar

Doutoranda em Direito Internacional Privado pela Faculdade de Direito da USP. Mestre em Direito Internacional Público pela Faculdade de Direito da USP. Especialista em Direito dos Contratos pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Advogada. abolivar@usp.br

Área do Direito: Civil

Resumo: Trata-se de uma análise crítica da teoria do "design" contratual, conforme sua formulação por Robert E. Scott e George G. Triantis, vinculados respectivamente à Columbia Law School e Stanford Law School, com respeito à possibilidade de sua aplicação em face do direito brasileiro. Com escassa literatura no Brasil, a teoria aborda importantes questões sobre como as partes contratuais podem redigir o contrato levando em consideração a eficiência da indicação de parâmetros de interpretação ("proxies"), na etapa inicial da contratação ("front-end") ou ao final ("back-end"), que serão usados pelas partes ou, eventualmente, pelo juiz, para o preenchimento do significado concreto de termos vagos. As partes, assim, alocam os custos de transação para a etapa inicial ao decidirem se expressam suas obrigações por meio um contrato completo com termos precisos, ou ao final, caso optem pelo uso de termos vagos tais como "melhores esforços", "razoabilidade comercial" para acelerar a celebração de um contrato complexo. A teoria estimula o uso de termos vagos no "design" e indica seus benefícios. No entanto, a despeito de menos custosa inicialmente, a opção de empregar termos vagos cria uma tarefa de interpretação para o juiz durante execução do contrato (etapa final – "back-end"). O desafio é compreender a teoria do "design" contratual e estimular sua aplicação no Brasil, principalmente sob o prisma da interpretação contratual e às técnicas de redação do contrato. O convite para explorar e aprofundar o tema fica, assim, lançado.

Palavras-chave: "Design" contratual - Termos vagos e precisos - Parâmetros de interpretação

Abstract: This is a critic analysis based article that discusses about the Contract Design Theory according to what formulated by Robert E. Scott e George G. Triantis, respectively linked to Columbia Law School and Stanford Law School, regarding its possible application within the Brazilian Law. A theory that lacks literature in Brazil which addresses important questions about how the parties design the contract considering the efficiency of interpretation proxies indicated to be used by the parties at the front-end of contracting process or eventually at the back-end by the Court, for the interpretation of vague terms. The parties allocate transaction costs for the front-end when decide to express their obligations by precise rules because from this step they define the proxy for the interpretation; or at the back-end should the parties chose for the use of vague terms such as "best efforts", "commercial reasonableness". The use theory encourages the strategic use of vague terms and indicates the benefits. However, besides being less costly at the beginning, the use of vague terms creates a task of interpretation to the Court during the contract enforcement stage (back end). The challenge is to understand the Contract Design Theory and think of its application in Brazil, primarily the contract interpretation and redaction techniques, and to suggest its application and benefits locally through rules of contract interpretation according to Brazilian Contract Law. The invitation to explore the Theory in Brazil is herein made.

Keywords: Contract design - Precise and vague terms - Interpretation proxies

Sumário:

1 Introdução - 2 Anotações sobre regras de interpretação dos contratos no Brasil - 3 Efeitos do uso de termos vagos e de termos precisos nos custos de transação da etapa inicial e da etapa final da contratação - 4 Escolha estratégica de termos vagos e de termos precisos - 5 Explorando o conflito a partir da linguagem vaga ou precisa do contrato - 6 Reflexões sobre a alocação do ônus comprobatório a partir do "design" do contrato - 7 Conclusão - 8 Bibliografia

1 Introdução

Este¹ artigo possui dois propósitos principais. O primeiro é a análise do artigo intitulado "*Anticipating Litigation in Contract Design*", dos professores Robert E. Scott e George Triantis.² O segundo é, por meio da compreensão dos possíveis efeitos dessa teoria em face do direito brasileiro, suscitar o exame

de ideias e sugestões de estratégias de confecção e redação contratual para o público nacional, tendo em vista a absoluta carência de literatura sobre tão importante tema na doutrina do País.³ A contribuição acadêmica consiste, portanto, em apreender a teoria do “*design*” contratual e refletir sobre sua aplicação no Brasil sob o prisma das regras de interpretação contratual. Desde já é de se esclarecer que não é esta a oportunidade de aprofundar o tema, mas de instigar a curiosidade e incitar uma agenda para criação uma linha de pesquisa sobre a teoria do “*design*” contratual.

Não obstante a escassa doutrina a respeito do tema, a proposta apresenta uma interessante novidade de caráter acadêmico e útil para o direito contratual no Brasil. O trabalho não está limitado à obra principal dos autores estudados, que embasou o presente trabalho,⁴ mas também foram utilizadas referências estrangeiras relacionadas assim como doutrina nacional, para verificar a viabilidade e o momento de utilização da teoria no Brasil. Optou-se por manter a terminologia em inglês da referência a “*design*”, como forma de preservar a singularidade.

Ao decidir se expressam as suas obrigações em termos específicos ou vagos, as partes contratantes escolhem implicitamente a alocação de custos entre a etapa inicial da contratação (“*front-end*”) ou ao final (“*back-end*”). Quando as partes concordam em termos vagos, tais como “melhores esforços, razoabilidade comercial”, elas alocam para o final (“*back-end*”) a tarefa de selecionar parâmetros de interpretação desses termos: por exemplo, o juiz seleciona indicadores de mercado que servem como pontos de referência para o cumprimento da obrigação. Pode tornar-se muito caro a previsão de todas as contingências futuras possíveis dentro da operação econômica visada no contrato, e a opção por uma redação contratual mais vaga pode ser uma boa estratégia para encerrar logo o negócio, deixando um espaço maior de interpretação ao juiz numa eventual fase de execução. Por outro lado, quando as partes concordam com uma redação mais precisa, buscando definir as contingências possíveis, investem muito mais tempo na etapa inicial da contratação (“*front-end*”) para especificar os parâmetros de interpretação deixando, assim, uma tarefa menor para o juiz de execução e, desta forma, um menor grau de discricionariedade por parte dele.

Mas o que é a teoria do “*design*” contratual? Trata-se de método de redação do contrato que preconiza a utilização estratégica de parâmetros da economia e tecnologia para ajustar o contrato e a precisão, ou não, da redação de seus termos orienta a interpretação da vontade das partes de forma planejada. Poder-se-ia questionar a teoria afirmando-se que sempre um contrato é redigido de forma estratégica pelas partes ou seus advogados. De certa forma sim, todavia, ao aplicar-se a teoria do “*design*” a redação do contrato pode ser aperfeiçoada ao antecipar estrategicamente os riscos e resultados de uma possível disputa judicial por meio da redação calculada de seus termos, ao examinar da eficiência do investimento de tempo na etapa inicial da negociação (“*front-end*”) e na etapa final (“*back-end*”), que se dá com o litígio. Ao decidir se expressam suas obrigações e contingências a partir de uma redação precisa ou vaga, as partes contratantes implicitamente optam conscientemente pela alocação de custos em uma dessas etapas da contratação.⁵

Quando elas concordam com termos vagos como “boa-fé”, “melhores esforços”, “esforços comercialmente razoáveis”, “esforços razoáveis”, “esforços diligentes”, “melhores esforços de boa-fé”, “todos os esforços”, “razoabilidade comercial”, “comercialmente possível”, “entre outros”, “não limitado a”, “investimentos eficientes”,⁶ acabam por delegar para a etapa final e, portanto, ao juiz, a tarefa de selecionar os parâmetros de interpretação, tais como indicadores de mercado, e padrões de conduta, o que pode resultar em litígio muito custoso por conta da necessidade de produção e apresentação de provas, pareceres e resultados de perícias, sem falar do próprio desgaste entre as partes. Sob esse aspecto, seria indicado que as partes estipulassem parâmetros de interpretação desses termos vagos no próprio contrato. Por outro lado, quando as partes investem na redação clara e específica do contrato desde o início, buscando prever todas as contingências prováveis, os custos podem ser de uma negociação morosa, desgastante e onerosa, em contrapartida, dando-se margem a um menor espaço para interpretação pelo juiz e a eventuais erros de sua parte. A ausência de um termo preciso pode encorajar as partes a barganharem expressamente sobre a questão crucial do “*design*” do contrato incentivando um acordo privado. Assim, a questão que se apresenta é saber o que deve ser deixado para a etapa final do processo de execução e quais os custos que isso acarreta?

O termo “*design*”, conforme explicado por George Triantis,⁷ refere-se justamente a tecnologia, inovação. A partir do “*design*” busca-se a melhoria dos aspectos funcionais, ergonômicos e visuais de um produto, de modo a atender às necessidades do consumidor, melhorando o conforto, a segurança e a satisfação dos usuários. Entende-se por “*design*” a idealização, criação, desenvolvimento, configuração, concepção, elaboração e especificação de determinado produto que demanda uma atividade estratégica, técnica e criativa, normalmente orientada por uma intenção ou objetivo, ou para a solução de um problema. O “*design*” é um meio de adicionar valor, um instrumento para introduzir diferenciações.⁸ Então, por que não aplicar essa concepção na redação de um contrato? A ideia principal da teoria é levar em consideração as necessidades das partes naquele contexto contratual, pensando-se em melhorar um produto, que é a operação econômica em si e seus termos. Outro

elemento do “*design*” contratual é entender o ambiente social e econômico em exploração, o negócio em questão, as pessoas envolvidas, o ambiente jurídico e social que motiva as partes a celebrarem o contrato e cumprirem as suas promessas. O que torna o acordo um “contrato” é a sua coercitividade, executabilidade e penalidades, e é nesse sentido que a teoria do “*design*” contratual relaciona o contrato a um *software*, ou seja, a uma série de indicações, previsões de contingências, alocações dos riscos, alocações do ônus da prova, definição do meio da resolução de eventuais controvérsias a partir do perfil da redação, da linguagem utilizada no contrato – vaga ou precisa. E é assim que, de acordo com a teoria, deve ser pensada a redação criativa do texto contratual, papel proposto para a atuação dos advogados que conduzirão a negociação e redação do contrato a partir dessa concepção de “*design*” contratual.

Fundamentalmente, a teoria proposta é um exercício de minimização dos custos residuais da transação e manipulação das contingências, a partir da redação do contrato, permitindo às partes flexibilidade para inovar e ajustar o contrato às circunstâncias e necessidades e reduzir custos da alocação dos riscos, tanto na etapa inicial da negociação como na final.⁹ Logo, “o desafio do “*design*” contratual está em escolher entre os sinais que variam em sua informação, conteúdo e custos de litigação para decisões sobre negócios e investimentos eficientes em um ambiente em que uma das partes possui pouca informação”.¹⁰ Efetivamente, existem custos de transações para a negociação de tratativas, na fase pré-contratual – quanto mais completa e detalhada estiverem formuladas no contrato, maior serão as chances de aumentar esses custos – tanto em termos de valores financeiros quanto em termos de tempo despendido para se chegar a um acordo. Nesse sentido, contratos “completos”,¹¹ ou seja, que buscam prever todas as contingências possíveis que resultariam daquela relação, podem resultar em transações onerosas e desgastantes antes mesmo de o contrato ser celebrado. Daí a solução pode ser a de indicar um termo vago e um parâmetro de interpretação, para a eventualidade de um litígio, e acelerar o acordo. Assim é que, pela teoria do “*design*”, os contratos “completos” podem não ser a melhor alternativa em uma transação mais complexa e de longa duração.¹² Por isso, os contratos mais complexos acabam por ter uma redação mais imprecisa, já que os custos de transação obstam as partes de informar todas as informações possíveis para cada contingência, o que implicaria em negociar as consequências para cada uma delas em um contexto em que o contrato ainda não foi celebrado.¹³

Um contrato com redação imprecisa permite uma miríade de interpretações, dependendo do curso das contingências. Aqui, entram os termos vagos tais como “melhores esforços”, “razoabilidade comercial”, “cláusula de eventos materiais adversos” (“*material adverse event, MAE*”) ou “cláusula de alteração material adversa” (“*material adverse change, MAC*”)¹⁴ para adequar situações em que o uso de um termo preciso adotado no contrato não será suficiente para suprir a necessidade das partes. É justamente para a interpretação dessas disposições vagas que a teoria sugere a indicação de parâmetros de interpretação no próprio contrato a fim de orientar o juiz em caso de litígio e diminuir sua discricionariedade e eventuais erros de interpretação.¹⁵ Até por que “a atividade do intérprete do contrato não pode ser inteiramente livre, pois existem comandos legais que indicam um caminho a ser percorrido por ele, seja na interpretação da própria lei, seja na do contrato.”¹⁶

Portanto, quando as partes negociam termos precisos, tendem a investir mais esforços na etapa inicial da negociação do contrato, deixando, portanto, uma tarefa menor de interpretação para o juiz. Disso, resulta a necessidade de avaliar as vantagens de se deixar a interpretação da vontade das partes para o juiz, no caso de um litígio, e, em contrapartida, os riscos dele cometer erros de interpretação que possam vir a prejudicar uma das partes. É sob esse prisma que a teoria do “*design*” contratual alvitra que, em alguns casos, as partes contratantes podem expandir as oportunidades para negociar os custos da contratação a partir da linguagem do contrato, melhorando a eficiência de seus negócios.

2 Anotações sobre regras de interpretação dos contratos no Brasil

O estudo da teoria do “*design*” contratual tem como objetivo primordial pensar o contrato para além de sua definição clássica de ser um “*acordo de vontades que tem como objetivo criar, modificar ou extinguir direitos*”.¹⁷ Arquitetar a linguagem do contrato de maneira estratégica, pensando no tempo de negociação, nos custos de transação, na alocação dos custos de interpretação de seus termos, reflete uma realidade exterior de interesses, relações, situações econômico-sociais, com uma função instrumental que se resume à formalização, à caracterização jurídico-formal de uma operação econômica com transferência de riqueza.¹⁸ O processo contratual não se restringe a palavras, mas contempla também as circunstâncias negociais relevantes que revelam o contexto do contrato. Além do texto do contrato, há que se considerar a continuidade correlacionada de atos orientados a um objetivo: “*moldar a veste jurídica de determinada operação econômica*”.¹⁹

Ao negociar e contratar, os agentes tomam decisões que eventualmente não seriam tomadas se tivessem pleno conhecimento de todas as contingências possíveis, até pela limitação da compreensão de todas as informações disponíveis. Provavelmente, exista o risco de que uma parte tenha alguma perda que tenha que ser assumida por ela de acordo com o que for estipulado pela redação do

contrato. Essas circunstâncias de riscos não são controladas pelas partes e, por isso, que se ajustam contingências, garantias e meios para mitigar os efeitos nocivos resultantes da incerteza causada pela própria redação do contrato.²⁰ É neste aspecto de contrato, como operação econômica, que a redação deve ser pensada tal como proposto pela teoria do “*design*” contratual, a partir do uso de linguagem vaga ou precisa nos termos contratuais, levando-se em consideração a realidade socioeconômica do negócio, as possíveis contingências, a forma de solução de controvérsias, os níveis de informação detida pelos negociadores, que só celebrarão “se as partes creem que a situação dele resultante será-lhes-á vantajosa tendo em vista a função econômica do negócio”.²¹ Nenhuma interpretação de um contrato será coerente se não levar em conta o fator “erro do sistema”, neutralizando os prejuízos ou lucros que devem ser suportados pelos agentes. O “sistema” deve agir conforme os parâmetros de boa-fé objetiva, respeitando as regras, os princípios e as legítimas expectativas das partes.²²

Interpretar significa identificar o significado de um ato ou de um fato. No direito, esse fenômeno tem a ver com a interpretação da lei e do negócio jurídico e, conseqüentemente, do contrato. Os efeitos da interpretação do contrato atingem os participantes e só há sentido na interpretação para buscar a melhor e mais adequada aplicação da norma no caso concreto. Em última análise, isto é feito pelo juiz porque os intérpretes e aplicadores das normas contratuais ou legais são as partes interessadas em verificar o sentido de uma manifestação de duas vontades que se encontram, ou mais, dependendo do número de partes. É o elemento interno, isto é, o que foi realmente pensado, raciocinado e pretendido pelos contratantes, o substrato de sua declaração, a vontade real que deve ser compreendida. E é da natureza humana que cada contratante agirá de acordo com seu interesse. E quando houver resistência por uma das partes para o cumprimento de determinada obrigação contratual, o intérprete deve levar em conta esse aspecto social antes de aplicar qualquer regra de hermenêutica.²³ E, tal como ressaltado pela doutrina, “na atividade cognoscitiva da interpretação, como se disse, reside o problema epistemológico de entender”.²⁴ O ideal é que exista uma coincidência entre o elemento externo e o interno para interpretar do contrato: o que foi manifestado pelas partes é o que realmente foi desejado.

Quando não existir uma simetria entre o processo interno de formação do acordo de vontades das partes e na exteriorização dessa vontade, por conta de sintaxes dúbias, redação imprecisa das cláusulas contratuais, torna-se decisivo o processo da interpretação contratual, a fim de que sejam afastadas as dúvidas, omissões, obscuridades ou contradições existentes naquelas cláusulas.²⁵ Será necessário, portanto, interpretar o contrato, buscar o sentido que melhor se adapta à vontade e à necessidade dos contratantes, aplicando-se o direito ao caso concreto. Essa tarefa geralmente é tarefa do juiz em uma lide sob julgamento, que terá que interpretar a vontade contratual diante de uma pretensão resistida, que deverá adentrar ao elemento interno, o psiquismo dos contratantes, sem deixar de elaborar um trabalho jurídico-processual, ao fixar o verdadeiro sentido da vontade contratual, realizando a atividade jurisdicional, que culmina na sentença, a qual fará lei entre as partes, levando-se sempre em conta os princípios da função social do contrato e a boa-fé objetiva.²⁶ Ao interpretar, o juiz trabalha na fixação do conteúdo, da compreensão e da extensão da afirmação da vontade, valendo-se mais de parâmetros indicados pelas partes no próprio contrato, em regras empíricas, do que em normas estabelecidas em lei, o que dá margem à subjetividade. Ocorre que o intérprete, preferencialmente, deve despir-se de todos os preconceitos ou ideias preconcebidas e iniciar a interpretação tendo por parâmetro apenas o objeto, entendido como a representação objetivada do pensamento de seu autor.²⁷ Ele não fica limitado ao texto contratual, mas deve prestigiar o pensamento concretizado nas declarações de vontade, estando isso inscrito no art. 112 do Código Civil (LGL\2002\400): “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”, isto é, a interpretação gramatical não deverá prevalecer sobre a verdadeira intenção das partes.²⁸

Além disso, o intérprete deve levar em conta o ambiente e momento histórico que o envolve para buscar a finalidade pretendida pelas partes contratuais.²⁹ Interpretar é um agir positivo diante do objeto, é entender a vontade dos contratantes sendo, por si só, um problema que cabe ao juiz resolver. E ele não pode fazê-lo com base puramente no livre-arbítrio, mas valer-se de parâmetros oferecidos pelas partes e pela lei. É essa atividade do juiz, de interpretar um contrato com linguagem imprecisa, que pode gerar custos de transação na etapa de execução, dependendo da imprecisão da redação do contrato e da ausência de parâmetros de interpretação. Por esse motivo é que a proximidade ou o distanciamento da interpretação judicial em relação à vontade dos contratantes estão diretamente relacionados à qualidade desses parâmetros que limitam e orientam a atividade interpretativa e as circunstâncias negociais relevantes que moldam determinada operação econômica. Essa é a essência da vontade das partes que deve ser observada desde a etapa pré-contratual, passando pela contratual até a pós-contratual, tratativas, passando pela conclusão ou formação, até a execução.³⁰

Muito embora as diretrizes de interpretação se relacionem à experiência do exegeta, as regras legais de interpretação estabelecem um paradigma entre contratantes e intérprete, o que possibilita uma coerência mínima entre a vontade das partes e a interpretação do juiz.³¹ O Código Civil (LGL\2002\400)

brasileiro não dispõe de capítulo específico sobre a interpretação do contrato. No entanto, encontram-se algumas normas que orientam a interpretação contratual, notadamente os arts. 112, 113, 114, 170, 423 e 819. A regra basilar de interpretação contratual está disposta no art. 112, que, como visto, privilegia mais a intenção declarada pelos contratantes do que a literalidade de seus termos. No caso de persistir a polêmica sobre qual seja a real intenção dos contratantes, a lei, por vezes, apresenta regras específicas para solução, como a prevista no art. 114: "Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente." O art. 113 consagra a boa-fé objetiva ao dispor que "Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração", regra já anteriormente albergada no Código de Defesa do Consumidor. O art. 421 expressamente outorga realce à função social do contrato. O art. 423, por sua vez, dispõe sobre o resguardo da posição do aderente com relação às cláusulas ambíguas ou contraditórias, adotando-se a interpretação mais benéfica a esse: "Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente." Embora não relacionados à interpretação do contrato, enquanto o anterior art. 156 cuidou do estado de perigo, o art. 157 contemplou a figura da lesão, com efeito nas relações de consumo. Não é este o momento de aprofundar o estudo das regras interpretação contratual no Brasil, mas examiná-las à luz da teoria ora em estudo, para avaliação de sua aplicabilidade.

3 Efeitos do uso de termos vagos e de termos precisos nos custos de transação da etapa inicial e da etapa final da contratação

Uma característica predominante do contrato "incompleto"³² é que sua execução está sujeita à maior atividade de interpretação do juiz, e a apresentação de provas para orientar essa interpretação pode gerar custos inesperados e ainda deixar o juiz vulnerável a erros. Apesar disso, existem ao menos duas razões relevantes pelas quais as partes podem negociar um contrato que não preveja todas as obrigações e consequências ideais para cada contingência. Primeiramente, os custos de transação da etapa inicial, de antecipar o máximo de contingências futuras possíveis, calculando o resultado eficiente de cada uma delas, indicando para cada probabilidade de ocorrência, podem exceder os ganhos resultantes pelo adimplemento do contrato. Em segundo lugar, os custos da etapa final, ao se executar um contrato com linguagem vaga podem superar todos os ganhos obtidos devido a gastos com apresentação de provas e parâmetros para auxiliar a interpretação pelo juiz. Como então gerenciar os custos de negociação e de adimplemento dos contratos incompletos?

Conforme a teoria do "*design*" contratual, as partes devem escolher os termos da redação com base na expectativa de adimplemento esperado por elas. A interpretação de termos vagos, na execução, implica a produção de provas adicionais pelas partes dentro daquela determinada circunstância negocial. O juiz buscará essa interpretação por intermédio dos parâmetros dispostos pelas partes no contrato, ou na própria lei. O principal objetivo das partes contratantes é maximizar os "incentivos de retorno do investimento a partir dos custos de contratação", para melhorar a eficácia dos incentivos em seu relacionamento, particularmente o incentivo para o cumprimento das obrigações, e fazer investimentos eficientes que melhorem o valor de suas trocas.³³ O investimento em custos de contratação permite que as partes redijam um contrato mais completo, que preveja obrigações eficientes para um grande número de contingências. As partes preferem minimizar os custos de transação desde que o número contingências previsíveis no contrato seja mantida de forma constante, sem possibilidade de novos surgimentos. No entanto, podem também desejar aumentar os custos de contratação, desde que isso produza um ganho maior de incentivos ao cumprimento eficiente da prestação. Assim, instiga a teoria do "*design*" contratual que é preferível que as partes contratantes invistam em custos de contratação até que o custo marginal de maiores investimentos ultrapasse o benefício marginal de ganhos de incentivo.³⁴

As partes investem na etapa inicial para preverem futuras contingências, por sua vez, o intérprete delibera sobre aos parâmetros e provas. No entanto, podem reduzir esses custos com o adimplemento contratual, e essa economia pode ter um efeito de incentivo *ex ante*, induzindo o cumprimento. Podem, ainda, reduzir mais os custos do litígio por mútuo consentimento, por intermédio da renegociação do contrato. É basicamente este o impacto sobre os custos de transação, a partir da redação vaga ou precisa dos termos contratuais, que pode ser considerado, sobretudo, em transações complexas e de longa duração.

4 Escolha estratégica de termos vagos e de termos precisos

Com base na teoria do "*design*" contratual é possível explorar como a combinação estratégica de termos vagos e precisos pode aperfeiçoar a seleção de parâmetros de interpretação sobre duas dimensões: a) em qual momento a escolha do parâmetro é realizada – na redação do contrato ou na execução e; b) quem faz a escolha: as partes ou o juiz. Um termo preciso define um espaço muito estreito de interpretação, já o contrato que combine termos vagos e precisos para definir uma contingência ou obrigação e parâmetros de interpretação eficientes oferece flexibilidade adicional na definição de limites de discricionariedade do juiz. Em suma, quando os parâmetros eficientes forem

altamente contingentes e menos dependentes de informações privadas das partes, elas ficarão mais inclinadas a usar termos vagos para delegar a escolha do parâmetro de interpretação ao juiz, especialmente se a incerteza for esperada e as contingências futuras difíceis de serem previstas, deixando-a para ser definida no momento de eventual litígio judicial para a execução do contrato.

Considerando-se a escolha, pelo juiz, de um parâmetro num contrato que contenha uma combinação de termos precisos e vagos, a tarefa dele é: (1) garantir que um dado parâmetro caiba dentro da circunstância negocial contemplada pelas partes no contrato; e (2) dentro desse espaço, escolher o parâmetro mais apropriado. A primeira tarefa é uma questão de interpretação do contrato e, aqui, o juiz é guiado por máximas de interpretação e pela lei. Estas duas etapas são seguidas com regularidade suficiente para que as partes possam antecipá-los no momento da contratação. A segunda tarefa é escolher o parâmetro mais apropriado, ou um conjunto deles, dentro desse espaço. O juiz medirá os ganhos de incentivo do parâmetro, e os custos de verificação. O objetivo é identificar o parâmetro com o maior retorno de investimento para a execução eficiente do contrato. Tanto o retorno como o investimento são suscetíveis a fatores extrínsecos na comparação entre os custos de verificação de parâmetros alternativos e regras de hermenêutica.³⁵

Alguns exemplos práticos ilustram como o uso de combinações de termos vagos e precisos orientam a interpretação do contrato. Nesta etapa esses exemplos são analisados levando-se em conta o direito contratual pátrio.

O inadimplemento antecipado ou quebra antecipada do contrato consiste em uma forma de extinção dos contratos por fato superveniente à sua celebração. Trata-se de uma causa de resolução antes do descumprimento contratual. Cláusulas de inadimplemento antecipado (ou "*acceleration clauses*") são usadas comumente em contratos de empréstimo bancário e requerem que o devedor pague a dívida imediatamente, em certas condições, antes mesmo do vencimento do contrato. A cláusula resolutiva tácita do art 477 do Código Civil (LGL\2002\400)³⁶ permite a resolução antecipada do contrato, sob o risco de inadimplemento antecipado da obrigação, permite que o credor apresente provas do "mau comportamento" do devedor ou risco de possível futuro inadimplemento.

À luz da teoria do "*design*" contratual as partes podem estipular parâmetros específicos para definir o que ensejaria o "mau comportamento" do devedor que justifique a resolução antecipada. Os eventuais custos de transação da etapa inicial não facilitam a inclusão de uma lista completa que estabeleça todas as possibilidades. Portanto, pode-se concordar com padrões de boa-fé, razoabilidade, que enquadrariam o mau comportamento que possibilitaria prever o inadimplemento antecipado. É tentador argumentar, no entanto, que este padrão vago de "boa-fé" – sozinho – seja simplesmente não verificável ou muito incerto.³⁷

Outros exemplos de contratos que combinam termos vagos e termos precisos são os de franquia³⁸ e distribuição,³⁹ até pela complexidade da natureza jurídica e particularidades específicas. Não é objeto deste trabalho o aprofundamento do exame desses modelos, mas cabe registrar que esses contratos combinam termos vagos e precisos até mesmo para viabilizar a celebração. Esses modelos geralmente indicam que o agente satisfaça requisitos específicos exercendo "melhores esforços", "melhores condutas".⁴⁰ O contrato de franquia *Taco Bell* é uma boa ilustração,⁴¹ ao prever que "o franqueado deve dedicar seu tempo integral com melhores esforços e "atenção pessoal" constante no dia-a-dia do restaurante e, além disso, o franqueado deverá promover diligentemente e fazer todos os esforços para aumentar o negócio do restaurante".⁴² O franqueado não pode ter qualquer interesse financeiro ou relação contratual com qualquer negócio semelhante (um pacto de não concorrência), e indica que o franqueado frequente um curso de formação e cursos de atualização oferecidos pelo franqueador. Outra conduta prevista é que o franqueado esteja em conformidade com os métodos, técnicas e material ensinado nestes cursos, e que instrua seus empregados com o mesmo material, devendo, ainda, manter o restaurante aberto em horários especificados no manual. E, como uma ilustração final, o contrato exige que o franqueado mantenha e repare o restaurante, incluindo sinalização e paisagismo.⁴³

As obrigações de desempenho previstas em contratos de franquia e de distribuição abordam dois problemas de incentivos distintos. O primeiro decorre da distorção nos incentivos causados pela distribuição dos lucros pelo franqueador. A combinação entre termos vagos, como "melhores esforços", e termos precisos pode solucionar a distorção dos incentivos. A segunda preocupação abordada pela cláusula de "melhores esforços" é que o franqueado tem um incentivo maior para tomar medidas que aumentariam seus próprios lucros. O contrato parece resolver esse problema no contexto da cláusula de "melhores esforços" ao indicar o parâmetro para orientar a interpretação, afirmando que, "sem limitar a generalidade do precedente "melhores esforços", o franqueado deverá operar o restaurante "de forma limpa, segura e ordenada, fornecendo serviço cortês, de primeira classe para o público".⁴⁴

Ambas as preocupações de incentivos são, assim, abordadas neste contrato por intermédio da combinação de um padrão vago de "melhores esforços" com termos precisos. A combinação limita o

domínio dos “melhores esforços” àqueles parâmetros alternativos oferecidos pelas partes que melhoram da mesma forma os incentivos do franqueado para investir e para proteger a marca. Por outro lado, o franqueado está protegido contra uma reivindicação oportunista pelo franqueador de que o descumprimento de qualquer obrigação específica justifica a extinção da franquia. O franqueado é livre para oferecer parâmetros alternativos para mostrar que as grandes preocupações com a proteção do investimento e reputação foram, de fato, atendidas.

Outro exemplo que elucida a interpretação de termos vagos são as cláusulas de “*force majeure*”, ou “força maior”, que geralmente indicam que o adimplemento é dispensado em caso de contingências específicas (tais como guerra, greves, escassez e regulamentação do governo, entre outros).⁴⁵ Mas essas cláusulas também identificam contingências que recaem dentro de uma categoria vagamente declarada de fatores que ultrapassam o controle das partes.⁴⁶ A combinação de termos vagos e precisos serve aos duplos propósitos anotados nos exemplos anteriores.

Os exemplos anteriores de cláusulas que permitem uma miríade de interpretações refletem como as partes combinam termos vagos e precisos. Essa combinação pode determinar o limite de escolha de parâmetros de interpretação pelo juiz e evitar custos de transação na etapa final de execução. Enquanto que a existência de termos vagos orienta para a aplicação do parâmetro contratual específico e na lei. A seguir, será examinado como as partes podem tirar proveito do litígio judicial por meio da linguagem do contrato.

5 Explorando o conflito a partir da linguagem vaga ou precisa do contrato

A definição *ex ante* quanto ao meio de solução de controvérsias, seja por foro comum ou pelas vias alternativas da mediação, da conciliação e da arbitragem, pode influenciar na relação custo-eficácia em eventual conflito sobre os termos contratuais e sua interpretação. Um exemplo ilustrativo identificado no texto é o caso “*Frigaliment*”,⁴⁷ em que o comprador, *B.N.S. International Sales Corp.*, empresa norte-americana com sede em Nova Iorque, celebrou contrato de venda e compra com a empresa suíça *Frigaliment Importing Co.* e aceitou receber da a mercadoria (frango congelado). Apenas posteriormente, ao perceber que a mercadoria não atendia ao que era pretendido, processou o vendedor por vendê-lo frango “*fowl*” (“frango de menor qualidade e idade avançada) em vez de frango “*broiler*” (frango de alta qualidade). O vendedor alegou que o termo “frango” no contrato incluía todos os tipos de carne de frango, enquanto o comprador sustentou que significava apenas frango “*broiler*”, de alta qualidade. O vendedor alegou ainda que o comprador deveria ter especificado isso no contrato. O tribunal considerou que o significado de “frango” era vago e decidiu a favor do vendedor, alegando que o comprador, como autor, não tinha atendido ao ônus de provar qual dos dois significados plausíveis para “frango” as partes intencionaram no contrato. Nesse caso, o comprador teve o ônus de estabelecer uma interpretação mais restritiva de “frango”, porque aceitara receber a mercadoria, mas não conseguira satisfazer esse ônus. Os efeitos contrastantes da alocação dos ônus levantam duas questões que podem ser abordadas: em primeiro lugar, qual é a alocação do ônus mais eficiente? Em segundo lugar, se a *common law* não prevê essa alocação eficiente, como é que as próprias partes podem fazê-lo no contrato?⁴⁸

Sem a intenção de aprofundar o exame do tema, o novo Código de Processo Civil brasileiro tem como uma das novidades a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, positivada no art. 373, § 1º. Segundo essa teoria, o ônus da prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, diante das circunstâncias fáticas presentes no caso concreto: “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.” Além disso, o § 2º dispõe que a decisão de redistribuição do ônus da prova não pode gerar “situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil”. Isto é, caso a prova difícil para as partes, o juiz deverá decidir com base nas outras provas eventualmente produzidas, nas regras da experiência e nas presunções. Por fim, cabe mencionar que a possibilidade de distribuição diversa do ônus da prova por convenção das partes continua possível, com as mesmas exceções atualmente existentes (quando recair sobre direito indisponível da parte ou quando tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito, pelo § 3º do art. 373), podendo o acordo ser celebrado antes ou durante a demanda (§ 4º).

6 Reflexões sobre a alocação do ônus probatório a partir do “design” do contrato

A regra geral, assim como ocorre no Brasil, é que a responsabilidade de argumentação repousa sobre a parte que invoca a intervenção do juiz para alterar o *status quo*. Em ações de descumprimento contratual, o requerente deve alegar e provar a alegação de descumprimento. O requerido, por sua vez, deve alegar e provar a satisfação de todas as condições precedentes (explícitas ou implícitas) quanto à obrigação recíproca a ser cumprida. Ele pode responder que a obrigação foi cumprida em algum número de razões substanciais, incluindo consentimento, dação em pagamento, cancelamento e

extinção, impossibilidade, erro mútuo, liberação, alteração, fusão, e o fracasso de uma condição subsequente de desempenho. Defesas afirmativas devem ser invocadas e encargos comprobatórios assegurados pelo requerente. Uma vez cumpridos todos os encargos de produção probatória, o ônus carga geral de persuasão, no entanto, permanece com o requerente. Assim, os encargos com relação à maioria dos fatos em casos de violações contratuais – particularmente os padrões de desempenho – recaem sobre o requerente, a parte que está a tentando mudar o *status quo*.

A partir do negócio pactuado é possível prever qual parte será o autor de um litígio. Esse entendimento atribui ao comprador o ônus de provar que a mercadoria entregue não está em conformidade com o contrato, desde que o comprador receba a mercadoria. Se, ao contrário o comprador simplesmente rejeita a mercadoria, por não achá-la em conformidade com o pactuado, o ônus recai sobre o vendedor, que o processa por violação contratual. Esse ônus inclui o de estabelecer os fatos quanto às condições dos produtos no momento da entrega. No caso de um bem alegadamente defeituoso, o ônus da prova depende de saber se o demandante aceitou ou rejeitou a entrega. Em suma, as ações *a posteriori* das partes podem afetar os encargos no litígio. Consequentemente, a alocação estratégica do ônus da prova não é nem previsível no momento da contratação, e tampouco com base em fatores que parecem ter consequências claras de eficiência. Mais pertinente à teoria apresentada neste trabalho, portanto, é a capacidade das partes para determinar a alocação do ônus (e os padrões de prova) no contrato *ex ante* a partir do uso de termos vagos e a indicação de parâmetros.

Outro exemplo de como é possível alocar o ônus da prova a partir da linguagem contratual é a cláusula de cessão de direitos contratuais, como em contratos de franquia e distribuição, que ajudam a prever atitudes oportunistas. Por exemplo, o contrato de franquia restringe a possibilidade de o franqueado ceder seus direitos, porque o franqueado está interessado somente em maximizar seus lucros sem levar em conta o efeito do novo franqueado na reputação e valor da franquia. Assim, esses contratos não permitem a cessão, reconhecendo, ao mesmo tempo, que a transferência pode ser eficiente. Proibir completamente a previsão de cessão impediria a exploração, pelo franqueador, da oportunidade de negócios com franqueados que lhe garantam mais retornos. É difícil, no entanto, distinguir entre os cenários benignos e malignos por meio de regras práticas. Consequentemente, as partes raramente tentam listar requisitos que devem ser cumpridos.⁴⁹ Pelo contrário, invocam padrões de “razoabilidade” e “boa-fé”, sob o qual o consentimento do franqueador para qualquer cessão é requisitado, mas não será recusada injustificadamente.⁵⁰ As partes guiam o juiz ao combinar termos vagos com precisos ou simplesmente declarando explicitamente os objetivos da restrição, tais como a proteção da marca, segredos de negócio, reputação operacional e reputação de imagem.

Consideram-se duas formas alternativas de estruturar a condição de “razoabilidade” que ilustra a antecipação do ônus da prova das partes. Sob qualquer alternativa o litígio indica a questão sobre se a cessão é razoável e se as partes apresentaram parâmetros alternativos de interpretação. A primeira abordagem permite que o franqueado ceda seus direitos, desde que “razoavelmente”. A segunda permite que o franqueado ceda seus direitos apenas com o consentimento do franqueador e indica que esse consentimento não pode ser irrazoavelmente recusado. Contratos comerciais tendem a adotar a última abordagem para regular as cessões. Essa abordagem antecipa a atribuição do ônus da prova em litígios. No caso, o franqueador, processando por danos e para prevenir o uso contínuo de suas marcas, seria chamado a provar que a cessão não foi razoável. Sob a última abordagem o franqueador estabeleceria desde o início que recusou o consentimento. Pode-se especular que essa alocação seja eficiente em razão de vantagens de informação comparativa: a pessoa em contato com o pretendido cessionário é mais provável de possuir informações melhores sobre as qualificações do novo franqueado.⁵¹

Não é esse o momento de aprofundar as possibilidades de extinção do contrato previstas no direito brasileiro (resolução, resilição, rescisão), mas cabe indicar a possibilidade de se utilizar a teoria do “*design*” contratual sob o prisma no direito nacional. Cláusulas expressas de extinção do contrato são comuns em muitas categorias de contratos, incluindo contratos de serviços, de fusões e aquisições, empréstimos, franquia e distribuição (tal como no Brasil). O papel desses dispositivos é intrigante porque mesmo em sua ausência qualquer das partes em uma relação contratual em vigor pode extinguir o contrato ao declarar o inadimplemento. A violação material autoriza a parte lesada a reter o cumprimento e exigir indenização. Uma das razões para cláusulas de resolução explícita é proporcionar as condições que desencadeiam a resolução, em vez de depender dos requisitos de direito comum em caso de violação material. A teoria do “*design*” contratual sugere que cláusulas de resolução também alocam o ônus da prova.

Considere-se em termos gerais as razões benignas e malignas pelas quais as partes de um contrato de longa duração, tais como distribuição, trabalho, franquia, queiram extinguir a relação contratual. Por conveniência, referem-se àquela parte como “principal”, buscando a extinção, e a contraparte como a “agente”. Em primeiro lugar, o principal pode querer extinguir o contrato porque o agente não conseguiu exercer o mínimo de esforço exigido e, assim, colocou em risco o valor da relação. O descumprimento pode ser uma justificativa eficiente para a extinção do contrato. Em segundo lugar o

principal pode extinguir o contrato por conta de uma materialização exógena do risco, tal como a mudança das condições de mercado, que resultou um contrato desfavorável (mas não para o agente). A extinção por esta razão levaria à perda de valor futuro do relacionamento e prejudicaria também a alocação de riscos do contrato. Em terceiro lugar, o principal pode ameaçar a extinção do contrato para forçar a renegociação de seus termos para o fim de assegurar um maior excedente/lucro. Esse oportunismo é uma tentativa para a apropriação dos investimentos específicos do agente no contrato no relacionamento contínuo, longa duração.⁵² A perspectiva de renegociação impede o agente de investir no relacionamento. Tal como acontece com a segunda razão, a extinção do contrato pelo principal é oportunista e contrária aos interesses *ex ante* das partes.

À luz das motivações para a resolução, as partes podem buscar regular no contrato o direito substantivo do agente para extinguir o contrato. Dependendo da avaliação dos custos da etapa inicial e da etapa final para fazê-lo, as partes poderiam concordar numa combinação de entre termos vagos e precisos para definirem o direito de extinguir o contrato. Se as partes não indicam o ônus da prova no contrato, tanto direta como indiretamente por meio de um parâmetro, a alocação processual padrão governa e determina o impacto das condições substanciais para a extinção. O requerente possui o ônus de estabelecer o caso *prima facie* e o requerido carrega o ônus de indicar defesas afirmativas. Tanto o principal quanto o agente podem ser o autor em um litígio. Atribuir o ônus da prova no contrato ao demandante evitaria a extinção ineficiente, mas, por outro lado, também a eficiente em resposta ao descumprimento pelo demandado.

As partes contratantes possuem mais flexibilidade e vantagens para realizar o “*design*” do ônus da prova do que alocações “tudo ou nada” para cada parte. A discussão ressalta a importância e a complexidade que é a tarefa de contratação da atribuição eficiente dos ônus, seja por disposições explícitas ou implícitas por meio da redação de seus termos. Embora as partes possam, sem dúvida, melhorar a distribuição padrão dos ônus, a tarefa de adaptação também é propensa a envolver custos de transação iniciais bem substanciais dependendo da linguagem vaga ou precisa dessas disposições.

7 Conclusão

À luz das reflexões esposadas, depreende-se que não há restrições à recepção da teoria do “*design*” contratual pelo direito contratual brasileiro. Portanto, torna-se importante aprofundar o debate sobre a teoria do “*design*” contratual no Brasil e suas importantes lições em meio à ausência de literatura nacional propondo-se uma agenda de pesquisa para seu aprofundamento. Neste trabalho, procurou-se analisar a influência da linguagem do contrato e a utilização estratégica de termos vagos e de termos precisos, com a indicação de parâmetros de interpretação, como forma de prever ou evitar contingências e de alocar custos de transação no caso de um eventual litígio. Ainda, verificou-se que a combinação desses termos pode impactar nas etapas inicial e final do processo de contratação, no sentido de quanto mais vaga a linguagem do contrato maior o campo deixado para o juiz interpretar a vontade das partes. No entanto, viu-se que a utilização de termos vagos pode ser um mecanismo eficiente de contratação no âmbito de uma negociação complexa. E, diante da realidade de um mundo interconectado, com crises econômicas que impactam as trocas entre países, as relações comerciais tendem a ser cada vez mais multifacetadas.

Muito conhecimento pode ser adquirido ao se compartilhar o conhecimento e ideias entre o procedimento e a doutrina sobre contratos e, no mundo prático, entre partes e advogados empresariais. Pelo “*design*” contratual, é possível antecipar não apenas os efeitos do litígio, mas também possíveis processos da etapa final tais como arbitragem, renegociação ou liquidação. Define-se até que ponto é economicamente válido deixar a interpretação do contrato para o juiz, em caso de litígio, e qual o parâmetro de interpretação indicado no contrato. No Brasil, a interpretação do contrato deve ser feita conforme prescreve lei, que orienta o intérprete, mas também por máximas de interpretação e sua própria experiência. E, portanto, por mais claro e preciso que seja o texto contratual, sempre será submetido à análise do intérprete, isso no caso de uma disputa judicial. Não basta ler o texto, é preciso compor as partes do texto e buscar uma unidade de sentido condizente à vontade das partes, observando-se as circunstâncias negociais e a relevância hermenêutica. As partes comerciais podem (e o fazem) pensar o “*design*” do contrato que melhor motive o cumprimento contratual. E ao estruturar e aprofundar a teoria os profissionais da área poderão acessar uma ferramenta útil de pesquisa para seus negócios.

Há muito a ser explorado sobre a teoria do “*design*” contratual no Brasil. O convite para explorar e aprofundar o tema fica assim lançado pela autora.

8 Bibliografia

ADAMS, Kenneth A., *Understanding “Best Efforts” and Its Variants (Including Drafting Recommendations)*, PRAC. LAW., Aug. 2004, Disponível online em: [http://www.adamsdrafting.com/downloads/Best-Efforts-Practical-Lawyer.pdf].

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956.

BRICKLEY, James A. *Incentive Conflicts and Contractual Restraints: Evidence from Franchising*. Journal of Law and Economics. vol. 42, n. 2 (October 1999), p. 745-774.

BASILE, Liliana & Raffaele Trani, *Incomplete Contracts Modelling*, Metroeconomica, vol. 59, Issue 3, p. 347-370, July 2008.

CHOI, Albert & George Triantis. *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions*. 119 Yale Law. Journal. vol. 119, n. 5, março, 2010.

FORGIONI, Paula. *Interpretação dos Negócios Empresariais*. In. FERNANDES, Wanderley. Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais. Série GVLAW. São Paulo: Saraiva, 2. ed. (2012).

KALKANCI, Basak; Kay-Yut Chen e Feryal Erhun. *Complexity as a Contract Design Factor: A Human-to-Human Experimental Study*. Production and Operations Management, vol. 23, Issue 2, p. 269-284, February 2014.

LUCCA, Newton de. *Normas de interpretação contratual no Brasil*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V 101, 2006. Disponível online em: [http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67704], acesso em 20.08.2015).

PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla e Eduardo Agostinho. *Fundamentos para a interpretação dos contratos empresariais: aspectos jurídicos e econômicos*. Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, n. 151-152, Janeiro 2009.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra, Almedina, 2009.

SANCHIRICO, Chris William e George G. Triantis. *Evidentiary Arbitrage: The Fabrication of Evidence and the Verifiability of Contract Performance*. University of Pennsylvania, Institute for Law & Economic Research. Paper 04-10; University of Virginia Law & Economic Research Paper n. 02-17. Maio, 2004. Disponível online em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=353243], acesso em 15.07.2015.

SCHWARTZ, Alan; Robert E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 YALE L. J. 541, 545 (2003). Disponível online em: [http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1011&context=lepp_papers].

SCOTT, Robert E. & George G. Triantis. *Anticipating Litigation in Contract Design*. Yale Law Journal – 115 - (2006).

_____. *Principles of Contract Design*. Columbia University - Law School. Yale Law Journal, vol. 115, 2005-2006. Disponível online em: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=722263].

SILVA, Flavio Lucas de Menezes e Gabriele Tusa. *Contrato de franquia Empresarial: a instrumentalização de um negócio formatado*. In. FERNANDES, Wanderley. Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais. Série GVLAW. São Paulo: Saraiva, 2. ed., 2012.

TIROLE, Jean, *Cognition and Incomplete Contracts*. American Economic Review 2009, 99:1, 265-294.

TRIANIS, George. *Exploring the limits of contract design in debt financing*. vol 161. Issue 7. University of Pensilvania Law Review 2041, (Jun, 2013).

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil - Vol. II - Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

1 Este artigo foi inspirado em trabalho de conclusão de curso apresentado na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, para obtenção de título de Especialista em Programa de Pós-Graduação Lato Sensu – Direito dos Contratos, sob a orientação do Professor Doutor Paulo Dóron Rehder de Araujo.

2 A tradução literal do artigo foi anexada ao presente trabalho.

3 Dessa forma, adverte-se que a tradução anexada a este trabalho será aprofundada em oportunidade posterior com atuação do professor orientador deste trabalho e, por fim, aos próprios autores do texto que, previamente, autorizaram que essa empreitada fosse realizada, e será objeto de publicação.

4 Scott, Robert E. & George G. Triantis. *Anticipating Litigation in Contract "design"*. Yale Law Journal – 115 - (2006).

5 Despite its theoretical advances, the theory of incomplete contracts has yet to yield predictions that are borne out by the realities of commercial practice. This gap between theory and practice is due to a number of limitations in the literature. First, scholars often neglect to weigh contracting costs, at either the front or back end, against the incentive gains that they produce – what we refer to as the incentive bang for the contracting cost buck. Second, scholars tend to focus on either front-end or back-end obstacles to complete contracts, and assume the absence of friction at the other end. For example, theorists concerned about back-end verification or uncertainty costs, assert that parties will tend to avoid vague contract terms such as best efforts or commercial reasonableness. Yet, these provisions are commonplace in commercial contracting because they save on front-end transaction costs. Indeed, the mix of specific and vague terms can be framed as the product of a tradeoff that the parties choose between investing in the front-end or back-end of the contracting process, based on their particular circumstances. By reaching the optimal combination of front-end and back-end costs, parties can minimize the aggregate contracting costs of achieving any given level of incentives. SCOTT, Robert E. & George G. *Principles of Contract Design*, p.03.

6 ADAMS, Kenneth A. *Understanding "Best Efforts" And Its Variants (Including Drafting Recommendations)*. Além de explicar o significado de "best efforts" autor dispõe um interessante quadro com suas variações e explica cada uma delas.

7 "Contract Enforcement in Brazil: Challenges and Substitutes." Ocorrido em 24 de março de 2015 na Fundação Getúlio Vargas em São Paulo quando o Professor George Triantis proferiu uma interessante palestra sobre o assunto.

8 Disponível online em: [<http://www.marketdesign.com.br/o-que-e-design.php>], acesso em 25.07.2015.

9 TRIANTIS, 2013, p. 2045.

10 O desafio do "design" contratual é o administração dos problemas de informação. Cada parte carega informações privadas sobre o negócio que não é conhecida pela outra (o que os autores chamam de problema de "observabilidade", ou controlabilidade, ou "observability"). Cada parte conhece a sua vulnerabilidade quanto à vantagem de informação mantida entre si e isso impede a troca eficiente de informações. Um futuro árbitro ou juiz é ainda menos informado sobre a real intenção das partes (problemas de verificação) e isso pode custar em custos de litígio e erro judicial. CHOI, Albert & George Triantis. *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions*, p. 853 e 856.

11 Considera-se um contrato incompleto se poucos recursos são despendidos para identificar o "design" apropriado sendo, portanto, medido pela probabilidade de que deverá ser renegociado, ou discutido *ex post*. As razões podem ser muitas, ou porque as partes não desejam revelar informação que seriam custosas na negociação. Em determinadas situações "desenhar" um contrato com linguagem incompleta pode ser mais vantajoso do que arcar com os enormes custos de transações resultantes da negociação para um contrato completo que preveja todas as contingências possíveis (e impossíveis). TIROLE, 2009, Op. Cit. p. 268.

12 Em determinadas situações as partes receiam fazer revelações na contratação que possam gerar contingências no futuro, os referidos "custos de cognição" TIROLE, Jean, *Cognition and Incomplete Contracts*, p. 266-267 e 270.

13 TRIANTIS, George. *Exploring the limits of contract design in debt financing*, p. 2044.

14 Para ALBERT CHOI & GEORGE TRIANTIS em contratos de aquisição, as cláusulas MAC vagas podem produzir benefícios apenas pela redução dos custos de elaboração no "front-end". Alguns parâmetros de interpretação para indicar o que seria "mudança material adversa", tais como limiares quantitativos do preço das ações, receitas ou lucros contábeis, são fáceis de elaborar e podem ser verificados a baixo custo. Os autores indicam três metas para o uso de cláusulas MAC: (a) proporcionar incentivos eficazes para investimentos e precauções contra contingências futuras por parte do vendedor entre o momento do acordo e seu encerramento; (b) permitir que o vendedor possa melhor sinalizar a sua informação privada para o adquirente no momento da contratação; e (c) para permitir que o vendedor sinalize informações confidenciais no momento do encerramento, a fim de promover a eficiência *ex post* na extinção. Sob esses objetivos, disposições vagas podem funcionar melhor do que as mais precisas, e são menos dispendiosas. Eles referem a atual situação de crise econômica global que pode incentivar

as extinções dos contratos ou renegociação de seus termos. Essa disposição imprecisa "*material adverse event (MAE) or material adverse change (MAC)*" são formas para proteger as partes no caso de impossibilidade para o cumprimento do contrato. A interpretação dessas cláusulas pode impactar financeiramente o negócio mas também podem ser um mecanismo de incentivo para o adimplemento do das obrigações e uma transação eficiente. CHOI, Albert & George Triantis. Id., p. 848-851.

15 Conforme o autor afirmou em outra oportunidade: "*The academic discipline of contract theory is founded on the observation that many contracts are incomplete because transaction costs prevent parties from providing for the efficient set of obligations in each possible future state of the world. Consequently, parties are relegated to choosing second-best tools of contract "design"*". TRIANTIS, George. *Exploring the limits of contract design in debt financing*, p. 2044.

16 LUCCA, Newton de. *Normas de interpretação contratual no Brasil*, p. 186.

17 FERNANDES, Wanderley. O processo de Formação do Contrato, p. 225.

18 ROPPO, ENZO. *O Contrato*, p. 07-11.

19 Para que seja possível capturar a essência do contrato a atividade de interpretá-lo também deve ser organizada processualmente por meio de um conjunto de atos do intérprete destinados a traduzir a representação do texto e do contexto. ZANCHIN, Kleber Luiz e Paulo Dóron Rehder de Araújo. *Interpretação Contratual: o Problema e o Processo*. In: FERNANDEZ, Wanderley, Op. Cit., p. 183-186. Nas lições do Professor Junqueira, as circunstâncias caracterizam-se como um modelo cultural de atitude, que faz com que certos atos sejam vistos como dirigidos à produção de efeitos jurídicos – dão à declaração da vontade o seu caráter específico, vista como socialmente dirigida a produzir efeitos jurídicos. Uma manifestação de vontade qualificada por circunstâncias externas que o fazem sejam vistos socialmente como dirigido à produção de efeitos jurídicos. É o que fica da declaração de vontade despida da forma e do objeto, isto é, aquele *quid* irredutível à expressão e ao conteúdo, que faz com que uma manifestação de vontade seja vista como socialmente destinada à produzir efeitos jurídicos. Um elemento geral indispensável para a existência do negócio jurídico. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia*, p. 118-125 e 33.

20 FERNANDES, Wanderley. Id, p. 250.

21 FORGIONI, Paula. *Interpretação dos Negócios Empresariais*. In: FERNANDES, Wanderley, Op. Cit., p. 100-102. A Professora explica que as partes não contratam meramente pelo prazer de contratar. É por isso que o contrato deve ser concebido de acordo com uma função, a função econômica/causa, e a interpretação deve levar à sua consecução. A interpretação contratual há de se basear sobre a intenção comum das partes no sentido objetivo de "espírito do contrato", "natureza do contrato", aos efeitos da avença normalmente esperados – social e mercadologicamente. Citando Pothier, ela salienta que usos e costumes, portanto, são aplicados também como pauta de interpretação dos contratos. Id. 131-136.

22 Id. FORGIONI, Id., p. 112.

23 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*, p. 471-472.

24 LUCCA, Newton de. Op. Cit., p. 03.

25 LUCCA, Op, Cit., p. 05.

26 Venosa acrescenta que, "*por melhor que dominemos o idioma as palavras podem não se amoldar exatamente ao pretendido; podem falsear o pensamento; podem ser compreendidas de forma diversa por outro grupo social que não participe do negócio; podem, enfim, dar margem a esbarramento dúbio, ou até mesmo à falta de compreensão*". Ele descreve as regras interpretativas que podem servir de orientação suplementar a nossos dispositivos legais para buscar a real intenção das partes e sugere doze critérios elencados sugeridos por Pothier, que estão presentes em sua maioria do Código francês. VENOSA, Sílvio de Salvo, Id., p. 473.

27 ZANCHIN, Kleber Luiz e Paulo Dóron Rehder de Araújo. Id., p. 197.

28 LUCCA, Newton de, Op. Cit., p. 193. São, portanto, apropriadas ao contexto deste trabalho as explicações de BEVILÁQUA, a respeito do revogado art. 85 do CC/16 (LGL\1916\1): "A vontade manifesta-se por sinais ou símbolos, entre os quais ocupam lugar proeminente as palavras. Esses sinais ou palavras podem não traduzir, fielmente, o que o agente quer exprimir. A lei, por isso, manda atender, de preferência, à intenção, desde que haja elementos para determiná-la, fora da expressão

verbal imperfeita, indecisa, obscura ou insuficiente". BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1956. v. 1. p. 265.

29 É possível aprofundar o estudo dos cânones de interpretação: 1. Imanência hermenêutica ou da autonomia do critério de interpretação; 2. Totalidade e coerência da consideração hermenêutica; 3. Adequação do entendimento em: ZANCHIN, Kleber Luiz e Paulo Dóron Rehder de Araújo. In: FERNANDEZ, Wanderley, Op. Cit., p. 197-200.

30 ZANCHIN, Kleber Luiz e Paulo Dóron Rehder de Araújo. Id., p. 179-184.

31 Conhecer bem as regras legais de interpretação é imperioso tanto para o intérprete do contrato como para os contratantes que o redigem, pois é a partir dessas regras que se determinará o sentido das vontades declaradas. A interpretação também pode ser dividida em fase recognitiva e integrativa ZANCHIN, Kleber Luiz e Paulo Dóron Rehder de Araújo. Id., p. 205.

32 Tem sido considerado na literatura que um contrato incompleto é aquele que não prevê todas as contingências porque até mesmo alguns aspectos, pela própria natureza do contrato, não podem ser observadas pelas partes contratantes ou terceiros envolvidos. Difícil prever as invariabilidades *ex ante* sobre as incertezas do futuro. As partes contratantes podem optar por um contrato incompleto para discutir as contingências *ex port*, o que pode ser mais eficiente para a transação. BASILE, Liliana e Raffaele Trani. *Incomplete Contracts Modelling*, p. 347-352.

33 "Despite its theoretical advances, therefore, the theory of incomplete contracts has yet to yield predictions that are borne out by the realities of commercial practice. This gap between theory and practice is due to a number of limitations in the literature. First, scholars often neglect to weigh contracting costs, at either the front or back end, against the incentive gains that they produce—what we refer to as the incentive bang for the contracting-cost buck. (...) The goal of contracting parties is to maximize the incentive bang for the contracting-cost buck.¹⁶ Parties thus incur contracting costs to improve the efficiency of incentives in their relationship, particularly the incentive to perform when it is efficient to do so and the incentive to make efficient investments that enhance the value of their exchange." SCOTT, Robert E. & George G. Triantis. Op. Cit., p. 817 e 823. Portanto, "incentive bang for the contracting-cost buck" usada pelos autores é uma expressão idiomática que significa "retorno do investimento". [<http://idioms.thefreedictionary.com/more+bang+for+buck>]. Uma melhor noção à expressão pode ser vista em Chris William Sanchirico & George G. Triantis, *Evidentiary Arbitrage: The Fabrication of Evidence and the Verifiability of Contract Performance* 3-4, 16-17 (Inst. for Law & Econ., Univ. of Va., Research Paper No. 02-17, 2004), disponível em: [<http://ssrn.com/abstract=353243>].

34 "Parties would wish to minimize contracting costs if the number of possible states provided for in the contract is held constant. However, the parties may wish also to increase contracting costs if that yields a greater gain in the incentives to invest and perform efficiently." SCOTT, Robert E. & George G. Triantis. Op. Cit., p. 823.

35 SCOTT, Robert E. & George G. Triantis. Op. Cit., p. 851.

36 Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.

37 E não é novidade para o direito brasileiro, haja vista o art. 113 do Código Civil (LGL\2002\400) que dispõe expressamente que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Assim como o art. 422, que prevê que os "contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

38 No Brasil, a mandato mercantil, comissão mercantil, concessão comercial, sociedade, transmissão de "know-how" e até representação comercial, fornecimento de mercadorias, assistência técnica, mediante um contrato atípico, misto, por adesão. Envolve, ainda, a exploração mercantil da vantagem do mercado mediante o pagamento de *royalties* ao franqueador, operação do negócio, sigilo, padrões de conduta, inclusive, após o término do contrato. SILVA, Flavio Lucas de Menezes e Gabriele Tusa. *Contrato de franquia Empresarial*: a instrumentalização de um negócio formatado, p. 261-284.

39 Código Civil (LGL\2002\400), nos seus arts. 710 a 721, dispõe a seguinte regulamentação "Da agência e distribuição".

40 Ver BRICKLEY James A. *Incentive Conflicts and Contractual Restraints: Evidence from Franchising*, p.745, 750-753 (1999).

41 Scott , Robert E. & George G. Triantis. Op. Cit. p. 853.

42 *Taco Bell Corp. Franchise Agreement (Sample Copy)* § 3.1 (Jan. 1996), disponível em: [http://library.consusgroup.com/library_sbn/146/146107.asp], acesso em 21.07.2015.

43 É possível encontrar exigências desse contrato *online* em: [<http://www.franchisedirect.com/foodfranchises/taco-bell-franchise-07099/ufoc/>], acesso em 04.01.2016.

44 Id. § 3.1. Mais adiante, o contrato prevê que o franqueado também deve vender apenas os produtos autorizados no manual da empresa, e deve impedir a utilização do restaurante para qualquer propósito imoral ou ilegal ou para qualquer outro uso não expressamente autorizado no contrato ou no manual da empresa. Id. §§ 3.1(d), 3.5.

45 Force majeure clauses typically provide that performance is excused in the event of specific contingencies (such as war, labor strikes, supply shortages, and government regulation that hinders performance). But these clauses also identify excusing contingencies that fall within a vaguely stated category of factors beyond the control of the parties.

46 Por exemplo, Distributor Franchise Agreement Between CITGO Petroleum Corp. and The Pantry, Inc. § 11 (Aug. 2000), [http://library.consusgroup.com/library_sbn/144/144936.asp]; Acura Automobile Dealer Sales and Service Agreement, Standard Provisions § 1.1, [http://library.consusgroup.com/library_sbn/137/137834.asp]. Ambos contratos disponíveis online sob assinatura.

47 O caso é um exemplo clássico que descreve a alocação de ônus a partir da sua redação. Os autores indicam também outro caso, *Raffles v. Wichelhaus*. In *Frigaliment*, the buyer accepted the goods and thereafter sued the seller for selling it "fowl" (lower-grade chicken) instead of "broiler" (higher-grade chicken). The seller argued that the term "chicken" in the contract included all types of chicken, while the buyer contended it meant only broiler chicken. The court found that the meaning of "chicken" was vague and ruled for the seller on the grounds that the buyer, as plaintiff, had not carried its burden of proving which of the two plausible meanings the parties intended. SCOTT, Robert E. & George G. Triantis. Op. Cit., p. 859. Ver também: *Frigaliment Importing Co. v. B.N.S. International Sales Corp.* – Case Brief, Disponível online em: [<http://www.lawnix.com/cases/frigaliment-bns-international.html>], acesso em 21.08.2015.

48 Se o comprador tivesse rejeitado a mercadoria e o vendedor tivesse-o acionado nuscando uma indenização o mesmo juiz poderia ter decidido favoravelmente ao comprador alegando que o vendedor não cumpriu com o ônus de provar que "frango" foi usado em sentido amplo.

49 A contract will very rarely be able to include terms that invoke perfect and costless signals of desired performance. A challenge of contract design is to choose among signals that vary in their information content and litigation costs. We suggested that parties may choose a vague standard (such as "best efforts") that invites costly and error-prone judicial proceedings over a precise proxy that is both less noisy⁴ and less costly to litigate. CHOI, Albert & George Triantis, p. 852-853.

50 Ace Hardware Corp. National Supply Network, Distributor Franchise Agreement §§ 13(b)(ii), 16(h) (sem data) ("Exceto quando esse acordo obriga expressamente a Companhia a razoavelmente aprovar ou não razoavelmente reter a aprovação de qualquer ação ou pedido pelo Distribuidor, a Companhia teve o direito absoluto de recusar qualquer pedido do Distribuidor ou reter sua aprovação (...)"), Disponível em: [http://library.consusgroup.com/library_sbn/144/144968.asp]. Acesso em 21.08.2015.

51 "Consider two alternative ways of framing the reasonableness condition that illustrate the parties' anticipation of burdens of proof. Under either alternative, litigation addresses the issue of whether the assignment is reasonable and the parties present alternative proxies. The first approach permits the franchisee to assign its rights only if reasonable. The second permits the franchisee to assign its rights only with consent of the franchisor and provides that such consent will not be unreasonably withheld. Commercial agreements tend to adopt the latter approach to regulating assignments. The choice of the latter version anticipates the assignment of burdens of proof in litigation. In the former case, the franchisor, suing for damages and to prevent the continued use of its trademark, would be required to prove that the transfer was not reasonable." SCOTT, Robert E. & George G. Triantis. Op. Cit., p. 873.

52 O Código Civil (LGL\2002\400) admite a teoria da imprevisão e a utilização da cláusula *rebus sic stantibus*: Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das

partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.